OSSERVATORIO SULLE FONTI

FASCICOLO N. 2/2021

Contributi di F. BAGNI, V. CAMPIGLI, A. CARDONE, E. CATELANI, E. CATERINA, E. CHELI, E. CIRONE, C. COLAPIETRO, M. COLI, A. CONZUTTI, E. CREMONA, G. DE MINICO, M. GIANNELLI, F. LAFFAILLE, M. LIGUORI, M. LOSANA, C. MASCIOTTA, G. MAZZANTINI, V. PAGNANELLI, E. ROSSI, A. RUGGERI, A. SIMONCINI, G. TARLI BARBIERI, S. TORREGIANI, D. ZANNONI

© 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*

EDITORIALE

E. CATELANI, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico?* 381

SAGGI

A. CONZUTTI, Quandoqua bonus dormitat codex*? La strana "quiescenza" del consolidato sistema di Protezione Civile* 393

F. LAFFAILLE, *«Crime culturel » et violences de genre en terre insulaire chilienne (TC, sentencia, Rol 8792-2020, 29 janvier 2021)* 473

M. LOSANA, *Le leggi provvedimento: un tentativo di sistematizzazione* 497

G. MAZZANTINI, *Il ruolo della Corte costituzionale nell'incentivare la diffusione dei principi di* better regulation*: la sentenza n. 56 del 2020* 515

E. ROSSI, *Definizioni normative e uso simbolico del diritto penale nel ddl Zan* 543

A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* 567

D. ZANNONI, *The Responsibility for Private Activities in Outer Space: Where is the Clue to this Puzzle?* 599

NOTE E COMMENTI

V. CAMPIGLI, *Annotazioni in tema di ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (a proposito di un parere del Consiglio di Stato)* 625

E. CIRONE, *Le fonti del diritto dell'Unione in materia di salute pubblica alla prova dell'emergenza sanitaria: alcune riflessioni sulle misure di contrasto della pandemia e sul "Certificato digitale Covid-19 UE"* 645

M. COLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'art. 7, par. 1, TUE e sui limiti alla propria competenza nelle procedure "nucleari" a tutela dei valori europei: la sentenza Ungheria c. Parlamento europeo (C-650/18)* 679

M. LIGUORI, *Giudici e applicazione diretta della Costituzione nei rapporti tra privati* 695

SPECIALE
LA REGOLAZIONE DELLE DECISIONI ALGORITMICHE DA PARTE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo* 723

C. MASCIOTTA, *Protezione dei dati personali e uso degli algoritmi. Indagine a partire dalla prassi: la dimensione europea* 733

V. PAGNANELLI, *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante* 783

S. TORREGIANI, *L'impatto dei dati non personali sulle decisioni algoritmiche: la prospettiva delle autorità amministrative indipendenti europee* 807

C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione* 831

E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo* 843

M. GIANNELLI, *Poteri dell'AGCOM e uso degli algoritmi. Tra innovazioni tecnologiche ed evoluzioni del quadro regolamentare* 859

E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust* 879

F. BAGNI, *Uso degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea* 909

A. CARDONE, *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle Autorità garanti* 929

G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche* 939

E. CHELI, *Conclusioni* 953

G. DE MINICO, *Autorità indipendenti e algoritmi: una famiglia disfunzionale* 959

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 2/2021

EVOLUZIONE DEL RAPPORTO FRA TECNICA E POLITICA. QUALI SARANNO GLI EFFETTI IN UNO STATO TECNOLOGICO?

ELISABETTA CATELANI*

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Pisa.
Contatto: elisabetta.catelani@unipi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 2/2021
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

Il tema del rapporto fra tecnica e politica ricorre spesso e quasi in modo ciclico negli studi giuridico-politici e, più in generale nelle discipline c.d. sociali, che lo affrontano in prospettive ovviamente diverse, ma sempre indirizzate a capire i limiti dell'intervento dei tecnici esterni dal circuito politico sulle decisioni dello Stato. Il primato della politica rispetto all'influenza della tecnica fino a questi ultimi anni è apparso nettamente prevalente nelle varie indagini scientifiche.

Negli ultimi tempi la discussione è riapparsa tuttavia in modo insistente per la presenza di alcuni fattori contingenti che impongono di rivalutare il tema tenendo conto, da un lato dell'influenza che le scelte tecniche hanno avuto sulle decisioni politiche durante tutta la fase emergenziale e dall'altro al fine di comprendere gli effetti che l'Intelligenza Artificiale (IA) potrà avere sulla formazione delle stesse decisioni della pubblica amministrazione, ma anche delle stesse decisioni politiche.

Si tratta di molteplici tematiche che richiederebbero una trattazione articolata e che in questa sede possono essere accennate solo per sommi capi, ma che, in ogni caso, possono consentire di comprendere come le problematiche scientifiche e il ruolo degli organi tecnici incidono in modo significativo sul modo in cui opera lo Stato e in cui si formano le stesse norme giuridiche.

L'emergenza sanitaria ha messo in evidenza sicuramente il ruolo e l'importanza degli "scienziati", ma anche la loro debolezza, l'evanescenza delle affermazioni non sempre confermate dalla realtà successiva, talvolta anche la forte contraddittorietà di alcune affermazioni che incidono sulle decisioni poi adottate dai soggetti politici. Decisioni queste che si devono trasformare in atti amministrativi ed in un'attività di gestione, ma che prima di tutto devono essere trasfuse in atti normativi, non tanto in leggi, come abbiamo visto, ma in particolare in decreti-legge, DPCM ed ordinanze. Tutti atti che hanno alla loro base una sintesi della valutazione politica e tecnico/scientifica, che ovviamente presuppone una pluralità di competenze di supporto agli organi politici, ma sui quali il controllo parlamentare è sostanzialmente inesistente.

A tal fine occorre quantomeno richiamare tre modi in cui la politica e la tecnica si completano a vicenda ed hanno operato nella realtà giuridica italiana.

Il primo è l'assetto che potrebbe essere definito "normale", ossia quando la politica utilizza la tecnica, scegliendo nell'ambito della propria organizzazione e raramente al di fuori di essa, le competenze tecniche che servono alla realizzazione di indirizzi politici predeterminati.

Il secondo attiene alle ipotesi in cui la politica è esercitata direttamente dalla tecnica o, meglio, si potrebbe dire, la tecnica si sostituisce alla politica, legittimando scelte normative su un fondamento tecnico che viene prospettato come indiscutibile e non negoziabile. Si fa riferimento, in altre parole, a quelle fasi

tecnocratiche che determinano anche effetti anomali sul carattere rappresentativo e democratico dell'organizzazione dello Stato.

Il terzo caratterizza fasi che potremmo definire ibride, in cui formalmente esiste un governo "politico", ma la complessità della situazione, dovuta ad un eccesso di contrapposizione fra i partiti della maggioranza o per cause esterne, di natura economica o di altro genere, richiede un intervento delle competenze tecniche che non sono presenti (o non gradite se ci sono) nel circuito classico politico/amministrativo. In questo modo si cerca di deresponsabilizzare le scelte politiche in virtù degli interventi tecnici. Quando alla inadeguatezza della politica si affiancano anche eventi emergenziali, come le problematiche pandemiche che stiamo vivendo, la necessità di avere indirizzi tecnico-scientifici, che integrino le scelte politiche, si fa più stringente, tanto da non sapere esattamente dove finisca il ruolo della tecnica ed inizi quello della politica. E tutto questo ha effetti sia sulle scelte politico/amministrative, sia sulle scelte politico/normative.

Questi tre modi di confronto fra politica e tecnica possono essere connessi anche ad una ricostruzione diacronica nell'esperienza istituzionale italiana, anche se la prevalenza della politica, ovvero della tecnica, può essere riscontrata in modo ricorrente in vari momenti storici.

L'utilità di tornare su questi argomenti è poi ancor più rilevante dinanzi all'emergere della presenza significativa delle nuove tecnologie che influiscono anche in questo settore e che affiancano e supportano le scelte politiche fino a comprimere in modo significativo il ruolo della politica, alterando significativamente l'asse democratico-rappresentativo del nostro Stato costituzionale.

2. Tecnica e politica un rapporto stretto ma differenziato nei ruoli

Il rapporto fra politici e tecnici nell'ambito dell'amministrazione pubblica è sempre stato stretto, ma, nello stesso tempo, complesso ed articolato. Un rapporto che potrebbe essere definito di "amore-odio", che inevitabilmente ha prodotto e produce effetti continui sul funzionamento dello Stato, sulla realizzazione dell'indirizzo politico, sull'efficienza e sulla buona amministrazione.

La presenza dei tecnici nell'ambito dell'amministrazione pubblica non è mai stata stabile, alternandosi periodi in cui le Amministrazioni centrali erano supportate, se non addirittura gestite, da una pluralità di tecnici, ingegneri, architetti, economisti, a periodi in cui la burocrazia e le competenze meramente giuridiche hanno preso il sopravvento. Le ricostruzioni storiche di Guido Melis, che da sempre ha studiato in modo approfondito l'argomento, ci raccontano di uffici tecnici dell'Amministrazione centrale che sono stati implementati da numerosi tecnici nel periodo successivo all'unità d'Italia, quando le opere pubbliche dovevano rappresentare lo strumento per unificare davvero le varie parti di un territorio sconosciuto ai più.

A questo indirizzo di valorizzazione delle competenze tecniche si sono poi succedute fasi in cui l'espansione dell'amministrazione, a partire dall'età giolittiana, ha portato all'emarginazione delle professionalità tecniche ed alla conseguente burocratizzazione dell'amministrazione con la prevalenza del ruolo di giuristi ed amministrativi. Un'alternanza fra la burocratizzazione ed indirizzo tecnico si è avuta anche durante il fascismo, come ancora ci racconta Guido Melis ne *La macchina imperfetta* (Il Mulino, Bologna, 2018), dove ha ricostruito il periodo fascista in un'ottica storico/amministrativa molto dettagliata e puntuale, evidenziando il ruolo che hanno avuto ragionieri, economisti, ingegneri, bonificatori, organizzatori corporativi, statistici nell'attuazione delle politiche fasciste. Ma fra tutti i tecnici, non possiamo dimenticare il ruolo che hanno avuto i due consiglieri economici di Mussolini, Alberto Beneduce e Alberto Pirelli che, più di tutti gli altri, ma in modo interno e sconosciuto ai più, gli suggerivano gli indirizzi politico-amministrativi da adottare. Si trattava quindi di un ruolo sicuramente rilevante delle competenze e dei consulenti tecnici che tuttavia non comparivano molto all'esterno, ma costituivano le fondamenta per molte decisioni politiche che implicassero competenze specifiche di settore.

Ed ancora non possiamo dimenticare, come anche all'inizio del periodo repubblicano vi sia stata una pari rilevanza degli uffici giuridico/burocratici e di quelli tecnici per la necessità della ricostruzione dello Stato, per la realizzazione di quelle infrastrutture di cui ancora beneficiamo a distanza di sessant'anni.

L'importanza del supporto tecnico nelle decisioni politiche è stata confermata anche in gran parte della storia repubblicana del secolo scorso e confermata negli studi sui rapporti fra tecnica e burocrazia sviluppati in quegli anni. Era la fase storica in cui le decisioni venivano adottate prevalentemente a livello centrale ed in cui i Ministeri erano formati in modo tale da avere al loro interno una pluralità di competenze tecniche, prevalentemente di carattere giuridico, dato che l'attività amministrativa e normativa era dominante, ma non mancavano certo organismi e specializzazioni tecnico/scientifiche interne alla stessa amministrazione con ingegneri, architetti, economisti, sociologi, statistici ecc. Una presenza che tuttavia nel corso degli anni si è assottigliata, sia per il decentramento delle competenze, sia per il taglio del personale amministrativo che per lungo tempo non poteva essere integrato per problemi economici, sia per un approccio a queste tematiche che si preferiva fossero "esternalizzate" piuttosto che interne alla stessa Amministrazione.

Si è quindi provveduto a nominare Comitati tecnici, Commissioni, tavoli di lavoro di esperti che coadiuvano il politico nella decisione da adottare, fin dall'inizio della legislatura o nel momento della formazione di un nuovo governo, che devono lavorare in modo stabile a fianco delle Amministrazioni e dei soggetti politici, ministri, vice-ministri, sottosegretari, capi di gabinetto ecc.

Si tratta tuttavia di periodi in cui la politica, i politici ed i partiti hanno un ruolo prevalente ed appunto si fanno supportare nelle proprie decisioni da questa varietà di soggetti tecnici, ma sempre attraverso il filtro della decisione politica che appare all'esterno.

In tempi recenti è accaduto che si siano seguite ulteriori strade per avere un supporto tecnico "esterno" per la decisione politica, ossia l'uso di società di consulenza private, che coadiuvano il soggetto politico nell'individuazione delle soluzioni concrete, a partire comunque da obiettivi e finalità che il politico formula in modo prevalentemente autonomo. L'intervento di società di consulenza private, che spesso fanno capo a multinazionali del settore, è stato oggetto di numerose critiche per il rischio di un'interferenza esterna e più che altro "estera" sulle decisioni dello Stato.

Entrambe le soluzioni, società di consulenza o Comitati, hanno pregi e difetti, ma paiono legittime e percorribili, perché dovrebbero essere sempre indirizzate dalle scelte politiche. Spesso, tuttavia, accade che i Comitati, che, come si è detto, hanno una struttura stabile per tutta la legislatura, acquisiscano con il tempo una autonomia di decisione o comunque un'influenza sul ruolo di filtro che poi deve (dovrebbe) svolgere il politico. Sono infatti nomine fiduciarie, con piena discrezionalità di scelta dei componenti da parte del soggetto politico, cosicché spesso accade che le competenze tecniche sovrastino completamente chi ha fatto la nomina, in virtù della difficoltà di discernere le problematiche della materia, ma sempre giustificate dal rapporto di fiducia con i componenti del Comitato o della Commissione. Il problema che quindi si pone è quello della garanzia e della possibilità di verificare l'effettiva capacità e competenza del nominato, che non sempre è garantita, così da rendere assai discutibili e contrastate le scelte poi operate (su cui vedi *ultra* § 4).

3. Tecnocrazia: una situazione anomala

Situazione opposta si ha, invece, quando ai tecnici è affidata direttamente la funzione politica.

Nel nostro ordinamento costituzionale teoricamente dovrebbe costituire un'anomalia parlare di tecnocrazia ed anche di governo tecnico, perché la forma di governo parlamentare e la necessità di un voto inziale di fiducia nei confronti di ogni governo, nonché la necessità di un mantenimento del rapporto di fiducia fra Governo e Parlamento, dovrebbe determinare la presenza di un governo che sia prima di tutto accettato dai rappresentanti e quindi indirizzato politicamente nella stessa linea della maggioranza. Ciò nonostante, le crisi economiche che si sono succedute nella storia istituzionale italiana hanno viceversa determinato la valorizzazione dei tecnici fino a sostituire gli stessi soggetti provenienti dalla politica nella gestione del governo.

La tecnocrazia si ha quando la tecnica si sostituisce completamente alla politica, perché la soluzione di problematiche particolari e talvolta eccezionali impongono di affidare il governo a soggetti che non solo abbiano capacità tecniche, ma anche che si assumano decisioni "scomode", ma necessarie.

Nella storia istituzionale italiana possono essere ricordati almeno tre governi in cui la tecnicità della sua composizione ed il modo di operare era prevalente, nominati in situazioni, se non di emergenza, sicuramente di crisi della politica e/o dell'economia: il governo Ciampi del 1993 generalmente considerato il primo governo formalmente tecnico, in quanto presieduto dall'ex Governatore della Banca d'Italia e composto in parte da tecnici ma anche da politici, nominato subito dopo lo tsunami rappresentato dai referendum abrogativi del 1993, l'accoglimento dei quali ha messo in discussione molte scelte primarie della politica italiana, prima fra tutti quella contenuta nella legge elettorale proporzionale e la presenza di alcuni ministeri allora considerati inutili. Un governo poi nato dopo la fase più "calda" di "Tangentopoli", in un periodo quindi di totale assenza (più che di crisi) dei partiti ed in cui occorreva garantire una stabilità dinanzi ad un "terremoto" politico così significativo. Altrettanto può essere detto per il governo Dini, nominato dopo la crisi del primo governo Berlusconi, in una fase in cui la politica subiva ancora gli effetti derivanti dall'intervento giudiziario e dell'introduzione di un sistema elettorale maggioritario non pienamente sedimentato ed accettato dagli stessi partiti. Ed infine, il più recente governo Monti che assomma in sé le caratteristiche di governo tecnico e di governo del Presidente, in quanto cercato e voluto dal Presidente della Repubblica (si ricordi la nomina a senatore a vita di Monti pochi giorni prima della sua nomina a Presidente del Consiglio), ma composto integralmente da ministri tecnici, tutti caratterizzati dalla loro provenienza e competenza tecnica. Un governo chiamato a risolvere una crisi economica mondiale e che imponeva, appunto l'adozione di decisioni impopolari, che solo un governo tecnico aveva la possibilità di prendere.

Se il governo Monti, come è facile ricordare, ha fatto interventi normativi molto incisivi e penetranti da un punto di vista economico/finanziario, sul lavoro, sulla previdenza, a partire dalle competenze specifiche dei singoli ministri, non altrettanto si può dire per gli altri due governi tecnici di Ciampi e Dini, se non appunto in materia economica ed occupazionale. In particolare, per quanto riguarda il governo Ciampi, si possono ricordare alcuni interventi importanti, ma non certamente essenziali, che hanno avuto effetti anche a distanza di tempo, riguardanti la materia dell'occupazione dei lavoratori, misure urgenti in materia di economia, da segnalare le leggi n. 19 e 20 del 1994 in tema di giurisdizione e poteri di controllo della Corte dei Conti, e poi una serie di assestamenti conseguenti ai referendum del 1993 con la soppressione di alcuni Ministeri, anche interventi in materia radiotelevisiva. Anche gli atti e gli effetti

normativi del governo Dini non possono essere segnalati per particolare rilevanza se si osservano, a distanza di tempo, i settori d'intervento normativo in quell'anno o poco più di azione di tale governo.

Constatazione questa che non può certo portare a sottovalutare il ruolo che i governi tecnici hanno in un determinato periodo storico, visto che l'attività di governo non è data solo dalla capacità d'influire sull'approvazione delle leggi o sull'emanazione di decreti-legge, ma deve essere considerata nel suo complesso tutta l'attività normativa, amministrativa ed appunto l'attività di governo svolta in quella fase. La natura tecnica del Ministro, ossia di colui che deve fare le scelte politiche essenziali, consente sicuramente di poter indirizzare in modo più incisivo il lavoro delle strutture amministrative interne del proprio ministero, ma non esclude poi che permanga un rapporto non sempre semplicissimo sul supporto tecnico dei vari Dipartimenti o Direzioni, che possono più o meno collaborare o comunque avere quelle competenze necessarie per seguire gli indirizzi, anche molto dettagliati, del ministro tecnico. In definitiva, non è sufficiente la preparazione settoriale del politico, se poi non è adeguatamente supportata dalle strutture amministrative competenti (si pensi ai problemi connessi ai c.d. "esodati" dopo la riforma Fornero).

4. Rapporto politica-tecnica durante l'emergenza

Durante l'ultima legislatura, il rapporto politica-tecnica ha assunto un ruolo molto diverso, non solo in conseguenza dell'emergenza sanitaria, che ha alterato tutti i rapporti istituzionali, come meglio si cercherà di analizzare, ma anche a partire dalla teorizzazione della marginalità delle competenze, mettendo in dubbio il carattere professionale del politico che, in virtù dell'esperienza, dell'attività interna al partito e nelle varie istituzioni locali, ha la possibilità di maturare le nozioni necessarie per il "governo della collettività".

Con la nascita dei movimenti e con l'abbandono dei "tecnici della politica", si è cercato di mettere in crisi tutto il sistema su cui si è fondato il costituzionalismo del '900, valorizzando contemporaneamente i "non tecnici" ed i "non politici" professionali.

Dinanzi alla necessità di governare ed ancor più dinanzi alla necessità di reagire ad un'emergenza, il ruolo dei tecnici è tornato ancora una volta centrale, per risolvere problemi concreti inimmaginabili ed indeterminabili. Ciò ha coinciso, tuttavia, con l'assenza di strutture tecniche adeguate interne all'Amministrazione, che si sono dovute formare nell'immediatezza con soggetti ancora una volta istituzionali, che non sempre avevano anche le competenze necessarie ad obiettivi particolari.

Da uno studio fatto alla fine della prima fase dell'emergenza sanitaria (maggio/giugno 2020), il numero dei tecnici in vario modo coinvolti dal governo era particolarmente significativo, si è parlato addirittura di più di 400 tecnici, senza

parlare delle strutture tecniche nominate *ad hoc* da parte delle regioni, per supportare a loro volta i governi regionali nell'adozione delle diverse decisioni ad esse affidate.

Dinanzi ad una pandemia, che ha travolto tutti i sistemi sanitari, economici, organizzativi mondiali, marginale era sicuramente la valutazione dei criteri attraverso cui il governo decideva di attribuire una competenza o un ruolo ad un determinato organismo, Comitato o *Task–force*, l'importante era raggiungere un risultato adeguato alla situazione. Ma proprio la carente programmazione ha determinato l'estemporaneità delle nomine, talvolta in base a criteri istituzionali di ruolo ricoperto, talaltra in base a valutazioni pienamente discrezionali di vicinanza al singolo politico. Anche la presenza iniziale solo di uomini in alcune di queste *task force* e nello stesso Comitato scientifico costituisce l'ulteriore conferma che i meccanismi di nomina non hanno funzionato adeguatamente, non tanto per un problema di rappresentanza femminile, che in organi tecnici non necessariamente vi deve essere qualora le competenze adeguate non vi fossero (anche se ormai è difficile che avvenga nella maggior parte dei settori), quanto perché si è poi facilmente potuto constatare che proprio questa assenza ha inciso sulla tipologia di indirizzi dati dai Comitati scientifici, non molto attenti a tutti gli effetti che la pandemia ha determinato proprio nei confronti delle donne, cosicché il governo si è poi trovato costretto ad integrare la composizione dopo le tante critiche ricevute (E. Catelani, M. D'Amico (a cura di), *Effetto Codiv. Donne: la doppia discriminazione*, Il Mulino, Bologna 2021).

In realtà, un problema non marginale in questo uso ampio e diversificato dei tecnici è quello dei criteri di scelta. Il tecnico dovrebbe essere selezionato e prescelto sulla base della propria competenza in quel settore. Se è vero quello che ci dice Giuseppe Guarino (*Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962), che il tecnico è "ogni persona che possieda le conoscenze o le attitudini specializzate necessarie per risolvere un determinato problema", ed a distanza di sessant'anni il suo pensiero rimane sicuramente intatto, occorrerebbe selezionare quelli che meglio di altri hanno queste conoscenze ed attitudini con criteri che dovrebbero garantire un margine di oggettività nella scelta, ossia vi dovrebbe essere un procedimento determinato e trasparente per la nomina nei vari Comitati. Questo dovrebbe costituire un presupposto imprescindibile, che da un lato consenta al politico di conoscere effettivamente la pluralità di soggetti competenti ed adatti a risolvere problemi specifici e dall'altro garantisca anche una trasparenza nella valutazione dell'effettiva competenza del tecnico, evitando così l'opacità dei criteri scelti. E l'emergenza non può, sotto questo profilo, costituire una giustificazione della piena discrezionalità, che può tramutarsi in causalità, appunto perché i procedimenti dovrebbero essere predeterminati e validi sempre, magari accelerando in maniera

significativa i tempi di selezione e decisione, ma sempre per la finalità prevista di garanzia della scelta del soggetto più competente, più idoneo, più specializzato per quel determinato ruolo.

Gli ampi limiti della gestione che sono stati riscontrati in questa emergenza sanitaria (ma forse anche in altre situazioni pregresse di tipo economico, in cui parimenti il supporto dei tecnici era essenziale), era dovuta proprio alla forte commistione fra la valutazione tecnica e quella politica necessaria per l'adozione di un determinato indirizzo, per l'approvazione del contenuto di un decreto-legge o di un DPCM, per la trasmissione ai cittadini di una scelta operata dal governo. Commistione che ha portato tuttavia a non consentire di comprendere esattamente fino a che punto l'indirizzo era giustificato da valutazioni di carattere politico o invece di carattere tecnico, anche a causa della segretezza che, fino ad una certa fase, era stata imposta per le decisioni del Comitato tecnico scientifico. Incertezza che sicuramente non delegittima i singoli atti adottati dal governo, pur con tutti i limiti che hanno dimostrato (si pensi al contenuto del primo decreto-legge n. 6/2020 prima modificato in modo sostanziale in fase di conversione e poi abrogato per la genericità del contenuto), ma costituisce un'immagine d'incertezza e di poca trasparenza sull'operato del governo e dei suoi atti. La non conoscenza all'esterno dei dati e delle proposte provenienti dagli organi tecnici, che tuttavia sono stati richiamati come presupposto degli atti normativi adottati, hanno reso questo rapporto fra politica e tecnica molto nebuloso.

Nello stesso tempo è poi accaduto che i risultati delle attività svolte (Comitato Colao) siano stati, prima qualificati come lo strumento per garantire l'individuazione di soluzioni ottimali per la ripartenza dello Stato e poi, invece, oggetto di considerazione marginale e comunque siano stati visti più come obiettivi utopistici, piuttosto che prospettive raggiungibili. Ed allora dalle "*task force*" si è passati agli "Stati generali", altro percorso che apparentemente dovrebbe valorizzare le valutazioni e gli indirizzi dei tecnici, ma dall'altro paiono più obiettivi d'immagine, che percorsi necessari per l'adozione di atti politici.

Un insegnamento che bisognerà trarre da questa emergenza è quindi rappresentato dalla necessità di predeterminare e rendere certi ed identificabili i criteri di selezione dei tecnici, non mettendo in dubbio la necessità di garantire anche la vicinanza ideologico/politica con la maggioranza di governo, ma occorre che, nello stesso tempo, siano individuate procedure che consentano al politico di valersi di tecnici adeguati alla pluralità di situazioni che possono emergere e una trasparenza nella scelta.

Ancora le parole di Giuseppe Guarino possono indirizzarci al fine di cercare di comprendere lo spartiacque fra il ruolo dei politici e quello degli scienziati. Entrambi essenziali, ma il politico deve svolgere il suo ruolo in modo professionale, come "tecnici della politica", ossia "*essi devono aver acquisito*

una specializzazione che comprende le nozioni necessarie per il governo della collettività e che si fonda sullo sviluppo delle attitudini indispensabili per adottare quelle decisioni che sono sottratte agli altri tecnici".

In definitiva, il politico deve essere colui che deve avere le capacità di selezionare il tecnico e nello stesso tempo riuscire a valutare fra le varie soluzioni scientifiche quella che risponda meglio alle proprie finalità. È in ogni caso necessario che vi sia qualcuno che trasformi le idee in scelte e soluzioni precise, ossia il politico deve operare come "cerniera" fra tecnici e comunità. I "tecnici" non devono certamente essere demonizzati, anzi devono convivere in modo simbiotico con il politico. Un tecnico che abbia ben presente il dato scientifico nelle sue più ampie accezioni o, talvolta, che utilizzi e si confronti con i tanti tecnici di settore e sappia fare a sua volta da collettore fra le varie soluzioni possibili, per poi tramutare tale indagine in varie soluzioni tecniche da sottoporre al politico.

5. Le nuove tecnologie ed il rischio di un'ulteriore alterazione dei rapporti fra tecnica e politica

Il nostro sguardo deve ora andare oltre il presente e tener conto delle evoluzioni che stanno trasformando il modo di operare del governo, tanto che ormai è ricorrente il richiamo al concetto di "Stato tecnologico" come l'evoluzione normale ed inevitabile dell'organizzazione statuale. Ciò avviene non solo per gli effetti delle nuove tecnologie sulla vita di tutti i cittadini, ma per il modo in cui si formano gli atti amministrativi, normativi e le decisioni politiche più in generale. Una trasformazione in rapida evoluzione che il governo fino ad ora ha subito, più che indirizzato, tanto che è recente l'istituzione del Dipartimento per la trasformazione digitale (DPCM 19 giugno 2019), che è diventato il punto di riferimento per accompagnare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione e più in generale la trasformazione tecnologica del Paese.

Varie sono le tecniche utilizzabili al fine di agevolare, ma non certamente sostituire scelte politiche complesse. L'intelligenza artificiale, l'uso degli algoritmi e il *machine learning* possono sicuramente modificare e forse anche semplificare il modo in cui vengono adottate determinate decisioni politiche. In particolare, per la formazione delle leggi il lavoro del legislatore (parlamentare o governativo) può essere agevolato da piattaforme di *crowdsourcing legislation*, che possono portare all'individuazione di una pluralità di soluzioni normative possibili per un determinato obiettivo. Ciò che un tempo richiedeva un'attività d'indagine preparatoria particolarmente complessa per la formazione di un atto, può essere realizzata in tempi estremamente ridotti. Cosicché, se si utilizzassero i vari strumenti dell'intelligenza artificiale per verificare gli effetti che ha avuto l'applicazione di una determinata normativa in un periodo di tempo, si potrebbero avere risultati veloci e verificabili dal soggetto politico in ordine

alla bontà di una determinata normativa e all'impatto che ha avuto nel settore. In altre parole, la c.d. valutazione d'impatto della regolazione (VIR) potrebbe essere agevolata nella sua formulazione da meccanismi automatizzati, così come si potrebbe ottenere la verifica preventiva degli effetti di una nuova normativa (AIR). Meccanismi che sarebbero in ogni caso subordinati alla scelta degli obiettivi da selezionare, che devono essere comunque determinati dall'uomo.

Le nuove tecnologie possono e devono costituire uno strumento per agevolare e velocizzare l'elaborazione e la conoscenza dei dati tecnici che sono il presupposto della decisione politica, ma non possono sostituirsi a questa.

Occorre partire dal presupposto che, nonostante l'evoluzione dell'intelligenza artificiale e la capacità dei programmi di acquisire in modo autonomo ulteriori conoscenze, vi deve essere sempre lo spazio per un controllo e per una verifica, sia dei criteri di selezione dei dati, sia dei risultati conseguiti. In particolare, è stato segnalato il rischio derivante dai sistemi di *machine learning*, che non consentono allo stesso programmatore di conoscere i criteri in base ai quali si giunge ad una decisione o ad un risultato. Si impone, cioè, la presenza di una specie di meccanismi di allarme per evitare che si formino *output* anomali, è necessario poi che i criteri con cui vengono scelti ed utilizzati i dati siano conoscibili, insomma che vi sia una trasparenza anche nel processo di formazione dell'IA.

Ma anche questo non è certamente sufficiente visto che, come è stato giustamente osservato (A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 83), "gli automatismi finiscono per godere di quella che la *nudging theory* chiama la "*default-option force*": un indubbio plusvalore "pratico" connesso alle scelte suggerite automaticamente (dal sistema, dall'algoritmo, dalla profilazione automatica), rispetto alla quale ci si può discostare, ma a patto di impegnarsi in un notevole sforzo (e rischio) valutativo".

Due sono i rischi che, pertanto, possono venire dall'uso incontrollato dell'IA nella decisione politica: da un lato la convenienza in termini di tempo e di impegno personale a controllare e mettere in discussione un dato che proviene dalla macchina da parte del politico, affidandosi ciecamente ad essa, dall'altro la giustificazione ed i dati tecnici possono prevalere e sostituirsi alla valutazione politica, potendo così rappresentare uno strumento per ridurre o comunque spostare su altri (tecnici o sull'IA) una parte della responsabilità politica.

Quindi se è vero che per ogni decisione politica l'ultima parola deve essere sempre affidata alla persona fisica, il rischio di affidarsi al risultato tecnico proveniente dalla macchina senza una valutazione ponderata è significativo.

Vi è la tendenza di affidare anche le decisioni amministrative al *software*, ma i rischi anche in questo caso non sono marginali. Molte decisioni, anche quelle che possono incidere sull'esercizio di diritti, sono affidate spesso al risultato che proviene da un algoritmo, senza alcuna possibilità di intermediazione umana. Un risultato che non può consentire deroghe, anche quando è palesemente irragionevole o comunque limitativo dei diritti in modo eccessivo e che, pertanto, richiede in qualche modo l'intervento dell'uomo, che corregga il risultato della macchina.

Se quindi le nuove tecnologie costituiscono sicuramente un aiuto ed uno strumento di semplificazione per il lavoro del politico, ciò non significa che lo possano sostituire, ma sicuramente lo possono influenzare in maniera significativa, a tal punto da indirizzarlo verso soluzioni molto diverse da quelle che potevano apparire preferibili originariamente.

Non è questa la sede per affrontare i problemi connessi all'influenza che le nuove tecnologie possono avere sulla stessa formazione della volontà politica, penso ad esempio all'influenza che hanno i *social* o le varie piattaforme dei partiti o gli stessi algoritmi per comprendere in tempo reale l'opinione degli elettori (non necessariamente solo i propri) su una questione o su un atto specifico, in quanto, pur costituendo sicuramente un aspetto rilevante in ordine alla rappresentanza ed alla responsabilità politica, non incide direttamente sul modo in cui il politico si rapporta con il tecnico. Sicuramente anche le modalità attraverso cui il politico acquisisce le valutazioni, gli apprezzamenti su una determinata soluzione normativa o su un indirizzo politico, possono influire sul rapporto fra politica e tecnica.

Una strada che consente di mediare fra l'evoluzione tecnologica ed il controllo politico e giuridico di tale processo sembra essere indirizzata dalle nuove prospettive che si aprono con le c.d. *Regulatory Sandboxes* (o RS), che consentono spazi di sperimentazione giuridica in ambito tecnologico e di digitalizzazione, ora in parte legittimate con l'art. 36 del d.l. semplificazioni n. 76 del 2020. Si stanno quindi aprendo nuovi spazi di collaborazione fra tecnica e politica sicuramente innovativi da un punto di vista delle procedure seguite e dei risultati che s'intendono conseguire.

In uno "Stato tecnologico", in definitiva, la tecnica non è data soltanto dalla conoscenza che proviene dagli esperti, da coloro che sanno e possono utilizzare i dati scientifici in misura più diretta, ma dalla pluralità di strumenti tecnologici che in varia misura possono influenzare l'adozione di una determinata soluzione politica. L'evoluzione tecnologica è talmente rapida, che ha reso il politico sempre più vulnerabile ed indifeso, perché non più in connessione solo con i tecnici, ma con vari strumenti tecnologici e quindi con la tecnica direttamente.

QUANDOQUE BONUS DORMITAT CODEX? LA STRANA "QUIESCENZA" DEL CONSOLIDATO SISTEMA DI PROTEZIONE CIVILE

ANDREA CONZUTTI*

Sommario

1. Una rottura della legalità costituzionale? No, grazie. – 2. L'architettura normativa. – 2.1. Genesi ed evoluzione del Servizio nazionale di protezione civile. – 2.2. L'inquadramento costituzionale del bene giuridico protetto alla luce del connesso riparto competenziale. – 2.3. L'organizzazione della protezione civile ed il raccordo tra centro e periferia – 2.4. Dalla fase prodromica di mobilitazione alla dichiarazione dello stato di emergenza – 3. Le ordinanze di protezione civile – 3.1. Gli itinerari giurisprudenziali. – 3.2. La visione accolta dal nuovo Codice – 4. La *governance* alternativa nella prassi governativa. – 5. (In)opportunità del disallineamento dal paradigma legislativo. – 6. *Spes Ultima Dea*? Un discostamento da cui discostarsi.

Abstract

More than a year after the origin of the health crisis and the consequent declaration of national emergency, after the most acute phase of the fight against this "invisible enemy", it is possible to try to take stock of how our source system has reacted to an objectively sudden and unpredictable upheaval. If without doubt the constitutional order, despite some avoidable stress tests to which it has been subjected, has, at least formally, held up, the question that needs to be asked appears rather another one. Has the "alternative" governance, based on the unusual binomial d.l./d.P.C.M. and greatly diverged from the Civil Protection Code, really proved to be the most appropriate and efficient solution, or, on closer inspection, has it ended up generating more problems than it has solved?

Suggerimento di citazione

A. CONZUTTI, Quandoque bonus dormitat codex*? La strana "quiescenza" del consolidato sistema di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottorando di ricerca e cultore della materia in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Trieste.

Contatto: andrea.conzutti@phd.units.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Una rottura della legalità costituzionale? No, grazie

«Da più parti si va ora formulando l'ipotesi che in realtà noi stiamo vivendo la fine di un mondo, quello delle democrazie borghesi, fondate sui diritti, i parlamenti e la divisione dei poteri, che sta cedendo il posto a un nuovo dispotismo, che, quanto alla pervasività dei controlli e alla cessazione di ogni attività politica, sarà peggiore dei totalitarismi che abbiamo conosciuto finora».
G. AGAMBEN, *Nuove riflessioni*, in *Quodlibet.it*, 22 aprile 2020.

È con questa durezza di toni che il noto Filosofo romano, il quale in altra sede aveva discorso persino di «invenzione» dell'epidemia, ha aspramente apostrofato la risposta pubblica alla, purtroppo tuttora attuale, vicenda emergenziale[1]. A detta dell'Autore, che non si è risparmiato neppure dall'evocare un pericoloso parallelismo tra la situazione contingente ed il famigerato periodo del *Terrore*, la tutela della salute, come già in passato, verrebbe oggi nuovamente impiegata quale grimaldello per imporre controlli penetranti e militarizzazioni, abituando i cittadini a restrizioni sempre più invasive delle loro libertà fondamentali. Tutto ciò condurrebbe, in ultima istanza, ad una nuova forma di dispotismo connotato, tra le altre cose, dalla definitiva abolizione del basilare principio di divisione dei poteri su cui si radica il nostro (e ogni odierno) Stato di matrice democratica[2].

In realtà, la migliore dottrina costituzionalistica ha dal canto suo già diffusamente ribadito, da un lato, che ad onta di qualche innegabile slabbratura, «la risposta delle nostre istituzioni non è stata quella tipica di una democrazia autoritaria» e, dall'altro, che «la Costituzione, una volta di più, ha dimostrato di saper offrire un quadro normativo saldo ed efficace, smentendo tutti coloro che lamentano l'assenza di una norma esplicita sugli stati di emergenza»[3].

[1] Cfr. G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, 26 febbraio 2020, nonché ID., *Contagio*, 11 marzo 2020, entrambi consultabili nella pagina curata dall'Autore su *Quodlibet.it*. Tale posizione "estrema", e forse persino apodittica, è stata fortemente criticata, tra gli altri, da D. GRASSO, *Agamben, il Coronavirus e lo stato di eccezione*, in *minima&moralia*, 27 febbraio 2020, e da P. FLORES D'ARCAIS, *Filosofia e virus: le farneticazioni di Giorgio Agamben*, in *MicroMega*, 16 marzo 2020. A queste contestazioni l'Autore ha, peraltro, replicato, seppur piuttosto debolmente, in G. AGAMBEN, *Chiarimenti*, in *Quodlibet*, 17 marzo 2020.

Più in generale, per una raccolta di tutti gli interventi dell'Autore sull'attuale emergenza sanitaria, in cui il filosofo propone una profonda riflessione sulla "Grande Trasformazione" che, in nome della biosicurezza e della salute, è attualmente in corso nelle democrazie occidentali, si rinvia diffusamente a G. AGAMBEN, *A che punto siamo?: l'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020.

[2] L'Autore evoca, in particolare, il famigerato "Comitato di salute pubblica", ossia l'organo governativo composto dai maggiori rivoluzionari francesi, creato dalla Convenzione Nazionale il 17 germinale dell'anno I (6 aprile 1793) e deputato a proteggere la Repubblica dai pericoli di invasione e di guerra civile.

[3] Così, testualmente, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2/2020, p. 140; sulla medesima lunghezza d'onda si confrontino anche, *ex multis*, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema*

Senza certo bisogno di scomodare le risalenti elaborazioni teoriche della *necessità* come fonte del diritto ovvero di dare ascolto agli appelli, *de iure condendo*, di coloro che vorrebbero costituzionalizzare l'emergenza mediante l'introduzione di una c.d. *emergency clause*, argomenti, questi, che carsicamente riemergono nei momenti in cui l'acutizzarsi delle "situazioni eccezionali" si fa più pressante, possiamo affermare che, anche a diritto costituzionale invariato, la Carta fondamentale si è rivelata capace di esprimere tutta la propria precettività al cospetto di un contesto emergenziale difficile come quello attuale[4].

Se dunque l'ordinamento costituzionale, nonostante alcuni evitabili *stress test* e torsioni cui è stato sottoposto, può dirsi, almeno formalmente, salvo, non ci si può d'altro canto esimere dal formulare alcune riserve circa l'opportunità delle scelte di contrasto alla pandemia perseguite nel nostro Paese, di cui il profluvio delle misure emergenziali adottate rappresenta patente espressione. Detto diversamente, il vero baricentro della riflessione deve rinvenirsi non già in una pretesa rottura dell'ordine costituzionale, in un'asserita violazione della gerarchia delle fonti ovvero in una lamentata eccessiva compressione delle libertà fondamentali, tutti profili a più riprese esclusi dai giuristi più attenti,

delle fonti, in *Consulta Online,* 1/2020, p. 214; E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *Federalismi.it*, 16/2020, p. iv ss. Appare qui peraltro utile rinviare, per una recente ricostruzione analitica circa la capacità del nostro ordinamento giuridico, nel suo complesso, di far fronte all'imperante crisi pandemica, ai diversi contributi contenuti in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Eut, Trieste, 2020; nonché in M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI, *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

[4] Lo rileva A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 314 ss.

Il contesto storico e teorico nel quale sono germogliate le teorie della necessità quale fonte del diritto è estremamente ampio ed eterogeno. Basti in questa sede ricordare che, come noto, la più risalente e compiuta ricostruzione della necessità quale fonte di produzione normativa si deve a Santi Romano, come portato di fondo della sua teoria istituzionalistica, cfr. a tale proposito 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. 251 ss., ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 287 ss. Profondamente diverso è, per converso, il pensiero mortatiano circa la capacità nomopoietica della necessità che concreta, nella visione dell'Autore, un vero e proprio presidio alla "Costituzione in senso materiale", per indicazioni in tal senso v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1976, p. 715 ss. Da tale angolo visuale, non può nemmeno dimenticarsi la teoria della c.d. "necessità funzionalizzata", elaborata da Giovanni Miele, pare, pertanto, prezioso rinviare a G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubb.*, 1936, p. 377 ss. Per indicazioni di ordine maggiormente generale sul punto si vedano i risalenti, ma pur sempre attuali, contributi di A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico*, Pierro, Napoli, 1916; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1/1917, p. 269 ss., ora in ID, *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 193 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Stato di Assedio*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Utet, Torino, 1971, p. 273 ss.; P.G. GRASSO, *Necessità* (stato di) (diritto pubblico), in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 866 ss.; F.S. SEVERI, *Un problema antico: la necessità come fonte*, in *le Regioni*, 6/1989, p. 1782 ss.

quanto piuttosto in un'attenta valutazione del grado di efficienza dimostrato dallo schema emergenziale *ad hoc* cui si è scelto di fare ricorso.

È dunque da uno sforzo teorico di ricostruzione delle peculiarità del nuovo Codice della protezione civile[5], e più in generale del complessivo sistema delle fonti, finanche pretorie, innervanti detto strumentario normativo, che occorre prendere le mosse per provare a giudicare correttamente il reale rendimento delle modalità di gestione politica della crisi. La l. n. 225/1992, prima, ed il d.lgs. n. 1/2018, poi, sottendono, in effetti, l'ambizioso disegno di una compiuta disciplina del fenomeno emergenziale tanto sotto un profilo statico (di individuazione nonché coordinamento delle varie strutture componenti il Servizio nazionale di protezione civile) quanto dinamico (di concreta gestione delle situazioni di rischio), cristallizzando, così, un solido paradigma legislativo di cui l'Esecutivo ben disponeva al momento del «paziente 0 e del giorno 1 di quella che sarebbe diventata la pandemia da Covid-19»[6].

Sotto questo profilo, una sintetica ricostruzione della "catena normativa" dell'epidemia consentirà di mettere in luce come la prassi governativa si sia fortemente discostata dalla disciplina generale delle situazioni di emergenza contenuta, per l'appunto, nel predetto Codice. Per la verità, a fronte di un consolidato sistema nazionale di protezione civile, anche frutto dell'incessante lavorio della giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, l'alluvionale sequela di atti e provvedimenti che hanno scandito l'evolversi della pandemia, facendo leva tanto sul potere d'ordinanza del Ministro della salute, quanto sull'insolita sequenza, d.l. e d.P.C.M., ci ha piuttosto consegnato un generalizzato scollamento rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 1/2018.

Muovendo da queste necessarie premesse si cercherà di vagliare, attraverso lo schema argomentativo della valutazione comparativa, l'operatività di quel canale normativo "parallelo" per il quale si è *in concreto* optato, in controluce rispetto al paradigma proprio della protezione civile, che sarebbe stato *in astratto* utilizzabile ma che l'Esecutivo ha, più o meno scientemente, preferito lasciare "quiescente" nella propria cassetta degli attrezzi. Forse, ad oltre un anno dall'origine della crisi sanitaria e dalla conseguente dichiarazione di emergenza nazionale, superata, peraltro, la fase più acuta della lotta contro questo "nemico invisibile", è possibile tentare di tracciare un bilancio del modo in cui il nostro sistema costituzionale abbia risposto a detto sconvolgimento,

[5] D'ora in poi solamente "Codice" ovvero "Testo unico".

[6] Il duplice profilo statico e dinamico sotteso al composito disegno apprestato dal legislatore nel Testo unico viene rimarcato da G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2020, p. 16, il quale conclude che «Tutto questo impianto, forse soprattutto sotto un profilo dinamico, non ha retto alla prova della situazione di emergenza in atto».

Il virgolettato mutua l'espressione impiegata da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 109.

obiettivamente improvviso ed imprevedibile[7]. In altri termini, si ritiene che i tempi siano effettivamente maturi per provare a saggiare, *de iure condito*, se le strategie poste in essere in questo torno di tempo eccezionale si siano rivelate realmente efficaci, se, cioè, la gestione "alternativa" dell'emergenza, prepotentemente impostasi in via di prassi e segnata da un modo piuttosto disinvolto nell'utilizzo delle fonti, sia stata la soluzione preferibile ovvero se, a ben guardare, non abbia finito per generare maggiori problemi di quanti ne abbia effettivamente risolti.

2. L'architettura normativa

2.1 Genesi ed evoluzione del Servizio nazionale di protezione civile

La storia della protezione civile in Italia, come espressione di solidarietà, spirito di collaborazione e senso civico, presenta radici ben lontane e appare legata a doppio filo alle calamità che nel corso del tempo hanno colpito il nostro Paese[8]. Terremoti e alluvioni hanno segnato l'evoluzione della Penisola, contribuendo a fondare quell'imprescindibile coscienza solidaristica, di tutela della vita e dell'ambiente che ha portato, in definitiva, alla nascita di un solido sistema di protezione civile in grado di reagire e agire in caso di emergenza mettendo in campo azioni tanto di previsione quanto di prevenzione[9].

Il processo evolutivo della legislazione in tema di protezione civile è stato particolarmente articolato, presentando non di rado caratteri, se non addirittura di incoerenza, quantomeno di incertezza ed ambiguità. Oltretutto, se la necessità di intervento in presenza di eventi calamitosi o inusitati, tali da rendere precari i normali rapporti sociali, è sempre stata fortemente avvertita dal potere pubblico, per assistere all'iniziale tappa dell'*iter* di sviluppo normativo nel settore in parola si è dovuto attendere appena il 1976, quando la protezione civile si è trovata a fronteggiare la sua "prima grande sfida", ossia il terremoto sciaguratamente abbattutosi quell'anno sul Friuli-Venezia Giulia[10]. In detta

[7] Un primo bilancio è già stato tracciato da G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di Emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, 1/2021, p. 384 ss.

[8] Per un'esaustiva panoramica delle calamità naturali che hanno interessato il nostro territorio si vedano, per tutti, E. D'ANGELIS, *Italiani con gli stivali. La protezione civile nella penisola dei grandi rischi*, La Biblioteca del Cigno, Morciano di Romagna, 2009; D.F. BIGNAMI, *Protezione civile e riduzione del rischio disastri. Metodi e strumenti di governo della sicurezza territoriale e ambientale*, Maggioli, Rimini, 2010; P. CALZOLARI, *Grandi eventi non più competenza della protezione civile*, in *Giorn. prot. civ.*, 1 marzo 2012; S. PEPPOLONI, *Convivere con i rischi naturali*, Il Mulino, Bologna, 2014.

[9] Appare qui interessante rimandare alla puntuale ricostruzione storica della genesi del sistema nazionale di protezione civile consultabile sul sito istituzionale del Dipartimento della protezione civile - Presidenza del Consiglio dei ministri, all'indirizzo *www.protezionecivile.gov.it*.

[10] Non potendo ripercorrersi l'intera evoluzione del sistema di protezione civile, risulta significativo sottolinearne, quantomeno, alcune tappe fondamentali: il r.d.l. n. 1915/1919, convertito nella l. n. 473/1925, che ha riconosciuto un peculiare assetto normativo ai servizi del pronto soccorso in caso di calamità naturali, ancorché limitato ai soli terremoti, individuando, al contempo, nel Ministero dei

occasione è stato messo a punto un sistema diretto tanto all'*assistenza* della popolazione quanto alla successiva *ricostruzione* dei territori colpiti, attraverso una proficua collaborazione tra i vari livelli istituzionali del Paese: nazionale, regionale e locale. Un altro passaggio fondamentale di questo cammino è fuor di dubbio rinvenibile nella nascita, nel 1982, del Dipartimento della protezione civile, ossia di quella che sarebbe di lì a breve divenuta l'istituzione focale nelle attività di pianificazione e gestione delle situazioni emergenziali. La fase, però, che più di tutte può realmente reputarsi uno spartiacque nel settore in esame ha preso l'avvio il 1° aprile del 1992 con la promulgazione della l. n. 225/1992, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile[11]. Tale basilare provvedimento normativo ha introdotto un emblematico mutamento nella filosofia di fondo cui si informa la *governance* del rischio.

La predetta l. n. 225/1992 ha, infatti, congegnato la gestione delle catastrofi in maniera tale che questa non possa in alcun caso risolversi nel mero soccorso, ma debba, seguendo una prospettiva più ampia, strutturarsi sempre sulla base

lavori pubblici l'autorità responsabile della direzione e del coordinamento dei soccorsi; il r.d.l. n. 2389/1926, convertito nella l. n. 833/1928, il quale ha ulteriormente definito l'organizzazione dei soccorsi, confermando la responsabilità del predetto Ministero nel dirigere e coordinare gli interventi anche delle altre amministrazioni ed enti dello Stato; la l. n. 996/1970, rubricata "Norme sul soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite da calamità – Protezione Civile", ossia la prima legge che ha concretamente delineato un quadro complessivo dei vari interventi di protezione civile.

Quanto ad una più compiuta ed esaustiva analisi del processo di evoluzione normativa di settore si rimanda, *ex multis*, a M. MALO, F.S. SEVERI (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile. Legge 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, Giappichelli, Torino, 1995; M. MOIRAGHI, *Protezione civile. Origine sviluppi e metodi*, Clup, Milano, 2002; F. GANDINI, A. MONTAGNI, *La protezione civile. Profili costituzionali e amministrativi*, *riflessi penali*, Giuffrè, Milano, 2007; R. DE MARCO, *La protezione civile: una mutazione genetica*, in *Dem. dir.*, 1/2009, p. 134 ss.

[11] Per una ricostruzione del sistema nazionale di protezione civile così come delineato dalla l. n. 225/92 si confrontino, tra i moltissimi contributi, V. PEPE, *La nuova protezione civile*, in *T.A.R.*, 1993, p. 347 ss.; F. SANTOIANNI, *Protezione civile: la pianificazione e la gestione delle emergenze nelle aree urbane,* Noccioli, Firenze, 1993; L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile. Commento alla Legge n. 225 del 24 febbraio 1992*, Giuffrè, Milano, 1993; R. DI PASSIO, *La protezione civile. Funzione, organizzazione*, Maggioli, Rimini, 1994; F.S. SEVERI (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile*, C.N.R. – Progetto finalizzato P.A., Roma, 1995; G. MANINCHEDDA, *La protezione civile e il Corpo nazionale dei vigili del fuoco*, in *Instrumenta*, 2000, p. 846 ss.; C. MEOLI, *Il sistema di protezione civile dopo le modifiche legislative del 2001*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 716 ss.; F. SANTOIANNI, *Protezione Civile, Pianificazione e gestione dell'emergenza. Guida per gli operatori di protezione civile*, Noccioli, Firenze, 2003; S. SORVINO, *Il sistema normativo della protezione civile*, Formez, Roma, 2003; F. TEDESCHINI, N. FERRELLI, *Il governo dell'emergenza*, Jovene, Napoli, 2010.

Con particolare riferimento alle modifiche apportate al Servizio nazionale di protezione civile dalle novelle di cui al d.lgs. n. 112/1998 ed al d.lgs. n. 300/1999 si vedano R. MAYER, *La protezione civile*, in M. STIPO (a cura di), *Commento al d.lg. n.112/1998. Il nuovo modello di autonomie territoriali*, Maggioli, Rimini, 1998, p. 467 ss.; G. MELONI, *Commento al capo VIII del d.lg. n. 300/1999*, in G. FALCON (a cura di), *Lo Stato autonomista*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 362 ss.; M.A. SANDULLI, *L'Agenzia di protezione civile (articoli 79-87)*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e 303 del 1999, sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri.*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 415 ss.

di un'articolata pianificazione. In tal senso la normativa quadro di settore ha delineato un modello di conduzione delle emergenze costituito da un insieme coordinato di azioni e comportamenti che vanno dalla prevenzione e previsione dei possibili rischi, al soccorso nonché all'assistenza delle popolazioni sinistrate e si concludono con la necessaria ricostruzione ed il ripristino delle normali attività socioeconomiche dei territori coinvolti. Si è realizzato, in questo modo, uno stretto collegamento tra scopi sociali ed economici sottesi a qualunque intervento di protezione civile, ossia istanze tra loro profondamente dissimili che la cornice legislativa *de qua* è riuscita, però, abilmente a coniugare.

Per quanto la l. n. 255/1992 si sia rivelata, nel suo complesso, piuttosto apprezzabile, decorsi oltre due decenni dalla sua approvazione, la vetustà di questa, che aveva portato a discorrere persino di legge nata già «irrimediabilmente invecchiata», congiuntamente al mutamento del quadro ordinamentale a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, che ha determinato la traslazione della materia della "protezione civile" alla competenza concorrente di Stato e Regioni, hanno indotto il legislatore ad elaborare una riforma globale del Servizio nazionale[12]. Da tempo si avvertiva, in effetti, la necessità di un intervento ambizioso che risistemasse in un unico *corpus* organico la disciplina della protezione civile, dotando il Paese di un sistema normativo finalmente al passo con i tempi e riconducendo a sistema una materia oggetto di ripetute novelle frammentate e non sempre coerenti fra loro[13].

Proprio nel solco di tale moto rinnovatore, con il d.lgs. n. 1/2018, al termine di un i*ter* legislativo inaugurato dalla legge-delega n. 30/2017, recante il "Riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile", è stato introdotto nel nostro ordinamento il nuovo Codice della protezione civile[14]. Si tratta di una rivisitazione della normativa di settore che

[12] In questo senso M. MALO, F.S. SEVERI (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile. Legge 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, cit., p. 19.

[13] Tra le quali, sia sufficiente qui ricordare quella apportata dalla l. n. 100/2012 e volta a limitare la durata delle emergenze, favorire il rientro nell'ordinario e ridurre la spesa. Per un approfondimento sulla disciplina della protezione civile si rimanda, in termini diffusi, all'analisi di U. ALLEGRETTI, *Una rinnovata Protezione Civile*, in *Astrid rass.*, 5/2017.

[14] La l. n. 30/2017, pubblicata in *G.U. serie gen.* 20 marzo 2017, n. 66, p. 1 ss., ha delegato il Governo «ad adottare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative vigenti che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni, in base ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà e nel rispetto dei principi e delle norme della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione Europea». Fra i principi e criteri direttivi da questa contemplati si possono annoverare, tra gli altri, la definizione delle operazioni di protezione civile come l'insieme delle attività volte a tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi naturali o di origine antropica. Attività, queste, articolate in azioni di previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi connessi con i medesimi eventi calamitosi, di pianificazione e di gestione delle emergenze.

Il d.lgs. n. 1/2018, è pubblicato in *G.U. serie gen.* 22 gennaio 2018, n. 17, p. 1 ss.

rappresenta, sul versante metodologico, l'apprezzabile frutto di un confronto aperto su "criticità" e "punti di forza" degli approdi propri della disciplina precedente, ad opera di un gruppo di redazione eterogeneo, composto in massima parte da esponenti di Regioni, Comuni, Ministeri, oltre che, ovviamente, del Dipartimento di protezione civile, che accentua così il carattere ispirato a sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza dell'organismo "policentrico" accolto dal Testo unico[15].

L'articolato normativo, comprensivo di 50 articoli, abroga espressamente la regolamentazione anteriore, ponendosi il fine di irrobustire e semplificare un sistema reputato un'eccellenza anche all'estero[16]. Il nuovo Codice, in effetti, sulla scorta di quanto già previsto dalla storica legge del '92, portatrice di un nuovo approccio nei confronti della cultura delle catastrofi, incorpora una struttura di *governance* del rischio improntata ai principi di previsione, prevenzione e pianificazione[17]. Tuttavia, sebbene il d.lgs. n. 1/2018 si collochi certamente senza soluzione di continuità rispetto all'architettura normativa preesistente, di cui conserva la peculiare mescolanza tra diritto costituzionale ed amministrativo, numerosi sono, per la verità, i punti di rottura con la stessa, in favore di una visione volta a rendere pienamente operativa l'istituzione della protezione civile[18].

Innanzitutto la novella chiarisce, introducendo un aspetto di particolare novità, che il Servizio nazionale rappresenta l'insieme delle competenze nonché delle attività volte a tutelare, tra gli altri, anche gli animali. Alla base della riforma si pone, peraltro, la finalità di ridefinire organicamente le competenze

[15] Il metodo seguito nell'elaborazione del Codice pare soddisfare quell'imprescindibile raccordo fra Stato e Regioni nell'*iter* di adozione di un atto legislativo che la giurisprudenza costituzionale ha definito un'autentica necessità costituzionale. Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 251/2016 e 61/2018, nonché, in dottrina, P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Piemonte auton.*, 8 febbraio 2019, 7 ss., il quale discorre, in merito alla potestà legislativa concorrente della "protezione civile", di legislazione «integrata» tra Stato e Regioni. Per alcune indicazioni sul punto appare significativo rimandare al dossier *Il Codice di Protezione Civile: cosa cambi*a, consultabile sul sito istituzionale del Dipartimento della protezione civile - Presidenza del Consiglio dei ministri, all'indirizzo *www.protezionecivile.gov.it*.

[16] In senso conforme v. E. MUSCO, "*Prevenire è meglio che curare" entra in vigore il nuovo codice della protezione civile*, in *www.lab-ip.net, 16 aprile 2018*.

[17] Lo osserva V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in *Federalismi.it*, 1/2020, 215, a detta del quale «una prova tangibile di questo nuovo modo di intendere la gestione preventiva delle emergenze è la necessità per le PP.AA. e per i soggetti privati di affidarsi al «Disaster Management», volendo significare che la gestione delle catastrofi deve avere una propria pianificazione, in una prospettiva molto più ampia ed articolata rispetto al mero soccorso». Per una riflessione su questi ed altri profili del problema si confronti F. SANTOIANNI, *Protezione civile disaster management. Emergenza e soccorso: pianificazione e gestione*, Accursio, Firenze, 2007.

[18] Per un'analisi della nozione giuridica di "protezione civile" appare qui utile rinviare a M. DI RAIMONDO, *Protezione civile* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1988, p. 494 ss.; C. MEOLI, *Protezione civile* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Utet, Torino, 1997, p. 132 ss.

dei vari livelli ed il passaggio controllato alla fase di ritorno all'amministrazione ordinaria. Il Codice offre anche l'occasione di integrare la disciplina sovranazionale, e in particolare europea, qualificando il Servizio di protezione civile quale autorità competente, ai sensi dell'art. 29 della Decisione n. 1313/2013/UE, per il coordinamento in occasione di emergenze estere ovvero di richieste internazionali di aiuto[19]. Vengono inoltre introdotte, nell'ottica di una piena valorizzazione del ruolo del Terzo settore, diverse norme di coordinamento in materia di volontariato per favorire, alla luce di una spiccata visione solidaristica, il libero apporto proveniente dall'autonoma iniziativa dei cittadini, quantomai essenziale nei momenti di crisi[20].

Da ultimo, pare degno di nota il fatto che la materia della "protezione civile" sia stata proprio recentemente – solo sei giorni dopo l'adozione della delibera dello stato di emergenza – oggetto di un ulteriore intervento correttivo ed integrativo, ad opera del d.lgs. n. 4/2020, con particolare riguardo ai profili di gestione e coordinamento tra la fase strettamente emergenziale e quella successiva di rientro all'ordinarietà[21].

2.2 L'inquadramento costituzionale del bene giuridico protetto alla luce del connesso riparto competenziale

Il carattere per primo evidente del Testo unico in esame è che in esso la dimensione organizzativa, costituendo il tessuto portante dell'intera normativa, finisce per occupare uno spazio preponderante nell'intelaiatura codicistica. Nonostante questo rilievo del tutto preminente rivestito dalla trattazione dell'organizzazione, il Codice si premura, però, di non trascurare l'individuazione

[19] Cfr. art. 8, comma 1, lett. l) del Codice, da leggersi in combinato disposto con l'introduzione del "Meccanismo unionale di protezione civile" contemplato dalla succitata Decisione dell'Unione europea. Su questi profili si sofferma P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 379 ss.

[20] Si vedano, al riguardo, le indicazioni fornite da G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta Online*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 marzo 2020, p. 2 ss., la quale evoca un rapporto di consonanza, quantomeno in relazione alla rilevanza costituzionale del relativo oggetto, tra il dettagliato Capo V del d.lgs. n. 1/2018 intitolato "Partecipazione dei cittadini e volontariato organizzato di protezione civile" ed il nuovo Codice dettato con il d.lgs. n. 177/2017 per il Terzo settore. Per un'analisi della *ratio* sottesa a quest'ultimo pare opportuno rinviare, per tutti, a S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco del terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018; A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e l'impresa sociale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Si veda anche quanto, da ultimo, ricostruito nel contributo di 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*, 1/2021, p. 202 ss.

[21] Il d.lgs. n. 4/2020, contenente "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, recante: 'Codice della protezione civile'" e previsto sin dall'inizio dalla già menzionata legge-delega, è pubblicato in *G.U. serie gen*. 12 febbraio 2020, n. 35, p. 1 ss.

delle funzioni peculiari in cui si esplicano le *attività* di protezione civile, che rispetto alla prima rappresentano ovviamente un *prius* logico[22].

È così che l'impianto del Testo unico si apre, mutuando la nomenclatura della legislazione precedente, seppur arricchendola di alcune ulteriori specificazioni scaturenti dall'esperienza, con una definizione generale delle *finalità* perseguite dal Servizio nazionale[23]. Queste vengono individuate all'art. 1, comma 1, e sono precisamente costituite dalla tutela della *vita*, dell'*integrità fisica*, dei beni, degli insediamenti, degli animali e dell'ambiente dai danni ovvero dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di *origine naturale* o *derivanti dall'attività dell'uomo*[24]. Il Codice, d'altro canto, al successivo art. 16, commi 1 e 2, esplicita le specifiche tipologie di *rischio* che la protezione civile si propone di fronteggiare: ossia quello sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da *deficit* idrico e da incendi boschivi, ma anche chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da trasporti, ambientale, *igienico-sanitario* e da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali.

Dal combinato disposto delle citate previsioni legislative si riescono agevolmente ad enucleare le *finalità* al cui raggiungimento il Servizio nazionale risulta preordinato, *rectius* la *ratio legis* che informa l'intero d.lgs. n. 1/2018. Ecco, dunque, che tra i vari beni giuridici protetti, rispetto ai quali il Codice impone una serie di attività di previsione e prevenzione di quei rischi che potrebbero pregiudicarli, possono certamente essere fatte rientrare tanto la *vita* quanto l'*integrità fisica*, mentre tra i rischi da mitigare si rinviene espressamente quello *igienico-sanitario*[25]. Sicché nessun dubbio può, a ben vedere, sollevarsi circa la

[22] Appare, qui, significativo rinviare a quanto in generale ricostruito da U. ALLEGRETTI, *The Italian Civil Protection System. Present situation and prospects of reform*, in *Forum Quad. cost.*, 7 giugno 2017, p. 1 ss.

[23] La l. n. 255/1992 prevedeva, in effetti, all'art. 1-*bis*, una disposizione sostanzialmente analoga che disponeva l'istituzione del Servizio nazionale della protezione civile al fine di tutelare «l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri eventi calamitosi». Cfr., a detto proposito, U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, *Rivista di arti e diritto on line*, 1/2018, p. 2.

Il Servizio nazionale di protezione civile viene, peraltro, normativamente definito di «pubblica utilità».

[24] In tale senso V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, cit., p. 218; S. AGUSTO, G. BERNABEI, C. TOMMASI, *Il nuovo Codice della Protezione civile: il difficile rapporto tra continuità e innovazione*, in *Studium iuris*, 10/2018, p. 1127 ss.

[25] Sulle nozioni di "previsione" e "prevenzione" si vedano approfonditamente T. CRESPELLANI, *La "resistibile ascesa" della Protezione Civile*, in *Dem. dir.*, 1/2009, p. 143 ss.; R. DE MARCO, *Predire, Prevedere, Prevenire: dal terremoto dello Stretto all'Aquila*, in AA. VV. (a cura di), *L'Aquila: questioni aperte. Il ruolo della cultura nell'Italia dei terremoti*, *Annali dell'Associazione Bianchi Bandinelli*, n. 21, Pavona di Albano Laziale, 2010; P. GARGIULO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica e sul contenuto dei principi di precauzione e di prevenzione nel diritto internazionale*, p. 31 ss., nonché F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, 49 ss., entrambi in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A.

legittimità formale dell'impiego del Testo unico sulla protezione civile nella gestione dell'attuale vicenda pandemica.

Sgombrato il campo da possibili riserve, proprio recentemente avanzate – ancorché debolmente argomentate – da alcuni giudici comuni, circa l'applicabilità della disciplina in parola al contrasto dell'epidemia da COVID-19, occorre brevemente accennare anche al fondamentale problema della corretta individuazione del riparto competenziale sotteso all'impianto normativo del Servizio nazionale.[26] A tale riguardo, posto che l'emergenza non rappresenta un ambito differente la cui tutela viene rimessa ad un unico soggetto che sostituisce tutti quelli ordinariamente competenti, bensì uno preesistente che necessita di interventi interdipendenti fra le amministrazioni che a vario titolo detengono prerogative in merito, deve evidenziarsi come la legislazione di settore sia portatrice di un vero e proprio intreccio di competenze[27].

POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

[26] Ci si riferisce, specificamente, alla sent. n. 516/2020, del Giudice di Pace di Frosinone nonché alla successiva ord. n. 45986/2020 del Tribunale di Roma, Sez. VI civile. In particolare, a detta del Tribunale capitolino, che richiama a sostegno del proprio pronunciamento il citato precedente del Giudice di Pace, nel Testo unico in tema di protezione civile «non si rinviene alcun riferimento a situazioni di "rischio sanitario" da, addirittura, "agenti virali"." Infatti, l'articolo 7, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 1/18 stabilisce che "gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono: … c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo". Sono le calamità naturali, cioè terremoti; valanghe; alluvioni, incendi ed altri; oppure derivanti dall'attività dell'uomo, cioè sversamenti, attività umane inquinanti ed altri. Ma nulla delle fattispecie di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 1/18 è riconducibile al "rischio sanitario"». Lo stesso Tribunale soggiunge, peraltro, che «non vi è nella Costituzione italiana alcun riferimento ad ipotesi di dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario e come visto neppure nel D.Lgs. n. 1/18. In conseguenza, la dichiarazione adottata dal Consiglio dei Ministri il 31.1.2020 è illegittima, perché emanata in assenza dei presupposti legislativi, in quanto nessuna fonte costituzionale o avente forza di legge ordinaria attribuisce il potere al Consiglio dei Ministri di dichiarare lo stato di emergenza per rischio sanitario. Pertanto, poiché gli atti amministrativi, compresi quelli di Alta Amministrazione, come lo stato di emergenza sono soggetti al principio di legalità, la delibera del C.d.M. del 31.1.2020 è illegittima perché emessa in assenza dei relativi poteri da parte del C.d.M. in violazione degli 95 e 78 che non prevedono il potere del C.d.M. della Repubblica Italiana di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria». Si tratta, a ben vedere, di una giurisprudenza inaccettabile, da respingere radicalmente nella misura in cui esclude la pandemia dal novero degli eventi calamitosi contemplati dal Codice, e sulla quale, per tale ragione, non merita soffermarsi ulteriormente. Per un maggiore approfondimento della *quaestio* si rinvia invece, diffusamente, a G. TROPEA, *La pandemia, i DPCM e il giudice "untorello" (breve nota a Trib. Roma, sez. VI, ord. 16 dicembre 2020)*, in *lacostituzione.info*, 30 dicembre 2020; nonché ad 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.

[27] Sul punto si confronti quanto argomentato da M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005*, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 186; S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio delle competenze e regolazione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., p. 99 ss. A tale proposito sia concesso rinviare anche ad A. CONZUTTI, S. FAGGIONATO, I. MALARODA, *Il Codice di protezione civile alla luce della (vorticosa) disciplina dell'emergenza da COVID-19*, in *Amm. e cont. stato e enti pubb.*, 1-2-3/2020, p. 72 ss.

È, in effetti, cosa nota che l'esercizio del potere normativo cristallizzatosi nel d.lgs. n. 1/2018 sia riconducibile alla materia della "protezione civile", inserita, nel contesto del profondo processo di riordino delle funzioni legislative operato con la riforma del Titolo V della Costituzione, nel novero degli ambiti di potestà concorrente tra Stato e Regioni, a seguito di una conferma espressa di quanto già precedentemente previsto, più che di una modifica sostanziale del previgente assetto competenziale[28]. La l. n. 255/1992 aveva, per l'appunto, già congegnato il Servizio nazionale in maniera tale da individuare nelle Regioni delle componenti essenziali, predisponendo una loro partecipazione alle attività di organizzazione ed attuazione delle funzioni di protezione civile, nel rispetto delle competenze assegnate ed in ossequio ai principi indicati dalla medesima legge[29]. Si trattava, del resto, di un'«organizzazione diffusa» che, anche considerata l'intrinseca difficoltà delle azioni di soccorso deputate a reagire ai fatti calamitosi, è stata successivamente mantenuta dal Testo unico in materia, onde consentire un coinvolgimento flessibile di tutte le amministrazioni potenzialmente interessate, nel rispetto dei criteri di differenziazione ed adeguatezza[30].

Meno nota, forse, è la considerazione per cui la "protezione civile" parrebbe presentare dei caratteri che tendono ad avvicinarla maggiormente a quelle materie di competenza esclusiva statale reputate dalla giurisprudenza costituzionale come "trasversali"[31]. Tant'è vero che anche nell'ambito considerato, come in quelli della "tutela dell'ambiente", della "determinazione dei livelli

[28] F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2004, 385 ss., la quale precisa, peraltro, che «successivamente, con il decreto legislativo n. 112/98, il ruolo delle amministrazioni regionali è stato qualificato dal legislatore come vera e propria attività di governo del sistema regionale».

Con riferimento alle modifiche introdotte al Servizio nazionale di protezione civile dalla riforma del Titolo V della Costituzione, si rimanda a quanto ricostruito da C. MEOLI, *La protezione civile*, in S. CASSESE (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 2145 ss.; R. SERAFINI, *La gestione dell'emergenza nella legislazione regionale di protezione civile*, in *Itinerari interni*, 2004, p. 177 ss.

[29] F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, cit., p. 385 ss.

[30] Mutuando qui un'espressione coniata in dottrina da S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/1985, p. 380.

[31] La letteratura sul punto è davvero sconfinata, sia in questa sede consentito il riferimento a G. FALCON, *Modello e "transizione" nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *le Regioni*, 6/2001, p. 1247 ss.; N. ZANON, *Introduzione: l'assetto delle competenze legislative di Stato e Regioni dopo la revisione del Titolo V della Costituzione*, in N. ZANON, A. CONCARO (a cura di), *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 4 ss.; D. MESSINEO, *Competenze finalistiche concorrenti e giudizio costituzionale: sindacato teleologico vs limite dei principi*, in *le Regioni*, 3-4/2007, p. 543 ss.; M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012; G. COSMELLI, *Oltre i confini della "materia". La potestà legislativa residuale delle Regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2015.

essenziali delle prestazioni" nonché della "tutela della concorrenza", si avverte «l'enunciazione di una finalità piuttosto che la circoscrizione di un dato settore della legislazione»[32]. A ciò deve ancora aggiungersi che la materia della "protezione civile" profila numerose interconnessioni con ulteriori materie di competenza esclusiva statale quali, tra le altre, la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" nonché l'"ordine pubblico e sicurezza"[33].

Proprio rispetto a quest'ultimo campo l'ambito della "protezione civile" sembra mostrare dei rilevanti collegamenti ed intrecci reciproci, atteso che si tratta di materie che tutelano, tutte, il bene giuridico dell'"incolumità pubblica": ossia l'«effettiva cura dell'integrità fisica della popolazione»[34]. In quest'ottica, la peculiare tutela dell'"incolumità pubblica", indubbiamente presupposta anche dalla disciplina del d.lgs. n. 1/2018, contribuisce, ancor di più, ad avvicinare la "protezione civile" alle "materie compito" di esclusiva spettanza statale, non rigidamente circoscrivibili ad una precisa competenza di carattere squisitamente descrittivo[35]. Pertanto, appare chiaramente come non ci si trovi dinanzi ad una materia in senso proprio, delimitabile ad uno specifico settore, ma, piuttosto, di fronte ad un obiettivo da realizzare per il legislatore, stante la suscettibilità della disciplina emergenziale a toccare persino ambiti rimessi alla potestà esclusiva dello Stato quali, per l'appunto, l'"ordine pubblico e sicurezza"[36].

[32] Sulla trasversalità della materia della "protezione civile" si rimanda, tra i moltissimi, a F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, cit., p. 385 ss.; G. FARES, *Osservazioni sull'estensione dei principi fondamentali in materia di protezione civile*, in *Giust. amm.*, 2/2006, p. 315 ss.; A. FIORITTO, *La riforma della protezione civile*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2012, p. 1059 ss.

[33] Si confronti, per tutti, l'analisi di M. MALO, *Protezione civile regionale*, in *Le Regioni*, 4/1993, p. 1149 ss. Sul collegamento tra la disciplina dell'emergenza contenuta nel Codice della protezione civile e la materia di competenza esclusiva statale della "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 284/2006.

[34] Cfr., sul punto, Corte cost., sent. n. 182/2006, punto 3 del *Considerato in diritto*, secondo cui la tutela dell'"incolumità pubblica" fa capo alla materia della protezione civile; nonché, sulla medesima lunghezza d'onda, *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 249/2009, 254/2010; 64/2013; 101/2013; 300/2013, 167/2014, 231/2016; 60/2017; 232/2017; 264/2019.

Quanto alla nozione di "smaterializzazione della materia" cui sembrerebbe condurre il valore unificante della tutela dell'"incolumità pubblica" si veda F. BENELLI, *La «smaterializzazione delle materie». Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*.

[35] È quanto ha affermato la Corte costituzionale in relazione alla legge n. 225/1992, sancendo che la "protezione civile" consiste «in un complesso di attività che, relativamente al fine di tutelare da eventi calamitosi beni fondamentali degli individui e della collettività, potenzialmente coinvolgono – come si è già osservato – l'intero arco dell'azione delle amministrazioni, degli enti e delle istituzioni presenti sul territorio». Così Corte cost., sent. n. 418/1992.

Sarebbe, del resto, proprio il richiamo alla nozione di "sicurezza sociale" a giustificare gli interventi di protezione civile di rilievo nazionale.

[36] Lo nota A. MITROTTI, *La disciplina degli interventi edilizi in zone sismiche ed il valore dell'incolumità pubblica nei principi fondamentali delle materie di 'governo del territorio' e di 'protezione civile'*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, p. 216 ss.

In altri termini, nella disciplina "trasversale" dell'emergenza contemplata dal Codice, che trascende il semplice ambito oggettivo della "protezione civile", i confini della potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni possono essere considerati teleologicamente "flessibili", ovviamente sempre fermi restando la competenza statale di determinazione dei principi fondamentali in materia nonché i limiti indicati in via generale dall'art. 117, comma 1, della Carta fondamentale[37]. In questa cornice si impone, così, un nuovo modello di regolazione delle competenze in cui il sistema radicato sulla *concorrenza-separazione* cede il passo a quello fondato sulla *concorrenza-collaborazione*[38]. Un sistema, cioè, ad assetto variabile, in cui diviene inevitabile il ricorso a modelli cooperativi e collaborativi che garantiscano «tutti gli interessi e le posizioni costituzionalmente rilevanti»[39].

Oltre tutto, l'impronta "finalistica" sottesa alla caratteristica disciplina emergenziale può ragionevolmente giustificare la possibilità che in una materia di competenza concorrente come la "protezione civile" si diano ingerenze statali ulteriori rispetto alla pura e semplice fissazione dei principi fondamentali, a fronte della indefettibile esigenza di garanzia delle ragioni di unitarietà ed infrazionabilità repubblicana ai sensi dell'art. 5 Cost[40]. Ragioni di unitarietà che prima della riforma del Titolo V della Costituzione avrebbero potuto canalizzarsi nel richiamo alla clausola generale dell'"interesse nazionale" e che oggi continuano, comunque, ad essere soddisfatte attraverso la trasversalità di materie come la "protezione civile", oltre che tramite la pregnante operatività del principio di sussidiarietà[41]. Ciò è ancora più vero se solo si pone mente al fatto

[37] Flessibilità che viene certamente richiesta dallo stato di emergenza. Sul punto, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 308/2003.

[38] Più diffusamente sulla questione E. CARLONI, *Le tre trasfigurazioni delle competenze concorrenti delle Regioni tra esigenze di uniformità ed interesse nazionale. Brevi note a margine delle sentenze n. 303, 307 e 308/2003 della Corte costituzionale*, in www.astridonline.it, 2003, p. 1 ss.

[39] In questo senso, ancora, F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, cit., p. 386. Si confronti, in merito, anche Corte cost., sent. n. 308/2003.

[40] A tale proposito v. Corte cost., sent. n. 277/2008, a detta della quale «le previsioni contemplate nei richiamati articoli 5 della legge n. 225 del 1992 e 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 – le quali legittimano lo Stato ad adottare specifiche ordinanze di necessità ed urgenza per ovviare a situazioni di emergenza – sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato (sentenza n. 284 del 2006)». Si veda, peraltro, Corte cost., sent. n. 39/2003, secondo cui «situazioni di emergenza, specialmente connesse a calamità naturali, che reclamano la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, possono anche giustificare, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, interventi statali straordinari suscettibili anche di arrecare compressioni della sfera di autonomia regionale (cfr. sentenze n. 520 e n. 127 del 1995)». Ancora, in merito alle esigenze unitarie connesse alla disciplina della "protezione civile", cfr. Corte cost., sentt. nn. 254/2010 e 201/2012.

[41] Come noto, la clausola dell'interesse nazionale era prevista dal previgente art. 117 della Costituzione di cui le materie compito costituiscono, oggi, una sorta di "positivizzazione". A tale proposito si rinvia ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed*

che la necessità di una normativa unica a tutela del primario valore dell'"incolumità pubblica" per tutto il territorio nazionale, mal tollerando diversificazioni legate ai vari ambiti territoriali, potrebbe giungere finanche a relegare la legislazione regionale ad un ruolo meramente esecutivo ovvero integrativo di quella statale[42].

Da ultimo, non si deve dimenticare che la normativa di cui ragiona il d.lgs. n. 1/2018 presenta un *trait d'union* anche con due ulteriori materie, questa volta rientranti nella competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 3, della Costituzione: ossia quelle della "tutela della salute", come evidentemente sottolineato dall'attuale crisi sanitaria, e del "governo del territorio"[43]. Né si può trascurare che l'inserimento della "protezione civile" nel novero delle materie di potestà legislativa concorrente deve essere interpretato anche alla luce della tendenziale attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni, ai sensi di quanto disposto dalla clausola generale su cui

evoluzione di un'araba fenice, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, *passim*.

Sul ruolo giocato nell'attuale emergenza dal principio di *sussidiarietà* v., *ex plurimis*, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, sent. n. 841/2020, secondo cui «il fatto che la legge abbia attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria trova giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost» atteso che il principio di sussidiarietà «impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario». Ne consegue che, in ossequio alla teoria della c.d. chiamata in sussidiarietà nonché al principio di legalità dell'azione amministrativa, all'avocazione della funzione amministrativa debba accompagnarsi l'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina e, dunque, «l'attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali la "tutela della salute" e la "protezione civile"». Cfr., sul punto, Corte cost., sent. n. 303/2003, sulla quale si vedano i commenti di A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in *Forum Quad. cost.*, 2003, p. 1 ss.; Q. CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2003. Sulla medesima lunghezza d'onda v. Corte cost., sent. n. 278/2010, la quale sottolinea la necessità che all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa. Su quest'ultima pronuncia si confronti L. GIURATO, *Le relazioni "pericolose" tra enti territoriali nella gestione dell'emergenza Covid19: il principio di leale collaborazione come baluardo dell'interesse nazionale?*, in *Diritti fondamentali*, 2/2020, p. 688 ss.

[42] Occorre, però, ricordare che secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale «L'"emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale» Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 127/1995.

Con riferimento ai principi fondamentali propri della materia della "protezione civile" è lo stesso Codice a prevedere espressamente, all'articolo 1, comma 3, che «Le norme del presente decreto costituiscono principi fondamentali in materia di protezione civile ai fini dell'esercizio della potestà legislativa concorrente».

[43] Per un'approfondita disamina dell'incrocio tra la materia della "protezione civile" e quella del "governo del territorio" v. M. CARRER, *La delenda potestas. Guida alla lettura dei principi fondamentali delle materie di potestà legislativa concorrente in quindici anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 3/2016, p. 29 ss. Si confrontino peraltro in giurisprudenza, *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 64/2013; 101/2013; 300/2013.

si impernia l'art. 118, comma 1, della Carta, che non esclude, però, la possibilità di una deroga mediante conferimento delle funzioni in parola ai livelli di governo superiori laddove si riscontri la necessità di assicurare un esercizio unitario[44].

Poste queste premesse può agevolmente comprendersi come, nell'imminenza dell'emanazione del nuovo Codice, si fosse reso indispensabile un modello uniforme ed omogeneo di regolazione delle competenze basato non già sulla mera separazione delle stesse, bensì su una struttura cooperativa in cui tutelare tutti gli unitari interessi costituzionali in gioco. Fondamentale è stata, da tale angolo visuale, l'istituzione di una struttura di direzione e coordinamento quale il Servizio nazionale della protezione civile. La l. n. 225/1992 aveva, del resto, già strutturato la protezione civile secondo un'organizzazione "policentrica", la quale è stata successivamente conservata ed ammodernata dal d.lgs. n. 1/2018 che, pur comprendendo soggetti differenti, conferisce, al contempo, il ruolo di guida del Servizio nazionale e delle azioni di soccorso ad un organo apposito, ossia il "Dipartimento della protezione civile"[45].

2.3 L'organizzazione della protezione civile ed il raccordo tra centro e periferia

Come accennato, la definizione della dimensione organizzativa della protezione civile rappresenta il *primum movens* dell'intero impianto normativo delineato dal d.lgs. n. 1/2018. Si è anche già detto che l'emergenza, richiedendo una serie di interventi per la sua cura tendenzialmente maggiore rispetto all'ordinario, fa necessariamente aumentare gli intrecci di competenze necessari per soddisfare gli interessi della collettività, portando così i soggetti interessati ad operare in modo interdipendente tra loro[46]. Da qui può intuirsi l'aspirazione del Codice di riuscire a realizzare un raccordo di molti e diversi enti potenzialmente coinvolti negli eventi di danno e nelle attività di soccorso che ne discendono.

Tant'è vero che il Servizio nazionale in Italia è stato avvedutamente strutturato, con la legge n. 225/1992, prima, e con il Testo unico, poi, secondo un apparato *ad hoc* che, lungi dal considerarsi sostitutivo delle altre amministrazioni esistenti, va letto per ciò che realmente rappresenta, ossia una struttura che esplica un imprescindibile ruolo di coordinamento di tutti i soggetti

[44] In particolare, sul punto, L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale)*, in *www.astridonline.it*, 2003, p. 1 ss.

[45] Organizzazione policentrica che, secondo la giurisprudenza costituzionale, non ha modificato la ripartizione delle materie e delle competenze tra Stato e regioni. Così Corte cost., sent. n. 418/1992.

[46] S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio delle competenze e regolazione delle emergenze*, cit., p. 100.

competenti in via ordinaria[47]. In sostanza, la protezione civile viene fatta convergere verso un'organizzazione *a rete*, di stampo marcatamente policentrico, comprensiva delle differenti strutture interessate alle quali consente di conservare la propria autonomia tanto istituzionale quanto organizzativa ed operativa, senza la necessità per queste ultime di divenire organi del Servizio nazionale in senso tecnico[48].

Il Servizio nazionale, ai sensi dell'art. 3, si compone delle seguenti "autorità di protezione civile": al vertice, il Presidente del Consiglio dei ministri, espressamente definito autorità nazionale di protezione civile nonché titolare delle politiche in materia, il quale si avvale del Dipartimento della protezione civile; quanto al livello territoriale, innanzitutto i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, in qualità di autorità territoriali di protezione civile e in base alla potestà legislativa attribuita, ma anche i Sindaci ed i Sindaci metropolitani, rispetto ai Comuni, anche in forma aggregata, ed alle Città metropolitane, quali autorità territoriali di protezione civile limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni[49].

La medesima disposizione legislativa articola, peraltro, il Servizio nazionale rispettivamente in "componenti", "strutture operative" e "soggetti concorrenti"[50]. Sono "componenti" lo Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali, mentre nelle "strutture operative" vengono inclusi, tra gli altri, il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, le Forze armate e di polizia, le strutture del Servizio sanitario nazionale ma anche il volontariato organizzato di protezione civile, infine, tra i "soggetti concorrenti" rientrano i

[47] Come osservato da M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, cit., p. 186.

[48] In questo senso C. MEOLI, *La protezione civile*, cit., p. 2150. Sulla medesima lunghezza d'onda si veda anche A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005*, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., p. 169, a detta del quale la nuova protezione civile avrebbe abbandonato «il vecchio assetto ministeriale, abbracciando un sistema di tipo policentrico». Cfr., in giurisprudenza, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 323/2006.

[49] Il Codice menziona, tra i soggetti che operano in coerenza con i rispettivi ordinamenti e nell'ambito di quanto stabilito dal Testo unico, anche le Prefetture – Uffici Territoriali di Governo.

Sul modello organizzativo prescelto dal d.lgs. n. 1/2018, cfr. U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, *Rivista di arti e diritto on line*, 1/2018, p. 4, il quale precisa che «Resta anche, nell'ambito della circoscrizione provinciale, un robusto compito di coordinamento e di azione, seppur per lo più immediata e in qualche misura provvisoria, del prefetto, retaggio di antiche tradizioni e forse ancora giustificato dal ruolo operativo svolto dal Corpo nazionale dei vigili del fuoco, dipendente dal Ministero dell'interno, la cui capacità ed efficienza sono sommamente pregevoli e il suo ruolo "fondamentale" (art. 10, ribadito dall'art. 13 nel suo inizio) e in verità di fatto capitale, nella gestione dell'emergenza e anche nel suo superamento». A tale riguardo deve evidenziarsi come uno, fra i vari, portati innovativi del Testo unico sia proprio il rafforzamento del ruolo svolto dal Corpo nazionale dei vigili del fuoco che viene esplicitamente definito quale «componente fondamentale» nell'ambito del Servizio nazionale.

[50] Cfr., in particolare, artt. 2, comma 1; 4; 13, commi 1 e 2.

collegi e gli ordini professionali nonché i relativi Consigli nazionali[51]. Questo modulo organizzativo a rete, posta la non necessaria coincidenza dei possibili fatti calamitosi con gli ambiti amministrativi ordinari, viene arricchito, per quanto attiene all'articolazione di base della funzione di protezione civile a livello territoriale, dalla previsione di appositi "ambiti territoriali ottimali" la cui individuazione deve avvenire in ossequio ai classici principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza[52].

Forse è proprio alla luce del numero assai elevato di soggetti coinvolti nell'articolazione strutturale del Codice che il legislatore delegato ha avvertito la necessità di assicurare un'efficace concertazione tra le competenze attribuite alle varie amministrazioni interessate. In quest'ottica un ruolo cardine viene affidato al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale, contraddistinto da una necessaria visione d'insieme, oltre a detenere il potere di ordinanza, definisce anche, ai sensi dell'art. 5, le politiche per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province, dei Comuni, degli Enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale[53].

Tra gli strumenti di raccordo, il Testo unico dedica ampio spazio anche alle *direttive* – evocate all'art. 5 e poi ulteriormente richiamate circa una quarantina di volte –, attraverso le quali il Presidente del Consiglio dei ministri predispone gli indirizzi per lo svolgimento in forma coordinata delle attività di protezione civile, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori[54]. Questi atti tipizzati dal d.lgs. n. 1/2018 devono essere adottati su

[51] Concorrono, altresì, alle attività di protezione civile, ai sensi dell'art. 13, comma 2, gli enti, gli istituti e le agenzie nazionali che svolgono funzioni in materia di protezione civile, nonché le aziende, le società e le altre organizzazioni pubbliche o private che esercitano funzioni utili per le finalità di protezione civile.

[52] Così, espressamente, l'art. 3, comma 3, che rinvia, seppur genericamente, ai criteri di cui all'art. 18, comma 3.

Peraltro, per alcune riserve sollevate dal Consiglio di Stato – chiamato ad esprimersi sullo schema di Testo unico – circa il necessario rispetto del principio di separazione tra politica e amministrazione, si rimanda a Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere n. 2647/2017.

[53] Si confronti art. 8.

L'attribuzione del ruolo di coordinamento al Presidente del Consiglio dei ministri pare del tutto condivisibile, anche considerato che nelle situazioni emergenziali vengono tendenzialmente coinvolte strutture di qualunque livello, comprese quelle centrali. Così Corte cost., sent. n. 418/1992. Tuttavia, per alcune perplessità suscitate dalla scelta di porre il vertice del coordinamento di una funzione tecnica presso una sede di carattere politico, quale quella governativa, si rinvia ad A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, cit., p. 176.

[54] Cfr., tra gli altri, artt. 5, comma 2; 12, comma 4; 15, comma 1; 17; 24, comma 7; 25, comma 10; 32; 34.

Si tratta di un aspetto ricostruito da G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, cit., p. 12, la quale evidenzia come, dal punto di vista contenutistico, le direttive in esame si configurano come «uno strumento duttile, dal contenuto libero,

proposta del Capo del Dipartimento della protezione civile, previa intesa da sancire in sede di Conferenza unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni, sempre ferme restando le competenze ed attribuzioni proprie delle Regioni a statuto speciale e della Province autonome di Trento e di Bolzano[55].

Ulteriore sede di cooperazione è senz'altro costituita dal "Comitato operativo nazionale" della protezione civile, il quale, al verificarsi di evenienze emergenziali di rilievo nazionale, viene convocato dal Capo del Dipartimento – che lo presiede – al fine di coordinare gli interventi delle varie "componenti" e "strutture operative" che formano il Servizio nazionale[56]. Esso opera nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri ed è composto da tre rappresentanti del Dipartimento della protezione civile, dai rappresentanti di Stato, Regioni ed Enti locali nonché dal Capo del Corpo nazionale dei vigili del fuoco[57]. Quanto poi alle autorità territoriali di protezione civile, ad esse viene attribuita la responsabilità del recepimento degli indirizzi centrali oltre che, ovviamente, dell'attuazione e coordinamento delle attività di protezione civile svolte dalle strutture di propria competenza[58].

L'organizzazione del Servizio nazionale non difetta nemmeno di uno stretto collegamento con il mondo *tecnico-scientifico*. In effetti, vengono contemplati tutta una serie di soggetti tecnici, tra i quali rientrano il Consiglio nazionale

a volte di carattere più marcatamente amministrativo (come nel caso delle direttive per il ripristino, in presenza di emergenza nazionale), a volte di carattere pararegolamentare e quindi normativo (come nel caso delle direttive che dettano criteri e modalità per la redazione del piano comunale di protezione civile o per la partecipazione del volontariato). In entrambi i casi risultano funzionali al coordinamento e all'armonizzazione nazionale». Più in generale, sul ruolo delle direttive nel diritto amministrativo, appare qui utile rimandare a M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Foro amm.*, 3/1984, p. 551 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Direttiva* (voce), in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma, 1989, p. 1 ss.; V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Utet, Torino, 1990, p. 110 ss.; E. CATELANI, *Direttiva* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, III, 2006, p. 1854 ss.; E. LONGO, *La mutazione del potere di direttiva del presidente del consiglio nella prassi più recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2009, p. 1 ss., G. FONTANA, *Direttiva giusta o giusta direttiva?*, in *Amm. it.*, 3/2011, p. 329 ss.

[55] Per una panoramica generale delle direttive adottate sulla base della nuova disciplina codicistica si rinvia alla sezione "normativa" consultabile sul sito istituzionale del Dipartimento della protezione civile - Presidenza del Consiglio dei ministri, all'indirizzo *www.protezionecivile.gov.it*.

Peraltro, sebbene siano state sollevate alcune riserve circa la costituzionalità della scelta di demandare ad atti amministrativi, quali le direttive, l'individuazione dei principi fondamentali nella materia concorrente della "protezione civile", si deve ragionevolmente ritenere che questa opzione legislativa, considerato che le direttive in parola trovano espresso riconoscimento in una fonte primaria, la quale tra l'altro è espressione dei principi fondamentali della materia, sia pienamente compatibile con il dettato costituzionale. Cfr., in questo senso, Corte cost., sentt. nn. 284/2006 e 277/2008.

[56] Cfr. art. 14.

[57] A. CONZUTTI, S. FAGGIONATO, I. MALARODA, *Il Codice di protezione civile alla luce della (vorticosa) disciplina dell'emergenza da COVID-19*, cit., 94. Cfr., sul punto, art. 14, comma 4, così come modificato dal d.lgs. n. 4/2020.

[58] V. art. 6, comma 1, nonché diffusamente, in dottrina, S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio delle competenze e regolazione delle emergenze*, cit., p. 107.

delle ricerche (CNR) e l'Istituto nazionale di geofisica e vulcanogia (INGV)[59]. Non solo. La "comunità scientifica", in generale, viene coinvolta anche attraverso l'integrazione nelle attività di protezione civile di conoscenze e prodotti derivanti da attività di ricerca e innovazione che abbiano raggiunto un livello di maturazione e consenso riconosciuti dalla comunità scientifica medesima[60]. In tale cornice non deve dimenticarsi che, con atto del Capo del Dipartimento della protezione civile, gli enti e istituti di ricerca, consorzi e strutture universitarie, che sono titolari e rendono disponibili conoscenze e forniscono prodotti derivanti da attività di ricerca e innovazione, possono essere individuati quali appositi "Centri di competenza"[61].

Tutto ciò va considerato *in unum* con le varie tipologie di emergenze che la normativa in parola, all'art. 7, suddivide secondo una precisa tripartizione: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa; c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24[62].

[59] Si consideri ancora che il Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. a), nell'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento del Servizio nazionale, oltre che per assicurare l'unitaria rappresentanza nazionale presso l'Unione europea e gli organismi internazionali in materia di protezione civile, e ferme restando le competenze del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, si avvale del Dipartimento di protezione civile, prevalentemente composto da "tecnici". Dipartimento di protezione civile che, dal canto suo, sulla base di quanto disposto all'art. 20, può servirsi della Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi, ossia di un organo di consulenza tecnico-scientifica.

[60] Cfr., sul punto, art. 19, comma 1.

[61] V. art. 21, comma 1.

[62] Il Codice, per la verità, ripropone una tripartizione già conosciuta dal modello di Servizio nazionale di protezione civile disegnato dalla l. n. 255/1992, che prevedeva, all'art. 2, tre tipologie di eventi emergenziali: a) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria; c) calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo. A differenza della normativa previgente, però, il Testo unico

Il d.lgs. n. 1/2018 individua *expressis verbis* una chiara linea di comando e di supervisione dell'emergenza, tentando di predisporre un armamentario caratterizzato da tempi di reazione celeri che possa, in definitiva, condurre all'assunzione di scelte tempestive[63]. Si tratta, cioè, di un modulo organizzativo tendenzialmente decentrato che, esclusivamente in occasione di calamità di rilievo nazionale, viene centralizzato a livello statale. È bene anche precisare che in questa prospettiva, alla luce dei radicali mutamenti competenziali del 2001, un ruolo imprescindibile viene riservato agli Enti locali e, soprattutto, alle Regioni cui viene riconosciuta la possibilità di delineare i limiti (anche temporali) dei fatti emergenziali di rilievo regionale da fronteggiare ricorrendo a poteri straordinari[64].

Detto in termini assai generali, si delinea un sistema di tipo spiccatamente piramidale, congegnato sulla base dell'intensità dell'evento emergenziale e condivisibilmente radicato nel canone della sussidiarietà verticale[65]. Sussidiarietà che il Codice, facendo leva sull'art. 118 della Carta, declina anche in senso orizzontale, attraverso un forte coinvolgimento della società civile nella gestione dei possibili rischi, con il precipuo scopo di accrescere la resilienza delle popolazioni e comunità sinistrate ed una sempre più stretta commistione tra pubblico e privato[66].

2.4 Dalla fase prodromica di mobilitazione alla dichiarazione dello stato di emergenza

All'interno del nuovo Codice un'importanza focale è, senz'altro, rivestita dal

contempla una sola tipologia di rischio da gestire con gli strumenti ordinariamente a disposizione degli enti ed amministrazioni competenti, mentre prescrive l'impiego di poteri straordinari nelle restanti due ipotesi.

[63] Cfr. S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intreccio delle competenze e regolazione delle emergenze*, cit., p. 107 ss., per un'analisi compiuta della catena di comando che vede il Prefetto ed il Presidente della giunta regionale legati da un necessario "raccordo", ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. b), nelle attività di direzione dell'eventuale emergenza.

[64] Non viene peraltro, condivisibilmente, introdotta una differenziazione tra emergenze di rilievo nazionale, regionale e locale, posto che ben potrebbero verificarsi calamità che, seppur limitate ad una determina area territoriale, siano talmente gravi da investire l'intera nazione. Così, *Ibidem*. Si veda sul punto anche Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere n. 2647/2017.

[65] Come notato da S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giur. cost.*, 4/2006, p. 2926 ss.

[66] V., ad esempio, art. 18, comma 2, nonché l'intero Capo V, rubricato "Partecipazione dei cittadini e volontariato organizzato di protezione civile", ossia gli artt. 31 ss. Al riguardo cfr. anche F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 10/2005, p. 3118 ss.; A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, cit., p. 175.

Per una recente valorizzazione del canone di sussidiarietà orizzontale, in relazione al rapporto fra la pubblica amministrazione ed enti del terzo settore, si veda Corte cost., sent. n. 131/2020, su cui la nota di E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 3/2020, p. 50 ss.

Capo IV, dedicato alla "Gestione delle emergenze di rilievo nazionale"[67]. L'intervento legislativo presenta, difatti, l'obiettivo di rafforzare l'azione del Servizio nazionale di protezione civile con precipua attenzione all'amministrazione dell'emergenza, delineando, in questa cornice, una serie di fasi per la *governance* degli eventi calamitosi. A tale proposito si può convenire che la novità più rilevante della nuova disciplina consista nella possibilità di deliberare uno stato di mobilitazione tale da consentire all'ente territoriale coinvolto di impegnare le proprie risorse e di ricorrere al concorso di quelle nazionali già in una fase prodromica rispetto alla dichiarazione del vero e proprio stato di emergenza[68]. In effetti, se prima della novella del 2018 una tale dichiarazione da parte del Consiglio dei ministri doveva considerarsi indispensabile per legittimare qualsivoglia intervento del sistema di protezione civile, attualmente, ai sensi dell'art. 23, risulta sufficiente l'adozione di un decreto da parte del solo Presidente del Consiglio dei ministri – anziché dell'intero Governo – che disponga, per l'appunto, la mobilitazione, al fine di consentire un primo, seppur più limitato, supporto agli eventuali sistemi regionali colpiti[69].

Più nel dettaglio, è possibile ricorrere al menzionato d.P.C.M. in occasione dei fatti calamitosi contemplati dall'art. 7, prescindendo dalla loro qualificazione quali eventi di tipologia a), b) ovvero c), purché, però, per l'eccezionalità della situazione, questi possano manifestarsi con intensità tale da compromettere la vita, l'integrità fisica ovvero beni di primaria importanza[70]. In dette ipotesi la dichiarazione di mobilitazione del Servizio nazionale importa il coinvolgimento delle colonne mobili delle altre Regioni, delle Province autonome, del volontariato organizzato di protezione civile nonché delle strutture operative

[67] V. artt. 23 – 30.

[68] Per un'applicazione nella prassi di tale istituto v., tra gli altri, il d.P.C.M. 28 maggio 2019, recante la "Dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della protezione civile a causa degli eccezionali eventi meteorologici che interessano il territorio della Regione Emilia Romagna a partire dal mese di maggio 2019, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1".

In merito ad un meccanismo non molto dissimile, già disposto con riguardo ad alcune Regioni, si confronti la disciplina dettata dal d.l. n. 245/2002.

[69] Detto provvedimento deve, peraltro, essere adottato sulla base di una proposta del Capo del Dipartimento, a seguito di un'apposita richiesta da parte del Presidente della Regione o della Provincia autonoma coinvolta. Cfr., a tale riguardo, art. 23, comma 1. Per un'analisi più approfondita si rinvia a G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, cit., p. 15, la quale evidenzia un rafforzamento del ruolo specifico svolto dalla Presidenza del Consiglio nel settore della protezione civile.

[70] A tale proposito il d.lgs. n. 4/2020, all'art. 14, ha sostituito la previgente mera "attestazione" con una vera e propria "dichiarazione", che deve essere resa dal Presidente della Regione o della Provincia autonoma circa il pieno dispiegamento delle risorse territoriali disponibili per poter procedere alla richiesta di mobilitazione. Il decreto correttivo al medesimo articolo ha introdotto anche la necessità di un coinvolgimento «dei comuni o loro forme associative per il supporto agli enti locali coinvolti».

nazionali, a sostegno del territorio interessato.

Quello della dichiarazione di mobilitazione rappresenta pertanto un *novum* da accogliere favorevolmente, posto che, configurandosi come uno strumento piuttosto agile che non implica il ricorso a commissari straordinari né, tantomeno, ad ordinanze in deroga, consente un'efficace attività di prevenzione e di gestione dell'emergenza conforme ai principi di adeguatezza e di sussidiarietà. In relazione peraltro all'evoluzione dell'evento, con un ulteriore d.P.C.M., viene successivamente disposta la cessazione dello stato di mobilitazione, salvo che si proceda alla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale[71].

Alla fase di cui *supra* può effettivamente seguire, in caso di incremento dell'intensità del fatto calamitoso, proprio la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale di cui all'art. 24, articolata su due livelli[72]:

-innanzitutto una preventiva valutazione "speditiva" compiuta dal Dipartimento della protezione civile, sulla base dei dati e delle informazioni a disposizione e in *raccordo* con le Regioni e Province autonome interessate, diretta alla verifica della sussistenza dei requisiti necessari a qualificare l'evento in questione quale emergenza di rilievo nazionale che necessita, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera c), di essere affrontata con interventi immediati nonché con mezzi e poteri straordinari[73]. All'esito di detta valutazione il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione ovvero della Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'*intesa*, procede alla deliberazione dello stato di emergenza;

-successivamente, a seguito della valutazione dell'effettiva portata dell'evento calamitoso effettuata congiuntamente dal Dipartimento della protezione civile e dalle Regioni e Province autonome interessate, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della protezione civile, il Consiglio dei ministri individua con propria deliberazione le ulteriori risorse finanziarie necessarie per il completamento degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione, il ripristino della funzionalità dei servizi pubblici, l'attività di gestione di rifiuti e macerie nonché l'attivazione delle prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale, acconsentendo anche

[71] Qualora non intervenga la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, l'art. 23, comma 3 precisa che «con provvedimento del Capo del Dipartimento della protezione civile, vengono assegnati contributi per il concorso alla copertura degli oneri finanziari sostenuti dalle componenti e strutture operative del Servizio nazionale mobilitate, ivi comprese quelle dei territori direttamente interessati, a valere sulle risorse finanziarie del Fondo per le emergenze nazionali».

[72] L'art 24, comma 5, conferma la disciplina previgente secondo la quale la deliberazione dello stato di emergenza risulta sottratta al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti (*ex* art. 3 della l. n. 20/1994).

[73] Per quanto attiene ai presupposti necessari per la deliberazione, viene fatto espresso riferimento non solamente al verificarsi degli eventi calamitosi, ma anche alla loro imminenza.

alla spesa nell'ambito del Fondo previsto per le emergenze nazionali[74].

Merita, da ultimo, osservare come lo stato di emergenza di rilievo nazionale risulti temporalmente condizionato: quest'ultimo non può, infatti, avere una durata superiore a *dodici mesi*, seppur prorogabile al massimo per ulteriori dodici mesi[75]. Si tratta, all'evidenza, di una previsione apprezzabile, poiché disciplinando espressamente l'estensione temporale del fin troppo abusato sistema delle proroghe, consente di porre finalmente un freno all'attività derogatoria che necessariamente accompagna qualsivoglia evenienza emergenziale[76]. Tuttavia, in un'ottica di maggior rispetto del principio di legalità, forse sarebbe stato maggiormente opportuno richiedere, oltre ad una specifica motivazione, anche l'individuazione tassativa dei presupposti legittimanti la proroga stessa da parte del provvedimento recante l'iniziale deliberazione dello stato di emergenza nazionale[77].

[74] Qualora, in seguito, si rilevi l'insufficienza delle risorse destinate alle attività di completamento degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione, è prevista la possibilità per il Consiglio dei ministri, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della protezione civile, di adottare ulteriori delibere volte ad individuare le risorse finanziarie necessarie. V. art. 24, comma 2.

[75] In questo modo la durata dello stato di emergenza risulta sostanzialmente raddoppiata rispetto alla disciplina dettata dalla l. n. 225/1992 che, all'art. 5, comma 1-*bis*, prevedeva una durata massima di centottanta giorni, prorogabile per non più di ulteriori centottanta giorni. Peraltro, ai sensi dell'art. 24, comma 4, si prescrive che la revoca anticipata dello stato di emergenza di rilievo nazionale debba essere disposta nel rispetto della procedura stabilita per la delibera dello stato d'emergenza medesimo.

[76] Ma, per una prima deroga, si confronti il d.l. n. 162/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 8/2020, che (all'art. 15, comma 1) ha così disposto: «In deroga al limite di cui all'articolo 24, comma 3, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1, lo stato di emergenza correlato agli eventi verificatisi il 14 agosto 2018 nel territorio del Comune di Genova a causa del crollo di un tratto del viadotto Polcevera, noto come Ponte Morandi, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 15 agosto 2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 189 del 16 agosto 2018, e prorogato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 luglio 2019, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 183 del 6 agosto 2019, può essere prorogato fino ad una durata complessiva di tre anni». Si veda, altresì, il recente art. 14, comma 4, del d.l. n. 34/2020, il quale ha prorogato gli stati di emergenza diversi da quello dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, che fossero in scadenza al 31 luglio 2020 e non più prorogabili ai sensi del d.lgs. n. 1/2018.

Il Consiglio di Stato aveva, peraltro, suggerito di accorciare la durata della proroga a soli sei mesi, richiedendo che la motivazione fosse particolarmente dettagliata. Tuttavia, tale indicazione non è stata recepita dal legislatore delegato. V., sul punto, Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, parere n. 2647/2017.

[77] In effetti la *temporaneità* della situazione eccezionale dovrebbe rappresentare la cifra di questa, e di ogni altra, disciplina emergenziale. Si tratta di un profilo su cui insiste, a più riprese, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, *passim*.

A tale proposito si sarebbe, del resto, potuta tenere in considerazione la copiosa giurisprudenza della Corte dei conti in materia, mettendo a fattore comune, dei presupposti legittimanti la proroga, il grave rischio che gli eventuali fatti emergenziali potrebbero presentare per la vita, i beni, l'ambiente e tutti gli interessi tutelati dalla Costituzione. Cfr. Corte Conti, Sez. contr., deliberazioni nn. 5/2010 nonché 16/2010. In tale senso F. VALENTINI, *Necessità e urgenza: l'evoluzione storica e giuridica dei poteri dell'amministrazione per fronteggiare le emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), cit., p. 164.

3. Le ordinanze di protezione civile

3.1 Gli itinerari giurisprudenziali

Strettamente connessa alla dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale risulta certamente la possibilità di adottare ordinanze di Protezione Civile, già riconosciuta dall'art. 5 della l. n. 255/92 e ora confermata dal d.lgs. n. 1/2018[78]. Si tratta di una particolare tipologia di ordinanze contingibili e urgenti, ossia di atti formalmente amministrativi capaci, tuttavia, di sospendere e derogare norme di livello primario, che proprio per tale ragione hanno sollevato non pochi problemi ermeneutici.

Il silenzio serbato dalla Carta fondamentale sul potere *extra ordinem* e l'ambiguità dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente sul punto hanno inevitabilmente posto, con l'avvento del nuovo ordinamento costituzionale, la questione dell'ammissibilità nonché legittimità della potestà d'ordinanza[79]. Un aspetto fortemente controverso riguarda, come noto, la qualificazione giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti che, particolarmente nel decennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione, ha visto la dottrina dividersi tra natura amministrativa e normativa di tali atti[80]. In effetti, questi provvedimenti

[78] In merito all'ammissibilità costituzionale delle ordinanze di necessità ed urgenza, così come disciplinate dalla legge sulla protezione civile, e al conseguente problema della (pretesa) incostituzionalità della l. n. 225/1992, si distinguono in dottrina diverse posizioni, per una ricostruzione delle quali si rimanda a C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2/2009, p. 320 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, p. 307 ss.

[79] Cfr. *Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, 1291-1294 e, in particolare, l'emendamento dell'On. Codacci Pisanelli sulla potestà di ordinanza, da intendersi – si badi bene – quale potere di emanare decreti-legge, da attribuirsi al Governo. Per una ricostruzione della riflessione dottrinale di quest'ultimo si rinvia ad A. CODACCI PISANELLI, *Ammissibilità delle ordinanze di urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1/1890, p. 8 ss., ora in ID, *Scritti di diritto pubblico*, Lapi, Città di Castello, 1900, p. 75 ss.

Sul punto è interessante notare, come fa A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 144, che in Assemblea Costituente si preferì non costituzionalizzare il potere di ordinanza *extra ordinem* «non per negare il suo diritto di cittadinanza all'interno dell'ordinamento, dato che esso era già stato positivizzato dalla legislazione fascista e gli stessi Costituenti si resero conto che il decreto-legge non era uno strumento idoneo a fronteggiare le emergenze che comportassero la necessità di sospendere temporaneamente le libertà costituzionali, ma perché dare ad esso esplicita copertura costituzionale dovette sembrare più inutile dal punto di vista pratico […] e più pericoloso dal punto di vista teorico […], di quanto non apparisse opportuno nella speranza di disciplinarlo e limitarlo».

[80] Si tratta di un tema attorno al quale si registra un ampio e vivace dibattito. Sostengono la natura sostanzialmente normativa, tra gli altri, L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 9 ss., che sottolinea come l'ordinanza svolga una funzione di creazione del diritto mediante una «normazione particolare, originaria, diretta, occasionale»; U. GARGIULO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1954, spec. p. 142 ss., il quale evidenzia che le ordinanze *extra ordinem* «non tanto applicano norme di leggi preesistenti, quanto piuttosto pongono esse stesse le norme per regolare in concreto le situazioni che hanno di volta in volta in

hanno scatenato un acceso dibattito che ha preceduto e soprattutto seguito le pronunce della Corte costituzionale sui poteri di emergenza dell'amministrazione pubblica[81].

oggetto»; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1962, p. 67 ss., il quale, tracciando una netta distinzione tra ordinanze aventi natura amministrativa e quelle aventi natura normativa, sostiene che le dette ordinanze «possono essere considerate fonti del diritto solo in quanto contengano statuizioni generali ed astratte, dovendo negli altri casi essere considerate come meri provvedimenti amministrativi»; M.S. GIANNINI, la cui elaborazione dottrinale si attesta, inizialmente, su una posizione favorevole a riconoscere carattere normativo alle ordinanze, attesa la loro capacità di creare *jus singulare*, ma, successivamente, giunge ad accogliere l'orientamento opposto, qualificando le ordinanze quali atti amministrativi, a tale proposito si vedano rispettivamente M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, XXVII, 1948, p. 396 ss. nonché ID, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 68 ss., che, in relazione ai provvedimenti di necessità, ritiene indiscutibile il loro «carattere normativo, generale ed astratto, intendendosi la singolarità in ordine ad essi solo nel senso di eccezione alla normalità», considerandoli, proprio per la loro capacità derogatoria, dotati di forza di legge e, pertanto, sindacabili dalla Corte costituzionale, posto che «in realtà la struttura delle ordinanze stesse in nulla differisce da quella delle comuni norme generali, intesa la generalità anche nel senso di ripetibilità». Propendono, invece, per il carattere amministrativo, *ex multis*, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, 1965, p. 93, il quale, pur riconoscendo la ricorrenza di molti argomenti idonei a fondare la tesi secondo cui le ordinanze avrebbero natura di atti normativi, individua una serie di argomenti decisivi che lo portano, piuttosto, ad optare per la natura non normativa di queste: «a) la circostanza che sono emanate da autorità amministrative nello e per lo svolgimento di compiti attribuiti alla pubblica Amministrazione; b) che non è imposta la loro pubblicazione legale […]; c) che secondo concetto debbono essere concrete perché legate ad una determinata situazione di fatto contingente ed eccezionale»; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Giuffrè, Milano, 1979; ID, *Ordinanza* (voce), in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 977, a detta del quale, tuttavia, il provvedimento *extra ordinem* «se non un atto formalmente normativo, esso rappresenta un atto sui generis, nell'ambito degli atti eteronomi»; V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/1960, p. 775 ss.; ID, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 193, ss., il quale, pur precisando di non potersi sottrarre dall'«impressione che un'ordinanza a struttura normativa rassomiglia molto più ad una legge temporanea o ad un decreto-legge, che non, ad esempio, ad una autorizzazione amministrativa», sostiene che occorra escludere che le ordinanze in parola, anche se e quando contengano disposizioni generali-astratte, siano fonti del diritto, sulla base della considerazione per cui «esse non modificano alcuna norma preesistente, ma si limitano a provvedere alla situazione determinatasi con riguardo a questa soltanto (non stabiliscono una volta per tutte come dovranno provvedere il prefetto o il sindaco verificandosi la stessa o analoga situazione, ma provvedono nel modo ritenuto più opportuno nella situazione data). Insomma, il "disporre" in generale ed in astratto (d'altronde, soltanto eventuale, come si è già precisato), ma sempre entro i limiti della situazione concreta cui occorre far fronte, è assorbito nel "provvedere", configurandosi come un modo di provvedere».

[81] Gli studi sull'argomento, come noto, sono assai numerosi e hanno dato vita a letture spesso contrapposte. Senza pretese di completezza si vedano i classici L. DEGLI OCCHI, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze d'urgenza*, Damiano, Milano, 1919; V.E. ORLANDO, *Intorno ai provvedimenti di urgenza secondo la legge comunale e provinciale*, in *Foro it.*, 3/1935, p. 148 ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990. Per alcuni contributi più recenti si rimanda, tra gli altri, a G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003; A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in P. CARETTI

Il Giudice delle leggi, chiamato in più occasioni a vagliare la conformità costituzionale delle disposizioni attributive del potere di ordinanza, ha tendenzialmente sempre salvato la legittimità di quelle norme primarie che riconoscono una siffatta competenza[82].

Occorre, a tale riguardo, prendere le mosse dalla celeberrima sentenza n. 8/1956, avente ad oggetto la questione di legittimità dell'art. 2 del T.U.L.P.S., che attribuisce al Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, «la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica». La Corte, facendo ricorso al modulo decisorio tipico delle sentenze c.d. "interpretative di rigetto" ed auspicando un intervento legislativo idoneo a vincolare maggiormente la discrezionalità dell'organo prefettizio, ha dichiarato non fondata la censura di costituzionalità, enucleando, però, tutta una serie di canoni al cui rispetto risulta condizionata la legittimità della potestà *extra ordinem*.

Si tratta, segnatamente, dei seguenti profili: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico»[83]. Il Giudice costituzionale ha, d'altro canto, precisato che le ordinanze di necessità in discorso «hanno il carattere di *atti amministrativi*, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico»[84].

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del T.U.L.P.S., complici la (colpevole) inerzia del legislatore nonché una prassi applicativa favorevole ad interventi prefettizi limitativi di diritti costituzionalmente tutelati, è stata

(a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 248 ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2010; M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

[82] G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Riv. AIC*, 4/2010, p. 31.

[83] Corte cost., sent. n. 8/1956, punto 3 del *Considerato in diritto*, cit.

[84] V. Corte cost., sent. n. 8/1956, punto 3 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost*., 1956, p. 602 ss. Per alcune notazioni su tale pronuncia si vedano, per tutti, V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it*., 1/1956, p. 863 ss.; G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost*., 1956, p. 994 ss. Più in generale, sulla medesima questione, si confrontino A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro amm. (T.a.r)*, 9/2012, p. 3009; M. TURAZZA, *"Ordinanze ordinarie" dei sindaci e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quest. giust.*, 1/2012, p. 63.

ulteriormente sollevata solo pochi anni più tardi. In tale cornice il Giudice delle leggi, sollecitato da plurimi atti di promovimento, ha preso nuovamente posizione con la sentenza n. 26/1961[85]. Con tale decisione la Corte, constatata la cristallizzazione di un'interpretazione giurisprudenziale contrastante con quella precedentemente elaborata nella sent. n. 8/1956, ha dichiarato – dando l'avvio alla tipologia decisionale delle sentenze c.d. "interpretative di accoglimento" – l'illegittimità costituzionale della norma *sub iudice* nella parte in cui essa attribuiva ai Prefetti il potere di adottare ordinanze di necessità prescindendo dal necessario rispetto dei *principi generali dell'ordinamento giuridico*. Nell'intervento pretorio in parola il punto cardinale della questione è rivestito dal rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, tant'è che la Corte ha evidenziato come «i provvedimenti prefettizi non possono essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria»[86].

Del resto, per quanto attiene alla natura dell'atto, la Corte ha precisato, con maggior sforzo esplicativo rispetto alla precedente pronuncia, che i provvedimenti prefettizi *ex* art. 2 del T.U.L.P.S. «non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo», sovvenendo che «anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo […] ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi». Nella chiusa della motivazione il Giudice

[85] Cfr. Corte cost., sent. n. 26/1961, in *Giur. cost*., 1961, p. 525 ss. A tale proposito si rinvia alle osservazioni di V. CRISAFULLI, *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 1961, p. 886 ss.; C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 del T.U. leggi di p.s. come testo legislativo*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 898 ss.; M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. e libertà costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, p. 379 ss.; A. PIZZORUSSO, *Nota a sentenza*, in *Giur. it*., 1/1961, p. 755 ss.; F. BILANCIA, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. cost*., 5/1992, p. 3608.

[86] «È, infatti, ovvio che l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza non potrebbe disporre che, in un campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme». Così, espressamente, Corte cost., sent. n. 26/1961, punto 5 del *Considerato in diritto*, cit.

Si confronti, a tale riguardo, l'aspra critica mossa alla decisione da V. CRISAFULLI, *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., p. 886 ss., il quale fa notare come la sentenza in commento sia affetta da un certo margine di ambiguità laddove tra i principi dell'ordinamento giuridico vengono fatti rientrare «quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria», poiché «se è vero che molti principi dell'ordinamento sono, oggi, espressamente formulati od implicitamente desumibili da disposizioni della Costituzione, non è vera la reciproca, essendovi anche disposizioni del testo costituzionale che non pongono norme-principio, bensì norme particolarissime e addirittura a fattispecie esclusiva» e non vi è dubbio alcuno che «nessuna disposizione costituzionale, di principio o non, sia derogabile dalla legge ordinaria, e perciò, a fortiori, dall'esercizio di poteri di ordinanza».

costituzionale, prendendo in considerazione la *summa divisio* tra riserve di legge assolute e relative, ha peraltro colto l'occasione per ravvisare esclusivamente nelle prime un limite invalicabile per il potere *extra ordinem*, mentre quanto alle seconde ha riconosciuto come il ricorso alle ordinanze di necessità ben sarebbe ammissibile, a condizione però che la legge attributiva del potere individui, oltre all'organo titolare del relativo potere, anche dei criteri idonei a limitarne la discrezionalità[87].

Ad un ulteriore chiarimento si è assistito con la successiva sentenza n. 4/1977[88]. In quell'occasione il Giudice costituzionale, nel rigettare la questione di costituzionalità dell'art. 20 del Testo unico in materia di leggi comunali e provinciali (attualmente non più in vigore), che attribuiva al Prefetto il potere di emanare ordinanze di carattere contingibile e urgente in tema di edilizia, polizia locale ed igiene, per ragioni di sicurezza pubblica e sanità, ha avuto modo di ritornare sul problema della qualificazione giuridica degli atti in parola. Questa pronuncia si segnala, in particolare, per aver evidenziato lo stretto collegamento intercorrente tra i provvedimenti *ex* artt. 2 T.U.L.P.S. e 20 T.U. comunale e provinciale, entrambi classificabili quali «ordinanze libere», in quanto prive di un contenuto prestabilito per legge che viene, piuttosto, determinato di volta in volta dall'autorità amministrativa secondo quanto richiesto dalle circostanze del caso concreto, non astrattamente prevedibili. Proprio

[87] Corte cost., sent. n. 26/1961, punto 5 del *Considerato in diritto*, cit. Sul punto si veda anche, diffusamente, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2/2007, p. 359, a detta del quale «non appare condivisibile l'impostazione accennata dalla Corte e ampiamente seguita in dottrina, circa la distinzione tra riserve assolute e riserve relative di legge, come quelle che individuano materie nelle quali rispettivamente il potere di ordinanza potrebbe esplicarsi o meno. In realtà la corretta distinzione sul punto, che peraltro si ricava da una corretta lettura della sentenza fondamentale n. 26/1961, è quella tra i casi "in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare un determinata materia (per esempio art. 13, co. 3)" e quei casi nei quali la Costituzione consente "che la legge ordinaria attribuisca all'autorità amministrativa l'emanazione degli atti anche normativi, purché la legge indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito". Quindi, anche nelle materie coperte da riserva assoluta (nelle quali perciò il potere regolamentare del Governo non può intervenire), laddove sono previsti, anche in base alla Costituzione, poteri amministrativi (ad esempio, ispezioni sanitarie, art. 14; divieti di riunioni in luogo pubblico, art. 17, etc.), sicuramente questi possono essere esercitati come poteri di ordinanza ove ve ne sia la necessità (ovviamente comprovata, e soggetta a controllo giurisdizionale)».

[88] V. Corte cost., sent. n. 4/1977 (rel. Crisafulli), in *Giur. cost*., 1977, p. 20 ss., per un commento analitico della quale si rinvia a L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost*., 1977, p. 258 ss.; P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, in *Giur. cost*., 1/1977, p. 264 ss.; A. PIZZORUSSO, *Vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1977, p. 276 ss.; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 69. Si vedano anche, per un'analisi della pronuncia che intercetta considerazioni di carattere maggiormente generale, A. LO TORTO, *Le ordinanze necessitate e la potestà di deroga*, in *Trib. amm. reg.*, 2/1990, p. 129; L. DE MASI, *Osservazioni sulle ordinanze contingibili e urgenti del sindaco al di là delle considerazioni della Corte costituzionale*, in *Giurisdizione amm.*, 1/2012, p. 40.

dalla comune appartenenza a detto più ampio *genus* discende, nella visione della Corte, anche l'applicabilità di una disciplina giuridica comune il cui tratto distintivo consta nel fatto che dette ordinanze «anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge»[89].

La Corte, dunque, pur riconoscendo – in parziale rottura rispetto ai propri precedenti – che i provvedimenti di necessità possano *eventualmente* avere natura normativa, ha chiarito definitivamente che detta normatività, se certo può consistere nella partecipazione dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, in nessun caso può farli assurgere a fonti, nemmeno secondarie, del diritto[90]. La sentenza ha, in effetti, statuito che i provvedimenti *extra ordinem* «sia che si rivolgano (come nella specie è avvenuto) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi»[91].

[89] Corte cost., sent. n. 8/1956, punto 2 del *Considerato in diritto*, cit.

[90] Per una trattazione specifica dei criteri di individuazione delle fonti del diritto, non può non rinviarsi all'insegnamento di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1993, p. 24 ss.; ID., *Atto normativo* (voce), in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959; ID, *Fonti del diritto* (diritto costituzionale), in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968. Giova, peraltro, segnalare come la dottrina più accorta si sia chiesta, nel commentare criticamente la pronuncia in discorso, in che cosa possa consistere la natura normativa delle ordinanze, se non, effettivamente, nella produzione di norme giuridiche.

[91] Corte cost., sent. n. 4/1977, punto 2 del *Considerato in diritto*, cit.

Preme, inoltre, evidenziare come parte della dottrina valorizzi il carattere "precario" che connota le ordinanze di necessità ed urgenza, al fine di escluderle dal novero degli atti normativi. In questo senso, tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 53, secondo cui la normatività delle ordinanze *extra ordinem* andrebbe negata in virtù della «loro temporaneità e anzi della loro inattitudine a produrre effetti permanenti». Ma *contra* G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, p. 33 ss., a detta del quale, al fine di riconoscere natura normativa ad una determinata disposizione, «non rileva l'effetto limitato nel tempo: la temporaneità non lede la generalità e l'astrattezza, tanto più che sovente talune ordinanze sono state prorogate per anni ed anni o con altre ordinanze o anche con legge (v. ad es. art. 3 d.l. 26 aprile 2013, 43, conv. in l. 24 giugno 2013, n. 71), e in determinati casi, anzi, si prevede che abbiano carattere definitivo (per quanto tali situazioni possono essere ascritte alla patologia)». Una tesi piuttosto suggestiva, impiegata per escludere la normatività delle ordinanze in deroga, è stata avanzata da G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), cit., p. 89 ss., secondo cui sarebbero normativi solo quei fatti che siano autorizzati ad innovare *stabilmente* il diritto oggettivo. Si tratta di una visione successivamente ripresa anche da F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, p. 303 ss., sulla quale, però, dubitativamente già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. 2.1: Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1976, p. 30. Probabilmente, se si accogliesse il carattere della "precarietà" quale criterio di identificazione degli atti

Nel solco tracciato dalle pronunce su ricordate, a distanza di dieci anni, il Giudice costituzionale è tornato ad esprimersi sul potere contingibile, in occasione della sentenza n. 201/1987, estendendo i principi enucleati rispetto ai provvedimenti *ex* artt. 20 T.U.L.P.S. e 20 T.U. comunale e provinciale anche alle *ordinanze in materia di protezione civile*, in quanto tutti partecipanti di una medesima natura: quella di atti amministrativi cui viene consentito, in via d'eccezione, per rispondere ad un'emergenza, di poter derogare norme primarie[92]. Innanzitutto la Corte, cogliendo l'occasione per soffermarsi sul non semplice problema della deroga a leggi da parte di atti amministrativi, ha precisato che «nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.)»[93].

Rilevata dunque l'inesistenza di una siffatta clausola generale i Giudici di Palazzo della Consulta hanno, però, ammesso la legittimità dell'esercizio dei poteri di necessità ed urgenza ad opera dell'autorità amministrativa purché rispondenti ai canoni già più volte chiariti dalla stessa Corte costituzionale nella propria giurisprudenza precedente[94]. Si tratta, per la verità, di condizioni solo

normativi, si giungerebbe all'assurdo di dubitare persino della natura normativa dei decreti-legge, i quali presentano anch'essi un'efficacia temporanea, e per di più «sotto condizione risolutiva» come sottolinea G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1999, p. 184.

[92] V. Corte cost., sent. n. 201/1987, in *Giur. cost*., 1987, p. 1571 ss. Per alcune osservazioni sulla decisione si vedano, tra gli altri, V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte ci ripensa?*, in *Le Regioni*, 1987, p. 1572 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La tutela dell'ambiente: nuove norme attributive del potere di ordinanza*, in *Foro it.*, 12/1988, p. 3538.

Si confronti anche Corte cost., sent. n. 100/1987, in *Giur. cost*., 1987, 764 ss., con cui il Giudice delle leggi, nel salvare il d.l. n. 57/1982, convertito con modificazioni dalla l. 187/1982, volto a sanare gli eventuali vizi dei provvedimenti amministrativi emanati nell'immediatezza dei movimenti tellurici che avevano colpito tra il 1980 e il 1981 vaste zone della Campania e della Basilicata, ha mostrato «di voler applicare alle ordinanze contingibili ed urgenti le ordinarie categorie del bilanciamento dei valori costituzionali. La limitazione delle posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, infatti, è considerata dalla Corte frutto del dimensionamento contenutistico che il diritto subisce in concreto, per effetto della situazione di emergenza, a fronte di altre istanze ugualmente dotate di rilievo costituzionale». Così, testualmente, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 337. Per alcune analitiche osservazioni sulla decisione in discorso cfr. I. DE ANGELIS, *Legittimità delle norme in materia di terremoti e potere di requisizione del commissario straordinario*, in *Riv. amm.*, 1987, p. 746; P. PINNA, *Lo stato d'emergenza e la giurisdizione*, in *Le Regioni*, 1987, p. 1130; A. PIZZORUSSO, *Nota a commento*, *Foro it.*, 1987, p. 1673 ss.

[93] Corte cost., sent. n. 201/1987, punto 5 del *Considerato in diritto*, cit.

[94] La decisione *de qua* concludeva, in particolare, i giudizi promossi con ricorsi delle Regioni Friuli-Venezia Giulia e Lombardia nonché della Provincia autonoma di Trento, sia per conflitto di attribuzione che per questione di legittimità costituzionale (dichiarata poi inammissibile), di varie ordinanze adottate dall'allora Ministro per il coordinamento della protezione civile, in forza dei poteri attribuitigli dal d.l. n. 829/1982 convertito con modificazioni, dalla l. n. 938/1982, in materia di inquinamento e tutela della salute pubblica. Per una trattazione dei poteri derogatori di necessità ed

parzialmente coincidenti con quelle enunciate nel 1956, 1961 e 1977: anzitutto il fondamento del potere contingibile su di una «specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»; l'effetto «di deroga – ma non anche di abrogazione o modifica – della normativa primaria»; il necessario rispetto delle «garanzie costituzionali» e la non invasione della «"riserva assoluta" di legge (nello stesso caso di "riserva relativa" la norma primaria attributiva dei cennati poteri deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale)»; infine l'adeguamento della potestà d'ordinanza alle «dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»[95].

In sostanziale sintonia con la pregressa giurisprudenza si pone, da ultimo, la sentenza n. 127/1995 con cui la Corte, confermando il proprio risalente orientamento inerente al potere di ordinanza, rimasto peraltro sempre costante nel tempo, ha avuto modo di pronunciarsi sugli specifici provvedimenti emergenziali *extra ordinem* contemplati dall'art. 5 della l. n. 225/1992, di riforma organica dell'ordinamento della protezione civile[96]. Il Giudice delle leggi, innanzitutto, si è soffermato nuovamente sulla natura e sui limiti della potestà di ordinanza in deroga alla normativa primaria, ribadendo l'applicabilità, anche per questo tipo di ordinanze, dei principi già enucleati per tutti gli altri provvedimenti contingibili, ma aggiungendo, al contempo, l'ulteriore specificazione per cui «proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa

urgenza attribuiti al Ministro per il coordinamento della protezione civile, figura istituita dopo il sostanziale insuccesso della l. n. 966/1970, si confrontino, *ex plurimis*, T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano, 1987, p. 900 ss.; M.P. SPANO, P. PINNA, *Le ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 445 ss.; R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, p. 68 ss.

[95] Corte cost., sent. n. 201/1987, punto 5 del *Considerato in diritto*, cit. Riecheggia qui, quanto alla seconda condizione, la risalente, ma quantomai attuale, analisi di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 194, a detta del quale la deroga che abbia carattere temporaneo è sospensione, e certamente non abrogazione parziale. Sulla medesima lunghezza d'onda anche S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 66.

Per un'analisi del potere derogatorio connesso all'urgente necessità piuttosto che all'emergenza, si veda V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, cit., p. 1572.

[96] V. Corte cost., sent. n. 127/1995, in *Giur. cost*., 1995, p. 994 ss. Su questa pronuncia, si rinvia alle note, piuttosto critiche, di G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed 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. 2185 ss.; M. MALO, *Il potere di ordinanza in materia di protezione civile al vaglio della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 6/1995, p. 1176 ss.; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost*., 1996, p. 505 ss.; A. MORRONE, *I poteri di ordinanza contingibili ed urgenti: l'integrazione del "diritto eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in *Riv. giur. amb.*, 2/1997, p. 258 ss.

implica, per la verità, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione».

Ciò chiarito, la Corte è giunta ad affermare, in merito allo spinoso tema dei rapporti tra poteri emergenziali ed autonomia regionale, il fondamentale precetto in base al quale «l'"emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale – "pur di precipuo e stringente rilievo" – non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale (sent. n. 307 del 1983, considerato in diritto, n. 3). L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali»[97]. Tale pronuncia rappresenta, fuor di dubbio, il punto di arrivo più alto di un ormai granitico orientamento costituzionale che, a seguito di una quasi quarantennale evoluzione pretoria, non senza qualche indispensabile correttivo, ha sostanzialmente ritenuto conforme alla Legge fondamentale il tanto discusso potere di ordinanza[98].

[97] Corte cost., sent. n. 127/1995, punto 2 del *Considerato in diritto*, cit. Si confronti, sul punto, F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Dir. soc.*, 1/2001, p. 137 ss.

Più in generale, sui rapporti intercorrenti tra emergenza e competenze degli enti territoriali, si vedano, tra gli altri, S. BARTOLE, *Ripensando alla collaborazione tra Stato e Regioni alla luce della teoria dei principi del diritto*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2420 ss.; A. ANZON, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra le competenze statali e regionali*, in *Giur. cost*., 1986, p. 1039 ss.; A. COSTANZO, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost*., 1990, p. 2464 ss.; G.P. DOLSO, *Sul principio cooperativo tra Stato e Regioni in situazioni di "emergenza"*, in *Le Regioni*, 3/1996, p. 552 ss.; ID, *Emergenza e regioni*, *Le Regioni*, 6/1996, p. 1075 ss.; ID, *Emergenza, diritto alla salute e interesse nazionale*, in *Le Regioni*, 6/1999, p. 1158 ss. Sulla medesima tematica, più di recente, cfr. S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giur. cost*., 4/2006, p. 2926 ss.; G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, in *Giur. cost*., 4/2006, p. 2932 ss.; F. MARONE, *Temporaneità dei poteri d'urgenza e competenze regionali*, in *Giur. cost*., 3/2007, p. 2265 ss.

[98] In questo senso ancora G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 34.

Non si può, d'altro canto, dimenticare che all'indispensabile evoluzione pretoria del potere emergenziale di ordinanza di cui si è fatta portatrice la Corte si è accompagnata un'incessante, e non meno rilevante, attività della giurisprudenza amministrativa che ha contribuito a plasmare ed enucleare l'istituto in parola. Non è certamente questa la sede per trattare compiutamente tale argomento, su cui, peraltro, la letteratura e la giurisprudenza sono vastissime. Ci si limita, pertanto, ad un rinvio agli studi specifici di G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 33 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., p. 68 ss. Si vedano, peraltro, in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, sentt. nn. 1128/1998; 1831/2003; 2087/2006; 4968/2012; 774/2017; 2847/2017; 5239/2017; Cons. Stato, Sez. VI, sentt. nn.

A questo punto è possibile tentare una rilettura della richiamata giurisprudenza costituzionale. Come ben si evince dalle pronunce sopra esaminate, la Corte ha sempre tentato di "sdrammatizzare", forse anche per le intrinseche difficoltà che comporta la categoria dogmatica degli atti che, seppur generali e astratti non siano produttivi di diritto, l'accesa disputa sul carattere normativo ovvero amministrativo delle ordinanze di necessità. Ha, così, abbandonato ogni tentativo di pervenire ad una siffatta distinzione, frustrando peraltro gli intenti classificatori che avevano animato gran parte della dottrina, per focalizzarsi piuttosto sul regime giuridico di tali atti. In effetti, quello che sembra trasparire in filigrana dai pronunciamenti del Giudice delle leggi è che «il concetto di "carattere amministrativo" delle ordinanze *extra ordinem* […] non va contrapposto a quello di "normatività", come suscettibilità dell'atto di produrre conseguenze giuridiche per una pluralità di casi ed una molteplicità di destinatari, ma a quello di "fonte del diritto", come capacità dell'atto non solo di travalicare la dimensione particolare e concreta, ma anche di innovare stabilmente l'ordinamento»[99]. Ciò che conta è, pertanto, la *disciplina giuridica*, al cui rispetto risultano subordinati gli atti di necessità e urgenza per poter continuare a permanere all'interno del saldo perimetro della legalità costituzionale[100].

Questa disciplina – alla cui enucleazione hanno in verità contribuito anche alcune pronunce successive, adottate sempre in linea di continuità con i

1990/2003; 85/2006; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, sent. n. 208/1997; T.A.R. Liguria-Genova, Sez. II, sent. n. 524/2003; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, sent. n. 1409/2018; T.A.R. Abruzzo-Aquila, Sez. I, sent. n. 107/2018.

[99] Così, espressamente, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 149. Per considerazioni sostanzialmente analoghe anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2/2007, p. 370 ss.

L'itinerario giurisprudenziale richiamato sembra, dunque, disegnare una sottile, ancorché piuttosto discutibile, distinzione tra atti normativi e fonti del diritto, in base alla quale gli uni e le altre presenterebbero i caratteri di generalità e astrattezza, ma esclusivamente le seconde (che ricomprenderebbero i primi, pur non esaurendosi in essi) sarebbero in grado di innovare stabilmente l'ordinamento. Sul punto, con forti accenti critici, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 33 ss., secondo cui si tratta di conclusioni «difficili da condividere, sia per l'ossimoro rappresentato dalla negazione della natura di fonte ad un atto pur qualificato normativo, sia in considerazione degli effetti derogativi del diritto oggettivo, tanto più quando l'ordinanza contiene regole generali ed astratte. Semmai questa affermazione della Corte, indubbiamente intrisa di perplessità, è la conferma della difficoltà di conciliare la deroga alla legge disposta tramite atto amministrativo con i principi in tema di rapporti tra fonti». In senso adesivo anche A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, cit., 2009, 172 ss.

[100] Parte della dottrina, del resto, continua ad attribuire alle ordinanze in esame, nonostante le indicazioni contrarie della Corte, la natura di vere e proprie fonti del diritto. Così, *ex multis*, A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L.A. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 61 ss.

precedenti già evocati –, per quanto attiene specificamente alle ordinanze di protezione civile, pare sintetizzabile nei seguenti capisaldi:

1) adozione di una prodromica *declaratoria formale dello stato di emergenza* per un periodo di tempo prestabilito[101];
2) esistenza, in ossequio al principio di legalità, di un'*espressa autorizzazione legislativa* che, seppur senza disciplinare il contenuto dell'atto, contempli il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento, nonché l'autorità legittimata[102];
3) soggezione ai *principi generali dell'ordinamento giuridico*, alle *norme dell'Unione Europea*, alla riserva, quantomeno assoluta, di legge e a determinati principi di rango legislativo[103];
4) *provvisorietà* del provvedimento, il quale può condurre esclusivamente a deroghe temporalmente limitate[104];
5) *strumentalità* dell'atto, da intendersi quale proporzionalità tra le misure straordinarie adottate e l'evento imprevisto da affrontare[105];
6) capacità di comprimere i diritti costituzionali in forza di una ponderazione in concreto, proporzionata e ragionevole, tra interessi costituzionalmente tutelati[106];
7) possibilità, nel rispetto del principio di leale collaborazione, di derogare le competenze delle autonomie territoriali, senza poter in

[101] V. Corte cost., sent. n. 83/2010.

[102] Così Corte cost., sent. n. 201/1987.

[103] Corte cost., sentt. nn. 8/1956 e 26/1961, 4/1977, 201/1987, 127/1995; 44/2019; nonché Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 1003/2005; Sez. IV, sent. n. 2795/2005.

Per quanto riguarda i principi di rango legislativo summenzionati, ci si riferisce, tra gli altri, ai principi di giusto procedimento, trasparenza e concorrenza.

[104] Con previsione di un termine finale nonché dell'obbligo di motivazione delle eventuali proroghe. Cfr., sul punto, Corte cost., sentt. nn. 8/1956 e 127/1995. Tra le principali pronunce della giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, Sez. IV, sentt. nn. 2795/2005 e 1270/2006; Sez. V., sentt. nn. 6280/2002 e 6029/2006.

[105] Corte cost., sentt. nn. 4/1977; 201/1987.

[106] Si confrontino, a tale proposito, Corte cost., sentt. nn. 4/1977, 100/1987, 201/1987, 51/1991; nonché Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 1371/2003, Sez. IV, sent. n. 2246/2006.

Sul punto, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 308, osserva che «il modello teorico di riferimento della struttura che il giudizio costituzionale assume quando si controverte del potere contingibile e urgente è quello ordinario della "delega di bilanciamento", anche se corretto in funzione dell'atipicità delle ordinanze. Il giudice costituzionale, infatti, ricostruisce le condizioni alle quali il contemperamento dei contrapposti, o concorrenti, interessi di rango costituzionale può essere considerato ragionevole, rimandando al sindacato giurisdizionale amministrativo della singola ordinanza extra ordinem la valutazione in concreto del rispetto della soglia massima di comprimibilità che viene a connotare il diritto fondamentale in considerazione delle specifiche ragioni dell'emergenza». Si veda anche, per un'analisi circa la "delega di bilanciamento", R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 88 ss.

alcun modo giungere ad annullarle[107];

8) obbligo di adeguatezza della *motivazione* e di *pubblicazione* della misura *extra ordinem*[108].

3.2 La visione accolta dal nuovo Codice

È nel delineato quadro giurisprudenziale che si inserisce la specifica disciplina delle ordinanze accolta dal Codice, all'interno del quale il potere *extra ordinem* di protezione civile trova finalmente un'organica ed unitaria regolamentazione[109]. Il nuovo impianto normativo, che ha alle sue spalle il complesso percorso di sviluppo passato per l'art. 5 della l. n. 225/1992, presenta l'indubbio pregio di consolidare e sistematizzare l'elaborazione legislativa ma soprattutto pretoria che nel corso degli anni ha interessato l'istituto in esame[110]. Innanzitutto, similmente alla legislazione previgente, si subordina espressamente, ai sensi dell'art. 24, l'adozione delle *ordinanze di protezione civile* ad una previa dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale che rappresenta, pertanto, la stringente cornice entro la quale deve essere gestita l'emergenza. Effettivamente, le ordinanze che ne conseguono vanno adottate nei limiti e con le modalità indicati nella *deliberazione dello stato di emergenza*, oltre che nel rispetto dei *principi generali dell'ordinamento giuridico* e delle *norme dell'Unione Europea*, i quali finiscono per circoscrivere fortemente l'operatività del potere in discorso[111].

[107] *Ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 127/1995; 39/2003; 222/2006; 105/2009; 169/2009; nonché Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 6809/2002; Sez. VI, sent. n. 2426/2006.

[108] Corte cost., sentt. nn. 8/1956, 26/1961.

Per una panoramica generale dei caratteri indefettibili che le ordinanze *extra ordinem* devono rispettare si rimanda a M. RICCI, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2019, p. 12; S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2020, p. 5 ss.

[109] Cfr., a tale proposito, artt. 24; 25; 26.

[110] La nuova previsione si pone in linea di continuità con i recenti interventi normativi. Si confronti, ad esempio, l'art. 40-*bis*, comma 1, del d.l. n. 1/2012 che ha disposto l'abrogazione dell'art. 5-*bis*, in tema di grandi eventi, previsto dalla l. n. 225/1992.

Tra i moltissimi commenti sull'antecedente rappresentato dall'art. 5 della l. n. 225/1992, si vedano G. CARUSO, *Protezione civile e potere di ordinanza: note sull'art. 5 l. 225/92*, in *Foro it.*, 1992, p. 3054; F.S. SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, Giuffrè, Milano, 1996; G. MANFREDI, *Le insidie del potere di ordinanza*, in *Riv. giur. amb.*, 1/2004, p. 102 ss.; A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, p. 1 ss.; nonché S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 197 ss., secondo cui la disciplina contemplata dalla summenzionata legge «rappresenta senz'altro il tentativo più ambizioso – ancorché quello tutt'ora più controverso e discusso – di riportare al modello costituzionale, razionalizzandola alla luce dei principi e criteri enunziati dalla giurisprudenza costituzionale e comune, la prassi delle procedure d'intervento in caso di eventi eccezionali».

[111] Per un'attenta disamina dei principi su esposti si può rinviare, tra i tanti, a S. BARTOLE, *Principi*

A tale riguardo preme svolgere una duplice osservazione. Se è vero che il Giudice delle leggi, in una delle sue prime sentenze, ha evidenziato il limite dei principi generali dell'ordinamento, non è meno vero che tanto nella motivazione della pronuncia stessa quanto, soprattutto, nella giurisprudenza successiva ha puntualizzato che entro tali principi devono necessariamente rientrare le previsioni nonché i diritti costituzionali, che il potere *extra ordinem* non può in alcun caso travolgere[112]. Sicché non sarebbe stato un fuor d'opera, anzi sarebbe stato auspicabile, inserire nel Codice un riferimento esplicito al rispetto dei diritti costituzionali[113]. D'altra parte, benché il richiamo alle previsioni sovranazionali non possa che accogliersi favorevolmente, rappresentando, a ben vedere, un arricchimento dei limiti predetti già elaborati in via pretoria, non può sottacersi che individuare in *tutte* le norme dell'Unione Europea un limite rigido alla potestà d'ordinanza non pare affatto in sintonia con le esigenze che le ordinanze stesse mirano a realizzare[114].

Alle ordinanze di protezione civile è, in particolare, possibile ricorrere per il generico «coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale», ancorché venga successivamente contemplata una specifica tipizzazione delle finalità con esse perseguibili[115]. Si tratta, in verità, di un'elencazione non tassativa che, considerata anche

generali del diritto (voce), in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1986, p. 494 ss.; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento nell'interpretazione ed applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 181; F. MODUGNO, *I principi generali dell'ordinamento* (voce), in *Enc. Giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1991, p. 3 ss. Sul tema in esame si veda anche il recente studio monografico di P. FARAGUNA, *Dai confini della Costituzione, Principi supremi ed identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015.

[112] Il riferimento è ovviamente a Corte cost., sent. n. 8/1956. Sulla medesima linea anche le successive sentt. nn. 26/1961 e 4/1977. In dottrina, per tutti, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., p. 121 ss.

[113] In effetti, la Corte, in particolare a partire dalla sent. n. 26/1961, ha chiaramente escluso in radice che con le ordinanze di necessità ed urgenza si possa «menomare l'esercizio di diritti garantiti in Costituzione». Sul punto, v. R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 87 ss. e p. 223 ss.

[114] In relazione al profilo evidenziato, vedi *infra*, § 5. Tra le norme rilevanti dell'Unione Europea non può non rientrare anche la Carta dei diritti fondamentali, sulla quale si rimanda, *ex plurimis*, a L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2013; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.

[115] Nello specifico l'art. 25, comma 2, prevede che «Fermo restando quanto previsto al comma 1, con le ordinanze di protezione civile si dispone, nel limite delle risorse disponibili, in ordine: a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea; c) all'attivazione di prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche e produttive direttamente interessate dall'evento, per fronteggiare le più urgenti necessità; d) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del

la rimessione della vera e propria definizione del perimetro dell'emergenza alla dichiarazione dello stato emergenziale, finisce per non incidere sul contenuto delle ordinanze, il quale rimane, in ogni caso, ontologicamente "libero"[116].

Quanto all'aspetto *soggettivo* la disciplina codicistica risulta quantomeno poco sistematica, se non addirittura lacunosa[117]. L'art. 25, difatti, non lo chiarisce affatto, specificando esclusivamente che il principale responsabile per l'adozione delle ordinanze in esame risulta essere il Capo del Dipartimento della protezione civile. L'effettiva titolarità di tale potere si ricava, invece, dall'art. 5, il quale lo assegna, condivisibilmente, al Presidente del Consiglio dei ministri, seppure questo sia esercitabile per il tramite del predetto Capo del Dipartimento e sempre salvo che non sia diversamente stabilito dalla deliberazione dello stato di emergenza[118]. D'altro canto, dal punto di vista procedurale, per l'adozione delle ordinanze occorre, come in passato, acquisire l'*intesa* delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate, in ossequio al canone di sussidiarietà cui il sistema è informato. Tutte le ordinanze vengono poi *trasmesse*, per informazione, tanto al Presidente del Consiglio dei ministri quanto alle Regioni o Province autonome coinvolte[119].

Viene mantenuta, nel nuovo Testo unico, tutta una serie di profili di cui già

rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, strettamente connesso all'evento e finalizzati prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; e) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza; f) all'avvio dell'attuazione delle prime misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera e), anche attraverso misure di delocalizzazione temporanea in altra località del territorio nazionale, entro i limiti delle risorse finanziarie e secondo le direttive dettate con apposita, ulteriore delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata».

[116] Sicché, posto il carattere comunque "libero" delle ordinanze, si potrebbe essere portati a dubitare dell'effettiva utilità di una previa individuazione delle finalità cui le stesse dovrebbero essere predeterminate.

Si confronti, in merito alle finalità tipiche, quanto già previsto dall'art. 5 della l. n. 255/2013. In dottrina, ancora, G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2011, p. 19 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 33 ss.

[117] G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, cit., p. 7.

[118] Declaratoria dello stato di emergenza che può, dunque, attribuire il potere di adottare ordinanze anche a soggetti differenti quali i commissari delegati ovvero lo stesso Capo del Dipartimento della protezione civile. Ma *contra* G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, cit., p. 7, a detta della quale, dall'art. 25, comma 9, si evincerebbe come i commissari delegati già deterrebbero detto potere di ordinanza, senza necessità di una specifica attribuzione in tal senso. A sostegno della tesi, l'Autrice cita la previsione secondo cui «avverso le ordinanze di protezione civile e i consequenziali provvedimenti commissariali nonché avverso gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati», la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo è disciplinata dal Codice del processo amministrativo.

[119] Art. 25, comma 4.

ragionava la legislazione previgente uniformatasi agli arresti della Corte: la necessità, per le ordinanze *extra ordinem*, di individuare le principali norme cui intendono derogare; l'efficacia già a decorrere dalla data di adozione; l'onere di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale; l'obbligo di specifica motivazione, indispensabile per consentire una sindacabilità in sede giurisdizionale amministrativa in merito ai profili sia della violazione di legge che dell'eccesso di potere[120]. Il Codice, rispetto al sistema precedente, se da un lato ha mantenuto il previo concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze limitatamente ai profili finanziari, dall'altro, facendo venire meno il controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti sulle ordinanze di protezione civile, ha risolto una *vexata quaestio* che aveva addirittura condotto il Governo, in aperto contrasto con la giurisprudenza contabile sul punto, ad adottare, attraverso la decretazione d'urgenza, una norma di interpretazione autentica recante un'espressa esclusione dei controlli in discorso[121].

All'ultimo comma dell'art. 25 si prevede, introducendo una fattispecie del tutto inedita, la possibilità di autorizzare le Regioni a disciplinare, mediante proprie leggi, ordinanze finalizzate a contrastare evenienze emergenziali di carattere territoriale, da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti, nei limiti e con le modalità previste dall'art. 24[122]. Si introducono, in questo modo, accanto alle più tradizionali ordinanze statali di protezione civile, anche delle ordinanze regionali che, seppur subordinate alle *direttive* del Presidente del Consiglio dei ministri, possono essere impiegate per far fronte a calamità di rilievo regionale. Se indubbiamente tale previsione pare condivisibile, quanto meno per aver ampliato gli strumenti emergenziali a disposizione delle autonomie territoriali, non si può, d'altro canto, non osservare una certa lacunosità, o quantomeno la poca accuratezza, che caratterizza detta disciplina. Non si rinviene, infatti, alcuna menzione né del necessario rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea né dell'obbligo di motivazione e di indicazione delle principali norme regionali

[120] Cfr., in particolare, art. 25, commi 1e 4.

[121] Il riferimento è all'art. 14, comma 1, del d.l. n. 90/2008.

Sulla problematica esenzione dal controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti, diffusamente, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 193 ss.

[122] La qual cosa è sembrata, almeno apparentemente, deporre a favore della natura amministrativa delle ordinanze in parola. In questo senso E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., p. 132, salvo poi sottolineare come la natura di tali atti rimanga incerta anche nell'art. 25. In effetti, a detta dell'Autore, il comma 6 sembrerebbe trattare le ordinanze come atti normativi, o almeno così lascerebbe intendere la parte della disposizione che autorizza il Capo del Dipartimento della protezione civile ad attuare gli interventi previsti nelle ordinanze di cui al presente articolo, avvalendosi delle strutture operative del Servizio nazionale. Laddove, prosegue l'Autore, «le ordinanze sembrano dunque rappresentare la regola che verrà poi eseguita con provvedimenti».

cui tali ordinanze regionali intendono derogare né, tantomeno, dell'onere di pubblicazione nel Bollettino della Regione e di trasmissione al Presidente del Consiglio dei ministri[123]. Risulta, dunque, evidente come il legislatore delegato, pur nel lodevole intento di introdurre un ulteriore strumento di deroga a norme di carattere primario, avrebbe, a ben vedere, "dovuto" fissare anche i limiti fondamentali cui tali ordinanze devono soggiacere[124].

Preme ancora segnalare che, sotto il versante organizzativo, il Testo unico riconosce, all'art. 25, commi 7 e 8, la possibilità di nominare, con le citate ordinanze di protezione civile, dei «commissari delegati», al fine di meglio coordinare l'attuazione delle ordinanze stesse[125]. Questi soggetti, individuati dal Capo del Dipartimento di protezione civile che nel provvedimento di nomina deve altresì specificare contenuto, tempi e modalità di esercizio dell'incarico, operano in regime straordinario sino al termine dello stato di emergenza di rilievo nazionale[126]. I commissari delegati, nello specifico, devono essere scelti, tranne che per motivate eccezioni, tra i soggetti per cui la legge non prevede alcun compenso per lo svolgimento dell'incarico[127].

Il Codice prevede, da ultimo, una seconda categoria, del tutto inedita, di

[123] Per la verità il rispetto delle prescrizioni richiamate potrebbe forse ritenersi implicito, atteso che previsioni di tale tenore vengono già dettate per le analoghe ordinanze statali e potrebbero ragionevolmente considerarsi estensibili anche a quelle regionali.

[124] Secondo G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, cit., p. 10, il motivo di tale lacunosità andrebbe ricercato nel timore, da parte della norma primaria statale, di finire per invadere la sfera di competenza regionale in una materia di potestà legislativa concorrente come quella della "protezione civile".

[125] La figura del commissario delegato di protezione civile deve, del resto, essere tenuta distinta da un'altra figura invalsa nella prassi (anche pandemica), ossia quella del c.d. commissario straordinario. In generale, sul fenomeno del commissariamento, per tutti, F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 3/2005, p. 764 ss.; A. FIORITTO, *I commissari straordinari per il completamento delle opere incompiute*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2005, p. 1159 ss.; C. IANNELLO, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2/2007, p. 71 ss.; M. FRANCAVILLA, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, in *Corriere giur.*, 3/2008, p. 301 ss.; C. FRANCHINI, *La figura del Commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2009, p. 561 ss.; G. AVANZINI, *Il Commissario straordinario*, Giappichelli, Torino, 2013.

[126] A tale riguardo l'art. 16 del d.lgs. n. 4/2020 ha abrogato qualsiasi riferimento alle attività ispettive dei commissari delegati, espungendo, peraltro, i riferimenti contenuti nell'art. 25 del Testo unico in merito alle attività esplicate dai commissari in regime ordinario, ora regolate esclusivamente dall'art 26 del Testo unico stesso.

[127] Nulla viene detto, invece, in relazione a tutta una serie di meccanismi che, in passato, il legislatore aveva disposto in merito ad un'altra tipologia di figura commissariale, ossia quella per la «velocizzazione delle procedure esecutive relative a investimenti pubblici prioritari per lo sviluppo economico e l'occupazione (l. n. 2/2009) e in particolare: eventuale compenso non erogato qualora i tempi per l'esecuzione dell'intervento non siano rispettati; segnalazioni alla Corte dei conti per ritardi e inadempienze; disposizioni volte a porre in relazione l'operato dei commissari, il motivo dei ritardi e la richiesta di proroga dello stato di emergenza. Il Codice, sotto questo profilo, non mostra alcuna discontinuità con la l. n. 225/1992». Così, testualmente, G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, cit., p. 7.

ordinanze in deroga alla legge volte a «favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale», che evidenziano come il "ritorno alla normalità" rivesta, fuor di dubbio, un rilievo cruciale per la nuova protezione civile[128]. Si tratta di strumenti che possono essere adottati, almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza, per disciplinare la *transizione* dalla fase prettamente emergenziale a quella ordinaria, allungando di fatto il periodo di vigenza delle ordinanze[129]. Detti provvedimenti, la cui durata massima risulta pari a sei mesi (non prorogabili) dal termine dello stato di emergenza, intervengono sì in un quadro calamitoso, ma non per far fronte ad una vera emergenza, quanto piuttosto per la gestione, seppur in via straordinaria, di eventi già ampiamente programmati[130]. In tale cornice, preme sottolineare come le deroghe eventualmente previste dalle ordinanze in discorso durante il regime transitorio siano preordinate ad incidere, in massima parte, sulla disciplina, spesso non priva di criticità soprattutto in costanza di emergenza, dei contratti pubblici, come risulta dalla medesima formulazione legislativa che ragiona di «affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi»[131].

4. La *governance* alternativa nella prassi governativa

Dopo aver tentato di evidenziare sinteticamente i tratti peculiari dell'intelaiatura normativa che fa capo al nuovo Codice della protezione civile, il quale rappresenta lo stato dell'arte della gestione dell'emergenza nel nostro ordinamento, e ancor prima di concentrarsi più diffusamente sull'analisi dell'effettiva opportunità di un disallineamento rispetto alle predette prescrizioni codicistiche, occorre ripercorrere, almeno a grandi linee, la vasta panoplia di misure concretamente adottate per contrastare l'epidemia in atto[132]. Quello che preme soprattutto è mettere in adeguata luce le tendenze di fondo che hanno

[128] Cfr. art. 26. Deve, del resto, segnalarsi che con tale provvedimento, diversamente dal passato, viene disciplinato non già il subentro dell'amministrazione pubblica competente, bensì la prosecuzione in via ordinaria delle funzioni commissariali di coordinamento degli interventi conseguenti all'evento, già pianificati e non ancora ultimati.

[129] Lo rileva, ancora, E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., p. 135.

[130] *Ibidem*.

[131] La formulazione dell'art. 26, comma 1, prevede espressamente la possibilità di adottare «disposizioni derogatorie, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione di termini analiticamente individuati e disposizioni finalizzate all'eventuale rimodulazione del piano degli interventi nei limiti delle risorse disponibili».

[132] Per una raccolta ragionata dei principali atti giuridici adottati dai diversi livelli di governo nella gestione dell'emergenza da COVID-19, si rinvia alle rubriche curate da varie Riviste online. Si possono a tale proposito indicare, tra gli altri, gli osservatori sull'emergenza allestiti da *Osservatoriosullefonti.it*; *Federalismi.it*; *Dirittiregionali.it, Biodiritto.org*., mentre per una prima rassegna bibliografica si rimanda a F. APERIO BELLA, M. MALVICINI (a cura di), *Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, p. 2 ss.

caratterizzato, e tuttora stanno caratterizzando, il discusso "microsistema" delle fonti emergenziali[133]. Nell'intento, dunque, di ricostruire la prassi di quello che è stato accortamente definito il «*tertium genus* della disciplina avverso la Pandemia», e nella parallela impossibilità di censire l'intera pletora delle singole misure adottate, si può rimarcare fin da subito come l'approccio governativo di contenimento della diffusione del virus si sia radicato in tre principali pilastri normativi: 1) l'art. 32 della l. n. 833/1978; 2) il sistema nazionale di protezione civile; 3) un insolito binomio rappresentato da appositi decreti-legge autorizzativi di successivi d.P.C.M.[134].

I primissimi interventi del Governo hanno preso l'avvio già anteriormente alla dichiarazione dello stato di emergenza, quando l'epidemia interessava il solo territorio straniero, apparendo ancora come un "problema lontano"[135]. In effetti, il 25 gennaio 2020 è stata emanata una prima ordinanza del Ministro della salute – seguita a soli cinque giorni di distanza da una seconda –, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978, che ha disposto delle misure di sorveglianza attiva rispetto ai passeggeri provenienti dalle zone interessate dai primi "focolai" virali, da un lato, nonché il potenziamento del reclutamento del personale

[133] Si tratta di un'espressione, come noto, coniata da Antonio Ruggeri, il quale l'ha spesse volte impiegata. A tale proposito si confronti, tra gli altri, A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in D. DOMINICI, G. FALZEA, G. MOSCHELLA (a cura di), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 225.

[134] Come, del resto, confermato dallo stesso *ex* Presidente del Consiglio dei ministri, Giuseppe Conte, nel corso della prima *lectio magistralis* dall'addio al Governo, tenuta presso l'Università degli Studi di Firenze in data 26 febbraio 2021, il cui testo integrale è consultabile all'indirizzo *www.firenze.repubblica.it*.

La citazione è tratta da R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giust. insieme.*, 15 maggio 2020 (nostro il corsivo); in senso adesivo anche M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, p. 4, il quale discorre di terza via rispetto alla normativa di protezione civile e a quella in tema di sanità pubblica. Sulla medesima lunghezza d'onda si rinvia, peraltro, alle analisi di S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, cit., p. 4 ss.; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Dirittiregionali.it*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali",* 1/2020, p. 649 ss.; G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 352 ss.

[135] E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2020, p. 1.

Per una prima ricognizione dell'enorme numero di provvedimenti adottati si vedano, *ex plurimis*, G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1/2020, p. 2 ss.; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2020, p. 1 ss.; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Quest. giust.*, 18 marzo 2020; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Quest. giust.*, 27 marzo 2020; C. DRIGO, A. MORELLI, *Dossier – L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*, in *Dirittiregionali.it*, 2/2020, p. 4 ss.

sanitario, dall'altro[136].

In seguito, il giorno immediatamente successivo alla dichiarazione con cui, in data 30 gennaio 2020, l'Organizzazione mondiale della sanità ha definito l'epidemia da Coronavirus un'emergenza sanitaria di calibro internazionale, il Governo ha, dal canto suo, deliberato lo stato di emergenza nazionale, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 1/2018, per una durata inizialmente pari a sei mesi[137]. Sulla base di detta declaratoria, in verità piuttosto laconica, si è quindi radicata a cascata, a partire dal 3 febbraio 2020, tutta una serie di *ordinanze* attuative del Capo del Dipartimento di protezione civile, la prima delle quali recante i «primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»[138]. Il ricorso a questo strumento è stato accompagnato dall'indicazione delle principali deroghe alle disposizioni normative (in massima parte contemplate dal Codice degli appalti) – rispetto alle quali non pare, in realtà, essere stato correttamente assolto l'onere di specifica motivazione – necessarie per coordinare i vari interventi di soccorso e assistenza alla popolazione, oltre che per garantire il funzionamento dei servizi pubblici ed istituire il ben noto *Comitato tecnico-scientifico* ad ausilio del Capo del Dipartimento[139].

[136] Il riferimento è alle ordinanze del Ministro della salute recanti «Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019 - nCoV)» del 25 e 30 gennaio 2020, pubblicate, rispettivamente, in *G.U. serie gen.* 27 gennaio 2020, n. 21 ed in *G.U. serie gen*. 1 febbraio 2020, n. 26.

[137] Si tratta, precisamente, della delibera del Consiglio dei Ministri recante «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», pubblicata in *G.U. serie gen.* 1 febbraio 2020, n. 26, con cui è stato disposto che per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, «si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3». Su tale dichiarazione, per una prima ricognizione, si può rinviare a G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, cit., p. 1 ss., il quale evidenzia come l'attribuzione al Capo del Dipartimento della protezione civile del potere di ordinanza sia del tutto pleonastica, posto che, ai sensi dell'art. 25 del Codice, «l'attribuzione di tale potere è già in re ipsa, una volta addivenuti alla dichiarazione dello stato di emergenza su scala nazionale, sulla base del disposto normativo appena richiamato».

[138] Il riferimento è all'ordinanza n. 630/2020, a firma del Capo del Dipartimento della protezione civile Angelo Borrelli, pubblicata in *G.U. serie gen*. 8 febbraio 2020, n. 32.

In relazione all'impiego delle ordinanze di protezione civile in costanza di emergenza v. M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Oss. cost. AIC*, 3/2020, p. 205 ss.; V. PEPE, *La gestione delle emergenze tra protezione civile, doveri di solidarietà e volontariato al tempo del Covid-19*, in *Quad. amm.*, 3/2020, p. 56 ss.

[139] Più nel dettaglio l'articolo 2, comma 1, dell'ordinanza n. 630/2020 ha disposto che il Capo del Dipartimento della protezione civile, per il superamento dell'emergenza in corso, si avvale di un Comitato tecnico-scientifico, istituito con proprio provvedimento, composto dal Segretario Generale del Ministero della salute, dal Direttore Generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro

Nel frattempo, nonostante la condivisibile attivazione dell'armamentario di protezione civile, è parallelamente proseguito l'impiego di ordinanze in materia sanitaria[140]. Ciò è tanto vero che, tra la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale ed il 22 febbraio 2020, sono state emanate ulteriori tre ordinanze del Ministro della salute, ai sensi del menzionato art. 32 della l. n. 833/1978, assunte anche d'*intesa* con i Presidenti delle Regioni interessate dai primi "focolai" epidemici[141]. Con tali provvedimenti è stata, in particolare, disposta tutta una serie di indicazioni operative nonché misure profilattiche – quali la sospensione delle attività lavorative e scolastiche e la chiusura degli esercizi commerciali non essenziali – volte a consentire il contenimento della pandemia nei comuni della Lombardia e del Veneto, inizialmente fortemente colpiti dai contagi[142].

All'aggravarsi repentino della diffusione del virus, nel volgere di alcune settimane, esattamente il 23 febbraio 2020, giorno che ha segnato un vero e proprio cambio di passo da parte del Governo nella risposta alla pandemia, il Consiglio dei Ministri ha adottato il primo di una lunga serie di decreti-legge, avente ad oggetto «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»[143]. Questo decreto, il n. 6/2020, ha previsto, all'art. 1, comma 1, la possibilità per le autorità competenti di adottare, nelle aree coinvolte in casi di positività all'agente virale, «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione

Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di Coordinatore del Comitato. Sulla scorta di tale previsione, con decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 371/2020, è stato effettivamente istituito il summenzionato Comitato Tecnico Scientifico (CTS) con competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus. La sua composizione è stata successivamente ridefinita con l'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 663/2020 e dalle successive ordinanze: nn. 673/2020; 706/2020; 715/2020 nonché 735/2021.

[140] Per un inquadramento sistematico di questo potere contingibile e urgente si vedano, diffusamente, M.S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, in *Rass. amm. sanità*, 1962, 733 ss.; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 19 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit., p. 93 ss.

[141] Le ordinanze del Ministero della Salute hanno continuato, per la verità, ad essere adottate durante tutto il prosieguo della risposta emergenziale. Si confrontino, *ex multis*, le ordd. del 22 febbraio 2020; 23 febbraio 2020; 24 febbraio 2020; 12 marzo 2020; 14 marzo 2020; 15 marzo 2020; 20 marzo 2020; 22 marzo 2020; 28 marzo 2020.

[142] Si tratta, come noto, dei Comuni di Vo' Euganeo e di Codogno, a partire dai quali l'epidemia si è diffusa, a macchia d'olio, sull'intero territorio italiano.

[143] Il d.l. n. 6/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 13/2020, è pubblicato in *G.U. serie gen.* 23 febbraio 2020, n. 45.

epidemiologica»[144]. Il successivo, e fortemente discusso, art. 2 ha poi autorizzato le medesime autorità competenti all'adozione di «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza […] anche fuori dei casi dell'art. 1, comma 1»[145].

Ma a suscitare l'attenzione (critica) della dottrina, soprattutto dal punto di vista delle fonti, è stato in particolare l'art. 3, comma 1, il quale ha disposto che le predette misure «sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale»[146]. L'art. 3, comma 2, ha infine disposto che, *nelle more* dell'adozione dei citati d.P.C.M., provvedimenti contingibili e urgenti potessero essere adottati ai sensi degli artt. 32 della l. n. 833/1978 (*Legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale*), dell'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*) e dell'art.

[144] Il d.l. n. 6/2020 è stato, in dottrina, reputato il più importate, dal momento che lo schema dallo stesso consacrato «non è stato alterato dai numerosi decreti legge che da allora si sono susseguiti». Così, testualmente, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Riv. dir. comp.,* n. 2/2020, p. 1 ss.

[145] Si tratta di una previsione rispetto alla quale si è giustamente rilevato come siano «in bianco» tanto le «autorità competenti» quanto le «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza». Così, L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, 13. In senso analogo si confronti anche C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, p. 83 ss. In relazione alla disposizione in discorso il T.A.R. Marche-Ancona, Sez. I, dec. n. 56/2020 ha, peraltro, sancito che «la possibilità di adottare misure «ulteriori» va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6».

[146] Per quanto attiene all'impiego dei d.P.C.M. quale inedito strumento di gestione emergenziale si rimanda, senza alcuna pretesa di esaustività, e seppur con una certa disparita di vedute, a G. SALERNO, *Coronavirus, decreto del governo. Caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *ilSussidiario.net*, 26 febbraio 2020; A. MITROTTI, *Salus rei publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2020, spec. p. 28; L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da covid-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2020, p. 2 ss.; V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos….) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020, p. 985 ss.; M.A. DE PASQUALE, *La gestione normativa della crisi. Dalle deficienze sanitarie alla caotica gestione multilivello della crisi (sperimentale): «necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, in *Dirittiregionali.it*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali",* 1/2020, p. 607 ss.

50 del d.lgs. n. 267/2000 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*)[147].

Facendo leva sulla copertura (squisitamente) formale fornita, a monte, dal decreto-legge, specifiche misure restrittive sono state, a valle, adottate attraverso un'alluvionale congerie di d.P.C.M.: ossia quelli del 23 febbraio, 25 febbraio, 1 marzo, 4 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo e 22 marzo 2020. *Medio tempore*, peraltro, ai sensi dell'art. 122 del d.l. n. 18/2020, con d.P.C.M. 18 marzo 2020 è stato nominato il *Commissario straordinario* per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19[148].

Si deve, oltretutto, precisare che la strada tracciata dal d.l. n. 6/2020, e radicata sui d.P.C.M. autorizzati dalla decretazione d'urgenza, una volta inaugurata, ha continuato ad essere percorsa per tutto il prosieguo della lotta alla pandemia, senza più essere abbandonata[149]. Tant'è che, in seguito all'evoluzione della situazione epidemiologica, quando il primo decreto-legge, salvo alcune specifiche disposizioni, è stato abrogato, il successivo d.l. n. 19/2020, riprendendo questo peculiare schema normativo di gestione dell'epidemia oramai impostosi in via di fatto, ha autorizzato l'adozione di diverse e più stringenti misure di risposta all'evenienza emergenziale sempre ad opera di appositi

[147] Sul peculiare significato della discussa dizione «nelle more», cfr. G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni nell'emergenza da COVID-19*, in *Dirittiregionali.it*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 1/2020, p. 361 ss.; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, p. 14 ss.

[148] Inizialmente l'incarico in parola è stato conferito al dott. Domenico Arcuri, recentemente sostituito, in data 1 marzo 2021, dal Generale di Corpo d'Armata Francesco Paolo Figliuolo. Nomina, questa, che deve leggersi *in unum* con la sostituzione, avvenuta in data 26 febbraio 2021, di Angelo Borrelli con Fabrizio Curcio al vertice della protezione civile. Su questa figura commissariale, recentemente, 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*, 1/2021, p. 98 ss.

[149] Dal punto di vista strettamente procedurale, preme sottolineare che nessuno dei vari d.P.C.M., non essendo stato richiesto il parere del Consiglio di Stato, ha seguito l'*iter* di formazione previsto per i regolamenti dall'art. 17 della l. 400/1988. Su quest'ultimo profilo si rinvia, approfonditamente, a quanto ricostruito da G. TARLI BARBIERI, *Governo: l'attuazione dell'art. 17 della l. n. 400/1988 nel più recente periodo*, in *Quad. cost.*, 1995, p. 509 ss.; ID, *Il potere regolamentare del Governo (1996-1997): quadro generale*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1997*, Giappichelli, Torino, 1998, spec. p. 201 ss.

Per quanto attiene, del resto, al controllo preventivo della Corte dei Conti, gli artt. 3, comma 6, del d.l. n. 6/2020 nonché 2, comma 4, del d.l. n. 19/2020 hanno disposto il dimezzamento dei termini di detto controllo, nonché la provvisoria efficacia, esecutorietà ed esecutività dei provvedimenti emanati in pendenza del visto e della registrazione, ai sensi degli artt. 21-*bis*, 21-*ter* e 21-*quater*, della l. n. 241/1990. I d.P.C.M. sono stati, peraltro, pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Cfr., a tale riguardo, G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, cit., p. 358.

decreti presidenziali[150]. Pertanto, in attuazione di detto secondo decreto-legge che ha richiamato *expressis verbis*, a differenza di quello precedente, la delibera dello stato di emergenza del 31 gennaio, sono stati adottati, tra gli altri, i d.P.C.M. 1 aprile, 10 aprile e 26 aprile 2020[151].

Del resto, persino quando, a partire dal mese di aprile 2020, la diffusione del *morbo* ha registrato una progressiva battuta d'arresto, il *modus operandi* è rimasto esattamente il medesimo della primavera precedente[152]. Si è continuato, cioè, sempre nella cornice di fonti di rango primario, ossia i decreti-legge primaverili, ad emanare, in rapida successione tra loro, una raffica di d.P.C.M., alcuni di durata piuttosto breve, anche a testimonianza di una certa concitazione, in verità già registrata nella prima fase di governo dell'emergenza[153]. Da tale angolo visuale pare emblematico il fatto che anche il nuovo Esecutivo avvicendatosi alla guida di Palazzo Chigi abbia, almeno inizialmente, perpetuato lo stesso assetto normativo precedentemente inveratosi nella prassi emergenziale, come incontrovertibilmente dimostra l'emanazione da parte del neoeletto Presidente del Consiglio dei ministri del recente d.P.C.M. 2 marzo 2021[154].

È da considerare ancora che, alla luce di una diffusione dell'epidemia a "macchia di leopardo", si è registrata, a valle dei provvedimenti "centrali" sin

[150] E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Riv. AIC*, 2/2021, p. 68 ss.

[151] Più nel dettaglio, l'art. 1, comma 1, del summenzionato decreto-legge, nel richiamare espressamente, per la prima volta, la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale del 31 gennaio, precisando che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.P.C.M. fino al termine dell'emergenza stessa, è parso quasi ricondurre il «nuovo canale di gestione dell'epidemia – quello basato, appunto, sui d.P.C.M. previsti nella decretazione d'urgenza – nell'alveo del sistema di protezione civile, rispetto al quale, però, il nuovo strumentario mantiene la significativa eccentricità determinata dalla circostanza che le misure attuative non vengono poste in essere attraverso atti – ovvero le ordinanze extra ordinem – dotate di propria capacità derogatoria del diritto legislativo». In questo senso A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 324.

[152] Per un'analisi, con accenti critici, della strategia di risposta normativa del Governo in quel torno di tempo, cfr. G.P. DOLSO, *Circolare liberamente. Principi, interpretazioni e disciplina emergenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 102 ss.

Si confronti, ad esempio, il d.l. n. 33/2020 che, seppur senza abrogare espressamente il precedente d.l. n. 19/2020, ha dettato tutta una serie di misure di *governance* dell'emergenza volte ad andare nella direzione di un superamento del tristemente noto "*lockdown*".

[153] Come osserva, ancora, G.P. DOLSO, *Circolare liberamente. Principi, interpretazioni e disciplina emergenziale*, cit., p. 102.

In relazione all'alluvionale moltitudine di misure adottate si confrontino, *ex multis*, i decreti-legge nn. 19/2020; 149/2020; 158/2020; 172/2020; 1/2021 nonché 2/2021, sulla base dei quali sono stati adottati, tra gli altri, i d.P.C.M. rispettivamente di data 3 ottobre, 18 ottobre, 24 ottobre 2020, 3 novembre 2020.

[154] Tuttavia, per un primo, seppur limitato, cambio di rotta rispetto alla *governance* emergenziale precedente, riconducibile, in particolare, all'adozione del recentissimo d.l. n. 44/2021, vedi *infra*, § 6.

Il d.P.C.M. 2 marzo 2021, adottato in attuazione dei decreti-legge nn. 19/2020; 33/2020 e 15/2021, è pubblicato in *G.U. serie gen*. 2 marzo 2021, n. 52 - *Suppl. Ordinario* n. 17.

qui richiamati e sulla scorta delle previsioni contemplate dai citati decreti-legge che li hanno ammessi entro limiti rigorosi, tutta una serie, per la verità piuttosto fitta, di atti degli enti territoriali[155]. Non è, peraltro, il caso di addentrarsi in questo vasto coacervo di norme che condurrebbe, inevitabilmente, lontano[156]. Qui basta porre mente al fatto che il *modus procedendi* degli atti che, a livello locale, hanno scandito il diffondersi della pandemia è consistito, in massima parte, nel ricorso ad ordinanze contingibili e urgenti adottate da Presidenti di Regione e Sindaci, le quali hanno tendenzialmente sempre fatto espresso riferimento ai summenzionati artt. 32 della l. n. 833/1978 e 117 del d.lgs. n. 112/1998, nonché talora all'art. 50 del T.U.E.L[157].

In questo inedito e caotico quadro di fondo, in parallelo con la rapida ed incessante accelerazione dei contagi, preme ancora segnalare che il predetto stato di emergenza nazionale, con apposita delibera del Consiglio dei ministri, è stato in più frangenti prorogato: una prima volta fino al 15 ottobre, una seconda sino al 31 gennaio 2021, una terza fino al 30 aprile 2021 e, da ultimo, sino al 31 luglio 2021[158].

[155] Sotto il profilo dei rapporti tra gestione dell'emergenza a livello centrale e competenze delle autonomie territoriali appare significativo rinviare, per tutti, a quanto diffusamente ricostruito da P. GIANGASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza Covid 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, in *Quad. amm.*, 3/2020, p. 6 ss.; ID, *La normativa "speciale" sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), cit., p. 113 ss.; E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, p. 578 ss.

[156] Più specificamente, sull'utilizzo del potere di ordinanza a livello regionale e locale si confrontino, tra i moltissimi, L.A. MAZZAROLLI, *Sulle fonti del diritto in tempi di virus - Parte II - La «guerra delle ordinanze»*, in *Quad. amm.*, 2/2020, p. 5 ss.; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, p. 80 ss.; G. BOGGERO, *Un decentramento confuso ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 1/2020, p. 1 ss.; A. ROMANO, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1/2020, p. 2 ss.; S. DE GOTZEN, *I poteri amministrativi al tempo del coronavirus: le ordinanze di necessità ed urgenza*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), cit., p. 133 ss.; A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: l'«isola della ragione nel caos delle opinioni» (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *Giust. amm.*, 4/2020; V. DI CAPUA, I. FORGIONE, *"Salus rei publicae" e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, p. 330 ss.

[157] In particolare, l'art. 32, comma 3, della l. n. 833/1978 dispone che, nelle materie di "igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria", «sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale». Mentre l'art. 50, comma 5, del T.U.E.L., al pari dell'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998, dispone che «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale».

[158] La deliberazione dello stato di emergenza, come noto, riveste una natura *costitutiva* che testimonia «l'assunzione da parte del Governo della responsabilità politica della qualificazione dell'emergenza in atto come evento non fronteggiabile nel rispetto dell'ordinario diritto legislativo e, come tale,

Così brevemente ricostruita la prassi sviluppata dal Governo a partire dalla fine di gennaio 2020, e al di là dei singoli provvedimenti adottati, si può forse tentare di rimarcare una non trascurabile tendenza normativa che ha animato questo anno di epidemia. In particolare, ciò che si vuole mettere in adeguata luce è che, con l'aggravarsi della pandemia, la strategia di contenimento e gestione della diffusione del *morbo* è passata da iniziali (e piuttosto limitati) interventi incentrati sul sistema di protezione civile ad un nuovo percorso di governo dell'emergenza, in verità, del tutto eccentrico rispetto al sistema delineato dal d.lgs. n. 1/2018. Il Testo unico di protezione civile, in effetti, seppur mai del tutto (almeno formalmente) obliterato, è stato inizialmente interessato da un'«ibridazione funzionale» ad opera del concorrente potere *extra ordinem* incardinato in capo al Ministro della salute[159]. Si tratta di una sovrapposizione che ha raggiunto il suo culmine con il decreto n. 414/2020 del Capo di Dipartimento della protezione civile con cui il Segretario generale del Ministero della salute è stato individuato proprio quale soggetto attuatore «per la gestione delle attività connesse alla gestione dell'emergenza relativa al rischio sanitario».

Successivamente, il modello codicistico è stato sostanzialmente soppiantato, attraverso un vero e proprio "passaggio di consegne", da un innovativo canale parallelo imperniato su decreti-legge istitutivi di un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri[160]. Si è, così, introdotto un nuovo sistema di attuazione delle misure emergenziali, rappresentato dai d.P.C.M., che pare collocabile totalmente al di fuori del sistema nazionale di protezione civile[161].

postulante la necessità di attivare il potere governativo di necessità ed urgenza». Così, espressamente, A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 316. Sul punto si confronti anche Cons. Stato, Sez IV, sent. n. 2361/2000, che ha definitivamente superato il problema dell'impugnabilità della dichiarazione dello stato di emergenza sulla base della circostanza per cui la medesima «implica l'esercizio di un'amplissima potestà discrezionale che trova un limite nei requisiti di legge, nella ragionevolezza, oltre che nell'impossibilità di poter altrimenti fronteggiare la situazione». Ma *contra* G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2008, p. 11, secondo cui non esisterebbe «alcun modo per attivare un giudizio di proporzionalità fra l'amministrazione ordinaria e quella straordinaria, che rimane costituzionalmente incontrollata». Cfr. anche Corte cost., sent. n. 83/2010.

[159] A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 322.

[160] Cfr. A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Dirittiregionali.it*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 1/2020, 520 ss.; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid rass.*, 5/2020, p. 6.

[161] La qual cosa potrebbe, forse, essere avvalorata dalla circostanza del mancato richiamo, quantomeno ad opera del primo decreto-legge, della pregressa declaratoria dello stato di emergenza nazionale. Così, ancora, A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 323. Sulla medesima lunghezza d'onda M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti*

In definitiva, e volendo trarre le fila del discorso, ciò che appare all'evidenza è come il *trend* seguito dal Governo nella gestione della pandemia si sia tradotto, dal punto di vista dell'impiego delle fonti, in un «poderoso scostamento dallo strumentario normativo del sistema di protezione civile»[162]. Ossia in una sorta di "fuga", più o meno premeditata, ma sicuramente voluta e non accidentale, dal solido paradigma di disciplina a regime delle evenienze emergenziali, la quale ha innescato un inevitabile meccanismo di sovrapposizione e di difficile coordinamento tra i vari ed eterogenei interventi che, a qualunque titolo, hanno riguardato l'epidemia. Il che ha portato con sé incertezze interpretative legate a questa moltitudine di fonti adottate dai diversi livelli di governo, che hanno finito per penalizzare, in massima parte, i cittadini[163].

5. (In)opportunità del disallineamento dal paradigma legislativo

Dall'analisi della prassi descritta emergono rilevanti considerazioni capaci di destare interesse soprattutto sul piano delle fonti. Sembra, pertanto, opportuno soffermarsi su questo anno di normativa emergenziale cercando di leggere i provvedimenti concretamente adottati in controluce con il paradigma legislativo codicistico nel suo complesso[164]. Occorre, cioè, chiedersi se la decisione di derogare il sistema delle fonti di protezione civile, ancorché fuor di dubbio rimessa alla libera valutazione del *decision maker*, si sia rivelata la più appropriata, quantomeno in punto di sistematicità e coordinamento dei vari interventi, tra quelle astrattamente percorribili[165].

Partendo dal principio, ossia dalla deliberazione dello stato di emergenza,

adottati dal Governo, cit., p. 2 ss.

[162] La citazione è tratta sempre da A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 321.

[163] Sulle numerosissime sovrapposizioni che si sono verificate si confrontino le analisi di A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, p. 13 ss.; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Oss. cost. AIC, Forum "Emergenza COVID-19"*, 3/2020, p. 175 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 210 ss.

[164] A tale proposito G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, cit., p. 352, evidenzia come «La situazione contingente ha costretto i decisori politici a scelte difficili, alcune delle quali sono certo state mosse dall'ansia di dimostrare il proprio impegno sul campo».

[165] In questo senso si veda quanto ricostruito in F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, p. 139 ss.; A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire all'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 1/2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 2020, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 12/2020, p. 2 ss.; M.A. DE PASQUALE, *La gestione normativa della crisi. Dalle deficienze sanitarie alla caotica gestione multilivello della crisi (sperimentale): «Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, cit., p. 608 ss.; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, cit., 3/2020, p. 201 ss.

che costituisce il presupposto sostanziale per l'attivazione del potere *extra ordinem* del Governo, preme evidenziare che questa, se, come noto, è stata preceduta da alcune ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della salute, ha visto invece mancare una preliminare dichiarazione dello *stato di mobilitazione* del Servizio nazionale, pur prevista come prodromica dal Testo unico[166]. La scelta di giungere, *omisso medio*, alla declaratoria dello stato di emergenza, però, non persuade affatto. In effetti, in una primissima fase, anteriore alla scoperta dei primi "focolai" virali, e ancor prima di assistere ad un'*escalation* sanitaria su base nazionale, ben sarebbe stato possibile (e quantomai opportuno) procedere ad una deliberazione dello stato di mobilitazione che avrebbe garantito un iniziale intervento di supporto agli enti territoriali originariamente coinvolti[167]. In altri termini, l'opzione di avvalersi immediatamente della vera e propria dichiarazione di emergenza ha impedito l'attivazione dell'agile istituto in discorso, il quale, non implicando il ricorso a commissari straordinari né, tantomeno, ad ordinanze in deroga, avrebbe consentito una rapida ed efficace attività di risposta all'evenienza emergenziale – all'epoca ancora territorialmente circoscritta – maggiormente rispondente ai canoni di adeguatezza e sussidiarietà[168].

La formale dichiarazione dello stato di emergenza, del resto, oltre ad essere stata preceduta dalle richiamate ordinanze del Ministro della salute, è stata anche anticipata da una *nota* del medesimo Ministro attraverso la quale quest'ultimo «ha rappresentato la necessità di procedere alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale di cui all'articolo 24 del decreto legislativo n. 1 del 2018»[169]. Lo scollamento rispetto al dettato codicistico appare, pure qui, evidente nella misura in cui, stando al menzionato art. 24, la deliberazione del Consiglio dei ministri avrebbe dovuto, almeno teoricamente, muovere da una «valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile», su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, su eventuale richiesta del Presidente della Regione coinvolta e comunque acquisitane l'*intesa*[170]. Nell'intestazione della delibera del Consiglio dei ministri, invece, non si rinviene traccia

[166] C. DAMIANI, *L'emergenza sanitaria da covid-19 alla luce della normativa vigente*, in *Quad. amm.*, 1/2021, p. 65.

[167] Cfr. art. 23 del d.lgs. n. 1/2018.

[168] In merito a tale aspetto v., *ex multis*, C. DAMIANI, *L'emergenza sanitaria da covid-19 alla luce della normativa vigente*, cit., p. 66 ss.; A. CONZUTTI, S. FAGGIONATO, I. MALARODA, *Il Codice di protezione civile alla luce della (vorticosa) disciplina dell'emergenza da COVID-19*, cit., p. 99 ss.

[169] La frase virgolettata si riferisce proprio alle premesse della delibera del Consiglio dei Ministri adottata ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 1/2018, pubblicata in *G.U. serie gen.* 1 febbraio 2020, n. 26. In particolare, il presupposto della deliberazione riposa sulla constatazione per cui la situazione emergenziale, per intensità ed estensione, non sarebbe fronteggiabile con i mezzi e poteri ordinari.

[170] Evidenzia questo disallineamento rispetto al dettato codicistico, sempre, G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, cit., p. 2.

di alcuna valutazione preliminare ad opera del predetto Dipartimento.

Eppure, la messa in moto dei gangli del Servizio nazionale importa il coinvolgimento di un apparato molto ampio ed eterogeneo, connotato da un'ampiezza di vedute indubbiamente superiori rispetto a quelle proprie del solo Ministero della salute[171]. Sicché, sarebbe forse stato preferibile affiancare alla, pur sempre corretta, valutazione del Ministro della salute anche un'analisi diagnostica dell'impatto calamitoso effettuata da un organo specialistico quale il Dipartimento della protezione civile, in modo da fornire un quadro operativo ed una base tecnica, il più completi possibile, su cui far riposare la dichiarazione dello stato di emergenza.

Ancora. L'ordinanza di protezione civile n. 630/2020, lo si è detto, ha provveduto a nominare, ai sensi dell'art. 2, comma 1, il ben noto *Comitato tecnico scientifico* di cui si avvale il Capo del Dipartimento della protezione civile per il superamento dell'emergenza sanitaria[172]. Desta, tuttavia, particolari perplessità l'inusuale scelta di inserire una siffatta previsione in un'ordinanza, non solo perché non si riesce a scorgere la ragione dell'impiego di un provvedimento contingibile e urgente al fine di predisporre un atto meramente organizzativo, ma altresì perché, trattandosi di una fonte secondaria, non potrebbe dirsi del tutto rispettato il principio di legalità[173]. Ciò è tanto più vero se si pone mente al fatto che, allo stato, nel decreto legislativo ben avrebbe potuto rinvenirsi un'idonea e sufficiente base legale per la formazione del predetto Comitato[174]. In effetti il Codice, con riguardo alle emergenze di rilievo nazionale, contempla la convocazione del *Comitato operativo nazionale di protezione civile*[175].

Vale a dire un organismo che, stando al combinato disposto di cui agli artt. 13 e 14, si compone, tra gli altri, delle strutture operative del Servizio nazionale, ossia: «gli ordini e i collegi professionali e i rispettivi Consigli nazionali […] e gli enti, gli istituti e le agenzie nazionali che svolgono funzioni in materia di protezione civile e aziende, società e altre organizzazioni pubbliche o private che svolgono funzioni utili per le finalità di protezione civile». Nel caso di specie, se si guarda alle strutture operative del Servizio Nazionale summenzionate, ci si avvede chiaramente del fatto che il Comitato operativo nazionale della

[171] V. PEPE, *La gestione delle emergenze tra protezione civile, doveri di solidarietà e volontariato al tempo del Covid-19*, cit., p. 56 ss.

[172] Si confronti, a tale proposito, l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020, secondo cui «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

[173] Lo sostiene, tra gli altri, G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, cit., p. 7.

[174] Così A. CONZUTTI, S. FAGGIONATO, I. MALARODA, *Il Codice di protezione civile alla luce della (vorticosa) disciplina dell'emergenza da COVID-19*, cit., p. 103.

[175] Cfr. art. 14 del d.lgs. n. 1/2018.

protezione civile di cui all'art. 14 avrebbe senz'altro potuto strutturarsi in modo tendenzialmente analogo, se non del tutto sovrapponibile, al Comitato tecnico scientifico, evitando così un impiego distonico e problematico del potere *extra ordinem*, accompagnato dall'istituzione di un pleonastico organo *ad hoc*[176].

Non solo. Considerazioni analoghe possono svolgersi anche rispetto alla nomina, avvenuta con d.P.C.M. 18 marzo 2020, sulla scorta del disposto di cui all'art. 122 del d.l. n. 18/2020, del *Commissario straordinario* per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica[177]. A tale riguardo, è ormai assodato che il diritto amministrativo incontri, sempre più spesso, deroghe per il costante ricorso al fenomeno del commissariamento che, inevitabilmente, contribuisce all'espansione di una *governance* emergenziale derogatoria della legge ordinaria[178]. Sempre più frequente nella prassi è, in effetti, l'istituzione di organi amministrativi straordinari per far fronte a situazioni di obiettiva difficoltà a provvedere per l'amministrazione ordinaria ovvero all'esigenza di realizzare risultati prioritari e specifici[179].

Occorre, però, rammentare che il sistema di protezione civile, già *in nuce* contemplava la possibilità, per il Capo del Dipartimento della protezione civile, di nominare, con proprie ordinanze, degli appositi *commissari delegati* al fine di un miglior coordinamento dell'attuazione delle ordinanze stesse[180]. A fronte di questa disciplina, dunque, non si comprende la necessità né, tantomeno, l'utilità di nominare, con decreto presidenziale autorizzato da un previo decreto-legge, una figura terza e totalmente eccentrica rispetto alle previsioni del Testo unico, quale effettivamente pare essere quella del citato commissario straordinario.

Più in generale, tanto l'istituzione del comitato tecnico scientifico, per un verso, quanto la nomina del commissario straordinario, per l'altro,

[176] In senso analogo C. DAMIANI, *L'emergenza sanitaria da covid-19 alla luce della normativa vigente*, cit., p. 66 ss.

[177] Più diffusamente sul punto si confronti S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, cit., p. 5.

[178] Questo *modus agendi,* fortemente inveratosi nella prassi, si traduce in massima parte in numerosissime deroghe, oltre che alle garanzie procedimentali di cui alla l. n. 241/1990, soprattutto alle regole europee e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica e di scelta del contraente. Del resto, proprio il frequente affidamento di lavori per il tramite di trattative private, senza qualsivoglia forma di pubblicità, ha portato, nel 2003, la Commissione europea ad avviare un'apposita procedura d'infrazione nei confronti dello Stato italiano, stante il mancato rispetto della Direttiva 2004/18/CE, la quale contemplava la possibilità di evitare un bando di gara esclusivamente in circostanze piuttosto limitate.

[179] In merito al profilo evidenziato nel testo si confronti F. VALENTINI, *Necessità e urgenza: l'evoluzione storica e giuridica dei poteri dell'amministrazione per fronteggiare le emergenze*, cit., p. 148.

[180] V. art. 25, commi 7 e 8 del d.lgs. n. 1/2018.

comprovano, di certo, il profondo iato esistente tra paradigma legislativo e dato reale[181]. Rappresentano, cioè, entrambe, la cifra di un più generale e peculiare *modus operandi* che, dimentico delle consolidate previsioni contemplate dal Codice, finisce inevitabilmente per determinare uno scarto rispetto all'assetto nazionale di protezione civile, intrinsecamente organico ed autosufficiente, la cui eterointegrazione, con conseguente sovrapposizione di figure ulteriori e diverse, non può che generare criticità quanto a sistematicità e coerenza.

Ci si può chiedere adesso, per provare a chiudere il cerchio aperto con queste prime considerazioni, se il procedimento normativo *sui generis* seguito dalla convulsa prassi governativa, proprio in quanto tradottosi in un macroscopico scostamento dalla salda intelaiatura del Servizio nazionale, non sia stato, esso stesso, in una sorta di circolo vizioso che si autoalimenta, la causa prima e la ragione ultima per cui gli atti adottati sono risultati così problematici tanto sotto il versante delle fonti coinvolte, conducendo a notevoli difficoltà interpretative, quanto con riguardo alle tensioni prodottesi tra i diversi livelli di governo, mettendo a repentaglio le prerogative costituzionalmente riconosciute alle autonomie territoriali[182].

Sul piano dei rapporti formali tra le fonti del diritto, lo schema di gestione emergenziale, radicatosi nella famigerata sequenza d.l./d.P.C.M., ha sollevato non poche perplessità[183]. Innanzitutto, l'infelice delega "in bianco" contemplata dagli artt. 1 e 2 del d.l. n. 6/2020, cui né la successiva abrogazione né, tantomeno, la pretesa sanatoria *ex post* degli effetti discendenti da detto decreto-legge, disposte dal d.l. n. 19/2020, sono riuscite a porre completamente rimedio, è sembrata fornire una copertura squisitamente formale della legalità dei provvedimenti amministrativi concretamente adottati per la risposta all'emergenza[184].

[181] Cfr., a tale riguardo, P. GIANGASPERO, *La normativa "speciale" sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali*, cit., p. 119 ss.

[182] Rispondono negativamente al quesito in esame L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da covid-19*, cit., p. 3, che, tra le varie fonti astrattamente utilizzabili, reputano il decreto presidenziale il più conforme al canone di proporzionalità. Sostiene, invece, la tesi opposta A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 315.

[183] Sul punto, tra i moltissimi, U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quad. cost.*, 1/2020, p. 457 ss.; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 192 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, Editoriale, 6/2020, p. iv ss.

[184] In particolare, la sanatoria contemplata dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 19/2020, in forza della quale sono stati fatti salvi «gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze» emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, ha inevitabilmente finito per aggiungere ulteriore confusione al già problematico quadro normativo. Criticano aspramente gli artt. 1 e 2 del d.l. n. 6/2020, tra gli altri, G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, cit.; G. DI

Si è trattato, per la verità, di un meccanismo non rispondente ai criteri somministrati dal Giudice delle leggi quanto al necessario contenuto della previsione legislativa che intesti poteri in capo all'amministrazione, in ossequio al principio di legalità da declinarsi in *senso sostanziale*[185]. Laddove, per converso, ci si fosse attenuti al regime disegnato dal Codice, il Presidente del Consiglio avrebbe potuto emanare delle ordinanze di protezione civile le quali, rinvenendo nel Codice stesso il proprio saldo fondamento legale, si sarebbero, senz'altro, sottratte a quegli stessi dubbi in punto di legalità (quantomeno sostanziale), da più parti avanzati, nei confronti dei decreti presidenziali[186].

Inoltre, è da evidenziare che i d.P.C.M., dovendo soggiacere, almeno formalmente, al principio di tipicità nella misura in cui vengono chiamati a dare attuazione al diritto primario, manifestano una certa inadeguatezza strutturale nel fronteggiare situazioni contingibili proprio per l'indubbia difficoltà che incontrano nel tentare di mantenere l'esercizio del potere all'interno della cornice individuata in sede di decretazione d'urgenza[187]. Se quello d.l./d.P.C.M.

COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 571. In senso analogo si confronti anche M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2020, p. 315, a detta del quale le disposizioni in discorso sarebbero irrimediabilmente afflitte da «indeterminatezza e genericità».

[185] In argomento M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 112, osserva che «se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi) l'art. 2 del d.l. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti».

[186] Per una approfondita indagine della valenza del principio di legalità si rimanda, oltre ai classici, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 130 ss.; ID, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo? (in tema di libertà di circolazione)*, in *Giur. cost*., 1965, p. 113 ss., anche alle recenti rielaborazioni contenute in P. GIANGASPERO, *Il principio di legalità ed il "seguito amministrativo" delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, Eut, Trieste, 2003, *passim* ma spec. p. 179 ss.; G.P. DOLSO, *La nuova riforma dell'attività amministrativa. Riflessioni a partire da Vezio Crisafulli: principio di legalità e giusto procedimento*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 1 ss.

Per una declinazione del principio di legalità in senso sostanziale cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 115/2011; 69/2017; 57/2020.

[187] In effetti, sebbene nel primo d.l. n. 6/2020 l'individuazione delle misure adottabili con decreto presidenziale fosse, come già ricordato, di tipo meramente esemplificativo, già a partire dal d.l. n. 19/2020, invece, si è previsto un elenco non solo tassativo ma anche piuttosto analitico (articolato dalla lettera a) a quella hh)) di misure concretamente adottabili. Quanto, però, all'effettiva rispondenza delle misure adottate con i d.P.C.M. rispetto alle previsioni dei decreti-legge, non può sottacersi come in taluni casi siano state introdotte misure derogatorie della normativa primaria ovvero limitative di diritti non previste dai decreti-legge. Sul punto, molto chiaramente, V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020, p. 885 ss.

Deve, peraltro, evidenziarsi come dietro alla categoria dei "decreti del Presidente del Consiglio dei ministri" si celi una pluralità, in verità piuttosto variegata, di atti giuridici, tanto a livello formale quanto contenutistico. Lo sottolineano, tra gli altri, V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio*

rappresenta, in effetti, un modulo la cui funzionalità risulta rimessa alla capacità dei decreti-legge di tipizzare le misure adottabili con i decreti presidenziali, d'altro canto è innegabile che la caratteristica discretiva di ogni evenienza emergenziale sia, per l'appunto, l'impossibilità di predeterminare *ex ante* gli interventi necessari per superarla. Ed è, dunque, la straordinarietà della pandemia, tale da richiedere misure ben poco suscettibili di essere definite *a priori*, un'altra delle numerose ragioni per cui l'impiego delle ordinanze *extra ordine*m, che rinvengono la loro *ratio* esattamente nella possibilità di deroga al canone di tipicità degli atti amministrativi, si sarebbe rivelato più consono ad una risposta governativa duttile ed efficace[188].

Ma, a ben vedere, vi è forse di più. Il modello basato sulla decretazione d'urgenza quale fonte istitutiva del potere di adottare successivi d.P.C.M., incarnando la scelta di una gestione *ad hoc* della singola emergenza e, al contempo, abbandonando l'idea di seguire il precedente quadro ordinamentale dedicato alla generalità delle evenienze calamitose, ha finito per mettere sotto forte stress la stessa natura *provvedimentale* dell'istituto del decreto-legge[189]. In effetti si è detto, impiegando una consapevole ma evocativa forzatura teorica, che i decreti legge, e in particolare quelli che hanno disposto misure di contenimento e gestione dell'epidemia, hanno impropriamente operato come una sorta di "*rule of recognition*" di hartiana memoria nei confronti di tutta una serie di tipologie normative già esistenti nell'ordinamento[190].

sulle fonti, 2/2016, p. 1 ss.; D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, p. 2 ss.

[188] *Contra* L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, cit., p. 15 ss., a detta del quale le misure emergenziali dovrebbero essere adottate non già con ordinanze contingibili, bensì con decreti-legge. Tuttavia, vi è chi, in dottrina, ha ricondotto i decreti presidenziali alla categoria delle ordinanze di necessità ed urgenza, abbracciando una tesi che permetterebbe di superare, almeno in parte, l'inadeguatezza strutturale qui evidenziata, oltre che diverse delle aporie e contraddizioni che verranno di seguito considerate. Sul punto v. *infra* nota n. 261.

[189] Su cui si veda la recente opera monografica di G. BERNABEI, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Cedam, Padova, 2017. Su questa tematica si rinvia, altresì, alle considerazioni già svolte da C. ESPOSITO, *Decreto-legge* (voce), in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 831 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. La formazione delle leggi*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 42 ss.

[190] G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, cit., p. 370.

Il riferimento è, ovviamente, all'imprescindibile opera di H.L.A. HART, *The Concept of Law, Oxford University Press*, London, 1961; trad. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1991, p. 291, in cui l'Autore, in polemica con le note tesi di John Austin, osserva che «il fondamento di un ordinamento giuridico non consiste in una generica abitudine all'obbedienza a un sovrano giuridicamente illimitato, ma in una norma definitiva di riconoscimento che stabilisce dei criteri per l'individuazione

L'impressione è, pertanto, che la decretazione d'urgenza, nel dare l'avvio ad un inedito "microsistema" emergenziale, abbia abbandonato la propria natura di *fonte di produzione* per abbracciare quella, piuttosto insolita, di *fonte sulla produzione* di altri atti giuridici[191]. Da questo angolo visuale non può, del resto, sottacersi che proprio il ricorso al potere contingibile di protezione civile, da tempo conformatosi all'attuale intelaiatura costituzionale, in luogo della catena d.l./d.P.C.M. inveratasi nella prassi, avrebbe consentito di frenare la tendenza alla diluizione della funzione provvedimentale del decreto-legge che lo ha portato ad allontanarsi, attraverso una torsione innaturale, dal senso sottostante alle coordinate di cui all'art. 77 della Carta[192].

La dubbia opportunità del descritto *modus agendi* non può, in ogni caso, superarsi nemmeno accedendo a quella tesi, sostenuta, tra gli altri, dall'*ex*-Presidente del Consiglio dei ministri nell'esporre le scelte di metodo che hanno animato la strategia normativa del suo Governo, secondo cui il ricorso ad una *governance* alternativa si sarebbe, in ultima istanza, riallacciato ad incontestabili esigenze di speditezza[193]. L'*ex*-Presidente, difatti, dopo aver premesso che «non sarebbe stato possibile affidare l'intera regolamentazione ai soli decreti-legge, poiché l'imprevedibilità dell'evoluzione pandemica […] ha costretto a intervenire svariate volte anche a distanza di pochi giorni e […] la conversione dei decreti-legge va operata dal Parlamento entro 60 giorni, con la conseguenza che la medesima conversione sarebbe intervenuta, il più delle volte, a effetti ormai esauriti o comunque superati dal successivo decreto», ha rivelato come il ricorso ai decreti presidenziali sia stato ispirato proprio dalla «necessità di dotarsi di uno strumento particolarmente *agile*, in modo da intervenire prontamente in base all'evoluzione del contagio»[194].

delle norme valide dell'ordinamento». Sulla questione è ritornato recentemente anche O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 3/2012, p. 755 ss.

[191] Lo argomenta ancora G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, cit., p. 357.

[192] I decreti-legge, in effetti, più che attribuire ad altre autorità il potere di adottare ulteriori atti, dovrebbero piuttosto contenere delle «misure di immediata applicazione», così come recita l'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988. Si rinvia sul punto, per tutti, a G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, spec. 14 ss.

[193] Si confronti, a tale proposito, la trascrizione integrale della *lectio magistralis* tenuta dall'*ex*-Presidente del Consiglio dei ministri, Giuseppe Conte, reperibile all'indirizzo *www.firenze.repubblica.it*.

[194] In realtà, occorre precisare come nel torno di tempo di maggior emergenza sia stato adottato «un d.l. ogni sei giorni», come rimarca E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 644. Sempre a questo riguardo è stato osservato che «i d.P.C.M. sono stati molto «partecipati», sulla base degli stessi dd.ll. 6/2020 e 19/2020, per cui la loro modifica non pare molto più semplice di quella di un decreto-legge. Inoltre, per evitare di dover modificare un decreto-legge nel periodo della conversione, bastava sancire il divieto con il decreto-legge, lasciando però al

In realtà la giustificazione per cui l'utilizzo dei d.P.C.M. sarebbe stato indispensabile a fini di celerità non persuade affatto e non pare dirimente per preferire questi atti alle ordinanze di protezione civile. I caratteri propri dei decreti presidenziali, che contribuiscono a renderli strumenti piuttosto agili, sono, a ben guardare, predicabili anche rispetto ai provvedimenti *extra ordinem* di cui al Testo unico[195].

Tanto l'adozione ad opera di un organo monocratico, senza necessità di passare al vaglio di un *plenum* in cui trovino espressione differenti anime politiche, quanto l'assenza di interventi e controlli formali sia del Presidente della Repubblica, il quale non emana detti atti, sia del Parlamento, che non deve convertirli, accompagnano il procedimento di formazione di entrambe le tipologie normative in discorso[196]. Anzi, per dirla tutta, le ordinanze di protezione civile, a differenza dei d.P.C.M., sono anche esentate dal controllo preventivo della Corte dei Conti e non richiedono una proposta del Ministro della salute ovvero di sentire i Ministri competenti, oltre che il Comitato tecnico-scientifico per i profili più strettamente legati alle valutazioni di adeguatezza e proporzionalità[197]. Non pare, dunque, revocabile in dubbio che neppure la pretesa maggiore speditezza dei decreti presidenziali potrebbe valere a giustificare tutte le torsioni cui il sistema delle fonti è andato incontro, le quali, a fronte di risorse che l'ordinamento già conosceva per la risposta alle emergenze, non potevano né dovevano apparire necessarie[198].

Forse potrebbe ribattersi che la pretesa alacrità dei d.P.C.M., che sembrerebbe rivestire la ragione della loro intrinseca fortuna, debba leggersi in *unum* con l'*iter* procedimentale che li lega ai percorsi concertativi con le autonomie

d.P.C.M. la modulazione della durata». Così G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 4/2020, p. 765.

[195] Cfr. art. 25 del d.lgs. n. 1/2018.

[196] Oltre, del resto, alla non soggezione al sindacato di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale. A tale proposito non può, d'altronde, sottacersi l'evidente sovraesposizione, finanche mediatica, del Presidente del Consiglio dei ministri cui il ricorso alla decretazione presidenziale ha inevitabilmente condotto. Così M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., 194; A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.P.C.M. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi.it*, 28/2020, 9. Più in generale, sul ruolo rivestito dal principio monocratico in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, appare qui prezioso rinviare allo studio monografico di P. GIANGASPERO, *Le strutture di vertice della pubblica amministrazione. Vincoli costituzionali e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1998, spec. p. 275 ss.

[197] Art. 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020. Si veda, ad esempio, l'intestazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1 marzo 2020, pubblicato in *G.U. serie gen.* 1 marzo 2020, n. 52.

Le ordinanze in discorso non comportano nemmeno l'obbligo – previsto, invece, per i d.P.C.M. – di trasmissione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione. Cfr. art. 2, comma 5, del d.l. n. 19/2020.

[198] F. SICILIANO, *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Dir. econ.*, 2/2020, p. 37 ss.

territoriali, il quale contribuirebbe, almeno formalmente, a renderli non fungibili rispetto alle ordinanze di protezione civile. In effetti, se i vari decreti-legge hanno previsto che, ai fini dell'adozione dei d.P.C.M., venissero meramente *sentiti*, a seconda dei casi, i Presidenti delle Regioni interessate ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, il Codice di protezione civile richiede, invece, tanto per la deliberazione dello stato di emergenza nazionale quanto per le ordinanze in deroga, l'*intesa* con le Regioni[199].

Tant'è che si potrebbe essere persuasi a ritenere che, dinanzi ad una situazione eccezionale da governare, la quale esige azioni rapide ed unitarie, la previsione dei decreti-legge, richiedendo dei meri *pareri* ai Presidenti delle Regioni, sia senz'altro da preferire[200]. Questo ragionamento non pare, però, condivisibile, se non altro in quanto dimentico di alcuni dati di sistema e, segnatamente, del consolidato orientamento avallato dalla Corte costituzionale che considera le istanze di coordinamento tra centro e periferia alla stregua di un istituto che non può conoscere eclissi, nemmeno in situazioni calamitose[201].

Effettivamente, stando all'elaborazione del principio collaborativo che si è andata, in questi anni, radicando nella giurisprudenza costituzionale, la pretermissione di qualsiasi strumento cooperativo non può giustificarsi neppure in relazione alla concreta urgenza del provvedere. Senonché, si potrebbe essere portati a sminuire la necessità dell'intesa in parola, argomentando che, nel caso di specie, il canone cooperativo verrebbe, ad ogni modo, salvaguardato dalla necessità di *sentire* previamente i Presidenti di Regione. In realtà, a fugare ogni dubbio circa la netta preferenza (*rectius* doverosità) del ricorso ad un meccanismo di raccordo radicato in una più pregnante intesa, è il titolo competenziale cui vanno ascritti i vari interventi di risposta alla pandemia.

A tale riguardo è risaputo come il Giudice delle leggi, seguendo

[199] Per un'analisi, con forti accenti critici, della prescrizione in discorso G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, cit., p. 6.

[200] Lo sostengono G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2020, p. 183 ss., secondo i quali «Il coordinamento tra Stato e Regioni nell'attuazione del decreto è dunque affidato allo strumento del mero parere espresso da parte dei Presidenti (o del Presidente della Conferenza), configurando così una leale collaborazione "debole", capace di garantire il coinvolgimento delle Regioni senza però appesantire eccessivamente un iter che dev'essere quanto più agile e snello».

[201] Il Giudice costituzionale l'ha riconosciuto in varie occasioni, osservando che «anche in situazioni di emergenza la Regione non è comunque estranea, «giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (sentenza n. 8 del 2016)». Cfr., in tal senso, Corte cost., sent. n. 246/2019. La Corte ha anche avuto modo di precisare che la gestione emergenziale rappresenta «una funzione temporanea, che si origina e si elide (nasce e muore) in ragione, rispettivamente, dell'insorgere e del cessare della situazione di emergenza», essendo una funzione «solo e soltanto correlata allo stato di emergenza, rispetto al quale la Regione ordinariamente competente non è comunque estranea». Così Corte cost., sent. n. 8/2016. Si vedano, a questo riguardo, anche Corte cost., sentt. nn. 127/1995; 32/2006; 222/2006; 196/2009; 22/2012.

un'impostazione anticipata prima in sede cautelare e ripresa, poi, nella pronuncia di merito, abbia, proprio di recente, integralmente ricondotto l'intervento statale nella gestione epidemica alla materia della "profilassi internazionale", che l'art. 117, comma 2, lettera q), della Costituzione assegna in via esclusiva alla legislazione statale[202]. Nell'economia del presente scritto, si può soltanto riferire sinteticamente che nel ragionamento della Corte la competenza menzionata sarebbe comprensiva di «ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla», qualificandosi come una *materia in senso stretto o tecnico* dotata di «un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»[203]. Il Collegio costituzionale, però, per giungere ad un simile risultato, si è trovato costretto a seguire un percorso argomentativo frutto di talune forzature ermeneutiche del testo costituzionale mediante le quali la "profilassi internazionale", che finora presentava una portata relativamente circoscritta, è stata completamente riconfigurata e i suoi confini sono apparsi a dismisura allargati[204]. Ma l'aspetto più problematico della pronuncia non è nemmeno questo. Infatti, la Corte, collocando la gestione dell'emergenza nel puro e semplice esercizio della competenza esclusiva statale, ha finito per rendere il coinvolgimento regionale un passaggio non più obbligato, consentendo

[202] Ci si riferisce all'ormai nota sentenza n. 37/2021 con cui la Corte costituzionale ha, in larga parte, accolto le censure di legittimità costituzionale sollevate dal Governo nei confronti della legge regionale n. 11/2020 della Valle d'Aosta, la quale, avendo introdotto misure di contrasto alla pandemia divergenti rispetto a quelle individuate dallo Stato, ha invaso la competenza di quest'ultimo in materia di profilassi internazionale. Si tratta di una pronuncia che, preceduta dall'ordinanza di sospensiva n. 4/2021, ha attratto sin da subito l'attenzione della dottrina: cfr. B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta Online*, 1/2021, p. 329 ss.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2021, p. 11 ss.; G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2021, p. 88 ss.; C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Quest. giust.*, 13 aprile 2021, p. 1 ss.

[203] Corte cost., sent. n. 37/2021, punto 7 del *Considerato in diritto*. Restano, tuttavia, numerosi dubbi sulla capacità della "profilassi internazionale" di assorbire tutti gli ambiti disciplinati dalla normativa nazionale. Per approfondire, si v. *amplius* C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, cit., p. 5.

[204] Del resto, la materia della "profilassi internazionale" finora aveva riguardato soltanto «l'attività di controllo alle frontiere rispetto alle malattie infettive e diffusive, con l'eccezione di alcune misure sovranazionali di profilassi, come i vaccini obbligatori». In tal senso G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *lacostituzione.info*, 21 marzo 2021. Per un'analisi della nozione di "profilassi internazionale" affacciatasi nella giurisprudenza costituzionale si veda M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, cit., p. 332 ss.

allo Stato di prescindere dai moduli della leale collaborazione nell'attuazione della disciplina legislativa emergenziale, altrimenti irrinunciabili laddove si ritenesse sussistente un intreccio di competenze ovvero una chiamata in sussidiarietà[205].

Quella accreditata dal Giudice delle leggi rappresenta, fuor di dubbio, una soluzione drastica, che non persuade e che desta non poche perplessità dal punto di vista del quadro costituzionale in tema di riparto di competenze[206]. Pare, invece, maggiormente plausibile che, pur non difettando rilevanti collegamenti anche con la materia di competenza esclusiva statale della "profilassi internazionale", oltre che con quelle dell'"ordine pubblico e sicurezza" e della "protezione civile", la vera materia di riferimento sia quella concorrente della "tutela della salute"[207]. Ciò posto, in presenza di potestà concorrenti, come indubbiamente è quella in discorso, il nostro ordinamento riconosce agli organi statali una possibilità di intervento o tramite norme di rango legislativo che fissino i principi fondamentali della materia, ai sensi dell'art. 117, comma 3, della Costituzione, oppure attraverso atti amministrativi laddove la funzione debba essere esercitata in modo unitario, in osservanza al canone di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1 della Carta. In questa seconda ipotesi è risaputo che l'autorità statale possa anche disciplinare tramite un atto legislativo la funzione, ma il relativo atto amministrativo, per impedire un'aprioristica modificazione delle competenze regionali in astratto, debba essere adottato previa *intesa* con la Regione coinvolta ovvero con la Conferenza Stato-Regioni[208].

[205] Come evidenziano, con notazioni critiche, L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, p. 16 ss.; G.M. SALERNO nell'intervento al seminario dal titolo: "*A chi spetta decidere? Stato e regioni di fronte all'emergenza sanitaria*", Centro di Studi costituzionali, Università di Macerata, 19 marzo 2021.

[206] Cfr. E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in *Giust. insieme*, 26 gennaio 2021, che, nel commentare l'ordinanza di sospensione, osserva come la decisione della Corte si fondi su un'operazione interpretativa definita «estrema».

[207] In relazione al profilo evidenziato nel testo si rinvia all'intervento di P. GIANGASPERO, *La normativa "speciale" sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali*, cit., p. 117, a parere del quale le caratteristiche peculiari della pandemia legittimano «l'evocazione di varie competenze statali "trasversali" (si pensi tra gli altri alla profilassi internazionale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. q) Cost..; all'ordine ed alla sicurezza pubblica ex art. 117, comma 2, lett. h); alla competenza in materia di livelli essenziali delle prestazioni relativi ai diritti civili e sociali ex art. 117, comma 2, lett. m); alle competenze in materia di immigrazione ex art. 117, comma 2, lett. b) alla competenza a fissare i principi fondamentali in materia di tutela della salute ex art. 117, comma 3) utilizzabili per attrarre in sussidiarietà competenze per l'innanzi di spettanza regionale».

[208] Cfr., per tutte, Corte cost., sent. n. 303/2003, su cui la nota di S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale (nota a Corte cost. n. 303 del 2003)*, in *Le Regioni*, 2-3/2004, p. 578 ss. Più ampiamente sul punto si veda ancora P. GIANGASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza Covid 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, cit., p. 16, il quale evidenzia come «in tempi "normali" le strutture che

Ne discende che se i d.P.C.M., stando all'esegesi della dottrina e giurisprudenza prevalenti, assumono le vesti di particolari atti amministrativi, la loro adozione potrebbe verosimilmente essere giustificata, a fronte di una pandemia che ha ingenerato un'emergenza di rilievo nazionale, dall'esigenza di un esercizio unitario delle competenze amministrative necessarie, ai sensi dell'art. 118, comma 1, della Costituzione[209]. Detto diversamente, i decreti presidenziali, più volte richiamati, sarebbero il frutto, oltre che dell'esercizio delle altre competenze legislative indicate, anche della parziale avocazione allo Stato di funzioni amministrative, per l'esigenza di garantire una gestione non frammentata della situazione virale, in ossequio ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza[210].

Simmetricamente, i decreti-legge tipizzanti i vari d.P.C.M. si configurerebbero come espressione di una *chiamata in sussidiarietà* che avrebbe consentito di disciplinare con legge le funzioni amministrative attratte al livello centrale,

assorbono in sé la gestione del principio collaborativo sono identificabili prevalentemente nel sistema delle conferenze; viceversa in questa fase […] il meccanismo collaborativo si è imperniato prevalentemente su un confronto tra il Governo da un lato e – dall'altro – la conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome ed il suo presidente».

[209] Cfr., sul punto, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, sent. n. 841/2020, par. 19 del *Fatto e Diritto*, il quale declina i d.P.C.M. alla stregua di atti amministrativi, puntualizzando che il d.P.C.M. 26 aprile 2020 «non è un atto a carattere normativo, bensì un atto amministrativo generale». Si veda, in termini adesivi, Giudice di Pace di Frosinone, n. 516/2020. La medesima conclusione sembra potersi leggere, in filigrana, anche dalla recente sent. n. 37/2021, con cui la Corte costituzionale, incidentalmente, afferma che «Fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13, il legislatore statale si è affidato ad *una sequenza* normativa e *amministrativa* che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di *decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*». (Il corsivo è nostro). In dottrina riconducono la natura dei decreti presidenziali a quella di atti amministrativi, tra gli altri, L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 497 ss.; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Dir. econ.*, 2/2020, p. 190 ss.; A. MITROTTI, *Salus rei publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, cit, spec. p. 28.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, 2/2020, p. 570 ss.

Laddove, per converso, i decreti presidenziali andassero qualificati come atti normativi, sorgerebbe, evidentemente, il problema del rispetto dell'art. 117, comma 6 della Costituzione, su cui approfonditamente G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, cit., p. 763.

[210] Come noto, peraltro, la Corte con la sent. n. 303/2003 ha chiarito che l'attrazione in sussidiarietà non è, in ogni caso, svincolata da limiti procedurali e sostanziali, al contrario «i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel nuovo Titolo V e possono giustificarne una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata», accordo da concludersi nella forma dell'*intesa*.

anche al di fuori delle proprie competenze[211]. Ciò vale a dire che la disciplina unitaria delle funzioni amministrative costituirebbe, a ben vedere, la causa, e al tempo stesso, il limite, dell'avocazione e del conseguente esercizio di funzioni normative extra-competenziali da parte dello Stato[212].

Proprio sulla base delle considerazioni sopra svolte deriva l'evidente conseguenza per cui i dd.ll. nn. 6/2020 e 19/2020 (come, del resto, tutti i decreti-legge successivi), per conferire legittimità al meccanismo della chiamata in sussidiarietà al fine di giustificare la sottrazione di competenze del legislatore regionale, avrebbero dovuto rispettare, sulla scorta del principio di leale collaborazione, il vincolo procedurale dell'*intesa* con la Regione coinvolta oppure con la Conferenza Stato-Regioni. Detti atti con forza di legge non avrebbero, per converso, potuto limitarsi, attraverso un modulo privo di qualsiasi carica negoziale, semplicemente ad acquisire il *parere* dei Presidenti di Regione interessati[213]. La leale collaborazione non può, difatti, essere sacrificata in nome di una asserita maggiore solerzia del procedimento, se non al prezzo di un «ingiustificato abbassamento del livello di coinvolgimento delle Regioni interessate, titolari di potestà legislativa concorrente»[214].

[211] Al riguardo il Giudice delle leggi ha proprio di recente ribadito che «in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale (in generale, sentenza n. 303 del 2003)». Così Corte cost., sent. n. 246/2019.

[212] Sul ruolo giocato, nell'attuale emergenza, dal principio di sussidiarietà si veda ancora T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, sent. n. 841/2020, su cui si rimanda ai preziosi commenti di L. GIURATO, *Le relazioni "pericolose" tra enti territoriali nella gestione dell'emergenza Covid-19: il principio di leale collaborazione come baluardo dell'interesse nazionale?*, in *Diritti fondamentali*, 2/2020, p. 687 ss.; E. GUARNA ASSANTI, *Il processo amministrativo e la giurisdizione (s)oggettiva. Considerazioni sulla sentenza n. 841/2020 del TAR Calabria*, in *Amm. e cont. stato e enti pubb.*, 1-2-3/2020, p. 203 ss.; F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Oss. cost. AIC*, 3/2020, p. 374 ss.

[213] In senso conforme ancora G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, cit., p. 765; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, cit., p. 80 ss. Del resto, il coinvolgimento delle autonomie regionali mediante il modulo delle *intese* sarebbe stato necessario in forza, oltre che della summenzionata chiamata in sussidiarietà, anche dell'innegabile incrocio di competenze statali e concorrenti. Difatti la Corte costituzionale è ferma nel ribadire come in presenza di competenze statali e regionali «inestricabilmente connesse», il canone di leale collaborazione imponga al legislatore di «predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a difesa delle loro competenze» precisando che «la soluzione che meglio incarna la collaborazione» è l'*intesa*, in quanto «cardine della leale collaborazione» nonché «unica forma adeguata a garantire il giusto contemperamento della compressione delle competenze regionali». Cfr. Corte cost., sent. n. 251/2016.

[214] Il virgolettato è tratto da Corte cost., sent. n. 246/2019. In quell'occasione il Giudice delle leggi aveva accolto la questione di legittimità costituzionale, sollevata in via principale dalle Regioni Umbria e Marche, dell'art. 37 del d.l. n. 109/2018, così come convertito nella l. n. 130/2018, nella parte in cui prevedeva che le ordinanze del commissario straordinario, nominato dal Governo per far fronte ad alcuni eventi sismici verificatisi nell'Italia centrale, fossero adottate *sentiti* i Presidenti delle Regioni interessate, anziché previa *intesa* con i medesimi. La Corte costituzionale aveva riconosciuto, per l'appunto, un «ingiustificato abbassamento del livello di coinvolgimento delle Regioni interessate, titolari

L'obiezione potrebbe, però, essere quella per cui il ricorso ad un'istanza collaborativa più intensa, individuata dal Codice nel modulo dell'intesa, avrebbe potuto condurre ad una pericolosa *impasse* laddove la stessa non fosse stata raggiunta[215]. In altre parole, si potrebbe argomentare che, soprattutto di fronte alla situazione determinatasi a seguito del dilagare della pandemia da COVID-19, un eventuale mancato accordo avrebbe rischiato di generare una situazione di stallo, o, peggio, di paralisi, con inevitabile pregiudizio per una celere ed efficace risposta emergenziale[216]. Si tratta, tuttavia, di un approccio che non convince per due principali ordini di ragioni.

Innanzitutto, lo stesso termine "intesa", di cui ragiona l'art. 25 del d.lgs. n. 1/2018, non pare assumere rilievo decisivo. In effetti, nell'ambito delle intese, occorre tenere sempre presente la distinzione – enucleata dalla giurisprudenza costituzionale ben anteriore alla riforma del Titolo V – tra intese "forti" e "deboli"[217]. La distinzione prospettata non è di secondaria importanza. A voler attribuire alla parola *intesa* un senso "debole", il possibile dissenso regionale ben sarebbe superabile in forza di una decisione unilaterale del Governo, ancorché adempiendo ad uno specifico onere motivazionale[218]. Diversamente, a

di potestà legislativa concorrente», tale da ledere il canone della leale collaborazione, oltre agli artt. 117, comma 3, e 118, comma 1, della Costituzione. Per alcune osservazioni critiche sulla pronuncia si rimanda alle ragionate analisi di S. LA PORTA, *Incrocio di materie, modulazione temporale degli effetti della sentenza e continuità dell'azione amministrativa: le vie tortuose per un esito prevedibile*, in *Giur. cost*., 6/2019, p. 3072 ss.; A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Dirittiregionali.it*, 3/2020, 348 ss.; P. TORRETTA, *Chi governa la ricostruzione post sisma? La Corte costituzionale ripristina l'intesa (e la leale collaborazione) tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 24/2020, p. 362 ss.

[215] Sulla questione, per tutti, A. D'ATENA, *Il sistema delle Conferenze*, in *Rass. parl.*, 2/2010, p. 423.

[216] Si veda, diffusamente, M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della 'codecisione paritaria' evitandone gli effetti perversi*, in *Le Regioni*, 4/2004, p. 1044 ss.

[217] Fra tutti, appare significativo rinviare alle osservazioni sviluppate in C. DESIDERI, L. TORCHIA, *I raccordi tra Stato e Regione. Un'indagine su organi e procedimenti*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 111 ss.; A. MORRONE, *La Corte costituzionale e la cooperazione tra Stato e Regione nella fattispecie dell'intesa: analisi critica di un modello contraddittorio*, in *Riv. giur. amb.*, 5/1995, p. 666 ss.; L. VIOLINI, *"Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese"*, in *Le Regioni*, 5/2003, p. 691 ss.; S. AGOSTA, *La Corte costituzionale dà finalmente la... "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)*, in *Forum Quad. cost.*, 2 febbraio 2004; ID, *La leale collaborazione tra Stato e regioni*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim*; S. MANGIAMELI, *Letture sul regionalismo. Il titolo V tra attuazione e riforma della riforma*, Giappichelli, Torino, 2011, spec. p. 58 ss.; G. CERRINA FERONI, *Gli strumenti di raccordo tra istituzioni statali e regionali*, in G. CERRINA FERONI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Le Regioni dalla Costituente al nuovo Senato della Repubblica*, Esi, Napoli, 2016, p. 210 ss.

[218] Si confrontino, in via esemplificativa, Corte cost., sentt. nn. 21, 351, 482/1991; 6 e 355/1993; 116/1994.

Sulla difficoltà di distinguere intese "deboli" e pareri, cfr. A. COSTANZO, *Equivalenza tra parere favorevole ed intesa, nei rapporti tra Stato e Regioni?*, in *Giur. cost*., 6/1988, p. 2451 ss.; A. D'ATENA,

voler accedere all'opposta interpretazione, assumendo il significato di intesa in senso "forte", il mancato raggiungimento dell'accordo precluderebbe l'ulteriore corso dell'attività statale, con la conseguenza di inibire al Governo l'unilaterale esercizio della competenza[219].

Posta questa necessaria premessa, non è per nulla scontato che quella contemplata dal Testo unico debba qualificarsi quale intesa "forte". Non solo perché la disposizione codicistica è silente sul punto, non fornendo alcun appiglio testuale in tal senso, ma soprattutto dal momento che, stando all'opinione maggioritaria, sarebbe rimesso in definitiva alla Corte costituzionale il compito di stabilire, di volta in volta, quali siano gli interessi regionali concretamente coinvolti per poter decidere, di conseguenza, l'esatta portata da attribuire all'espressione "intesa"[220]. Tuttavia, se l'ultima parola spetta, in ogni caso, alla Corte costituzionale, deve però rammentarsi come il Giudice delle leggi non abbia ancora mai preso posizione sulla valenza dell'intesa necessaria all'emanazione delle ordinanze di protezione civile.

Nondimeno sembra piuttosto probabile che, laddove la Corte fosse chiamata a pronunciarsi sulla *quaestio,* sarebbe ragionevolmente portata a qualificare l'intesa in esame quale intesa in senso "debole". Ciò alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata del d.lgs. n. 1/2018, che valorizzi le peculiarità delle situazioni emergenziali a cui il Codice si propone di far fronte: si tratta di evenienze straordinarie che richiedono un'unitaria ed immediata risposta statale, seppur non privata di indispensabili percorsi di collaborazione, ispirati a "lealtà", con le entità regionali coinvolte[221].

In secondo luogo, anche qualora si propendesse per una declinazione dell'intesa in senso "forte", essa non sarebbe di per sé da considerare stonata al cospetto delle esigenze emergenziali da soddisfare. Giova, infatti, ricordare come il pericolo di stallo che potrebbe conseguire dall'esercizio delle

Sulle pretese differenze tra intese "deboli" e pareri, nei rapporti tra Stato e Regioni, in *Giur. cost*., 6/1991, p. 3908 ss.; G. MANFREDI, *"Intese in senso debole e leale collaborazione a senso unico"*, in *Le Regioni*, p. 1419 ss.

[219] *Ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 33 e 165/2011; 239/2013.

[220] In questi termini S. AGOSTA, *Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 6/2004, p. 4, il quale osserva come la Corte si riservi, volta per volta, la facoltà di accertare l'effettivo significato da attribuire all'intesa nella circostanza concreta. Ma, *contra*, R. CARPINO, *Evoluzione del sistema delle Conferenze*, in *Ist. fed.*, 1/2006, p. 61.

[221] Quanto all'esigenza di attivare percorsi di leale collaborazione tra centro e periferia che possano dirsi realmente effettivi, si vedano, seppur con accenti diversi, A. ANZON, "*Leale collaborazione" tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giur. cost*., 1998, p. 3531 ss.; S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, in *Giur. cost*., 2003, p. 261 ss.; P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. p. 296 ss.

competenze in forma di stretta "codecisione" sia ben presente alla giurisprudenza costituzionale, la quale da tempo ammette l'individuazione di specifici meccanismi che, pur ispirati a principi cooperativi, consentano una *via di fuga* in caso di paralisi decisionale[222]. Occorre, cioè, la previsione di idonee procedure che consentano reiterate trattative volte a superare le divergenze[223]. Inoltre, nell'ipotesi in cui nemmeno queste procedure bilaterali dovessero condurre ad un accordo in un termine ragionevole, la Corte riconosce la legittimità, come *extrema ratio*, di una decisione unilaterale del Governo[224].

Stando così le cose, si comprende come le nette differenze tra tipologie di intese finiscano inevitabilmente con lo sfumare[225]. In verità, la Corte parrebbe aver cercato di superare la logica della contrapposizione tra intese "deboli" e "forti" fornendo una lettura unitaria della categoria e precisando come ciò che contraddistingue tale canone collaborativo sia, in sostanza, l'adozione di un *metodo* che deve consentire alle parti di sviluppare una negoziazione realmente effettiva[226]. L'imposizione dell'intesa viene, dunque, considerata sempre più come un vincolo di metodo ma non di risultato[227]. Il dissenso regionale, se non può venire ignorato dallo Stato, al contempo, non può mai costituire un ostacolo insormontabile all'esercizio di una competenza, anche perché «obbligo di cooperare non significa affatto obbligo di astenersi dal provvedere, quando la cooperazione non ha più margini di successo sul nucleo fondante ed essenziale del provvedimento»[228].

[222] P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto Regionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 266.

[223] Devono essere individuate «procedure di reiterazione delle trattative, con l'impiego di specifici strumenti di mediazione (ad esempio, la designazione di commissioni paritetiche o di soggetti "terzi"), ai quali possono aggiungersi ulteriori garanzie della bilateralità, come, ad esempio, la partecipazione della Regione alle fasi preparatorie del provvedimento statale». Come si può notare, la giurisprudenza costituzionale si fonda su un chiaro principio, desumibile dal richiamo alle intese come "atti a struttura necessariamente bilaterale", dalla previsione di idonee procedure di reiterazione delle trattative volte a superare le divergenze, con l'impiego di specifici strumenti di mediazione, dalla partecipazione della Regione alle fasi preparatorie del provvedimento statale, che si traduce nell'«onere per le parti di sostenere un dialogo, e quindi di tenere un comportamento collaborativo, che consenta di pervenire in termini ragionevoli alla definizione del procedimento». Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 239/2013, punto 3 del *Considerato in diritto*. Cfr., sulla medesima lunghezza d'onda, anche Corte cost., sent. n. 39/2013.

[224] Si confrontino, tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 339, 383/2005; 24/2007; 121/2010; 33, 165/2011; 179/2012; 39, 117, 182, 239/2013; 7/2016. Si vedano anche, in dottrina, P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, cit., p. 266; R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 125.

[225] Lo sostiene A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *Giur. cost*., 1/2016, p. 15 ss.

[226] Si vedano, ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 1, 21, 251/2016.

[227] «Il principio di leale collaborazione esige che le procedure volte a raggiungere l'intesa siano configurate in modo tale da consentire l'adeguato sviluppo delle trattative al fine di superare le divergenze». Cfr. Corte cost., sent. n. 1/2016, punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

[228] Corte cost., sent. n. 219/2013.

Tutto ciò a tacere, peraltro, del fatto che le ordinanze di protezione civile concretamente adottate, in sintonia con quanto disposto dal d.lgs. n. 1/2018, sono state emanate proprio acquisita «l'intesa del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome». Pertanto, pare evidente come la difficile situazione emergenziale, complice forse la consapevolezza della gravità della stessa ad opera degli attori tanto centrali quanto periferici, non avrebbe comunque impedito l'acquisizione dell'intesa[229].

Si assiste qui, evidentemente, ad un'altra slabbratura che sarebbe stata, in realtà, facilmente evitabile ricorrendo all'istituto a regime previsto per la gestione delle emergenze, ossia le ordinanze di protezione civile, che avrebbero potuto rappresentare un utile strumento di governo in positivo della crisi sanitaria[230]. Questi provvedimenti *extra ordinem*, in effetti, rispondendo all'indefettibile formula codecisionale della previa intesa per la loro emanazione, si sono da tempo conformati ai moduli di cooperazione fra centro e periferia sapientemente enucleati dalla giurisprudenza costituzionale e, di conseguenza, non si sarebbero rivelati tanto problematici quanto, invece, lo sono stati i decreti presidenziali.

Queste brevi osservazioni sulle modalità di funzionamento delle istanze collaborative tra Stato e Regioni, che giocano un ruolo nevralgico anche nella gestione delle emergenze, spingono a sviluppare qualche sommaria riflessione sul profilo, maggiormente generale, del binomio unità/differenziazione, declinato in particolare sotto il versante dell'impatto che la crisi pandemica ha avuto sugli intrecci di competenze concretamente esercitate[231]. Si possono, a tale proposito, assumere come emblematiche le previsioni, sostanzialmente sovrapponibili,

L'unica differenza tra i due strumenti collaborativi in parola sembrerebbe riposare nelle diverse conseguenze giuridiche di una mancata intesa: un obbligo motivazionale, in capo allo Stato, delle ragioni alla base del mancato accordo, nell'ipotesi di intese "deboli"; un'ulteriore procedura ispirata al canone di leale collaborazione per evitare uno stallo, in caso di intese "forti". In senso adesivo, ancora, R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, cit., p. 125.

[229] Cfr., *ex multis*, l'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630/2020, pubblicata in *G.U. serie gen*. 8 febbraio 2020, n. 32.

Ancora, sulla "ratifica", in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, dell'intesa già raggiunta rispetto alle ordinanze di protezione civile, si consulti il sito istituzionale della predetta Conferenza, reperibile all'indirizzo *www.regioni.it/conferenze*. A tale proposito, in modo più articolato, P. GIANGASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza Covid 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, cit., p. 16.

[230] Le quali sono «espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile». In questo senso Corte cost., sent. n. 277/2008.

[231] Quanto al principio di leale collaborazione, che deve necessariamente informare i rapporti intercorrenti tra Stato e Regioni, occorre rinviare ad una pietra miliare dell'elaborazione scientifica sul punto, ossia il classico S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1971, p. 84 ss. Più recentemente E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, p. 502 ss.

dei dd.ll. nn. 6/2020 e 19/2020 che, nel delineare i margini di azione degli enti territoriali, hanno escluso l'intervento regionale, se non in via provvisoria (sulla scorta del noto inciso che si riferisce alla loro adottabilità "nelle more" dei d.P.C.M.), qualora fosse necessario e urgente provvedere in mancanza del decreto presidenziale. Si tratta, quindi, di prescrizioni piuttosto ambigue, e financo indeterminate, che hanno portato all'emersione di opinioni dottrinali tra loro fortemente contrapposte[232].

Vi è chi ha sostenuto che, in sostanza, la disciplina emergenziale abbia prodotto una sorta di sospensione del potere di ordinanza dei Presidenti di Regione; altri hanno escluso la legittimità dell'esercizio del potere *extra ordinem* regionale negli spazi già coperti dal d.P.C.M., ritenendolo esercitabile esclusivamente al di fuori dell'area di competenza di tale decreto; altri ancora hanno immaginato dei criteri di reciproca cedevolezza tra normativa centrale e periferica; vi è infine chi ha argomentato per la netta prevalenza delle ordinanze contingibili regionali sui decreti presidenziali[233]. Quale che sia la soluzione corretta, pare però difficilmente revocabile in dubbio che vi siano stati degli effettivi ambiti di sovrapposizione tra i poteri esercitabili mediante d.P.C.M. e quelli riconducibili alle ordinanze regionali. Un dato è, difatti, incontrovertibile: la concreta gestione della pandemia, fondatasi su questo inedito strumento normativo, ha ingenerato oggettive incertezze ermeneutiche e sovrapposizioni di competenze tra Stato e Regioni, che hanno dato adito a non poche perplessità tra gli studiosi[234].

Tutto ciò senza, peraltro, considerare il tema, particolarmente gravido di conseguenze, dell'intreccio delle misure su richiamate con un ulteriore potere contingibile, ossia quello di matrice sindacale, di cui si è, in un primo tempo, predicata la sopravvivenza, per poi abbracciare la tesi della sua inefficacia nelle ipotesi di contrasto con la normativa statale ovvero regionale[235]. Sempre sotto

[232] Questo è, in effetti, il terreno sul quale «la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale». Lo sottolinea espressamente M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 130. Si vedano, in senso analogo, V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos….) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, cit., p. 985; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 378 ss.

[233] Per una diffusa disamina sul punto si rinvia a quanto ricostruito in P. GIANGASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza Covid 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, cit., p. 12. Sulla medesima lunghezza d'onda anche ID, *La normativa "speciale" sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali*, cit., p. 118 ss.

[234] Per alcuni sguardi giurisprudenziali al problema in esame cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, dec. n. 634/2020; T.A.R. Sardegna-Cagliari, Sez. I, dec. n. 141/2020; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, dec. n. 458/2020; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, sent. n. 841/2020.

[235] In relazione al profilo evidenziato nel testo v. A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Dirittiregionali.it*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 1/2020, p. 376 ss.; ID, *Non persuasivo*

tale angolo visuale, non sembra nemmeno un caso che la prima "storica" pronuncia di *sospensiva* ad opera della Corte costituzionale sia intervenuta proprio in costanza della produzione normativa *sui generis* che ha scandito la pandemia[236]. Gli intrichi di competenze e le sovrapposizioni tra poteri centrali e periferici sono stati, evidentemente, talmente spiccati e potenzialmente pregiudizievoli che il nostro Giudice delle leggi, a fronte dell'impellenza di una situazione obiettivamente eccezionale, ha persino avvertito l'esigenza di prendere con solerzia posizione sul punto, risvegliando dal suo torpore l'istituto altrettanto eccezionale della sospensione cautelare.

In definitiva le forti perplessità manifestatesi circa il rapporto intercorrente tra atti statali e regionali nella *governance* sanitaria rappresentano, indubbiamente, la cartina di tornasole di una questione più ampia. Vale a dire la circostanza per cui la normazione di contrasto alla diffusione del virus, avendo fatto perno su un atto come il decreto presidenziale, declinato in misura quanto meno singolare, e avendo derogato il sistema preesistente, ha finito per dare vita ad una situazione confusa e frammentaria che ha portato tutta una serie di incertezze applicative dalle quali il rapporto centro-periferia non è di sicuro rimasto esente[237]. Anche qui, dunque, avrebbe senz'altro maggiormente

il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 224 ss.; N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Dirittiregionali.it*, 2/2020, p. 74 ss.; ID, *L'annullamento straordinario ex art. 138 tuel di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo Stretto di Messina*, in *Dirittiregionali.it*, *Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 1/2020, p. 556 ss. V., a tale proposito, anche la selezione di atti contenuta in F. SEVERA (a cura di), *Documentazione dei Comuni*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1/2020, p. 2 ss.

[236] Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost, ord. n. 4/2021, sulla quale, per delle primissime notazioni, si rinvia, *ex plurimis*, a P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2021, p. 2 ss.; R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi.it*, 4/2021, p. 118 ss.; F. CLEMENTI, *I giudici contro il rischio di un danno grave alla salute*, in *Il Sole 24 ore*, 15 gennaio 2021; E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, cit.; E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Oss. cost. AIC*, 2/2020, p. 154 ss.; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, 10/2021, p. 309 ss.; nonché, se si vuole, ad A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum Quad. cost.*, 1/2021, p. 251 ss.

[237] La crisi ha, del resto, inevitabilmente messo in luce molte delle incertezze che tuttora continuano a caratterizzare il regionalismo italiano. Sul punto v., fra gli altri, F. SEVERA, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempo di emergenza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2020, p. 219 ss.; F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, 1/2020, p. 3 ss.; G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum Quad. cost.*, 3/2020, p. 109 ss.; Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, 4/2020, p. 739 ss.; A.

giovato alla chiarezza della risposta governativa l'impiego della disciplina emergenziale generale precedente alla pandemia[238].

In effetti, l'utilizzo del tessuto codicistico, improntato ad una certa coerenza interna anche in punto di raccordo tra articolazioni centrali e periferiche, avrebbe potuto scongiurare, almeno in parte, quelle ambiguità scaturite dalla genesi di questo "microsistema" delle fonti, tristemente balzato agli onori della cronaca[239]. Del resto, proprio la previsione della possibilità di adottare apposite ordinanze di protezione civile regionali, già *ex ante* disciplinate nei loro rapporti con le corrispondenti ordinanze statali, avrebbe fornito una solida base legale su cui imperniare delle risposte locali armoniche rispetto a quelle nazionali[240].

6. *Spes Ultima Dea*? Un discostamento da cui discostarsi

Da questo punto si può muovere per abbozzare qualche riflessione conclusiva che, traendo spunto dal macroscopico scostamento della prassi governativa rispetto allo strumentario del Servizio nazionale di protezione civile, tenti di volgere lo sguardo al presente, ma soprattutto al futuro prossimo, della *governance* del fenomeno pandemico[241].

Se della legittimità formale della libera scelta di ricorrere alla decretazione d'urgenza, tipizzante successivi decreti presidenziali, difficilmente si può dubitare, salvo poi verificare, di volta in volta, il merito delle singole misure adottate, è innegabile che le maggiori perplessità legate a questa insolita strategia normativa si siano, piuttosto, sviluppate attorno allo scarso grado di sistematicità

MORELLI, A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Dirittiregionali.it*, 2/2020, p. 1 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Riv. AIC*, 2/2020, p. 550 ss.

[238] Ma *contra* U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 310, secondo cui «Il punto di partenza era oggettivamente molto carente poiché anche la più recente disciplina legislativa relativa alla protezione civile, che pure si riferisce anche ad "emergenze di rilievo nazionale", prevede (all'art. 24 del Codice della protezione civile) organizzazioni e poteri del tutto inadeguati per contingenze del tipo di quella attuale».

[239] La Corte costituzionale ha sancito che gli interventi di protezione civile regionali «possono essere effettuati anche in deroga alle disposizioni vigenti, secondo le prescrizioni di volta in volta stabilite dalle ordinanze di protezione civile, nei limiti e con le modalità indicate dallo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in ragione di quanto previsto dall'abrogato art. 5 della legge n. 225 del 1992 e attualmente dall'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018». Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 44/2019.

[240] Cfr. art. 25, comma 11 del d.lgs. n. 1/2018.

[241] «Che il virus sparisca è improbabile; dobbiamo abituarci a conviverci per almeno due o tre anni ancora», questa la risposta di Maria Rita Gismondo, dirigente del laboratorio di microbiologia del Sacco di Milano, alla domanda sulla sua visione circa il futuro prossimo della pandemia. L'intervista integrale, rilasciata in data 18 febbraio 2021, è consultabile all'indirizzo www.ilgiorno.it. Sono, dunque, proprio le non rosee previsioni sulla durata della crisi pandemica a richiedere l'adozione una strategia normativa, da affiancarsi a quella sanitaria, che sia la più adeguata ed efficiente possibile.

e, dunque, di efficienza della risposta che il Governo, in un difficilissimo contesto, è stato costretto a fornire[242]. Con ciò, però, non si intende – si badi bene – giungere a ritenere che ogni perplessità prospettabile circa la sequenza regolativa, d.l. e d.P.C.M., avrebbe potuto essere evitata per il solo fatto di ricorrere al Codice e, conseguentemente, allo strumento delle ordinanze di protezione civile[243]. E questo per la preminente ragione per cui nemmeno dette ordinanze, come del resto nessun istituto giuridico, potrebbero risultare completamente esenti da eventuali critiche.

A tale riguardo si potrebbe, innanzitutto, sollevare qualche riserva circa l'effettiva preordinazione dell'impianto codicistico a governare una peculiare situazione emergenziale quale quella che stiamo vivendo. In effetti, è stato osservato che il Codice, per il fatto stesso di configurarsi come una disciplina di protezione civile, presenterebbe un limite intrinseco: offrirebbe, cioè, come sfondo principale delle calamità naturali, quali eventi sismici, vulcanici, idrologici e metereologici avversi, piuttosto disomogenee rispetto alla situazione in atto[244]. Di tal che, se certamente non può contestarsi che nelle pieghe del decreto, tra le specifiche tipologie di rischio che il Servizio nazionale si propone di fronteggiare, sia espressamente rinvenibile anche quello *igienico-sanitario*, e dunque nessun dubbio possa muoversi circa la formale legittimità di un suo impiego nella gestione dell'attuale emergenza, non può nemmeno negarsi che, a rigore, tra i vari eventi calamitosi che il legislatore delegato del 2018 aveva in mente nel disciplinare il possibile contenuto delle ordinanze di cui all'art. 25, probabilmente non rientrava una situazione pandemica, quantomeno così come declinata nella sua veste attuale[245].

È stato, in secondo luogo, sostenuto che il Testo unico, nella misura in cui

[242] Sulla legittimità formale della sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, si confrontino S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, cit., p. 5 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, cit., p. 1 ss. Ma *contra*, quanto meno rispetto al primo d.l. n. 6/2020, espressamente definito «fuori legge», cfr. le aspre critiche di S. CASSESE, *«Conte avrebbe dovuto rifiutarsi di firmare decreti così contradditori»*, in *Il Dubbio*, 14 aprile 2020.

[243] A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 333.

[244] G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, cit., p. 5.

[245] Cfr. artt. 1, comma 1; 16, commi 1 e 2; 25, comma 2, lett. a-f.

Al riguardo la Corte ha, tuttavia, proprio recentemente ribadito che «Nel vigore del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione, infine, l'indirizzo volto ad adattare il governo dell'emergenza, *anche sanitaria*, al carattere locale o nazionale di essa, ha trovato ulteriore sviluppo con il decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile)» (nostro il corsivo). Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 37/2021, punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

nel tracciare la linea di demarcazione della potestà *extra ordinem* di protezione civile allude al rispetto, oltre che dei principi generali dell'ordinamento giuridico, anche delle norme dell'Unione europea, osterebbe ad una corretta gestione della situazione emergenziale[246]. In effetti, ritenere che *tutte* le norme dell'Unione Europea concretino un limite rigido alle ordinanze di protezione civile non parrebbe affatto in sintonia con le esigenze che le stesse mirano a realizzare[247]. Ciò è tanto più vero se solo si pone mente al fatto che le previsioni oggetto delle più frequenti deroghe sono, come noto, quelle di stretta derivazione comunitaria di cui ragiona il Codice degli appalti[248].

Ancora. Un certo stupore suscita la seconda parte dell'art. 25, comma 1, laddove precisa che le ordinanze devono «contenere l'indicazione delle principali norme cui si intende derogare». Si tratta, per la verità, di una previsione che, seppur condivisibile, può apparire di dubbia utilità, oltre che applicabilità[249]. Del resto, l'elencazione delle principali disposizioni suscettibili di deroga, che sembra effettivamente rispondere alla *ratio* sottesa al summenzionato art. 25, potrebbe risultare di difficile attuazione pratica, considerato che, per la stessa natura imprevedibile delle evenienze emergenziali, le norme cui occorrerebbe derogare non sarebbero *a priori* di agevole individuazione.

Ma le perplessità non finiscono qui. Si potrebbe, quindi, continuare a scrutare l'architettura codicistica nel tentativo di rintracciare ulteriori aporie strutturali – che forse non sarebbero nemmeno ardue da individuare –, tuttavia una siffatta ricerca si risolverebbe in un mero esercizio stilistico. Pare, difatti, fin troppo evidente che il Codice non sia privo di limiti e di difetti. E sebbene, a tale riguardo, verrebbe da chiedersi quale disciplina di un intero comparto, ancorché consolidata in un unico *corpus* unitario, possa davvero dirsi priva di incongruenze, quello che, però, preme evidenziare sono due caratteri distintivi del Testo unico sulla protezione civile che contribuiscono a renderlo senz'altro apprezzabile: vale a dire la sua aspirazione alla sistematicità, unita alla sua attenzione per l'organicità, connotati, questi, che avrebbero "dovuto" portare a preferirlo quale strumento di governo dell'emergenza[250].

[246] Sul punto si veda ancora G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, cit., p. 5.

[247] V. art. 25, comma 1 del d.lgs. n. 1/2018.

[248] *Ex multis*, ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 655/2020, la quale ha previsto che gli enti locali, per dare piena ed immediata attuazione ai provvedimenti normativi e di protezione civile correlati all'emergenza epidemiologica, possano procedere ad appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi ed alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli artt. 60, 61, 72, 73 e 74 del d.lgs. n. 50/2016

[249] In questo senso, ad esempio, C. DAMIANI, *L'emergenza sanitaria da covid-19 alla luce della normativa vigente*, cit., p. 66.

[250] Tuttavia, sulle complicazioni proprie di alcune ordinanze in deroga, lontane da quell'effettiva efficienza che avrebbe dovuto, invece, connotarle, v. S. SPUNTARELLI, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in

Non sarebbe stato, pertanto, maggiormente opportuno provare ad allargare le maglie della disciplina sul Servizio nazionale, finanche – lo si ammetta pure – con qualche forzatura del testo, piuttosto che creare *ex novo* un modello *parallelo* di gestione dell'emergenza, decisamente meno rigoroso e privo della medesima coerenza interna[251]? D'altro canto, non è certo un mistero che, nell'esperienza italiana, le corde della normativa sulla protezione civile siano state tese talmente tanto da ricomprendervi gli oggetti più disparati e, forse, più lontani dalla *ratio* informatrice del Codice[252].

Nel corso degli anni si è assistito all'impiego della legislazione emergenziale per i più svariati motivi: dall'elezione del Pontefice all'organizzazione del *summit* G8, passando per la gestione delle Olimpiadi[253]. Se dunque la normativa in discorso è stata più volte piegata, in totale spregio dei più elementari requisiti di necessità ed urgenza oltre che di temporaneità delle evenienze calamitose, al precipuo fine di derogare le norme vigenti in tema di contratti pubblici, per la gestione dei c.d. "grandi eventi" che andavano di gran lunga oltre le catastrofi di cui ragiona il Codice, non si comprende perché la stessa cosa non si sarebbe potuta fare per affrontare una contingenza, questa sì, realmente impellente, quale la crisi pandemica[254]. In altri termini, non ci si può esimere dal chiedersi

Costituzionalismo.it, 3/2017, p. 34 ss.

[251] Di "sistema parallelo" discorre V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 377. ss., con riguardo alle ordinanze contingibili. Questa espressione è stata poi estesa da C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit., p. 320 ss., anche all'uso indiscriminato dei poteri di decretazione d'urgenza *ex* art. 77 Cost. Tuttavia, a fronte di una ormai nota "stabilizzazione dell'emergenza", che ha reso la potestà *extra ordinem* lo strumento a regime per il governo delle emergenze, non pare un fuor d'opera riferire questa incisiva dizione all'inedito schema d.l./d.P.C.M.

[252] V., per tutti, F. VALENTINI, *Necessità e urgenza: l'evoluzione storica e giuridica dei poteri dell'amministrazione per fronteggiare le emergenze*, cit., p. 144

[253] Si confrontino, *ex multis*, d.P.C.M. 5 aprile 2005 avente ad oggetto "*Dichiarazione di «grande evento» in relazione alle esequie del Santo Padre Giovanni Paolo II ed alla elezione del Pontefice*", pubblicato in *G.U. serie gen*. 5 aprile 2005, n. 78, p. 7 ss.; d.P.C.M. 21 settembre 2007, concernente la "*Dichiarazione di «grande evento» relativa alla Presidenza italiana del G8 nell'anno 2009*", pubblicato in *G.U. serie gen.* 24 settembre 2007, n. 222, p. 5 ss.; d.P.C.M. 10 giugno 2005 recante "*Dichiarazione di «grande evento» nel territorio della provincia di Torino, in occasione dei giochi olimpici invernali «Torino 2006»*", pubblicato in *G.U. serie gen.* 17 giugno 2005, n. 139, p. 32 ss.

[254] La riconduzione, ad opera dell'art. 5-*bis*, comma 5, del d.l. n. 343/2001, della fumosa categoria dei c.d. "grandi eventi" alla logica dei poteri derogatori di ordinanza di protezione civile ha suscitato non poche perplessità in dottrina. In effetti, la nozione di "grande evento" difficilmente poteva considerarsi una *species* del più ampio *genus* delle "calamità naturali" di cui ragionava la l. n. 225/1992, eppure non si è esitato, anche a prezzo di una certa incoerenza interna del sistema, ad estendere l'applicazione dell'art. 5 della l. n. 225/1992, relativo ai poteri di ordinanza in deroga al diritto vigente, «anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza». Cfr., in proposito, R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giur. cost*., 3/2009, p. 2241 ss. Per una ricostruzione analitica della prassi in materia di "grandi eventi" si rinvia, inoltre, al

se non si sarebbe rimasti maggiormente nel perimetro costituzionale ricorrendo ad un'applicazione sistematica del quadro normativo di protezione civile complessivamente considerato, il quale già offriva un *humus* fertile su cui innestare una pronta reazione emergenziale, piuttosto che decidendo di derogarlo mediante un suo abbandono nella prassi.

La risposta a questo interrogativo retorico, come facilmente si intuisce, è affermativa per svariate ragioni.

L'emergenza si sarebbe di certo prestata, soprattutto nei momenti di acuto dilagare del fenomeno epidemico sull'intero territorio nazionale, ad una regolamentazione legale puntuale, specifica e consolidata, incardinata su sentieri più volte battuti dalla giurisprudenza costituzionale, che il Codice, pur con tutte le sue carenze ed imperfezioni, sarebbe stato in grado di offrire[255]. Ogni intervento impellente avrebbe, così, potuto realizzarsi attraverso il ricorso alle ordinanze di protezione civile, di cui l'iniziale dichiarazione dello stato di emergenza avrebbe condizionato lo svolgimento, imponendo già una prima disciplina, mentre qualsiasi ulteriore operazione, pur sempre rilevante ma meno incalzante, avrebbe potuto essere demandata a leggi ordinarie o, al più, a decreti-legge, consentendo, in tal modo, alle Camere di riappropriarsi della propria perduta funzione nomopoietica[256].

Dinanzi ad un'emergenza nazionale, attenendosi al Testo unico, i provvedimenti per farvi fronte sarebbero stati, inoltre, connotati da una spiccata coerenza, non slegata dalla presenza di una *regia unitaria*, la cui assenza è stata, troppo spesso, lamentata[257]. In questo quadro proprio le istanze di unitarietà avrebbero potuto fare aggio sull'imprescindibile salvaguardia delle autonomie

lavoro monografico di M. CAPANTINI, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 21 ss.

[255] Il Codice avrebbe potuto anche fornire un ulteriore formidabile strumento: vale a dire le ordinanze in deroga alla legge "volte a favorire il rientro nell'ordinario". Si tratta, come già ricordato, di un istituto inedito che, soprattutto nel momento in cui la curva epidemiologica avesse iniziato ad assumere un andamento decrescente, avrebbe potuto fornire un'apposita base legale per predisporre una graduale transizione dalla fase prettamente emergenziale a quella ordinaria, oltre che un'efficiente gestione di eventi già programmati quali, tra tutti, la difficile campagna vaccinale.

[256] Cfr. C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, cit., p. 85 ss.

È evidente, qui, che i criteri ed i limiti contemplati nella deliberazione dello stato di emergenza, che assume la fisionomia di atto gerarchicamente sovraordinato, lungi dal rappresentare dei presupposti meramente formali per l'attivazione della potestà *extra ordinem*, in nessuna misura conformativi della stessa, finiscono per imporre alle ordinanze di protezione civile un'ulteriore categoria di vincoli che vanno ad aggiungersi a quelli già previsti dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle norme dell'Unione Europea.

[257] Si v., in proposito, la relazione di M. LUCIANI al Convegno "*Discorsi della crisi - Incontri in stato d'eccezione. Stato d'eccezione, stato d'assedio, stato di emergenza, stato di crisi: una notte giuridica in cui tutte le vacche sono nere?*", organizzato dal Dipartimento di Storia, Antropologia, Religioni, Arte e Spettacolo dell'Università "La Sapienza" di Roma, in data 31 luglio 2020, la cui registrazione può essere ascoltata sul canale *Youtube Labs Saras*.

locali, al fine di scongiurare il rischio di facili sovrapposizioni di poteri o, peggio, di veri e propri conflitti. Il Codice, in effetti, avrebbe riconosciuto nella gestione del rischio epidemico un rilievo nevralgico alle competenze territoriali, articolando le funzioni di protezione civile su ambiti territoriali e organizzativi ottimali, nel rispetto dei canoni di sussidiarietà ed adeguatezza[258]. Usufruendo di un sistema rodato, piuttosto che sperimentandone uno *ad hoc*, si sarebbero anche evitate tutte quelle significative distorsioni del quadro delle fonti prodottesi con l'impiego della decretazione presidenziale[259]. Per non parlare poi del fatto che, in questo modo, si sarebbero scongiurate, o quantomeno limitate fortemente, quelle tensioni che la stratificazione normativa, ormai alluvionale, ha generato sulla tenuta dei diritti costituzionali e sull'effettivo rispetto della riserva di legge[260].

Ma tutto ciò non si è fatto e si è continuato a procrastinare, per tutta la durata emergenziale, il "microsistema" delle fonti inaugurato dal d.l. n. 6/2020. Questo ha condotto a notevoli incertezze ermeneutiche che hanno finito per generare un inevitabile sconcerto anche fra i cittadini, cui hanno fatto seguito tentativi, non poco problematici, di fornire chiarimenti[261]. Per l'effetto si è

[258] In relazione al profilo evidenziato nel testo si veda, da ultimo, Corte cost., sent. n. 37/2021, punto 8.1 del *Considerato in diritto*, secondo cui «L'art. 7, comma 1, lettera c), in correlazione con l'art. 24 seguente, radica nello Stato il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti di protezione civile, acquisita l'intesa con le Regioni e le Province autonome «territorialmente interessate», sicché, ancora una volta, è l'eventuale concentrazione della crisi su di una porzione specifica del territorio ad imporre il coinvolgimento delle autonomie quando, pur a fronte di simile localizzazione, l'emergenza assuma ugualmente "rilievo nazionale", a causa della inadeguata «capacità di risposta operativa di Regioni ed enti locali» (sentenza n. 327 del 2003; in seguito, sulla necessità di acquisizione dell'intesa in tali casi, sentenza n. 246 del 2019)».

[259] Quello della profonda crisi che, ormai, sembra intaccare le stesse fondamenta del sistema delle fonti del diritto rappresenta un problema già ben evidenziato da R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I, Jovene, Napoli, 2009, p. 35 ss.

[260] Tra i vari diritti costituzionali che, in conseguenza del dilagare della pandemia, sono stati intensamente limitati al fine di salvaguardare la salute collettiva, la libertà di circolazione è stata, fuor di dubbio, quella maggiormente colpita. Per una puntuale ricostruzione della questione G.P. DOLSO, *Libertà di circolazione ed emergenza sanitaria*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 16 ss.; ID, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), cit., p. 263 ss., il quale, argomentando dal carattere "assoluto" della riserva di legge che presidierebbe l'art. 16 Cost., inferisce un *vulnus* a detta riserva ad opera delle misure restrittive della libertà di circolazione contemplate dai decreti presidenziali. Per una più ampia ricognizione delle varie opinioni sul punto, cfr. anche G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, cit., p. 566 ss.; A. CANDIDO, *Necessitas non habet legem? Pandemia e limiti alla libertà di circolazione*, in *Quad. cost.*, 2/2020, p. 376 ss.; S. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in *Il diritto vivente*, 1/2020, p. 18 ss.

[261] Che l'assetto delle fonti, con precipuo riguardo al rispetto delle disposizioni costituzionali coinvolte, manifesti evidenti criticità, anche prescindendo dalla natura assoluta ovvero relativa delle varie riserve di legge in gioco, è sostenuto, *ex plurimis*, da G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, cit., p. 6 il quale distingue tra piano formale e sostanziale quanto

innescato un vero e proprio meccanismo di sovrapposizione di strumenti di regolazione, la cui testimonianza più evidente è data dal caos prodotto da una moltitudine di atti adottati dai diversi livelli di governo, spesso poco coerenti tra loro[262].

Sorge, dunque, spontanea un'ulteriore domanda: perché non si è permesso all'assetto sotteso al d.lgs. n. 1/2018, per quanto non privo di difetti e di limiti, di dispiegare tutta la sua forza uniformatrice di fronte alle spinte centripete dell'attuale emergenza? La risposta prevalente a questo quesito, nel giustificare l'accantonamento del paradigma legislativo, ha fatto leva su due principali ordini di motivi, tra loro strettamente connessi: «una certa sottovalutazione degli approdi cui è giunto l'ordinamento nel perfezionare gli strumenti per fronteggiare le fattispecie contingibili e urgenti» da un lato, e l'idea, diffusa, che il sistema di protezione civile non abbia «retto alla prova della situazione di emergenza in atto» dall'altro[263].

In realtà si ritiene che la scelta di politica normativa del Governo sia stata dettata non già da un giudizio di inadeguatezza della legislazione di settore sulla protezione civile nell'affrontare un'epidemia di questa portata, bensì, al contrario, proprio da una profonda coscienza dello stato dell'arte – esistente fino alla recente pandemia – della *governance* emergenziale nel nostro ordinamento. Uno stato dell'arte inteso quale punto di arrivo di itinerari, non solo legislativi ma anche giurisprudenziali, frutto di una più che decennale tradizione che affonda le sue radici nelle prime norme di protezione civile, istitutive di poteri *extra ordinem*. Le ragioni del disallineamento dal paradigma legislativo vanno, dunque, molto probabilmente rintracciate nella volontà di discostarsi, il più possibile, da una disciplina che intanto avrebbe fortemente imbrigliato la risposta governativa in quanto si sarebbe radicata su di un modello

al rispetto del «paradigma costituzionale» nella gestione dello stato di emergenza; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Dirittiregionali.it*, 1/2020, 507 ss.; G. SCARSELLI, *Normativa Covid 19 e Costituzione. Discussione sulle nostre libertà*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2021, p. 5 ss.; M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Quest. giust.*, 14 aprile 2020.

[262] Al caos delle fonti si è, inevitabilmente, accompagnato il caos delle interpretazioni, come evidenzia G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020. Esempio paradigmatico, che assume quasi i tratti del grottesco, di queste incertezze ermeneutiche è stata, d'altronde, la nota formale inviata del Presidente della Regione Lombardia al Ministro dell'Interno volta a dirimere la questione del rapporto intercorrente tra le misure adottate con ordinanza regionale e quelle contemplate dal d.P.C.M. nazionale. Cfr., a tale proposito, *Fontana: 'Chiesto al Viminale se prevale l'ordinanza della Regione o il Dpcm'*, in *Ansa.it*, 23 marzo 2020.

[263] Il primo virgolettato è tratto da A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 314; mentre il secondo da G. P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, cit., p. 17.

che aveva da tempo circondato la potestà di ordinanza di particolari cautele tali da armonizzarla con il sistema costituzionale[264].

Vi è, pertanto, il fondato sospetto che la prassi governativa, quando ha avvertito che il precedente quadro ordinamentale di protezione civile, cui si è inizialmente fatto ricorso, ma che ben presto è stato relegato ad un ruolo meramente marginale, si sarebbe trovato a scandire l'incedere emergenziale nel rispetto di una corposa serie di limiti al potere d'ordinanza, enucleati tanto dalla Corte costituzionale, che ha sindacato in astratto la legittimità delle singole disposizioni attributive del potere contingibile, quanto del giudice amministrativo che ha scrutinato i singoli provvedimenti in deroga, abbia iniziato a privilegiare l'impiego del modello alternativo[265]. Quest'ultimo esibiva, evidentemente, una maggiore duttilità ed un notevole grado di flessibilità, che discendono proprio dall'assenza di un chiaro regime giuridico, sia positivo che pretorio, che potesse in qualche modo incanalare la potenziale eversività del potere di decretazione presidenziale nel solco della Carta repubblicana.

Un'agilità, quella dei d.P.C.M., testimoniata peraltro dalle stesse divisioni che stanno animando un vivace dibattito dottrinale sull'incerta e opinabile natura dei decreti presidenziali e, dunque, sui loro contenuti necessari (anche quanto a concertazione con le autonomie territoriali), che inevitabilmente conduce ad una maggiore fumosità circa i limiti che essi incontrano nonché i controlli giurisdizionali cui devono necessariamente soggiacere[266]. Del resto, non è

[264] In questa prospettiva v. A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in P. CARETTI (a cura di), cit., p. 236 ss.; F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 183 ss.

[265] Giova, a tale riguardo, sottolineare che le ordinanze *extra ordinem* di protezione civile, che pure sono state adottate nel governo dell'attuale pandemia, sono rimaste confinate «alla soluzione di aspetti specifici e limitati, lasciando invece al decreto-legge (e agli atti collegati) la gestione complessiva dell'emergenza». Così L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, p. 36. Sull'uso improprio delle ordinanze di protezione civile in costanza della crisi sanitaria si vedano diffusamente M. CAVINO, S. MALLARDO, *Stato di emergenza e poteri d'ordinanza*, in M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI, *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al Covid-19*, cit., p. 42 ss.

[266] La declinazione giuridica dei d.P.C.M. emergenziali ha alimentato un vivace dibattito tra gli studiosi, sul quale, per tutti, M.C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su "emergenza e governo-pubblica amministrazione"*, in *Riv. AIC*, 1/2021, p. 436 ss. Li definisce atti amministrativi non regolamentari L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 496. Di atti di alta amministrazione ragiona A. MITROTTI, *Salus rei publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, cit, spec. p. 28. Altri hanno ricondotto questi decreti nel novero delle ordinanze emergenziali, così E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, cit., p. 4. Non persuade, invece, sulla base di un'attenta interpretazione letterale, ma anche logica e sistematica dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 1/2018, la, pur autorevole, tesi di chi ha ricollegato la natura dei d.P.C.M. a quella delle ordinanze di protezione civile. Cfr., in tal senso, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 123.

forse un caso che, complice anche un incerto regime di impugnabilità, nessun decreto presidenziale sia stato ancora annullato da un giudice amministrativo[267].

È questa, dunque, la ragione per cui si è preferito non percorrere la via maestra, ma piuttosto inaugurare un *modus agendi*, senza dubbio singolare, che ha segnato un evidente distacco dalla pregressa normativa. Da ciò non si può, però, trarre l'apparentemente facile conseguenza per cui il Codice, alla prova dell'emergenza, avrebbe fallito, perché quest'ultimo, in realtà, non è nemmeno stato messo in grado di misurare le proprie capacità di risposta. Il Servizio nazionale ha semplicemente "sonnecchiato" e, più precisamente, è stato *volutamente* lasciato "quiescente" onde disporre di una disciplina tendenzialmente più agile, slegata da controlli penetranti, oltre che da un chiaro e consolidato statuto normativo espressivo di quella che è stata definita la «normalizzazione dell'emergenza»[268].

Potrebbe, d'altro canto, obiettarsi che, rappresentando il Codice della protezione civile una disciplina di rango legislativo ordinario, il legislatore rimarrebbe giocoforza sempre libero di adottare altri atti di pari grado capaci di disegnare, di volta in volta, scenari differenti, così come è in effetti accaduto a partire dal d.l. n. 6/2020. E questo potrebbe portare a considerare le riflessioni che ci hanno occupati in queste pagine una mera *querelle* tanto stucchevole quanto sterile[269]. Per la verità, sono proprio le enormi difficoltà e gli innegabili effetti distorsivi cui la gestione alternativa è andata incontro a rendere indispensabile la necessità, per la dottrina, di individuare, tra due strade entrambe astrattamente percorribili, quella che, anche *pro futuro*, meglio potrebbe attagliarsi alla realtà concreta[270].

Accolta, quindi, questa prospettiva, occorre rimarcare come l'approccio esibito dalla catena normativa composta di d.P.C.M., adeguatamente fondati sui

[267] Finora il Giudice Amministrativo, di fronte alle pur numerose impugnazioni avanzate, non solo non ha mai annullato un decreto presidenziale, ma ha, altresì, sempre continuato a respingere il profluvio di istanze cautelari di sospensione degli effetti prodotti dai vari d.P.C.M. che sono state nel frattempo presentate. Cfr., a tale riguardo, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, decc. nn. 2915/2020 e 3453/2020, che discorrono precisamente di atti di «natura latamente discrezionale» ovvero di «alta amministrazione».

[268] L'espressione è stata, come noto, coniata da A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., *passim*.

[269] A tale riguardo A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 344, per contrastare l'illegittimità delle prassi elusive del sistema delle fonti di protezione civile, suggerisce il ricorso alla categoria della c.d. *gerarchia logica*, tipica di tutte le norme sulla produzione giuridica.

[270] Per una disamina dei summenzionati effetti distorsivi, tra gli altri, M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *La Repubblica*, 3 marzo 2020; ID, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un DPCM*, in *Il sole 24 ore*, 13 marzo 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi. Fiat iustitia et pereat mundus oppure Fiat iustitia ne pereat mundus?*, in *Quest. giust.*, 18 marzo 2020.

decreti-legge che li prevedevano, non possa essere accettato passivamente, ma debba, per converso, essere fortemente stigmatizzato. Al contempo deve, però, evidenziarsi l'esistenza di un antidoto a questa stortura problematica che, come evidenziato, è già presente nella cassetta degli attrezzi governativa[271]. Allo scopo sarebbe, cioè, sufficiente seguire l'intelaiatura codicistica che, lungi dal potersi considerare la panacea di tutti i mali della lotta pandemica, eviterebbe però, a diritto costituzionale invariato – tacitando peraltro tutte le numerose polemiche relative ad una pretesa necessaria costituzionalizzazione dell'emergenza –, di aggiungere ulteriore incertezza a quella già prodotta dalla vorticosa disciplina emergenziale che ha scandito questo primo anno di pandemia[272].

L'intima speranza è che, proprio ora che il virus sta tornando forte e prepotente, complici le non trascurabili difficoltà legate ad una complessa campagna vaccinale, l'instaurazione di una nuova e diversa maggioranza politica, composta anche da forze che avevano per l'innanzi fortemente osteggiato l'impiego della decretazione presidenziale, possa offrire il destro per un cambio di passo significativo, che porti ad una certa discontinuità rispetto alle scelte di metodo (non di merito) fatte proprie del precedente Esecutivo[273]. Una soluzione di continuità che mandi finalmente "in soffitta" i famigerati d.P.C.M. e privilegi, al loro posto, il consolidato *sistema nazionale di protezione civile*[274].

E in quest'ottica non può sottacersi come l'adozione del recentissimo d.l. n. 44/2021, in luogo di un apposito decreto presidenziale, sembri testimoniare un

[271] Senza, peraltro, alcuna necessità di giungere all'estremo di evocare lo stato di eccezione, come fanno A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum Quad. cost.*, 1/2020, p. 491 ss.; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, p. I ss.; C. ZUCCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020; E. A. IMPARATO, *Lo Stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra Stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Consulta Online*, *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 22 giugno 2020, p. 1 ss.

[272] Sulla scrittura di una c.d. *emergency clause* si rinvia al classico B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2006, p. 116 ss. Più recentemente, P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 296; P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, *ivi*, p. 409 ss.; nonché G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, *ivi*, spec. p. 564, che considera l'introduzione di una clausola emergenziale in Costituzione «opportuna ma non necessaria», dal momento che, a detta dell'Autrice, «basterebbe governare l'emergenza in atto con più cautela e nella consapevolezza di non creare nulla di nuovo, ma semplicemente di osservare la cornice costituzionale di riferimento».

[273] Ancorché, come già evidenziato, il Governo a guida Mario Draghi, sostenuto peraltro da una larghissima maggioranza, si sia, almeno per il momento, mosso ancora nel solco tracciato dal precedente Esecutivo, come testimonia l'adozione del d.P.C.M. 2 marzo 2021.

[274] In questo senso S. CASSESE, *"Serve discontinuità da Conte bis, si riparta da art. 16 con Dpcm in soffitta"*, in *Adnkronos.com*, 26 febbraio 2021, che evidenzia la necessità per il nuovo Esecutivo di muoversi in discontinuità rispetto al precedente Governo, «ripartendo dall'articolo 16 della Costituzione per quanto riguarda le libertà di circolazione dei cittadini» e «mandando in soffitta il Dpcm».

primo, seppur limitato, mutamento di rotta rispetto alla *governance* emergenziale alternativa precedentemente inveratasi nella prassi[275]. In questo modo, in effetti, le misure di contrasto all'emergenza epidemiologica vengono dettate direttamente da una fonte primaria, che alle prime fornisce un'espressa e sicura base legale[276]. Tuttavia, se questa pare certamente una scelta apprezzabile, ciò che, purtroppo, continua ancora a mancare è un effettivo riallineamento della risposta governativa alle salde previsioni contemplate dal Testo unico in materia di protezione civile.

I latini, però, impiegando una nota reminiscenza mitologica, sapientemente dicevano: "*Spes Ultima Dea*"[277]. E allora, ponendo la mente alle future scelte di "politica legislativa" del Governo, non ci resta altro che sperare.

[275] Il d.lgs. n. 44/2021, contenente "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici", è pubblicato in *G.U. serie gen*. 1 aprile 2021, n. 79, p. 1 ss.

[276] In particolare, il summenzionato decreto-legge fa proprie le previsioni contemplate dal precedente d.P.C.M. 2 marzo 2021, stabilendo, all'art. 1, comma 1, che «Dal 7 aprile al 30 aprile 2021, si applicano le misure di cui al provvedimento adottato in data 2 marzo 2021, in attuazione dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, salvo quanto diversamente disposto dal presente decreto».

[277] Questa espressione si ritrova, come noto, nel mito del "Vaso di Pandora", dove viene narrato che, quando tutti i mali contenuti nella giara all'apertura di questa si erano dispersi, nel mondo rimase, per volontà di Zeus, solo la Dea Speranza come riparo consolatore per l'umanità. Così M. GUARDUCCI, *Il mito di Pandora*, in *Smsr*, 3/1927, p. 14 ss. La frase è poi stata ripresa da Ugo Foscolo nel celebre verso dei "Sepolcri". Cfr. U. FOSCOLO, *Liriche scelte. I Sepolcri. Le Grazie*, con commento di S. FERRARI, Sansoni, Firenze, 1910.

RAPA NUI. «CRIME CULTUREL» ET VIOLENCES DE GENRE EN TERRE INSULAIRE CHILIENNE (TC, SENTENCIA, ROL 8792-2020, 29 JANVIER 2021)

FRANCK LAFFAILLE*

Sommario

1. Premessa. – 2. Norme conventionnelle. – 3. Norme coutumière. – 4. Norme constitutionnelle. – 5. Opinion dissidente.

Abstract

The Chilean Constitutional Court censured the Ley Pascua (1966) which grant to members of the Rapa Nui ethnic group an abnormal criminal privilege (substantial reduction of comb, accomplishment of the comb mainly outside prison). The notion of "culturally motivated offense" is, in this case, seen in the light of women's rights; the victim is a woman raped by a member of the Rapa Nui ethnic group. Should women's rights fall under the caudine forks of a communitarian-ethnic logic? Negative response. For the judge, it is not tolerable - within a constitutional state of law - to grant a criminal privilege to a category of people for what they are. No personal status: this is incompatible with the essential protection of the fundamental rights of women.

Suggerimento di citazione

F. LAFFAILLE, *Rapa Nui. «Crime culturel» et violences de genre en terre insulaire chilienne (TC, sentencia, Rol 8792-2020, 29 janvier 2021)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professeur de droit public, Faculté de droit de Villetaneuse (IDPS)-Université Paris XIII (Sorbonne-Paris-Nord).

Contatto: francklaffaille1967@gmail.com

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

Le 29 janvier 2021, le Tribunal constitutionnel du Chili rend une décision regardée comme l'une des plus importantes de ces dernières années. Il censure la loi n° 16.441 (1966) – dite *Ley Pascua* – en ses articles 13 et 14. Via ces deux derniers, le législateur institue un régime pénal plus favorable au profit des *naturales* (les habitants originels de l'ethnie Rapa Nui) de l'Ile de Pâques. En vertu de l'article 13 de la loi n° 16.441, une réduction de peine est prévue dans l'hypothèse où une personne originaire de l'ile commet sur ce territoire l'un des délits visés aux Titres VII et IX du Livre Second du Code pénal. Quant à l'article 14 de la même loi, il permet – en cas d'incarcération - que les deux tiers de la peine soient accomplis hors de toute institution carcérale. Qu'il s'agisse du quantum même de la peine ou des modalités de son application, le législateur de 1966 adopte des dispositions spécifiques, dérogatoires au droit commun. Et la dérogation est ici synonyme de régime juridique plus favorable. Sur quel fondement? Sur un fondement que l'on peut qualifier d'ethnico-territorial: peuvent jouir des bénéfices des articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* les *naturales* ayant accompli un délit de nature pénale sur le territoire insulaire.

Nous sommes ici en présence d'une notion qui suscite débat depuis des décennies, tant en doctrine qu'en jurisprudence: la notion de *crime culturel*[1].

[1] La littérature sur le sujet est abondante. Sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, voir par exemple: A. L. DAVIS, *In Defense of Cultural "Insanity": Using Insanity as a Proxy for Culture in Criminal Cases*, Columbia Journal of Law and Social Problems, 2016, p. 387, www.jlsp.law.columbia.edu; S. K. SURI, *A Matter of Principle and Consistency: Understanding the Battered Woman and Cultural Defenses*, Michigan Journal of Gender & Law, 1/2000, p. 106, https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol7/iss1/3/; E. MARTIN, *All Men Are (or Should Be) Created Equal: An Argument Against the Use of the Cultural Defense in a Post-Booker World*, William & Mary Bill of Rights Journal, Volume 15 | Issue 4 Article 8, p. 1304, www.sclarship.law.wm.edu; F. BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo : teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, luglio 2009, www.statoechiese.it; C. G. OHANIAN, *Blaming "Culture:" "Cultural" Evidence in Homicide Prosecutions and a New Perspective on Blameworthiness*, American University Criminal Law Brief, 1/2011, p. 27, https://digitalcommons.wcl.american.edu/clb/vol7/iss1/3/. C. SELLA, *Alcuni riflessi penalistici dell'"enigma multiculturale": considerazioni in tema di cause di giustificazione, scusanti e funzioni della pena*, Tesi di Dottorato, 2010, Università degli studi di Trento, http://eprints-phd.biblio.unitn.it/247/; C. LEE, *Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense?*, GW Law Faculty Publications & Other Works Faculty Scholarship, 2007, p .911, George Washington University Law School, cylee@law.gwu.edu; J. VIVIEN-WANG, *Cultural Defense as a Shield for Violence*, AUWCLNOV 10/2016, http://www.jgspl.org/cultural-defense-shield-violence/; M. MITHRA SHEYBANI, *Cultural Defense: One Person's Culture Is, Another's Crime*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review Law Reviews, 6-1-1987, p.751, https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol9/iss3/8/; J. M. DONOVAN, J. STUART GARTH, *Delimiting the Culture Defense*, *University of Kentucky College of Law*, Law Faculty Scholarly Articles, 1-1-2007, james.donovan@uky.edu; H. E. LIBBY, *Evil perpetrators or cultural victims? An examination of the relation between cultural membership and moral responsibility*, Iowa Research Online, Fall 2010, https://doi.org/10.17077/etd.71nyei3x; D. LAMBELET COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism : the Liberal's Dilema*, Columbia Law Review, 5/1996, p. 1093, https://www.jstor.org/stable/1123402?seq=1; J. WALDRON, *One Law for All? The Logic of*

Des citoyens coupables de délits de nature pénale doivent-il être moindrement condamnés non pas à raison de leur acte mais à raison de ce qu'ils *sont*? Est-il acceptable/raisonnable d'instituer une législation pénale dérogatoire au droit commun reposant sur une logique *ontologique*? Il revient in fine au «juge anthropologue»[2] de trancher, tâche fort ardue.

Dans le cas présent, le crime est un viol perpétré sur une femme par un habitant de l'Ile de Pâques. Le Ministère public requiert une peine d'emprisonnement de 15 ans; la défense revendique l'application des articles 13 et 14 de la *Ley Pascua*, l'accusé étant membre de l'ethnie Rapa Nui et le délit ayant été commis sur l'Ile. Le juge pénal en charge de l'affaire – arguant de l'inconstitutionnalité potentielle de ces deux articles - saisit le Tribunal constitutionnel. Selon le juge *a quo* (Alex Mauricio Guzman Manriquez), les normes déférées font certes partie du droit positif et peuvent en théorie recevoir application; cependant, il est avéré qu'elles tendent à «tomber en désuétude»[3]. L'affaire par lui déférée au Tribunal constitutionnel s'avère particulièrement importante puisque nous sommes en présence de la configuration juridique/sociologique suivante: des normes pénales dérogatoires au droit commun instituées par le législateur font partie de l'ordonnancement juridique … ces normes ne sont pas appliquées depuis de nombreuses années au point de sembler être tombées en désuétude … le délit commis dans la présente affaire doit conduire à l'application desdites normes. Si celles-ci sont déclarées constitutionnelles, le présumé coupable pourra bénéficier de l'article 13, à savoir: être condamné à – seulement - une peine de prison de 3 à 5 ans au lieu d'une peine de 5 à 15 ans. Il pourra encore demander – sur le fondement de l'article 14 –

Cultural Accommodation, Washington and Lee Law Review, 1/2002, p. 3, https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol59/iss1/2/; D. W. SIKORA, *Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, Ohio State Law Journal, vol. 62, p. 1695; N. S. KIM, *The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis*, New Mexico Law Review, 1/1997, https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol27/iss1/5/; M. STORNELLI, *Diversidad Cultural y Derecho Penal. Delitos Culturalmente Motivados*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, https://www.amfjn.org.ar/2019/08/05/diversidad-cultural-y-derecho-penal-delitos-culturalmente-motivados/; M. R. PÉREZ ARROYO, *Derecho Penal y diversidad cultural: El condicionamient(\ cultural en el Derecho Penal. Minorías étnico-culturales y Derecho Penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú*, Derecho & Sociedad, p. 241, www.revistas.pucp.edu.pe; V. ALVAREZ PEREZ, *El Derecho Penal frente a la diversidad cultural*, Derecho & Sociedad 20, p. 184, www.dialnet.unirioja.es; C. DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, 2012, www.marcialpons.es; P. TEJADA-PINTO, *Cuestiones iusfilosoficas de los delitos culturalmente motivados*, Ripositorio Institucional Pirhua, www.pirhua.udep.edu.pe; N. SANZ MULAS, P. CESAR BUSATO, C. AMUNATEGUI PERELLO, M. LA TORRE, K. AMBOS**,** *Delitos Culturalmente Motivados*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.

[2] I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, Questione Giustizia, 1/2017.

[3] Les expressions entre guillemets sont – sauf mention contraire – des citations tirées de la décision du Tribunal constitutionnel.

d'accomplir les deux tiers de sa condamnation hors du milieu carcéral.

La loi n° 16.441 ne se résume pas aux deux articles déférés. Cette loi – qui crée en 1966 le Département de l'Ile de Pâques – est une réponse politique au soulèvement social connu sous le nom de «Revolucion Pacifica». Antérieurement à ce texte, il n'existait pas un statut particulier pour les habitants originels de l'Ile de Pâques. Fondée sur une revendication d'égalité, la «Revolucion Pacifica» avait pour objectif que soient octroyés aux membres de l'ethnie Rapa Nui des droits identiques à ceux dont jouissent les habitants du continent. Puisque la *Ley Pascua* vise à apaiser les relations entre les iliens et le continent, un rapide retour vers le passé s'impose. En 1888, via un traité (dit «Acuerdo de voluntades»), l'Ile devient territoire chilien; les chefs coutumiers sont réputés conserver leurs prérogatives et les iliens leurs terres[4]. Nonobstant la sémantique utilisée («Acuerdo de voluntades»), l'Ile de Pâques devient une colonie du Chili; aux iliens – administrés par l'armée – ne sont pas reconnus les droits et libertés dont jouissent les continentaux. L'histoire de la relation entre Chili et Rapa Nui débute, il est vrai, par une pharisienne ambivalence linguistique: rédigé en catalan et en langue indigène, l'«Acuerdo de voluntades» ne comporte pas les mêmes notions juridiques en fonction de la langue retenue. En langue Rapa Nui, il n'est point question de cession éternelle de territoire[5]… L'Ile est colonisée par l'Etat chilien sur le fondement de la doctrine de la *terra nullius*[6]. A l'aune de l'histoire – conquête de l'Ile puis non reconnaissance de droits pendant près d'un siècle - la loi de 1966 se veut norme compensatoire: sa *ratio legis* est de promouvoir des «acciones positivas» destinées à octroyer des avantages spécifiques aux iliens.

Retour au contentieux. Selon le juge *a quo*, les articles 13 et 14 de la Ley Pascua méritent censure en ce qu'ils portent atteinte à la dignité de la personne humaine et instituent une discrimination arbitraire à l'égard des femmes. Avec la *Ley Pascua*, le viol d'une femme par le membre de la communauté Rapa Nui sur l'Ile de Pâques est moindrement sanctionné que le viol d'une femme commis sur le continent (cf. encore la possibilité d'accomplir, pour le condamné, les deux tiers de sa peine hors de prison, chose impossible en cas de crime commis sur le continent). Que les articles 13 et 14 ne reçoivent guère application ne saurait être regardé comme un argument en défense de leur régularité; ils doivent disparaître de l'ordonnancement juridique tant ils jurent avec les canons de l'Etat de droit constitutionnel, les principes d'égalité, de non-discrimination, de protection de la dignité de la personne humaine. En d'autres

[4] R. PANTOJA BAUZA, *Regimen juridico del territorio insular de Chile. Isla de Pascua*, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17214,* p. 8 et 9.

[5] N. PIERGENTILI DOMENECH, *Analisis politico-institucional del conflicto entre el Estado de Chile y el Pueblo Rapa Nui, https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl,* p. 3.

[6] R. GOMEZ, *Rapa Nui y Chile*, *https://www.academia.edu/41853678/Rapa_Nui_y_Chile.*

termes, le critère génétique et le critère territorial doivent s'effacer: il est impensable que certains habitants chiliens bénéficient d'un régime pénal préférentiel à raison de leur appartenance à une ethnie et de leur lieu de résidence.

Les normes à l'aune desquelles doit se mesurer la régularité des deux articles de la *Ley Pascua* sont évidemment de nature constitutionnelle et conventionnelle. Quant à la Constitution, il s'agit du principe d'égalité (articles 1er, 5, 6, 19-2 et 19-3 C.). La question normative se mesure à l'aune du principe de la «supremacia constitucional» (articles 5, 6, 19-26 C.): le respect des droits humains s'entend comme «une limite» au pouvoir discrétionnaire du législateur. Quant aux traités visés, il s'agit de la Convention de Belem do Parà (1994, articles 1, 2, 3, 4 b) c) e), 6, 7, 8, 9), de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes (CEDAW, 1979, articles 1, 2, 3, 4, 5), du Pacte international des droits civils et politiques (1966, articles 2-1, 26), de la Convention américaine des droits humains (1969, articles 1-1, 24). Ratifiés par le Chili, ces traités «ont été internalisés (…) en tant que loi de la République» et leur violation «emporte une infraction à la suprématie constitutionnelle». Les défenseurs de la *Ley Pascua* invoquent, eux, la Convention n° 169 de l'OIT (1989), à savoir les normes supranationales obligeant les Etats à octroyer des droits spécifiques aux membres des communautés indigènes.

2. Norme conventionnelle

La Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l'OIT est invoquée par l'inculpé et le Conseil des Anciens Rapa Nui-Mau Hatu (organisme politique le plus représentatif du peuple Rapa Nui intervenant au titre d'*amicus curiae*). Si le Conseil des Anciens mentionne la C169 (ratifiée en 2008 par le Chili), c'est pour souligner qu'elle commande aux Etats d'instituer des normes nationales prenant en compte les traditions et le droit coutumier des peuples indigènes et tribaux. Selon l'article 8-1 de la Convention 169, les Etats doivent «en appliquant la législation nationale aux peuples visés, prendre dûment en considération leurs coutumes ou leur droit coutumier». Cela vaut notamment pour la matière pénale: obligation il y a de «respecter les méthodes auxquelles recourent traditionnellement les peuples intéressés pour la répression des délits commis par leurs membres» (article 9-1). Une autre disposition est mise en valeur, celle édictant que «les autorités et tribunaux appelés à se prononcer sur des questions pénales devront prendre en compte les coutumes des peuples» (article 9-2). L'article 10 est de la même veine: lorsque des membres des peuples originels sont frappés de sanction pénale, le droit national «devra tenir compte de leurs caractéristiques économiques, sociales et culturelles» (article 10-1) et «devra donner la préférence à des types de sanctions autres que l'incarcération» (article 10-2).

La Convention 169 est donc lue en défense de la *Ley Pascua*, perçue comme un instrument national déclinant les principes du droit conventionnel favorables au particularisme de la communauté Rapa Nui. Est mise en en exergue l'obligation de discrimination positive qui échoit aux Etats pour atteindre une «égalité de fait» au profit des «groupes désavantagés». Seul le maintien de dispositifs juridiques spécifiques obéissant à une «logique de compensation» est de nature à permette le développement effectif – culturel, effectif, économique, social, politique, religieux – de la communauté Rapa Nui. Pour le Conseil des Anciens, il existe une «cosmovision ancestral du monde rapa nui» complètement différente de celle retenue sur le continent et dans le monde occidental. Cette lecture autre du monde commande une autre lecture des délits, notamment ceux de nature sexuelle: c'est la raison pour laquelle le législateur de 1966 a pris en compte la spécificité ontologico-culturelle de l'ethnie Rapa Nui en se fondant sur ces traits spécifiques. L'article 13 de la *Ley Pascua* – en ce qu'il prévoit des peines carcérales plus faibles – ne fait alors que réceptionner en droit une conception du monde, à savoir des particularismes ethniques et culturels. Quant à l'article 14, il est lui aussi lu à l'aune de cette cosmovision différente: au sein de la société et du système coutumier Rapa Nui, l'incarcération n'est pas regardée comme une sanction adéquate. La privation de liberté d'un coupable n'est pas jugée un idoine instrument pour réparer le trouble à l'ordre public et le tort causé à la victime. Cette récusation de la peine privative de liberté au titre de sanction se retrouve fréquemment dans les sociétés coutumières/tribales. L'enfermement est perçu comme un non-sens au sein de ces sociétés holistes où l'individu ne vaut que par son appartenance au groupe. Une peine privative de liberté l'exclut de la collectivité, sanction réputée improductive puisque l'objectif est précisément sa réintégration en vue de rétablir l'harmonie. Au sein de ce type de société, il importe avant tout que l'accusé reconnaisse le délit puis répare – autant faire ce peut – l'outrage par lui commis. Reconnaissance et réparation sont les éléments centraux du processus visant à retrouver le chemin de la concorde; point l'enfermement. Un délit est une forme de souillure qu'il convient de réparer, par la contribution et la compensation (l'amende est la voie la plus usitée).

L'argumentation conventionnelle en défense de la *Ley Pascua* ne mentionne pas un élément central (repris par le Tribunal constitutionnel): la clause de sauvegarde de l'article 9-1 de la C169. La prise en compte, par le droit national, des coutumes indigènes ne vaut que «dans la mesure où cela s'avère compatible avec le système juridique national et les droits humains internationalement reconnus». Le fait que cette dernière formule soit soulignée dans la décision du Tribunal constitutionnel révèle que celui-ci insiste avant tout sur l'encadrement normatif (national et conventionnel) des coutumes indigènes. On retrouve cette idée de limite dans un autre texte international: la Déclaration

des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes (2007). Certes, il existe un droit des peuples indigènes à promouvoir, développer et maintenir leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, traditions, procédures, systèmes juridiques (article 34); certes, il existe un droit des peuples indigènes à déterminer les responsabilités de leurs membres en présence d'actes méritant sanction (article 35). Toutefois, ces exigences doivent être réalisées «en conformité avec les normes internationales relatives aux droits humains»). L'invocation des traités internationaux n'apparaît pas décisive aux yeux du Tribunal constitutionnel, y compris la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH). Il n'existe pas – rappelle le Tribunal constitutionnel – de précédents susceptibles d'être mentionnés avec pertinence au regard de l'espèce présente. Les affaires portées devant la CIDH l'ont été par des personnes indigènes victimes de violation de droits humains et de non-respect de leurs droits procéduraux; point d'espèces relatives à des coutumes indigènes attribuant un privilège pénal synonyme de hiatus potentiel avec le droit conventionnel.

Si la C169 de l'OIT est invoquée par les défenseurs de la *Ley Pascua*, un autre traité est mentionné en faveur de la thèse contraire, celle de l'irrégularité de la norme déférée: la CEDAW (élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes). La présente affaire dévolue au Tribunal constitutionnel est particulière en raison d'un possible hiatus intra-conventionnel: une «colision» entre ces deux traités que sont la Convention 169 et la CEDAW. Cette dernière impose aux Etats d'adopter des normes internes pour abolir toute discrimination à l'égard des femmes; les Etats s'engagent notamment à supprimer toutes les dispositions pénales constituant des discriminations envers les femmes. Il revient aux Etats membres de déroger aux dispositions pénales nationales susceptibles de constituer une discrimination envers la femme (article 2, g). A cette interdiction s'agrège une obligation positive: l'adoption de mesures efficaces pour modifier les comportements socioculturels de leurs citoyens «fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité» d'un sexe. Il va de soi que ce type d'injonction vise à protéger – dans les faits – les femmes et non point les hommes. Le juge mentionne encore la Convention de Belem do Para dont l'article 7 (b et c) oblige les Etats à adopter toute mesure adéquate pour prévenir, sanctionner et éradiquer les violences contre les femmes. Cette obligation se saurait souffrir de manœuvres dilatoires; obligation il y a d'agir *ex officio*. La Convention de Belem do Para mérite d'autant plus attention que la Cour IDH la regarde comme un instrument complémentaire de la Convention américaine sur les droits humains. Selon la Cour IDH (*Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, 2013), les obligations qui échoient aux Etats en vertu la Convention ADH en matière de lutte contre les violences infligées aux femmes sont renforcées par les obligations dérivant de ce «traité (…) spécifique» qu'est la Convention de Belem do Para. Cette protection due aux femmes victimes de

violences vaut également (a fortiori) en matière judiciaire: le juge conventionnel ne saurait tolérer une quelconque «inefficacité judiciaire s'agissant des cas individuels de violence contre les femmes». L'action carentielle de l'Etat en la matière engendre un «contexte d'impunité», adressant implicitement à la société (masculine) «un message selon lequel la violence contre les femmes peut être tolérée et acceptée». L'agir carentiel (ou le non agir) de l'Etat favorise la pérennité et l'acceptation sociale de ce phénomène, enracine «le sentiment d'insécurité des femmes». S'en trouve inéluctablement minée la confiance des citoyens – en particulier des citoyennes – envers l'institution judiciaire. A l'aune de ces considérations, il n'est guère étonnant que la Cour IDH qualifie – dans une décision de 2015 (*Velasquez Paiz y otros Vs. Guatemala*) – l'inefficacité ou l'indifférence institutionnelle de «discrimination des femmes quant à l'accès à la justice».

Conflit normatif intra-conventionnel il semble donc y avoir entre les normes OIT d'un côté et les normes CEDAW/ Convention de Belem do Para de l'autre. Certes, le Tribunal constitutionnel parle *d'harmonisation*, souligne qu'il est impératif de réaliser une interprétation permettant d'*harmoniser* les traités; le terme cependant apparaît impropre. Harmoniser signifie mettre en accord; or, dans le cas présent, d'harmonisation il ne saurait y avoir. Il s'agit d'écarter certaines dispositions conventionnelles au profit d'autres dispositions conventionnelles: convient-il d'écarter les normes OIT au nom de la prévalence des droits des femmes (consacrés dans la CEDAW et la Convention de Belem do Para) ou d'écarter les normes de ces deux dernières conventions au nom de la prévalence de l'identité culturelle de l'ethnie Rapa Nui (consacrée dans la C169)? Dans les premières pages de sa décision, le Tribunal constitutionnel ne tranche pas ex abrupto la césure normative à laquelle il est confronté; il se contente de déclarer – qui dira le contraire? – que les traités doivent être interprétés de bonne foi et dans le respect du canonique principe international *pacta sunt servanda*. Il ajoute encore que les droits humains méritent une interprétation extensive: assurément, tel est le crédo de l'Etat de droit constitutionnel. Il existe une logique d'expansion des droits humains constitutionnels et conventionnels en vertu du principe de non régression.

Reste que telles assertions sont – à ce stade de la lecture de la décision, nous sommes à la page 15 – fort génériques; et il est ardu de savoir – si l'on ne connait pas la teneur finale de cet arrêt de 77 pages – en quel sens le juge va se prononcer. Un indice – anodin – permet d'imaginer que le Tribunal constitutionnel tranchera in fine en faveur des droits des femmes: la distinction opérée entre droits «d'application immédiate» et droits de «réalisation progressive». Il est loisible de penser que le principe constitutionnel/conventionnel de dignité de la personne humaine – ici féminine – mérite «application immédiate». On imagine mal un juge énoncer que les droits fondamentaux des femmes

doivent faire l'objet – seulement – d'une «réalisation progressive». Cette dernière notion semble davantage propre à s'appliquer aux droits des communautés ethniques, victimes de discriminations juridiques et sociales passées; telle est la finalité de la discrimination positive, à savoir élaborer une normativité spécifique et dérogatoire pour compenser les injustices/inégalités passées. La discrimination positive se pense dans la durée, dans la progressivité puisqu'elle vise à compenser des injustices juridiques/économiques/sociales. Tel n'est pas le cas des principes d'égalité homme/femme et de non-discrimination, principes immédiatement applicables dès lors qu'une norme juridique les consacre. En conservant au sein de son ordonnancement juridique les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua*, le Chili semble ne pas répondre aux obligations qui lui échoient sur le fondement du droit conventionnel. Une fois constatée l'extrême violence à l'égard des femmes sur l'Ile de Pâques (cf. les statistiques infra), une fois soulignée que le droit conventionnel impose au Chili de réprimer efficacement les violences faites aux femmes, la conclusion advient: la *Ley Pascua* - en ce qu'elle édicte une minoration des sanctions pénales s'appliquant notamment aux crimes sexuels - apparaît une norme en contradiction avec les obligations conventionnelles s'imposant au Chili.

3. Norme coutumière

Le Conseil des Anciens de l'Ile de Pâques - organisme indigène reconnu par la loi (article 68 de la loi n° 19.253) - intervient en la procédure constitutionnelle au titre d'*amicus curiae*. Il met en exergue le statut spécifique dont doit bénéficier le peuple Rapa Nui: «en vertu des études anthropologiques, il est possible de démontrer qu'il existe dans la culture Rapa Nui des différences substantielles avec le monde occidental, en particulier dans le domaine de la sexualité». Deux textes sont présentés par le Conseil des Anciens, le second invalidant nombre de propos plus qu'inappropriés tenus dans le premier…

Dans le 1er texte, est avancée la thèse suivante: la monogamie et le devoir de fidélité ne sont pas perçus – en terre Rapa Nui – comme des obligations morales devant recevoir traduction juridique. Entretenir des relations sexuelles avec une autre personne que son époux/épouse n'est pas considéré comme un adultère. Telle est la raison pour laquelle le concubinage et l'adultère prévus dans les dispositions du Code pénal chilien ne recevaient pas application en l'Ile de Pâques. L'homosexualité et le lesbianisme n'étaient pas non plus considérés avec réprobation et n'étaient pas sanctionnés par le droit coutumier indigène. Le particularisme ilien s'entrevoit encore s'agissant de l'âge de consentement requis en matière de relations sexuelles: 12 ans (aujourd'hui 14 ans) dans le Code pénal chilien, entre 9 et 13 ans pour les habitantes de l'Ile de Pâques (les relations sexuelles étant autorisées avec les premières menstruations). A ce même âge, il est de coutume que les filles se marient. Et quand bien même le

droit chilien s'applique désormais sur l'ile quant à l'âge requis pour se marier (16 ans), le Conseil des Anciens souligne que les garçons et filles Rapa Nui entretiennent des relations sexuelles à un âge beaucoup plus précoce que ceux et celles du continent. Ainsi, en vertu de «la cosmovision Rapa Nui», les membres de cette ethnie ont un rapport au sexe différent, ce qui justifierait un régime juridique dérogatoire. Dans le cas contraire, «une application (…) rigide des normes du droit continental (méconnaîtrait) ces traditions culturelles». Certes, est-il concédé, le temps présent n'est plus – s'agissant des mœurs – le même qu'à l'époque de l'adoption de la *Ley Pascua*, notamment en raison des déplacements de populations, des développements des transports et des échanges interculturels. Il n'empêche: le juge doit prendre en compte cet humus culturel enraciné dans le temps, humus qui renvoie aux caractéristiques intrinsèques de cette population. La *Ley Pascua* ne doit donc pas être frappée d'inconstitutionnalité en ce qu'elle minore la réponse pénale «pour des raisons culturelles et ethniques». Cette norme n'est que la traduction de «l'incompatibilité de la cosmovision de la sexualité et de l'érotisme Rapa Nui avec la manière de comprendre et de réprimer la sexualité dans le monde continental via la loi pénale chilienne».

Une telle argumentation repose sur la césure *peuple/territoire*: ethnie *versus* non ethnie, insularité *versus* continent. Avec cet objectif: convaincre le Tribunal constitutionnel que l'adoption de la Constitution et la ratification des traités internationaux n'invalident pas, implicitement, les normes coutumières régulant la vie sexuelle des membres de la communauté Rapa Nui. Selon le Conseil des Anciens, il «n'est pas possible de soutenir que «ces dispositions sont tacitement tombées en désuétude» au nom du respect des conventions internationales protégeant les femmes. Certes, concède-t-il, l'application de la *Ley Pascua* peut être perçue comme «injuste»; a fortiori en ayant à l'esprit que l'Etat chilien entend promouvoir activement une politique du genre. Reste que la *Ley Pascua* doit recevoir application: cette «norme n'est pas un privilège pour les hommes qui violent une femme mais une réduction de peine découlant de la nécessité de reconnaître la diversité et le respect de la cosmovision et de l'autonomie du peuple Rapa Nui». Le Conseil des Anciens affirme ne pas prétendre justifier l'acte de viol commis par l'un des membres de sa communauté; il entend expliquer la spécificité de la cosmovision sexuelle sur le territoire Rapa Nui. Or, cette dernière diffère de celle continentale quant à la relation homme/femme. On apprend ainsi que hommes et femmes se trouvent dans «une position d'égalité» quant aux relations sexuelles qui peuvent impliquer une forme de «violencia» ou de «fuerza grata» (expression entre guillemets dans le texte du Conseil de Anciens, ce qui semble révéler une certains gène sémantique). Repousser l'autre avant de céder relève d'un jeu érotique appartenant à la culture traditionnelle indigène. La cosmovision sexuelle Rapa Nui

implique une forme de violence regardée comme «nécessaire pour vaincre l'opposition de l'autre dans l'acte sexuel»; cette violence est jugée indissociable d'une «démonstration d'érotisme». Cette manière d'appréhender les relations sexuelles est spécifique à la cosmovision Rapa Nui; c'est la raison pour laquelle cette forme de violence «ne coïncide pas avec la manière d'appréhender la violence dans le monde continental». Qu'est-ce donc qui caractérise ce dernier et que nous ne retrouvons pas dans la cosmovision Rapa Nui? Le droit pénal continental «part du principe que l'unique sujet passif du viol est la femme, destinataire de la force physique exercée par l'homme». Au regard de la spécificité de la culture Rapa Nui en matière de relations sexuelles – cf. la stricte égalité entre hommes et femmes – le Conseil des Anciens estime justifiée la non censure des articles 13 et 14 de la *Ley Pascua*. Le différencialisme culturel/sexuel appelle une réponse normative et pénale différente de celle en vigueur au sein du monde continental.

Dire que les propos du Conseil des Anciens apparaissent scandaleux relèvent de l'euphémisme. Celui-ci aime s'appuyer sur les «hechos» - les faits – pour dénoncer les discriminations dont est victime le peuple Rapa Nui et soutenir la nécessité de mesures de discriminations positives. Si nous appliquons cette méthode sociologique/réaliste, on entrevoit combien invoquer le principe d'égalité – dans la violence sexuelle – consiste en un discours pharisien volontairement théorique et jurant avec la réalité sociale: l'immense majorité des victimes de violences sexuelles sont des femmes, l'immense majorité des agresseurs sexuels sont des hommes. Ce discours s'apparente à une rhétorique dilatoire, à une stratégie de contournement discursive: pourquoi – au regard de l'espèce – évoquer avec persistance la spécificité des comportements sexuels du peuple Rapa Nui? Ici, il s'agit d'un viol… Le jeu érotique traditionnel inhérent à la cosmovision Rapa Nui n'est aucunement au centre du débat; il ne s'agit pas de savoir par exemple si certaines pratiques sexuelles violentes ont conduit à un délit entre deux partenaires. Dans le contentieux soumis au Tribunal constitutionnel, la victime sortait d'une discothèque, a été violée et abandonnée sur un terrain vague; point de jeu érotique dans le cas présent, seulement un crime abject. L'argumentation ductile du Conseil des Anciens est hors de propos.

Ce premier document est à ce point inacceptable qu'un second document est produit. Le président du Conseil des Anciens en personne explique que le premier document ne lui fut pas soumis avant sa production devant le Tribunal. Nombre d'expressions issues du premier document produisirent «une lamentable confusion en attribuant au Conseil des Anciens des affirmations qui ne correspondent pas à la réalité et qui en aucun cas ne représentent notre peuple». Plus précisément, sont condamnées «tous les parties du document dans lesquelles est justifiée la violence réalisée dans des contextes sexuelles». C'est

ainsi qu'il est affirmé dans le second document: que la violence contre les femmes et les enfants ne fait pas partie de la culture Rapa Nui … qu'aucune coutume n'est de nature à justifier une quelconque violence sexuelle. Pour être encore plus explicite, le président du Conseil des Anciens ajoute que la notion de «fuerza grata» «NO[7] existe» et que son invocation, au nom de l'institution qu'il représente, est «INACEPTABLE»[8]. L'intégrité physique des femmes (et des enfants) est qualifiée de «derecho absoluto». La CONADI (Commission nationale pour le développement indigène) abonde dans le même sens: traditions et coutumes du peuple Rapa Nui ne sauraient être invoquées pour justifier des actions violentes à l'égard des femmes.

En défense de la *Ley Pascua*, il est soutenu que diverses caractéristiques identitaires et culturelles du peuple Rapa Nui méritent d'être protégées sur le fondement du fait coutumier. Encore faut-il s'entendre sur la notion même de coutume; aussi le Tribunal constitutionnel y consacre-t-il de longs développements. Après avoir rappelé les critères définitionnels de la coutume – répétition de précédents concordants, intériorisation du caractère obligatoire de la règle par les acteurs – le Tribunal constitutionnel s'attarde sur sa dimension normative. La lecture de l'article 2 du code civil renseigne sur la place de la coutume quant à la hiérarchie des sources au sein de l'ordonnancement chilien: «la coutume ne constitue un droit que dans les cas où la loi s'y rapporte». La coutume n'est donc pas porteuse d'une pleine et entière autonomie normative; elle n'est réceptionnée dans l'ordonnancement juridique qu'en présence d'une loi qui la reconnaît. En l'absence de reconnaissance législative, seule peut posséder valeur juridique une coutume «secundum y praeter legem»; la coutume «contra la ley» ne possède aucune force juridique. La coutume ne peut prétendre déroger – au sein de la hiérarchie des sources – au principe de la «reserva de la ley». Ayant - seulement - le statut de «source indirecte», la coutume ne peut «s'élever au rang de source directe pour s'opposer au principe de légalité qui a valeur de principe absolu en matière pénale». S'il est possible que la matière pénale régisse de manière spécifique et dérogatoire les délits commis par les membres d'une communauté ethnique, encore faut-il que le législateur soit intervenu. L'intégration du droit indigène au sein de l'ordonnancement chilien n'est concevable qu'en vertu de la loi puisque la norme coutumière n'est que source indirecte; sa puissance normative va de pair avec sa réception dans l'ordre interne via l'adoption d'une loi.

Reste à définir la notion de coutume indigène, celle-là même au centre du contentieux. Par coutume indigène, on entend (le Tribunal cite la doctrine, ici

[7] En majuscule dans le texte.
[8] En majuscule dans le texte.

J. Aylwin[9]) les «normes et règles de comportement et de coexistence sociale qui existent dans chaque communauté ou chaque peuple indigène, et qui contribuent à l'intégration de chaque société, à la pérennité de son ordre interne et à la solution des conflits susceptibles de survenir, avec un système de sanctions au détriment des personnes violant ces normes». Le droit chilien – notamment via la loi n° 19.253 – établit des normes de protection des communautés indigènes. La loi dispose que l'Etat chilien contribue au développement des coutumes indigènes (article 1er), notamment en matières civiles et familiales (article 4) … définit les terres indigènes (article 12) … établit des espaces de développement indigène (article 26) … reconnait le rôle de la coutume en matière de droit de propriété (article 62 et s.). Quant à l'article 54 de la loi, il dispose que la coutume possède valeur juridique dans les conflits susceptibles de survenir entre membres d'une même communauté ethnique. La place de la coutume n'est pas de peu – on l'entrevoit – au sein de l'ordonnancement juridique chilien; il ne peut en être autrement dès lors que les *communautés indigènes* sont reconnues sujets de droit porteurs de droits collectifs. La reconnaissance juridique de ces communautés emporte, de manière corrélative, reconnaissance des normes coutumières régulant leur existence et source de leur autonomie.

Encore faut-il que lesdites normes coutumières ne soient pas incompatibles «avec la Constitution politique de la République». L'autonomie normative coutumière des communautés ethniques n'est que relative puisqu'il y a prévalence des normes constitutionnelles (et conventionnelles) en vigueur. On entrevoit toute l'ambivalence de la doxa de l'Etat moderne (pléonasme) qui d'un côté magnifie, au nom du pluralisme, les coutumes indigènes et qui, de l'autre, leur assigne une position ancillaire au nom de l'unité souveraine de la puissance étatique. A la seule lecture des principes énoncés par le Tribunal constitutionnel, il est aisé de comprendre combien apparaît fragile l'argumentation de l'organe représentatif de la communauté Rapa Nui. Celui-ci souligne avec vigueur la spécificité identitaire ethnique et la nécessité d'un particularisme normatif; si le Tribunal constitutionnel abonde dans ce sens, il précise aussitôt que cette spécificité et ce particularisme ne valent qu'au sein du cercle tracé par le constituant et le droit conventionnel. L'autonomie coutumière ethnique ne prend sens que dans le respect de la hiérarchie des normes, au sein de laquelle trônent Constitution et traités.

Est-il possible de faire émerger une coutume indigène – justifiant qu'un membre de la communauté Rapa Nui violant sur femme sur l'Ile de Pâques bénéficie d'un régime pénal différencié favorable – au regard des travaux

[9] J. AYLWYN, *Derecho consuetudinario indigena en el Derecho interno, comparado y en la legislacion chilena*, II Congreso de Antropologia, Valdivia, p. 189.

préparatoires de la loi de 1966? Telle est la question que se pose le Tribunal constitutionnel. Aussi étudie-t-il la genèse de la loi n° 16.441 dont la finalité est d'intégrer administrativement l'Ile au territoire national. Au sein de la Province de Valparaiso, un Département de l'Ile de Pâques est créé, ainsi qu'un pouvoir communal et un tribunal. Au-delà de l'intégration administrative, il y a volonté de reconnaître – enfin – des droits au peuple Rapa Nui en tant qu'ethnie, de mettre fin à la discrimination dont il est victime depuis près d'un siècle. Cependant, les travaux préparatoires de la *Ley Pascua* révèlent que les membres du Parlement ne font pas montre d'unanimité quant aux droits à octroyer aux membres de la communauté Rapa Nui. Cela est manifeste quand vient le temps de statuer sur l'article 13. Pour certains élus, un régime pénal dérogatoire se justifie au regard des «croyances et de la psychologie des habitants», du droit coutumier, de l'isolement du territoire. Pour d'autres, il est aberrant de voter des dispositions pénales jurant avec les «principes juridiques universels»; ce retour à une «espèce de statut personnel» est perçu comme une dévalorisation de la «condition humaine» des bénéficiaires échappant au droit commun à raison de leur *être*. Deux lectures classiques, antagonistes: d'un côté, la nécessaire application d'un régime spécifique au nom des mœurs et du droit indigènes, a fortiori justifié par un passé synonyme de négation des droits; de l'autre, l'impératif maintien du droit commun pénal sur le fondement de principes universels qui ne sauraient souffrir dérogation.

Si le Tribunal constitutionnel se penche sur les travaux préparatoires de la *Ley Pascua*, c'est dans l'espoir de trouver des éléments susceptibles d'éclairer l'espèce qui lui est soumise. Or, aucune intervention parlementaire ne lui semble significative; les références au droit coutumier, lors des travaux préparatoires législatifs, portent sur le droit de propriété (thème classique en matière de droits des peuples indigènes connaissant une conception holiste-collective de la propriété et non une conception libérale-individualiste). L'étude des travaux préparatoires conduit à la conclusion suivante: le législateur n'entend pas consacrer une coutume en matière pénale. Le Tribunal constitutionnel refuse de reconnaître ce qu'il appelle «une sorte statut personnel» au profit des iliens. Il n'est pas acceptable que ceux-ci jouissent d'un traitement pénal plus favorable uniquement à raison de ce qu'ils *sont* et non pas à raison de qu'ils *font*.

Surtout, le Tribunal constitutionnel refuse d'adouber un déterminisme «empêchant le juge (…) d'apprécier les comportements» des personnes. Cet automatisme ontologique – qui génère une sanction pénale moindre au profit d'une catégorie d'habitants – porte atteinte à la puissance même de juger, si l'on entend par celle-ci appréciation souveraine des faits par les juges du fond. L'article 13 est qualifié «d'avantage exceptionnel» synonyme de rupture totale avec la théorie du droit pénal et la théorie du délit: en principe, pour qu'il y ait

exonération ou atténuation de responsabilité, il convient d'avancer des arguments probatoires qui sont autant d'arguments excusatoires. Or, l'article 13 ne comporte aucun élément justifiant une atténuation de responsabilité ; il commande d'appliquer – automatiquement – une réduction de peine, sans que le juge puisse apprécier la dimension concrète du cas qui lui est soumis. Cette notion de «statut personnel» pose évidemment une question de droit fondamentale: si elle est réceptionnée en droit pénal chilien, toute l'armature de ce droit s'en trouve modifiée. Le principe d'égalité devant la loi pénale serait neutralisé puisque certains habitants se verraient appliquer un régime spécifique sur le seul fondement de leur appartenance à une collectivité ethnique et territoriale déterminée.

C'est la raison pour laquelle le Tribunal constitutionnel scrute l'ensemble du code pénal pour savoir s'il existe, en droit chilien, des régimes juridiques reposant sur le principe de personnalité. Certes, des exemptions ou des atténuations de responsabilité sont instituées par le législateur; cependant, elles ont pour finalité de poursuivre des objectifs de valeur constitutionnelle au regard de la nature du délit, de ses conséquences sur les victimes, ainsi que sur l'ordre public. Le droit pénal chilien ne repose *pas* sur la notion de statut personnel quand vient le temps de juger un inculpé; examen de la responsabilité et examen des actes commis vont toujours de pairs (sauf hypothèse extrême d'irresponsabilité pour absence absolue de discernement). Tout délit commis doit ainsi être analysé non pas au regard de la qualité personnelle de l'auteur présumé mais au regard des «actos» par lui effectués. Enfin, il n'est pas possible d'invoquer – en défense de la régularité de l'article 13 de la loi de 1966 – la loi n° 19.253 de 1994 (qui vise l'application de la coutume dans le cadre judiciaire). En vertu de cette loi, la coutume indigène s'applique entre indigènes appartenant à la même ethnie (à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec la Constitution politique de la République). Certes, cette coutume peut servir de fondement à une exonération ou à une atténuation de responsabilité. Cependant, le crime à l'origine de la saisine du Tribunal constitutionnel n'est pas «un cas «entre indigènes». Le sujet dit «passif» est une femme du continent (la personne violée) et le sujet dit «actif» un ilien (le violeur).

Le Tribunal constitutionnel (se) pose une autre question: la loi déférée pourrait-elle être la traduction normative d'une «*manifestation culturelle* qui doit être respectée par l'Etat au nom de «l'intégration harmonieuse de tous les secteurs de la Nation»? Cette dernière formule (entre guillemets) n'est pas le fruit sémantique du travail juridictionnel; elle émane du constituant (article 1er de la Constitution politique). Il existe ainsi une «tendance à la reconnaissance de la dimension culturelle» des peuples originaires, ce qui peut conduire à valoriser des caractéristiques spécifiques. Encore faudrait-il qu'il existe une «*anthropologie* qui intègre un tel contenu»; en quête d'une éventualité

anthropologie spécifique, le juge réalise un raisonnement comparatif avec le traitement pénal plus favorable accordé à certaines catégories de la population. Par exemple, les mineurs bénéficient d'un régime juridique spécifique au regard des actes par eux accomplis et de leur condition personnelle. Les raisons d'un tel régime pénal préférentiel sont connues : leurs actes délictuels sont analysés à l'aune de leur âge et en fonction d'éléments psychologiques/sociaux/moraux. La notion «d'intérêt supérieur du mineur» commande un tel régime pénal différentiel. Le juge cite différents auteurs – dont le français Piaget – pout mettre en exergue combien le parcours d'un adolescent se situe dans une phase évolutive liée au développement de sa personnalité. La comparaison du Tribunal constitutionnel apparaît peu pertinente; l'analogie possède ses limites. Le régime pénal du mineur paraît fort éloigné de la question culturelle sexuelle. Le Tribunal constitutionnel semble oublier l'objectif qu'il s'est assigné: constater l'éventuelle existence d'une «manifestation culturelle qui doit être respectée par l'Etat au nom de «l'intégration harmonieuse de tous les secteurs de la Nation». Sans transition d'ailleurs, le juge abandonne les mineurs à leur sort pour s'attaquer à la notion de *multiculturalisme*, support conceptuel bien plus cohérent.

Le Tribunal constitutionnel ne manque pas de citer en abondance la doctrine la plus reconnue (Kymlicka, Taylor, Sandel, Bauman) pour souligner que tout groupe – a fortiori un peuple originel – possède sa propre conception du monde, une «certaine unité narrative de la vie». Les valeurs qui se transmettent au sein d'une collectivité ne sont pas «le résultat d'un exercice neutre sur les individus»; elles se «transmettent par le truchement de processus culturels qui incorporent la défense d'une cosmovision déterminée». Nul ne prétend le contraire. Reste que le multiculturalisme ne peut être le support de reconnaissance d'une pratique synonyme de relations sexuelles violentes et forcées. Tout particularisme culturel tiré de pratiques ancestrales doit être compatible avec «los valores civilizatorios» intégré(e)s dans la Constitution et les traités. Tout type de violence sexuele est – par essence – contraire au principe de dignité de la personne humaine: de «particularisme» – impliquant violence au nom du respect du multiculturalisme – il ne saurait y avoir en raison de l'impérieuse nécessité de respecter ces «valeurs universelles sur lesquelles repose la vie collective en démocratie». Au sein de l'Etat de droit, «une agression sexuelle comme le viol non seulement ne fait pas partie d'une coutume indigène mais de surcroît elle porte atteinte au noyau de la dignité humaine». Il est impossible de détecter dans le passé culturel une quelconque acceptation de la violence sexuelle; cette dernière constitue à ce point un acte condamnable qu'aucune tradition n'est de nature à la (le) justifier. Le recours à l'anthropologie – via les notions de «multiculturalisme» et de «manifestation culturelle» – n'est pas opératoire pour que soit reconnue la légitimité de pratiques sexuelles violentes.

4. Norme constitutionnelle

Le viol – attentat à l'intégrité physique de la personne et son droit à l'autodétermination – est l'un des crimes les plus abominables qui soient, constate le juge. Y compris le viol entre époux commande une réponse pénale; les «relations juridiques formelles» ne constituent plus, comme jadis, un motif légal et légitime pour contraindre une femme à des relations sexuelles. Si sont rappelées de telles évidences – qui jadis ne l'étaient pas – c'est pour poser ce nécessaire truisme: «Le viol, en toute circonstance, est un attentat à la dignité humaine». Il s'agit sans doute de la phrase clé qui permet de comprendre pourquoi les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* ne peuvent pas réussir le test de constitutionnalité. Le viol est par nature incompatible avec l'article 1er de la Constitution: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Dès lors que le principe de dignité de la personne humaine est regardé comme un principe matriciel – à l'aune duquel se déclinent tant et tant d'autres principes – aucun argument n'est de nature à justifier un viol ni un régime pénal dérogatoire moins sanctionnateur. Car aucun individu n'est en droit de revendiquer une quelconque «supériorité culturelle» justifiant l'accomplissement d'un tel acte.

Si le Tribunal constitutionnel n'emploie pas l'expression, nul doute que dans son esprit, le viol s'apparente à une *réification* de la victime violée. Le viol est un processus de *réification* de l'humain, transformé en *res* (chose); c'est précisément cette assimilation d'une personne à un objet qui rend le viol incompatible avec les principes de l'Etat de droit démocratique. Le droit moderne est centré principalement sur le principe de l'autonomie de la volonté, de l'auto-détermination dans les choix d'existence; y-a-t-il domaine plus fondamental que le respect du corps humain en son intégrité physique (et mentale puisque le viol représente un traumatisme destructeur)? Le viol est un acte à ce point hors de l'humanité que peu importe l'identité du violeur, sa qualité de membre (ou non) d'une ethnie particulière, le lieu même où est accompli le crime. Il existe une ontologie négative du viol: il est l'acte anti-humain par excellence. Aussi les critères énoncés dans l'article 13 de la *Ley Pascua* n'ont-ils pas vocation à recevoir application; le principe de la dignité de la personne humaine le commande. Le Tribunal constitutionnel ne se contente pas de ces louables affirmations théoriques. Conformément à la culture des juges sud-américains, il enrichit sa démonstration de considérations sociologiques. Il constate que le viol est un crime genré: dans l'immense majorité des cas, les femmes en sont les victimes (cf. également les violences intrafamiliales). Il suffit de se rapporter à certaines statistiques réalisées pour la période 2015-2019 par les pouvoirs publics (cf. ici les données de l'année 2015 et de l'année 2019 pour observer l'évolution du spectre).

Nombre de viols recensés pour 100000 habitants:
Chili: 2015 (13,5) … 2019 (19,5)
Valparaiso: 2015 (11) … 2019 (19,3)
Isla de Pascua: 2015 (55,3) … 2019 (49,5).

Nombre de violences intrafamiliales recensées pour 100000 habitants:
Chili: 2015 (419,5) … 2019 (380,9)
Valparaiso: 2015 (425,1) … 2019 (362,3)
Isla de Pascua: 2015 (1262,9) … 2019 (1350,2).

Nul besoin d'avoir réalisé une thèse de statistiques, de sociologie ou de genre pour constater que le nombre de viols et de violences intrafamiliales est considérablement plus élevé en l'Ile de Pâques que dans la Région de Valparaiso (dont dépend l'Ile) et dans l'ensemble du pays. Au sein de l'Ile de Pâques, les exactions recensées à l'encontre des femmes représentent un phénomène de grande ampleur; il existe bien une «situacion de desproteccion de la mujer». Ce n'est d'ailleurs pas sans raison qu'émerge en 2018 un mouvement favorable à la réforme de la *Ley Pascua*, symbole d'une discrimination positive signifiant – en réalité – discrimination à l'égard des femmes. La même année, l'Institut national des droits humains qualifie – dans son Rapport annuel – la *Ley Pascua* «d'obstacle» au regard de l'objectif des pouvoirs publics: lutter contre les violences faites aux femmes. Le régime préférentiel des articles 13 et 14 permet aux hommes d'échapper à la rigueur du droit commun pénal lorsqu'ils commettent des actes de violence – allant jusqu'au viol – à l'égard des femmes. Inacceptable. Maintenir en vigueur la *Ley Pascua* revient à pérenniser une «incompatibilité insoutenable au XXème siècle avec les valeurs universelles que sont la dignité humaine, l'égalité de genre, l'harmonie collective et interculturelle». Au nom des valeurs universelles inhérentes à la dignité de la personne humaine – celles-là même qui ne peuvent faire l'objet d'une quelconque lésion et minoration au nom de la prétendue prévalence de normes coutumières – les dispositions contestées ne peuvent perdurer au sein de l'ordonnancement juridique.

Le juge opère une réflexion sur le fondement du principe d'égalité. Question: y-t-il violation du principe d'égalité devant la loi en raison de l'édiction d'une norme instituant «un privilège non motivé et dépourvu de justification raisonnable»? Réponse positive: la *Ley Pascua* viole l'article 19-2 de la Constitution (égalité des hommes et des femmes devant la loi, absence de personnes ou de groupes privilégiés). Après avoir rappelé que la relation loi/égalité peut s'entendre comme «igualdad en la generalidad de la ley» et «igual applicacion judicial de la ley», le Tribunal constitutionnel s'arrête sur «la igualdad en la

ley». Il s'agit, dans ce dernier cas, d'entrevoir la loi sous l'angle de l'octroi d'un «droit à un traitement normatif différencié», à condition que ce différencialisme soit raisonnable. Que cette dernière acception du principe d'égalité ne fasse pas l'unanimité relève de l'évidence et le Tribunal constitutionnel ne manque pas de le souligner: doctrine et jurisprudence sont divisées. Faut-il ou non instituer certaines formes de discrimination positive? Faut-il (et comment) se fonder sur les caractéristiques de certaines personnes ou de certains groupes? Une différenciation normative à raison de *l'être* de certaines personnes ou de certains groupes est-elle l'incarnation substantielle du principe d'égalité ou au contraire son inéluctable négation? Encore convient-il de définir ce qu'on entend par «igualdad ante la ley». Dans sa décision STC 1365 (*Roles* n°28, 53 et 219), le Tribunal constitutionnel réalise un raisonnement classique: «l'égalité devant la loi consiste en ce que les normes juridiques doivent être égales pour toutes les personnes se trouvant dans les mêmes circonstances et, de manière corrélative, différentes pour celles se trouvant dans des circonstances différentes». L'égalité n'emporte pas uniformité. Nous ne sommes pas ici en présence d'une «égalité absolue»: la loi reçoit application différenciée au regard de la situation ou des caractéristiques des personnes (ou groupes) concernés. Il importe alors d'opérer une «distinction raisonnable» entre les personnes se trouvant dans une situation identique et celles n'étant point dans une situation identique. C'est ici que joue la notion de «razonabilidad»: seul un test de raisonnabilité est de nature déterminer si l'application de la norme contestée est justifiée et motivée au regard d'un objectif constitutionnel, ou si, au contraire, elle apparaît frappée d'arbitraire.

Les articles 13 et 14 de la loi n° 16.44 emportent édiction d'un traitement différencié s'agissant de certains délits visés dans le Code pénal (Titres VII et IX du Livre second); il s'agit (notamment) des crimes et délits contre l'intégrité sexuelle. L'argumentation en défense de la *Ley Pascua* est centrée sur les traditions et coutumes du peuple Rapa Nui censées justifier l'octroi d'un traitement pénal différencié plus favorable. Cependant, il n'existe pas une justification spécifique susceptible d'expliquer – au regard du critère de «razonabilidad» – le traitement différentiel institué par l'article 13. Aucune tradition/coutume ne vient justifier ni les violences envers les femmes ni un régime juridique pénal différencié. S'il est un domaine spécifiquement visé par la coutume, il s'agit du droit de propriété, droit qui ne présente aucun lien avec le litige soumis au Tribunal constitutionnel. La Constitution (article 19-2 et 19-3) dispose que les hommes et les femmes sont égaux devant la loi et qu'une égale protection prévaut quant à l'exercice des droits fondamentaux. Or, l'article 13 institue un régime juridique différent *entre* femmes: entre celles résidant en l'Ile de Pâques et celles résidant sur le continent. Les premières sont moindrement protégées que les secondes, et les agresseurs des premières sont moindrement

sanctionnés que les agresseurs des secondes. Le droit chilien protège en effet de manière plus effective les femmes agressées sur le continent puisqu'il n'y existe pas de régime juridique pénal différencié plus favorable à un groupe de personnes. Aucun élément tiré de la notion de «multiculturalismo» n'est de nature à justifier une telle césure normative dans la protection des droits des femmes et dans les sanctions édictées à l'encontre de leurs agresseurs. De même n'existe-t-il aucun objectif constitutionnel susceptible de justifier la dérogation au droit commun dont jouissent les résidents (de facto masculins) de l'Ile de Pâques à raison de leur appartenance à la communauté Rapa Nui. L'article 13 de la *Ley Pascua* est contraire au principe constitutionnel d'égalité.

Il en est de même de l'article 14 de la *Ley Pascua* qui permet à un condamné de réaliser jusqu'aux 2/3 de sa peine en dehors du milieu carcéral. Une coutume est invoquée en défense de la régularité de la *Ley Pascua*, à savoir que l'incarcération n'est pas un mode sanction en vigueur au sein des populations indigènes: l'absence de liberté y est jugée incompatible avec la conception holiste des relations sociales. Au sein de la communauté Rapa Nui, le processus de reconnaissance de culpabilité et de réparation du préjudice implique que le coupable demeure libre au sein de la communauté. La prison est regardée, dans cette optique, comme un sanction synonyme d'a-sociabilité incompatible avec la volonté de réparation et de réintégration. Cet argument ne convainc pas le Tribunal constitutionnel. Certes, l'article 54 de la loi n° 19.253 dispose que les coutumes indigènes peuvent être invoquées à l'occasion de procès. Encore faut-il qu'elles ne soient pas incompatibles avec la Constitution et que soit apportée la *preuve* de l'existence de cette coutume. Or, rien de tel. Quand bien même il existe une pratique coutumière évidente en la matière – il est avéré que l'emprisonnement n'appartient pas aux traditions sanctionnatrices de l'ethnie Rapa Nui – encore faut-il que ladite pratique soit conforme à la Constitution telle qu'interprétée par le juge.

Cela n'est pas le cas. La *Ley Pascua* institue *automatiquement* un régime juridique différencié permettant à un condamné d'accomplir la majorité de sa peine en dehors du milieu carcéral. Un tel déterminisme normatif et pénal ne peut franchir avec succès le test de constitutionnalité: advenant postérieurement à la décision de condamnation, le bénéfice automatique octroyé au condamné prive le juge de tout pouvoir d'appréciation (qu'il s'agisse des faits ou du comportement du détenu en prison). Aucun débat contradictoire ni aucune analyse des faits ne sont susceptibles d'advenir avec un tel mécanisme automatiquement libérateur. Le droit de la preuve s'évanouit; n'est-il pas pourtant le cœur même du moment processuel et procédural? Que vaut «le sentiment de justice» si le juge ne peut apprécier les faits, interpréter les normes, bref se voit retirer la puissance même de juger? La justice ne peut être bien rendue quand le juge n'opère plus de «valoraciones normativas sobre una conducta».

L'article 14 de la *Ley Pascua* s'avère carentiel en «racionalidad» et génère une «diferencia arbitraria»; il est contraire à la Constitution en ce qu'il institue non un «bénéfice» mais un «privilège». Cela est prohibé en vertu même de la Loi fondamentale de 1980: «En Chile, «no hay persona ni grupo privilegiados».

L'article 14 de le *Ley Pascua* mérite-t-il d'être sauvé de la censure sur le fondement de la Convention 169 de l'OIT? Telle est la question que se pose ultimement le Tribunal constitutionnel quand il mentionne l'article 10.2 de la Convention: en vertu de ce dernier, il doit être donné préférence aux sanctions autres que l'incarcération lorsqu'il s'agit de condamner pénalement un membre d'une communauté indigène. Nous sommes en présence d'une disposition conventionnelle allant dans le sens des arguments coutumiers développés par le Conseil des Anciens. Dès lors que le Tribunal constitutionnel entend censurer l'article 14 de la *Ley Pascua*, il lui faut contourner la puissance normative de l'article 10.2 de la Convention OIT. C'est dans la nature normative même de cet article 10.2 puis dans la Constitution et sa propre jurisprudence que le Tribunal constitutionnel trouve les ressources herméneutiques idoines. L'article 10.2 «n'est pas une norme auto-exécutable de manière directe»: l'intervention du législateur est indispensable pour que soit respectée la «flexibilité exigée par l'article 34 de la Convention 169», à savoir que soient prises en compte les «caractéristiques inhérentes à chaque pays». De cette exigence tirée de l'article 34 de la Convention 169, il appert que seule la loi peut conférer à l'article 10.2 sa puissance normative; cette dernière découle d'une médiation législative. La «densité normative» de l'article 10.2 s'avère donc (relativement) faible. Quant à la jurisprudence mentionnée par le Tribunal (STC 309/2000), elle insiste sur l'interprétation conditionnée et restrictive qu'il convient d'apporter à la lecture de l'article 10.2: la puissance normative de celui-ci ne vaut qu'à l'intérieur du cadre juridique tracé par la Constitution, en particulier l'article 19-3 C. En vertu de ce dernier, aucun délit ne peut être puni par une autre peine que celle édictée par une loi promulguée avant la réalisation de ce délit, sauf hypothèse d'une loi pénale plus douce. Au regard de sa nature même (norme non auto-exécutable), de la nécessaire intervention du législateur, du respect des garanties constitutionnelles, le Tribunal constitutionnel conclut: l'article 10.2 de la Convention 169 ne peut être invoqué à bon droit pour soutenir la thèse de l'obligation d'octroyer aux membres d'un peuple indigène des sanctions autres que l'incarcération.

5. Opinion dissidente

Un membre du Tribunal constitutionnel opère une opinion dissidente (Juan José Romero Guzman). Il concorde certes avec ses pairs pour conclure que les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* établissent un régime pénal exceptionnel dépourvu de rationalité. Cependant, il ne les rejoint pas quand il s'agit de tirer

les conséquences de cette inadéquation de la *Ley Pascua* tant avec le droit conventionnel que le droit constitutionnel. Juan José Romero Guzman regrette la censure opérée par le Tribunal constitutionnel; il aurait souhaité que le juge se tourne vers le législateur pour que celui-ci modifie les normes en vigueur. Pourquoi? Pour éviter une décision de censure par définition rétroactive qui porte préjudice aux intérêts de l'accusé. La décision du Tribunal constitutionnel modifie le système légal tel qu'applicable par les juges du fond quand il leur reviendra de se prononcer. Le prévenu sera alors jugé en vertu de dispositions pénales autres que celles qui viennent d'être censurées; cela constitue, selon le juge dissident, une violation de l'article 19-3 C. («Aucun délit ne sera sanctionné par une autre peine que celle édictée par une loi promulguée antérieurement à sa réalisation, sauf loi pénale plus douce»). Le principe de légalité et le principe de non rétroactivité de la loi pénale (sauf loi plus favorable) se conjuguent pour rendre problématique la censure de la loi. Il est un principe fondamental du droit pénal connu: l'impossibilité d'appliquer une peine plus sévère que celle applicable au moment de la commission du délit. L'histoire constitutionnelle chilienne (article 122 de la Constitution de 1823, article 133 de la Constitution de 1833, article 11 de la Constitution de 1925), le droit positif (article 19-3 de la Constitution de 1980) ou encore le droit conventionnel (article 9 de la Convention américaine des droits humains de 1969, article 15 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966) convergent en ce sens. S'il advient un assouplissement, un contournement de ce principe fondamental du droit pénal moderne, c'est alors l'Etat de droit lui-même et les valeurs qu'il véhicule qui sont menacés (comme jadis avec la loi édictée en 1935 par le «législateur nationalsocialiste»).

Pour Juan José Romero Guzman, l'espèce soumise au Tribunal ne renvoie pas à une «question de pondération entre droits fondamentaux en conflit»: la norme qui prohibe toute rétroactivité de la loi pénale «est une règle plus spécifique et précise que celle qui interdit que la loi établisse des différences arbitraires». Juan José Romero Guzman met en évidence ceci: la règle prohibant toute irrétroactivité pénale ne peut faire l'objet d'appréciation subjective mais seulement d'une logique constatative binaire. Ou une loi pénale est rétroactive (ce qui est prohibé, sauf loi pénale plus douce) ou elle ne l'est pas. Point de pondération en la matière mais seulement l'application d'une règle à laquelle on ne saurait déroger sauf à mettre en péril l'architecture pénale globale et les droits des citoyens. L'exercice de pondération ne vaut que lorsque sont en conflits des principes constitutionnels d'identique valeur (le juge devant alors opérer son *balancing test* ou *bilanciamento dei valori*).

Le juge dissident insiste sur la distinction essentielle à ses yeux entre «declaracion de inaplicabilidad» (le choix du Tribunal constitutionnel) et «derogacion por acto legislativo» (l'appel à un interventionnisme législatif). Dans

cette dernière hypothèse, le juge du fond pourra toujours appliquer au cas concret les dispositions pénales en vigueur au moment de la commission du délit. A cette seule condition, il est possible – selon Juan José Romero Guzman - de respecter la prescription constitutionnelle interdisant d'édicter des lois pénales rétroactives (sauf loi plus douce). Seul le Parlement est en mesure «d'amender la différence arbitraire insérée dans les dispositions légales» contestées. Et le juge dissident de s'exclamer, au nom des droits de la défense: «Y compris les criminels possèdent des droits constitutionnels»!

Au-delà de la dimension technique du raisonnement de Juan José Romero Guzman (application de règles *versus* pondération entre principes, valeur constitutionnelle du principe de non rétroactivité de la loi pénale), émerge une question classique: celle relative à la puissance prétorienne du juge constitutionnel. Par ses décisions de censure de la loi, il s'érige en organe (quasi) suprême du système politico-constitutionnel puisqu'elles s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics (sauf intervention, rare car complexe, du pouvoir constituant dérivé[10]). L'intervention du juge dissident est intéressante puisqu'il ne vient pas défendre le régime juridique abnorme de la *Ley Pascua*, manifestement incompatible avec les principes cardinaux de l'Etat de droit. Son opinion dissidente porte sur une *question de méthode*: l'intervention correctrice du législateur en lieu et place de l'intervention annihilatrice du juge constitutionnel. Juan José Romero Guzman ne remet pas en cause la légitimité même du Tribunal constitutionnel en évoquant la présumée légitimité supérieure du Parlement (composé des élus du peuple). Il pose – et ce n'est pas rien – cette question de méthode: comment remédier aux carences de la loi? Juge ou législateur? Censure juridictionnelle ou loi correctrice?

On entrevoit combien il importe que toutes les cours constitutionnelles adoptent le principe des opinions majoritaires/concurrentes/dissidentes; s'il est une réforme qui doit advenir en France (et en Italie), c'est bien celle-ci. Une justice constitutionnelle sans publication des opinions séparées des juges est une justice carentielle, faussement unanimiste; est alors privilégiée, à tort, la cohésion de l'Institution au détriment de la transparence herméneutique. Peu importe que l'on soit en harmonie ou en désaccord avec telle ou telle décision, ou tel ou tel argument du juge; l'existence des opinions séparées permet de comprendre et de débattre.

L'exceptionnalisme pénal dont jouissaient les membres de la communauté Rapa Nui est censuré en ce que leur était accordé un statut juridique jurant avec les canons de l'Etat de droit, incompatible avec toute «espèce de statut personnel» (à tout le moins en matière pénale et de violence sexuelle). Les articles 13 et 14 de la *Ley Pascua* portent atteinte au principe de dignité de la

[10] Le célèbre «lit de justice» du Doyen Vedel.

personne humaine, ici en sa version genrée. Les femmes sont désormais protégées par le droit chilien d'une identique manière, indépendamment de l'origine du criminel et du lieu de commission du crime. Il est des décisions hautement salutaires; la *sentencia* Rol 8792-2020 du 29 janvier 2021 mérite indiscutablement ce qualificatif.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2021

LE LEGGI PROVVEDIMENTO: UN TENTATIVO DI SISTEMATIZZAZIONE[*]

MATTEO LOSANA [**]

Sommario

1. Premessa – 2. L'estensione descrittiva dell'espressione: la difficoltà di andare oltre il significato meramente intuitivo – 3. L'estensione descrittiva dell'espressione: i tre nuclei minimi di significato – 4. L'efficacia prescrittiva dell'espressione: la dissoluzione del divieto di adottare leggi provvedimento nella dottrina – 5. L'efficacia prescrittiva dell'espressione: la dissoluzione del divieto di adottare leggi provvedimento nella giurisprudenza costituzionale – 6. La riferibilità dell'espressione legge provvedimento ai decreti legge: critica.

Abstract

The essay analizes how our constitutional Court address the phenomenon of special laws (leggi provvedimento). Usually the Court uses this expression not only with reference to the acts produced by the parliament, but also with regard to those produced by the government. This practice does not seem entirely consistent with the traditional meanings of the expression and with the nature of government acts having the force of law.

Suggerimento di citazione

M. LOSANA, *Le leggi provvedimento: un tentativo di sistematizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il saggio rappresenta la versione riveduta e in parte ampliata della lezione svolta il 7 giugno 2021 ai dottorandi del Corso di dottorato in discipline giuridiche – *Curriculum* discipline giuspubblicistiche - dell'Università degli Studi Roma Tre.

[**] Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Torino.
Contatto: matteo.losana@unito.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

A partire dagli studi di Cammeo dei primissimi anni del '900[1], l'espressione legge provvedimento è penetrata, con sempre maggior insistenza, nel linguaggio giuridico utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza (comune e costituzionale). D'altra parte, come dimostrano i resoconti redatti dalle strutture di documentazione della Camera, il parlamento continua a produrre, con regolarità, leggi a contenuto provvedimentale. Il *Rapporto 2019-2020* dell'Osservatorio sulla legislazione, in armonia con i precedenti Rapporti, segnala infatti che nei primi due anni della XVIII legislatura «le "leggi provvedimento" – cioè quelle che si rivolgono a una platea limitata di soggetti – e le "leggi di manutenzione", prevalgono su tutte le altre tipologie [di leggi], occupando insieme il 42% delle leggi complessive»[2]. Tuttavia, nonostante la sua diffusione e i numerosi esempi offerti dalla prassi parlamentare, l'espressione legge provvedimento continua a essere, ancora oggi, piuttosto ambigua e controversa. Se il "problema costituzionale" suscitato da queste particolari leggi è tutto sommato chiaro e intuitivo (si tratta di leggi che, con il loro contenuto puntuale e concreto, mettono in discussione uno dei principi fondamentali degli ordinamenti liberal democratici e cioè il principio di uguaglianza formale), i significati riconducibili alla formula sono senza dubbio meno evidenti. Infatti, sia l'*estensione descrittiva* dell'espressione (e cioè l'ambito delle leggi ascrivibili alla classe delle leggi provvedimento) sia l'*efficacia prescrittiva* della medesima (e cioè il regime giuridico delle leggi ascritte alla classe) sono ancora oggetto di vivaci discussioni.

Proprio la difficoltà di definire in modo rigoroso il concetto ha contribuito a consolidare, soprattutto negli studi più recenti, un convincimento piuttosto diffuso: dietro l'espressione legge provvedimento non si nasconderebbe un fenomeno unitario, bensì una realtà eterogenea e multiforme[3]. In questa prospettiva, le indagini volte a individuare il tratto comune a tutte le leggi provvedimento hanno spesso lasciato il campo allo studio analitico delle diverse tipologie di atti a carattere provvedimentale (leggi di sanatoria, leggi di interpretazione autentica, leggi auto-applicative oppure meramente esecutive di altre leggi …). In questo modo, anziché astrarsi dalla realtà, il concetto di legge provvedimento si è progressivamente modellato sulle specifiche caratteristiche delle diverse tipologie legislative a carattere provvedimentale, perdendo,

[1] Cfr. F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Società Editrice Libraria, Milano, 1901, 94 e segg.

[2] Così OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea, Rapporto 2019-2020*, 23, consultabile all'indirizzo internet www.camera.it.

[3] Cfr. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 84 e segg.

almeno in parte, la sua funzione esplicativa. Affinché l'espressione legge provvedimento mantenga una qualche utilità pratica sembra dunque utile tornare al concetto generale, provando a individuare i nuclei minimi di significato ai quali, tradizionalmente, l'espressione in esame allude. Si tratta di tre significati che derivano, in qualche modo, dalle grandi riflessioni giuridiche e filosofiche riguardanti la legge e la funzione legislativa che hanno attraversato lo stato liberale di diritto, le monarchie costituzionali e – da ultimo – lo stato costituzionale. D'altra parte la legge (e, dunque, anche la legge provvedimento) non rappresenta un concetto assoluto, impermeabile al contesto materiale nel quale è prodotta: «non c'è [infatti] nessun'altra categoria giuridica così intrisa di valori metagiuridici come quella di legge: essa è, per eccellenza, il modo di essere concreto del diritto ed è chiaro che nella sua nozione si trovano riflessi i caratteri che ogni collettività politica attribuisce al diritto ed alla regola di diritto; ed è chiaro anche che in ciò si riflette a sua volta chiaramente la stessa struttura politica della società»[4]. Esplicitando fin da subito la tesi di fondo dello scritto si può dire che – nonostante i contesti affatto differenti in cui sono maturati – i menzionati nuclei minimi e tradizionali di significato alludono tutti a forme di degenerazione della funzione legislativa e, dunque, della legge formale ordinaria. Pertanto, si tratta di significati che – a differenza di quanto comunemente argomentato dalla giurisprudenza costituzionale – non andrebbero estesi ad altre fonti primarie (in particolare agli atti aventi forza di legge prodotti dal governo).

2. L'estensione descrittiva dell'espressione: la difficoltà di andare oltre il significato meramente intuitivo

Soprattutto negli studi divenuti "classici", i tentativi di ricostruire in modo unitario il concetto di legge provvedimento (individuando l'elemento comune a tutte le diverse tipologie di leggi a carattere provvedimentale) non sono, invero, mancati[5]. Il tratto caratteristico di queste leggi è stato individuato, innanzitutto, in un elemento «d'indole per così dire negativo»[6]. Per alcuni, l'elemento comune sarebbe – in ultima analisi – riconducibile al difetto di generalità e astrattezza della legge. Il difetto può manifestarsi tanto a livello della *struttura* delle prescrizioni (quelle a carattere provvedimentale non sarebbero riconducibili allo schema ipotetico e ripetibile delle norme «se c'è A, ci deve essere B», bensì a quello causale e irripetibile del precetto «poiché c'è A, ci deve essere B»)[7],

[44] Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Utet, Torino, 1988, 153-154.

[5] Per una ricostruzione dei menzionati tentativi cfr. M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 11 e segg.

[6] Così C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1969, 4.

[7] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Cedam, Padova, 1971, spec. 20 e segg.

quanto a livello del *contenuto* dei singoli atti legislativi. In quest'ultima prospettiva, il tratto caratterizzante le leggi provvedimento è stato individuato: nella «determinatezza» dei destinatari della legge oppure nella «specialità» e nella «transitorietà» della fattispecie regolata[8]; nella «determinatezza della fattispecie» prevista dalla legge e nel conseguente esaurimento di ogni spazio di discrezionalità nel momento applicativo della medesima[9]. Per altri, l'elemento negativo caratteristico delle leggi provvedimento non riguarderebbe la generalità e l'astrattezza del precetto, bensì la capacità del medesimo di *innovare* l'ordinamento giuridico: le leggi provvedimento – meglio le «leggi in luogo di provvedimento» – sarebbero, dunque, le leggi «meramente applicative o esecutive di una precedente disciplina generale»[10]. Altre volte l'elemento caratterizzante le leggi provvedimento è stato individuato nello *scopo concreto* verso cui tende l'atto a contenuto provvedimentale[11], oppure nell'*immediatezza degli effetti* prodotti dal precetto provvedimentale (è la legge provvedimento che provvede direttamente alla «trasformazione di situazioni giuridiche soggettive determinate, analogamente a quanto accade attraverso i [comuni] provvedimenti dell'amministrazione»[12]).

Nonostante l'autorevolezza delle opinioni ricordare, i diversi tentativi scontano l'oggettiva difficoltà di dare contorni precisi a un concetto relazionale che si caratterizza, molto spesso, per la sua gradualità[13]: molto spesso, il carattere provvedimentale di una legge non è apprezzabile termini assoluti, bensì raffrontando concretamente una legge con un'altra legge aventi contenuti differenti. Detto altrimenti: la medesima legge può apparire un esempio paradigmatico di legge provvedimento se raffrontata con una legge più generale o astratta oppure una comune legge-norma[14] se paragonata a un'altra legge ancora più singolare e concreta. Il significato scientifico, comunemente evocato, della formula legge provvedimento non sembra, dunque, discostarsi molto dal significato meramente intuitivo precedentemente richiamato. L'espressione è

[8] Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 3.

[9] Cfr. M. CAMMELLI, *Premesse allo studio delle leggi-provvedimento regionali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, 1345.

[10] Così A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, 1057. Cfr. altresì A. SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Vol. IX, Utet, Torino, 1963, 633; G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Diritto Pubblico*, fasc. n. 2, 2007, 334.

[11] Cfr. E. FORSTHOFF, *Le leggi-provvedimento*, in *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, 101 e segg.

[12] Così S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, 113.

[13] Per una rassegna degli argomenti critici rivolti alle menzionate ricostruzioni cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento?*, cit., 11 e segg.

[14] Cfr. L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, 871 e segg.

utilizzata prevalentemente in senso polemico, al fine di indicare quelle particolari leggi che – assumendo la concretezza tipica del provvedimento amministrativo – tradiscono «il concetto e la natura della legge senza aggettivi»[15]. Con le leggi provvedimento il legislatore – anziché disporre in via generale e astratta (così come il concetto di legge senza aggettivi vorrebbe) – riveste con la forma legislativa un provvedimento sostanzialmente amministrativo. Si tratta di definizione negativa, costruita in opposizione al concetto di legge senza aggettivi. Per dire qualcosa in più sulle leggi provvedimento bisogna, dunque, muovere dal concetto principale, quello di legge senza aggettivi.

3. L'estensione descrittiva dell'espressione: i tre nuclei minimi di significato

L'idea che la legge debba contenere norme generali e astratte è, come noto, risalente. Già Aristotele riteneva una caratteristica «naturale» della legge l'esprimersi (il «dire») in termini universali[16]. Superata la parentesi medievale caratterizzata da un ordinamento fondato su *iura* e *privilegia* connessi agli *status* personali (anziché sull'uguaglianza tra gli individui)[17], l'idea della legge come precetto tendenzialmente universale trova la sua formulazione più completa nel giusnaturalismo moderno e, in particolare, nella riflessione filosofica dei padri spirituali della Rivoluzione francese. Senza indugiare su questioni note, è nella riflessione filosofica di Rousseau e Montesquieu che la legge – per il suo inscindibile legame con la volontà generale – si caratterizza per i suoi contenuti tipici: la generalità e l'astrattezza delle disposizioni[18]. Si afferma così quel concetto di *vera* legge che «vede nella generalità della disposizione il segno distintivo della legge e l'elemento essenziale della sua definizione»[19]. Si tratta di concetto, almeno in parte, ideologico, funzionale all'obiettivo politico della nuova classe borghese: lo smantellamento degli odiosi privilegi che avevano caratterizzato l'*Ancien Régime*. In questo contesto, la degenerazione in senso provvedimentale della legge segna il tradimento non solo della vera natura della legge senza aggettivi, ma anche del principio fondamentale che dovrebbe reggere il nuovo ordinamento: il principio di uguaglianza formale. È dunque nel contesto rivoluzionario e poi nella forma di stato liberale che nasce l'accezione più intuitiva e forse ancora oggi più comunemente evocata di legge

[15] Così G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, cit., 321.

[16] Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, Rizzoli, Milano, IX ed., 2001, 379-380, 14; Id., *Politica*, III, Rizzoli, Milano, III ed., 2008, 301.

[17] Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007, 16 e segg.

[18] Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il Contratto sociale*, Libro II, VI, Einaudi, Torino, 1966, 53-54; MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Libro XI, Cap. VI, Rizzoli, Milano, 1989, 311-312.

[19] Così R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 12.

provvedimento «per eccellenza»[20].

Con l'affermarsi delle monarchie costituzionali dualiste della seconda metà dell'800, la discussione intorno alla legge e ai suoi contenuti tipici si muove lungo direttrici diverse rispetto a quelle seguite dalla riflessione filosofica del periodo rivoluzionario. In questo contesto si sviluppa – soprattutto nella giuspubblicistica tedesca – la nota distinzione tra la legge formale e la legge in senso in materiale[21]. Come spesso accade per le teorie che tendono a camuffare una dottrina, anche questa imponente costruzione teorica, almeno nella sua versione originaria, aveva un obiettivo politico preciso: difendere l'esecutivo rappresentato dalla Corona dal sempre più penetrante controllo parlamentare. Attraverso il dibattito sulla legge di bilancio (intesa come legge formale ma non anche materiale) si voleva sottrarre il Governo al controllo parlamentare sulle politiche di spesa (soprattutto militari) e – più in generale - riconoscere ambiti di competenza riservati originariamente al potere esecutivo[22]. In questo contesto, la degenerazione in senso provvedimentale della legge non nasconde più un problema di uguaglianza, bensì una questione organizzativa, riguardante il rapporto tra l'organo esecutivo e quello legislativo. Si tratta di una questione che non riguarda più la forma di stato, bensì la forma di governo. È in questo contesto che nasce l'accezione – per così dire - *organizzativa* dell'espressione legge provvedimento, identificata spesso (ancora oggi sia in dottrina che in giurisprudenza) con la formula «legge in luogo di provvedimento»[23].

Con il consolidamento della forma di governo parlamentare (e la conseguente supremazia dell'organo legislativo su quello esecutivo) e delle concezioni formalistiche della legge e del diritto (secondo le quali ciò che caratterizza la legge è la sua forma e non i suoi contenuti), il dibattito intorno alle leggi provvedimento avrebbe dovuto esaurirsi. Così non è stato e anche nello stato costituzionale il dibattito è proseguito. Questo è stato possibile poiché accanto ai precedenti nuclei minimi di significato, nel nuovo contesto è emerso un terzo nucleo, più coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Nel nuovo contesto, dottrina e giurisprudenza definiscono sempre più spesso leggi provvedimento non solo le leggi prive di generalità e astrattezza e le «leggi in luogo di provvedimento», ma anche gli atti legislativi che, avendo un contenuto tipicamente amministrativo, limitano le garanzie procedimentali

[20] Così G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione provvedimentale*, cit., 116.

[21] Cfr.; C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 1972, 229 e segg.

[22] Cfr. P. LABAND, *Il diritto del bilancio sulla base delle disposizioni della Carta costituzionale prussiana alla luce della Costituzione della Confederazione della Germania del nord*, in *Il diritto di bilancio*, Giuffrè, Milano, 2007, 160.

[23] Cfr. A. FRANCO, *Leggi provvedimenti, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, cit., 1057.

e giurisdizionali poste a presidio dei comuni provvedimenti amministrativi[24] e quelli che interferiscono con la funzione giurisdizionale (ad esempio, incidendo retroattivamente su questioni ormai coperte dal giudicato)[25]. Nello stato costituzionale, la degenerazione provvedimentale della legge nasconde, dunque, una violazione del diritto individuale alla tutela giurisdizionale e dei principi organizzativi relativi alla giurisdizione (e funzionali all'attuazione del medesimo diritto). Si tratta di un significato sempre più ampio e complesso, che abbraccia oramai questioni riguardanti sia la forma di stato, sia la forma di governo.

I tre nuclei minimi di significato appena tratteggiati – pur germogliati in contesti differenti - mantengono inalterata la loro carica polemica nei confronti dell'organo parlamentare. È sempre il modo in cui il parlamento ha esercitato la propria funzione legislativa il bersaglio polemico (implicito) dell'espressione legge provvedimento. Ciò che muta è solamente il soggetto nel cui interesse la polemica contro le «leggine»[26] viene condotta: la borghesia che lotta per rovesciare l'ordine costituito (nel periodo rivoluzionario e poi nello Stato liberale di diritto); l'esecutivo fedele alla Corona che combatte per conservare la propria autonomia nei confronti del parlamento (nel periodo delle monarchie limitate); il singolo individuo che rivendica il diritto, ormai costituzionalmente garantito, alla legittimità dei provvedimenti amministrativi e degli atti giurisdizionali (nello stato costituzionale). Ciò che invece sembra rimanere fermo è l'accento polemico verso le degenerazioni del parlamentarismo[27].

4. L'efficacia prescrittiva dell'espressione: la dissoluzione del divieto di adottare leggi provvedimento nella dottrina

Per quanto riguarda l'efficacia prescrittiva dell'espressione legge provvedimento - e cioè per quanto concerne la grande questione della loro ammissibilità - abbiamo, grazie alla giurisprudenza costituzionale, qualche apparente certezza in più. Anche su questo versante, i tentativi di argomentare un regime giuridico tipico, valido dunque per tutte le leggi provvedimento, non sono mancati. In particolare, si è provato, a più riprese, a sostenere l'esistenza nella nostra Costituzione di un divieto assoluto di adottare leggi a contenuto provvedimentale. Tra i molti tentativi mi limito – per ragioni di spazio – a segnalare

[24] Cfr. A.A. CERVATI, *La formazione delle leggi (commento all'art. 70)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Zanichelli-Soc. Ed. Foro It., Bologna,-Roma, 1975, 42.

[25] Cfr. G. ARCONZO, Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale, cit., spec. 121.

[26] Cfr. N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, 44.

[27] Cfr. M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. n. 2/2021, 184 e segg.

i seguenti.

Alcuni, seguendo percorsi argomentativi differenti, hanno rintracciato tale divieto nell'istituto della *riserva di amministrazione* o, come sarebbe più preciso dire, nella *riserva di atto amministrativo*[28]: la nostra Costituzione riserverebbe l'adozione dei provvedimenti concreti (il provvedere appunto) alla funzione amministrativa e non a quella legislativa. Pur muovendo da presupposti non del tutto coincidenti (il principio del «giusto procedimento», riconducibile all'art. 113 Cost.[29]; il concetto di «legge in senso materiale», implicitamente accolto dall'art. 70 Cost.[30]), entrambe le ricostruzioni sono giunte a sostenere l'esistenza, in Costituzione, di una riserva in senso forte, che non si limita a sottrarre alla disciplina legislative talune materie, ma che vieta a tutte le leggi di «disciplinare in un determinato modo (in una determinata forma: nella forma del comando concreto) qualunque materia»[31]. Nel solco di queste riflessioni, altri hanno mitigato la riserva, circoscrivendola alle sole materie coperte da riserve di legge. Nell'ordinamento costituzionale – si è detto – l'istituto della riserva di legge non rappresenterebbe più un principio organizzativo che regola i rapporti tra il parlamento e il governo, bensì un principio strutturale del sistema delle fonti che regola innanzitutto i rapporti tra atti normativi: le fonti primarie (non importa se prodotte dal parlamento oppure dal governo) e le fonti secondarie[32]. Questa prospettiva «induce allora a rafforzare l'intuizione crisafulliana della riserva di legge come garanzia della legalità dell'atto […] amministrativo da raffrontarsi al comando (formalmente) legislativo, allo scopo di ricondurre la discrezionalità della pubblica amministrazione entro limiti compatibili con il principio di imparzialità»[33]. Nelle materie coperte da riserva di legge – ecco il punto – l'adozione di leggi provvedimento impedirebbe la pur sempre necessaria «raffrontabilità alla legge del provvedimento che incide su situazioni giuridiche dei singoli»[34].

L'idea che la nostra Costituzione contenga un divieto in senso debole (rivolto non alle leggi provvedimento in quanto tali, bensì a talune specifiche tipologie di leggi provvedimento) si è poi ulteriormente consolidata. In questa prospettiva, alcuni – nell'ambito di riflessioni più generali riguardanti i

[28] Cfr. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, 130; G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952,, 811 e segg.

[29] Cfr. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, cit., spec. 134.

[30] Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, cit., 827.

[31] Così M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Diritto Pubblico*, 2000, 680.

[32] Cfr. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XI, Giuffrè, Milano, 1989, 1207.

[33] Così R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1214.

[34] Così, ancora, R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di* legge, cit., 1223.

significati delle formule costituzionali che sanciscono il principio di uguaglianza formale – hanno argomentato l'inammissibilità delle sole leggi (provvedimento) personali[35]. Altri – più inclini a dissolvere il significato pratico principio di uguaglianza nel canone della ragionevolezza – hanno argomentato l'inammissibilità: (i) delle leggi auto-applicative caratterizzate da un contenuto disomogeneo (è il caso delle leggi urbanistiche che incidono direttamente – senza un'adeguata istruttoria - su «situazioni differenziate»[36]); (ii) delle leggi che si «riapproprino» dell'esercizio di poteri già trasferiti stabilmente all'amministrazione (è il caso delle leggi che si sostituiscono al provvedimento amministrativo già previsto, da una precedente legge, come atto conclusivo di un procedimento[37]); (iii) delle leggi meramente applicative di altre e precedenti leggi (è il caso delle leggi che, al fine di disciplinare una materia, prevedano un procedimento il cui atto conclusivo non è un provvedimento amministrativo, bensì ancora una legge[38]).

5. L'efficacia prescrittiva dell'espressione: la dissoluzione del divieto di adottare leggi provvedimento nella giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza costituzionale ha conosciuto una parabola molto simile a quella disegnata dalla dottrina. In un primo momento, la Corte ha individuato nel *principio del giusto procedimento* un principio di carattere generale, capace di vietare, almeno ai legislatori regionali, la produzione di leggi provvedimento. La vicenda, pur molto nota, merita di essere ricordata. Con la sentenza n. 13 del 1962, la Corte sanciva l'illegittimità costituzionale della legge regionale valdostana che aveva dichiarato l'intero territorio nazionale bellezza naturale di pubblico interesse e zona di particolare importanza turistica. A fondamento del dispositivo di accoglimento, la Corte poneva proprio il menzionato principio del giusto procedimento: «quando il legislatore dispone che si apportino modifiche ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedono ad imporre concretamente tali limiti, dopo aver fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo aver messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del

[35] Cfr. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 54-55; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 180 e segg.; ID., *In tema di leggi personali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, 1265.

[36] Cfr. G. MORBIDELLI, *La riserva di atto amministrativo nella disciplina delle modifiche di destinazione d'uso senza opere*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, 2456.

[37] Cfr. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, 156.

[38] Cfr. G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento-costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, cit., 339.

proprio interesse, sia a titolo di collaborazione dell'interesse pubblico»[39]. Si tratta della declinazione garantista del principio del giusto procedimento; un principio che – riservando all'amministrazione l'adozione del provvedimento concreto che incide sulle posizioni giuridiche soggettive – darebbe vita a una vera e propria riserva in favore dell'apparato amministrativo.

Questa pronuncia è peraltro rimasta per lungo tempo isolata. La giurisprudenza successiva – almeno sino alla recente sentenza n. 116 del 2020[40] – ha infatti sempre negato l'esistenza nel nostro ordinamento di una riserva di amministrazione costituzionalmente garantita: «nessuna disposizione costituzionale o statutaria – si legge in numerose sentenze – comporta una riserva agli organi amministrativi o «esecutivi» degli atti a contenuto particolare e concreto»[41]. In armonia con il percorso seguito dalla dottrina, anche la Corte ha così rinunciato a individuare un limite generale alle leggi provvedimento e si è avviata verso un sindacato sempre più casistico. L'illegittimità delle leggi a carattere provvedimentale – ripete spesso la Corte – non deve essere accertata in relazione «ai motivi della scelta della forma legislativa per un'attività di amministrazione, quanto piuttosto in relazione al suo specifico contenuto»[42]. In questa prospettiva, la Corte ha individuato nel canone della ragionevolezza il parametro alla luce del quale valutare, di volta in volta, il contenuto delle singole

[39] Così Corte cost. sent. n. 13/1962, punto n. 3 del *Considerato in diritto*, con il noto commento di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, cit., 130 e segg.

[40] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 116 del 2020, punto n. 9 del *Considerato in diritto*. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34-bis del d.l. n. 50 del 2017 (che "legificava" il Programma Operativo Straordinario per la Regione Molise per il triennio 2015-2018), la Corte sembra alludere, seppur implicitamente, alla riserva di amministrazione: «Non vi è dubbio infatti – osserva la Corte - che l'oggetto della legificazione abbia tutte le caratteristiche di una materia ragionevolmente inquadrabile fra quelle *naturaliter* amministrative, come del resto ritenuto dallo stesso legislatore statale del 2014. Si è ricordato che la disciplina legificata era contenuta in un atto generale di pianificazione, e quindi dalle rilevanti ricadute su tutte o gran parte delle strutture sanitarie regionali. Le scelte da effettuare, destinate a riverberarsi sulla salute dei cittadini molisani, richiedevano, dunque, al massimo grado un'adeguata conoscenza di dati di fatto complessi e di non facile lettura, dati che solo una istruttoria amministrativa approfondita, e arricchita dalla partecipazione degli enti interessati, poteva garantire. Non è un caso dunque che il contenzioso da cui prende le mosse la questione di legittimità costituzionale in esame sia incentrato sulla mancata partecipazione all'istruttoria e sulla conseguente inadeguatezza della stessa». Cfr. F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi provvedimento (nota a C. cost. 116 del 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, disponibile all'indirizzo internet www.forumcostituzionale.it.

[41] Così Corte costituzionale, sentenza n. 143 del 1989, punto n. 2 del *Considerato in diritto*. Analogamente cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 64 del 2014, punto n. 9 del *Considerato in diritto*; sentenza n. 241 del 2008, punto n. 6.4. del *Considerato in diritto*.

[42] Così Così Corte costituzionale, sentenza n. 492 del 1995, punto n. 2 del *Considerato in diritto*. In senso conforme cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 267 del 2007, punto n. 4 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 241 del 2008, punto n. 6.4. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 137 del 2009, punto n. 2 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 270 del 2010, punto n. 7.2. del *Considerato in diritto*.

leggi provvedimento. Non c'è, dunque, un limite generale alle leggi provvedimento, bensì un limite specifico che impone alla Corte di dichiarare illegittime le sole leggi provvedimento irragionevoli[43]. Il controllo della Corte – si è detto - «cessa progressivamente di essere un controllo sullo strumento legislativo per divenire una verifica della ragionevolezza della disciplina derogatoria introdotta»[44]. In questo modo, la giurisprudenza costituzionale – discostandosi dall'opinione di chi ha ritenuto possibile estendere anche alle leggi provvedimento il vizio dell'eccesso di potere[45] - ha escluso che per questa particolare tipologia di leggi possa configurarsi uno specifico tipo di vizio.

A partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, la Corte, almeno nelle affermazioni di principio, sembra declinare in modo sempre più rigoroso il canone della ragionevolezza applicabile alle leggi provvedimento. In particolare, la Corte sembra stringere le maglie di tale sindacato, affermando la necessità di sottoporre queste leggi particolari a uno *scrutinio stretto* di ragionevolezza. Sulle leggi provvedimento, infatti, «si impone uno scrutinio rigoroso di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio»[46]; uno scrutinio che dovrà essere – precisa la Corte - «tanto più rigoroso quanto più marcata sia […] la […] natura provvedimentale dell'atto legislativo sottoposto al controllo»[47]. Per la Corte, dunque, il carattere provvedimentale dell'atto legislativo genera una vera e propria «presunzione»[48] o, quantomeno, «un sospetto»[49] di illegittimità costituzionale della legge provvedimento che potranno essere vinti solamente all'esito di un sindacato particolarmente attento e rigoroso. Pur nella difficoltà pratica di distinguere con rigore il comune sindacato di ragionevolezza (riguardante tutte

[43] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 346 del 1991, punto n. 2 del *Considerato in diritto*. Si tratta della pronuncia che – secondo alcuni – inaugura il sindacato di ragionevolezza sulle leggi provvedimento (cfr. G. ARCONZO, *Conferme e nuove prospettive in tema di leggi provvedimento (in margine alla sent. n. 267 del 2007)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, 2634; G. SERENO, *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, 1603).

[44] Così A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento e le leggi autoapplicative*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 388.

[45] Il riferimento è alla ricostruzione di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 235 e segg. Nonostante alcune incertezza iniziali, la Corte costituzionali sembra oramai orientata a ricondurre ogni valutazione riguardante l'eccesso di potere legislativo nell'ambito del sindacato di ragionevolezza (cfr. G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2000, 166 segg.).

[46] Così Corte costituzionale, sentenza n. 2 del 1997, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

[47] Così Corte costituzionale, sentenza n. 153 del 1997, punto n. 2.1. del *Considerato in diritto*.

[48] Cfr. F. RIGANO, *Scrutinio stretto di ragionevolezza sulle leggi-provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni*, 1996, 527.

[49] Cfr. C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 3236.

le leggi) dal sindacato stretto (riservato alle sole leggi provvedimento)[50], quelle menzionate sono oramai diventate delle formule tipiche, facilmente rintracciabili in quasi tutte le pronunce nelle quali la Corte valuta il contenuto provvedimentale di un atto legislativo[51].

6. La riferibilità dell'espressione legge provvedimento ai decreti legge: critica.

Come anticipato in apertura del presente lavoro, l'uso fatto in concreto dalla Corte costituzionale dei menzionati significati (descrittivo e prescrittivo) dell'espressione legge provvedimento suscita qualche perplessità. Nonostante la difficoltà di un censimento rigoroso[52], la giurisprudenza costituzionale non sembra particolarmente incline a utilizzare l'espressione con riguardo alle leggi formali ordinarie, prodotte dal parlamento[53]. Nella maggioranza dei casi, infatti, l'espressione è utilizzata in giudizi di legittimità costituzionale riguardanti leggi

[50] Cfr. A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, 1137; C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 3739; A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, cit., 394; G.U. RESCIGNO, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la corte cambi opinione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 2882; L. CARLASSARE, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, 1493; G. FONTANA, *Legge provvedimento regionale* contra personam *e scrutinio stretto di costituzionalità: un'occasione mancata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 3270 e segg.

[51] Tra le più recenti cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 116 del 2020, punto n. 5 del *Considerato in diritto* e Corte costituzionale sentenza n. 164 del 2020, punto n. 168 del 2020, punto n. 15 del *Considerato in diritto*. In precedenza cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 275 del 2013, punto n. 7 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 267 del 2007, punto n. 4 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 241 del 2008, punto n. 6.4. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 137 del 2009, punto n. 2 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 270 del 2010, punto n. 7.2. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 289 del 2010, punto n. 3.1. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013, punto n. 12.1. del *Considerato in diritto*.

[52] La difficoltà deriva dal fatto che in alcune pronunce la Corte si limita a richiamare l'espressione così come evocata dal soggetto che ha introdotto il giudizio di legittimità costituzionale (senza specificare ulteriormente il concetto); in altre pronunce, la Corte – pur non utilizzando esplicitamente l'espressione – affronta in qualche modo il carattere provvedimentale dell'atto impugnato; in altre pronunce ancora, la Corte utilizza l'espressione per escludere il carattere provvedimentale dell'atto legislativo censurato. Pertanto, i valori numerici riportati nel testo hanno un significato meramente indicativo di un certo orientamento giurisprudenziale.

[53] Cfr. – ad esempio - l'art. 1, comma 796, lettera *o)*, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007*, qualificato esplicitamente dalla Corte «legge provvedimento» nella sentenza n. 94 del 2009, punto n. 7.6 del *Considerato in diritto*; l'art. 11-*quinquies*, comma 7, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203 (aggiunto in sede di conversione), recante *Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*, introdotto dalla legge di conversione 2 dicembre 2005, n. 248.

regionali oppure atti aventi forza di legge, in particolare decreti-legge[54]. Questa tendenza sembra, in qualche modo, confermarsi anche nel periodo più recente. Come argomentato in altra sede[55], se consideriamo le pronunce degli ultimi sei anni e mezzo, è il carattere provvedimentale delle leggi regionali[56] e dei decreti legge[57] che continua a catturare l'attenzione della Corte, mentre il carattere provvedimentale delle leggi ordinarie non sembra suscitare analogo interesse[58]. Oltre che meno frequente, l'indagine della Corte circa il contenuto provvedimentale delle leggi ordinarie pare, almeno in talune circostanze, anche più indulgente. Non sono rari i casi nei quali la Corte - rovesciando l'argomentazione svolta, in prima battuta, dal ricorrente oppure dal giudice *a quo* - esclude esplicitamente la riconducibilità della legge impugnata alla classe delle leggi provvedimento[59]. Al di là del dato strettamente numerico, l'atteggiamento complessivo della Corte nei confronti delle leggi provvedimento sembra chiaro: innanzitutto, il carattere provvedimentale non dipende affatto dalla *forma tipica* dell'atto impugnato (legge statale, legge regionale, decreto legge oppure decreto legislativo delegato), bensì esclusivamente dal contenuto assunto, in concreto, dall'atto impugnato; in secondo luogo, il contenuto tipicamente provvedimentale è rintracciabile – di norma – in atti legislativi diversi dalla legge

[54] Per un quadro generale di questa tendenza cfr. M. LOSANA, *Leggi provvedimento?*, cit., 53 e segg.

[55] Cfr. M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 2/2021, 179, consultabile all'indirizzo internet www.osservatorioaic.it.

[56] Cfr. Corte costituzionale sentenze n. 174 del 2017, punto n. 7.1. del *Considerato in diritto*; n. 139 del 2017, punto n. 4 del *Considerato in diritto*; n. 173 del 2017, punto n. 4.1. del *Considerato in diritto*; n. 2 del 2018, punto n. 4 del *Considerato in diritto*; n. 160 del 2018, punto n. 3.1.1. del *Considerato in diritto*; n. 258 del 2019, punto n. 4.3. del *Considerato in diritto*; n. 28 del 2019, punto n. 2.3. del *Considerato in diritto*; n. 276 del 2020, punto n. 3 del *Considerato in diritto* (in questo caso si esclude il carattere provvedimentale della norma); n. 134 del 2020, punto n. 5.2. del *Considerato in diritto*; n. 178 del 2020, punto n. 12 del *Considerato in diritto*.

[57] Cfr. Ordinanza n. 72 del 2015 (in cui si esclude il carattere provvedimentale della norma); sentenze n. 214 del 2016, punto n. 5.1. del *Considerato in diritto* (in cui si esclude il carattere provvedimentale della norma); 182 del 2017, punto n. 6 del *Considerato in diritto*; n. 126 del 2018, punto n. 5 del *Considerato in diritto*; n. 116 del 2020, punto n. 5 del *Considerato in diritto*; n. 168 del 2020, punto n. 15 del *Considerato in diritto*.

[58] Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 114 del 2017, punto n. 3.3. del *Considerato in diritto*, riguardante l'art. 1, comma 239, della l. n. 208 del 2015, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)»; n. 49 del 2021, punto n. 71.1. del *Considerato in diritto*, riguardante l'art. 1, comma 1047, della l. n. 205 del 2017, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020». A queste pronunce potrebbe aggiungersi la sentenza n. 181 del 2019, punto n. 10 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte riconosce il carattere provvedimentale di una disposizione (l'art. 52-quinquies del d.l. n. 50 del 2017, recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da interventi sismici e misure per lo sviluppo») introdotta, in sede di conversione, dalla l. n. 96 del 2017.

[59] Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 50 del 2015, punto n. 3.4.1. del *Considerato in diritto*, e n. 24 del 2018, punto n. 4.3. del *Considerato in diritto*.

formale ordinaria. Ora, questo atteggiamento della Corte non sembra del tutto coerente con i nuclei minimi di significato che, come detto, si sono storicamente affermati. Un concetto che si è consolidato in aperta polemica con le degenerazioni del parlamentarismo viene, infatti, dilatato dalla Corte oltre i suoi confini tradizionali per gettare un'ombra di sospetto su atti prodotti, prevalentemente, da organi costituzionali diversi dal parlamento. L'allontanamento dai significati tradizionali è particolarmente visibile quando la Corte attrae nell'orizzonte di significato dell'espressione legge provvedimento gli atti aventi forza di legge del governo. Se il significato tradizionale (soprattutto nella sua accezione organizzativa) guardava con favore e, in qualche modo, voleva proteggere lo spazio riservato all'organo esecutivo, l'odierno atteggiamento della Corte guarda invece con sospetto e tenta, in qualche modo, di limitare gli ambiti di intervento del medesimo organo.

L'incoerenza con le accezioni tradizionali dell'espressione diventa forse ancora più evidente se poniamo attenzione al significato prescrittivo dell'espressione e cioè alla necessità, sempre ribadita dalla Corte anche con riferimento ai decreti legge a carattere provvedimentale, di sottoporre tali atti a uno scrutinio stretto di ragionevolezza. Perché mai i decreti legge a contenuto provvedimentale dovrebbero generare un qualche sospetto particolare? Detto altrimenti: perché mai il carattere provvedimentale del decreto legge dovrebbe generare una vera e propria «presunzione» di illegittimità che può essere vinta solamente attraverso un sindacato particolarmente rigoroso?

Il contenuto provvedimentale dei decreti legge – ecco il punto – dovrebbe rappresentare un carattere *strutturale* e, per certi versi, *naturale* di questa fonte[60]. Innanzitutto, è la stessa Costituzione, all'art. 77, comma 2, Cost., a qualificare esplicitamente i decreti legge come «provvedimenti provvisori con forza di legge». Come noto, la menzionata formula costituzionale è comunemente intesa in senso restrittivo, come formula meramente rafforzativa del carattere provvisorio dei provvedimenti emergenziali, oppure come formula contenete un'autorizzazione esplicita alla produzione di decreti legge aventi un contenuto anche provvedimentale[61]. La medesima formula potrebbe, invece, essere interpretata *magis ut valeat*, come formula che disegna un vero e proprio modello di produzione normativa a carattere provvedimentale. La fonte sulla produzione del decreto legge – si potrebbe anche dire – modella non solo il

[60] Cfr. M. LOSANA, *Leggi provvedimento?*, cit., 159 e segg.; G. BARNABEI, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Cedam, Padova, 2017, 302 e segg.; F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 4/2017, 28 consultabile all'indirizzo internet www.rivistaaic.it.

[61] Cfr., per questa diffusa opinione Cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2018, 156.

procedimento per la produzione dei provvedimenti emergenziali aventi forza di legge, ma anche il contenuto dei medesimi. In secondo luogo, alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale (incentrati su una lettura rigorosa dei presupposti che devono reggere l'intervento emergenziale) sembrano, in qualche modo, confermare il carattere normalmente provvedimentale dei decreti legge. Mi riferisco, in modo particolare, all'orientamento della Corte in tema di omogeneità del decreto legge e della successiva legge di conversione[62]. Censurando le c.d. "norme intruse", estranee alle finalità e all'oggetto dell'intervento emergenziale, la Corte finisce per schiacciare il contenuto del decreto legge sul caso concreto che ha generato la necessità dell'intervento emergenziale. Più il decreto legge è "cucito" su un caso concreto che giustifica l'intervento emergenziale, più il contenuto del decreto sarà omogeneo. Pretendere omogeneità significa, dunque, pretendere provvedimenti concreti, il più possibile aderenti alle circostanze emergenziali che reclamano un intervento normativo con forza di legge. In questa prospettiva, il carattere provvedimentale del decreto legge ben può rappresentare un indice della sussistenza, in concreto, dei presupposti legittimanti il decreto. D'altra parte, il "problema costituzionale" che si cela spesso dietro i decreti legge – come una consolidata giurisprudenza costituzionale insegna – non è il loro contenuto provvedimentale, bensì l'abuso dello strumento e dunque l'utilizzo del medesimo oltre le ipotesi indicate dalla Costituzione. Emblematica, in tal senso, è la recente sentenza della Corte costituzionale riguardante talune disposizioni del decreto legge n. 108 del 2018 (c.d. Decreto Genova) relative alle attività di demolizione e ricostruzione del Ponte Morandi. In un primo momento, la Corte – dopo aver ascritto le disposizioni impugnate alla classe delle leggi provvedimento – ribadisce, con le consuete formule, la necessità di svolgere sull'atto impugnato «*uno scrutinio di costituzionalità stretto*, ovvero particolarmente severo, poiché in norme siffatte è insito il pericolo di un arbitrio, connesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti in consociati»[63]. Una volta entrata nel merito, la Corte sembra abbandonare questa prospettiva, concentrando l'attenzione sui presupposti emergenziali posti a fondamento dell'intervento emergenziale. L'insistenza con

[62] Il riferimento è alle famose sentenze n. 171 del 2007, punto n. 6 del *Considerato in diritto*, e n. 128 del 2008, punto n. 8.1. del *Considerato in diritto*. Sul requisito dell'omogeneità la letteratura è, oramai, sterminata. Per un commento delle sentenze che hanno originato questo filone giurisprudenziale cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge: un problema noto da oltre 150 anni (Cenni di prassi e controlli della Corte costituzionale)*, in R. CALVANO (a cura di), *"Legislazione governativa e d'urgenza" e crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 15 e segg.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Dal decreto-legge alla conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2014, 9 e segg., consultabile all'indirizzo internet www.rivistaaic.it.

[63] Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

la quale la sentenza – in più passaggi e con formule diverse – richiama le «ragioni di eccezionale gravità e urgenza, connesse alla tragedia di Genova»[64] testimonia che la preoccupazione profonda della Corte non è tanto il carattere provvedimentale delle disposizioni impugnate, quanto la sussistenza, in concreto, dei presupposti emergenziali che devono giustificarle. È l'abuso del decreto legge ciò che la Corte vuole davvero scongiurare, non l'effetto discriminatorio del medesimo.

Alla luce delle cose dette, si potrebbe dire così: il modello di decretazione d'urgenza disegnato dalla nostra Costituzione è un modello *normalmente provvedimentale* (strettamente connesso ai fatti emergenziali che giustificano l'adozione del decreto). Ciò non toglie che talvolta – quando l'urgenza riguarda il provvedere e non il provvedimento – i decreti legge possano anche assumere contenuti tipicamente normativi, caratterizzati dalla generalità e dall'astrattezza dei precetti[65]. In questa prospettiva, la Corte costituzionale non dovrebbe guardare con sospetto ai decreti legge conformi al modello costituzionale (quelli caratterizzati da un contenuto provvedimentale). A generare un qualche sospetto dovrebbero essere, semmai, i decreti legge che *eccezionalmente* si discostano dal modello (poiché caratterizzati dalla generalità e dall'astrattezza dei contenuti). Più le disposizioni sono generali e astratte più il legame tra il decreto legge e il fatto emergenziale che deve legittimarlo sembra allentarsi. Valorizzando spunti offerti dalla giurisprudenza costituzionale (il riferimento alla motivazione come strumento per valutare la legittimità delle leggi provvedimento[66]) e dalla dottrina (l'idea di adeguare, anche sotto il profilo della motivazione, il procedimento legislativo al contenuto provvedimentale della legge[67] e l'idea del decreto legge come *atto funzionale* non più libero nel fine, bensì «condizionato dai presupposti che ne giustificano l'adozione»[68]) sembra possibile spingersi oltre e sostenere che il carattere normativo anziché provvedimentale del decreto legge gravi il Governo di uno specifico obbligo motivazionale. Qualora il Governo, allontanandosi dal modello disegnato dalla Costituzione, ritenga necessario adottare un decreto legge generale e astratto, il medesimo decreto dovrebbe sempre contenere – magari nel preambolo – un'esplicita motivazione circa le ragioni emergenziali che giustificano tale scelta[69]. Se con riguardo alle leggi formali ordinarie configurare un obbligo di motivazione

[64] Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 23.1. del *Considerato in diritto*.

[65] Sulla variabilità dei contenuti in riferimento alle diverse ipotesi emergenziali cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 834 e segg.

[66] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15.1. del *Considerato in diritto*.

[67] Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 125 e segg.

[68] Così A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 157, richiamando l'impostazione seguita da C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 135 e segg.

[69] Cfr. M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, cit., 196 e segg.

formale è, senza dubbio, più complicato[70], con riguardo ai decreti legge (atti, si ricorda per scrupolo, funzionali) detta prospettiva appare, senza dubbio, più praticabile[71].

Se, dunque, pare ragionevole ritenere che, con riguardo agli atti formalmente legislativi, a generare un qualche sospetto siano le leggi provvedimento e non le leggi norma, con riguardo ai decreti legge la situazione sembra capovolta. In questo caso, infatti, a generare un sospetto sono i decreti legge caratterizzati da un contenuto generale e astratto e non quelli a carattere provvedimentale. È, dunque, sui primi che la Corte costituzionale dovrebbe concentrare l'attenzione attraverso un sindacato particolarmente rigoroso, al fine di evitare che proprio dietro la generalità e l'astrattezza dei precetti si nasconda l'«evidente mancanza» dei presupposti che devono giustificare l'intervento emergenziale. Continuare a riferire l'espressione legge provvedimento anche ai decreti legge rappresenta una strategia argomentativa che non rende un buon servizio né alla chiarificazione dei significati riconducibili alla medesima espressione, né al rigore del sindacato giurisdizionale sui presupposti emergenziali che devono accompagnare, necessariamente, la produzione di ogni decreto legge.

[70] Per una ricostruzione dell'ampio dibattito intorno alla motivazione degli atti normativi cfr. M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 11 e segg.; S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Cedam, Padova, 2008, 140 e segg.; N. LUPO, *Spunti sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più "vincolato"*, in F. FERRARO e S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2018, 45 e segg.

[71] Cfr. C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 151 e segg.

IL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE NELL'INCENTIVARE LA DIFFUSIONE DEI PRINCIPI DI *BETTER REGULATION* NELLA REGOLAZIONE CONCORRENZIALE DEI MERCATI: LA SENTENZA N. 56 DEL 2020[*]

GABRIELE MAZZANTINI[**]

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'AIR nell'ordinamento italiano (cenni). – 2.1. Lo sviluppo della normativa sull'AIR. – 2.2. Gli ostacoli che rallentano la diffusione dell'AIR in Italia e l'obbligo di motivazione delle leggi. – 3. La Corte costituzionale e il vaglio di ragionevolezza delle norme che limitano l'iniziativa economica. – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 56/2020. – 4.1. La disciplina nazionale degli NCC. – 4.2. Il ricorso presentato dalla Regione Calabria. – 4.3. L'analisi della proporzionalità della disciplina statale sugli NCC. – 5. Conclusioni.

Abstract

In judgment No 56 of 2020, the Constitutional Court declared a rule governing the national market for rental with drivers to be constitutionally unlawful for breach of the principles of reasonableness and proportionality. This pronunciation is paradigmatic of the function of quality control of laws that can be carried out by the Consulta. At the same time, the judgment shows that a more effective application of the principles of better regulation, including the competition impact assessment, would allow the legislator to asses more effectively the effects of the rules introduced and to eliminate, during the legislative process, irrational and harmful provisions for competition and consumers.

Suggerimento di citazione

G. MAZZANTINI, *Il ruolo della Corte costituzionale nell'incentivare la diffusione dei principi di* better regulation *nella regolazione concorrenziale dei mercati: la sentenza n. 56 del 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2017. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Le opinioni espresse in questo contributo sono attribuibili esclusivamente all'Autore e non vincolano in nessun modo l'istituzione di appartenenza

[**] Funzionario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.
Contatto: gabriele.mazzantini@agcm.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

Nel 2010, Bernardo Mattarella scriveva: «L'AIR ["analisi d'impatto della regolazione", ndr.] è sicuramente uno strumento importante, che in altri paesi ha dato risultati apprezzabili: non nel senso di semplificare il diritto, ma almeno nel senso di non complicarlo inutilmente, evitando di introdurre costi eccessivi e di imporre ai cittadini e alle imprese adempimenti non necessari. Per quanto riguarda l'attività legislativa, però, essa risente non solo della lentezza con la quale è stata introdotta, ma anche della difficoltà di far valere le ragioni della razionalità legislativa, a fronte della frequente irrazionalità delle scelte politiche»[1].

A dieci anni di distanza, queste parole mantengono la loro attualità, nonostante l'Italia abbia intrapreso, oramai da diversi anni, un percorso volto al miglioramento della qualità della propria regolazione, che ha visto come ultimo atto l'adozione di un nuovo *Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione* (di seguito "Regolamento"), ritenuto migliorativo della precedente disciplina sull'AIR[2] e, in generale, considerato – almeno sulla carta – uno degli strumenti più avanzati in tema di *better regulation*[3] (vedi *infra*).

Al di là dei buoni propositi e dell'introduzione di strumenti idonei, almeno in linea teorica, a razionalizzare ed efficientare i processi regolatori, lo scenario nazionale resta caratterizzato dalla presenza di normative complesse, spesso stratificate ed in continuo divenire, che impongo a cittadini, ma anche a imprese ed operatori di mercato, sforzi interpretativi ed elevati e ripetuti costi di adeguamento. Anzi, proprio la regolazione dell'attività economica risulta essere, non da oggi[4], uno degli ambiti in cui si avverte in modo particolare l'esigenza di introdurre normative semplici, non ipertrofiche e stabili nel tempo, in modo da garantire agli attori che si confrontano sui mercati la possibilità di misurarsi in un'arena competitiva caratterizzata dalla certezza del diritto e dall'assenza di vincoli e restrizioni non necessarie.

In questa ottica, i numerosi interventi di *advocacy* realizzati annualmente[5]

[1] B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *I paper dell'Osservatorio AIR*, disponibile all'indirizzo: http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2010/10/Paper_Mattarella_MotivazioneAIR_sett2010.pdf., settembre 2010, p. 5.

[2] Il riferimento è al d.P.C.M. 11 settembre 2008, n. 170, *Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*.

[3] G. MAZZANTINI, N. RANGONE, *Strumenti (avanzati) di* better regulation *e realtà dei processi decisionali*, in G. MAZZANTINI, N. RANGONE (a cura di) *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2017-2018*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 20.

[4] G. BRUZZONE, *La regolazione intrusiva oggi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2002, p. 467-484.

[5] In particolare, gli interventi di *advocacy* realizzati dall'Autorità nel 2018 e nel 2019 sono stati, rispettivamente, 87 e 83 (cfr. AGCM, *Relazione sull'attività svolta nel 2018* e *Relazione sull'attività svolta nel 2019*, disponibili all'indirizzo: https://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali).

dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, Antitrust o AGCM) risultano paradigmatici, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo, delle numerose restrizioni che attanagliano – sia a livello nazionale, che regionale e locale – lo svolgimento dell'attività economica e che la stessa Autorità considera sproporzionate e ingiustificate.

Il concetto stesso di proporzione (*corrispondenza di misura fra due o più cose che siano fra loro legate funzionalmente o comunque in stretta relazione*[6]) – e, conseguentemente, quello di proporzionalità – che dovrebbe guidare il regolatore nel bilanciamento della tutela di più interessi rilevanti e fra loro confliggenti, è fortemente e inevitabilmente permeato di soggettività, tanto che quasi mai il punto di equilibrio delle tutele è un risultato "obbligato". In questo processo di bilanciamento, tuttavia, l'AIR consente al regolatore di acquisire informazioni rilevanti circa i costi e i benefici delle varie opzioni e di individuare quella che, nel complesso, minimizza i primi e massimizza i secondi; inoltre, consente di eliminare i costi "immotivati", vale a dire quelli che, non essendo controbilanciati da nessun beneficio, risultano "inutili" (poiché il loro sostenimento non porta a nessuna utilità aggiuntiva).

È questa una tipologia di costo che viene spesso stigmatizzata dall'Antitrust, che in molti dei propri interventi di *advocacy* mette in evidenza quelle restrizioni concorrenziali introdotte dal regolatore considerate non necessarie o, comunque, non proporzionate, anche in relazione all'eventuale necessità di tutelare altri interessi costituzionalmente rilevanti; in questi casi, in chiusura delle proprie segnalazioni, l'Antitrust suggerisce spesso al regolatore soluzioni alternative con un impatto concorrenziale più contenuto. Il tasso di successo di tali segnalazioni (considerando i casi di ottemperanza totale e parziale delle amministrazioni cui le stesse erano indirizzate) è stato, negli ultimi anni, di circa il 55%[7], grazie soprattutto ai pareri aventi ad oggetto normative non ancora entrate in vigore (il cui tasso di successo si attesta intorno al 70%), mentre ancora molto basso risulta il tasso di successo nei casi in cui la norma segnalata è già entrata in vigore (con tassi di successo compresi fra il 20% ed il 30%).

Questi dati dimostrano, in primo luogo, che gli interventi più efficaci – com'era lecito aspettarsi – sono quelli effettuati quando il processo normativo non è ancora giunto a compimento e, di conseguenza, hanno ad oggetto un testo di legge o di un atto amministrativo che non sono stati ancora fissati in modo definitivo; in secondo luogo, che un'AIR ben fatta dovrebbe essere finalizzata a reperire tutte le informazioni necessarie a valutare gli effetti della regolazione che si intende introdurre, compresi quelli sulla concorrenza, magari

[6] Voce "Proporzione", in vocabolario *on line* Treccani, disponibile all'indirizzo: https://www.treccani.it/vocabolario/proporzione/.

[7] Dati tratti dai periodici monitoraggi sull'attività di *advocacy* realizzati dall'AGCM, i cui risultati sono disponibili all'indirizzo: https://www.agcm.it/pubblicazioni/monitoraggio-advocacy.

attraverso una richiesta di parere all'Antitrust (come oggi esplicitamente previsto dal nuovo Regolamento, vedi *infra*).

Nei casi in cui la regolazione anticoncorrenziale sia già entrata in vigore, l'AGCM dispone, da qualche anno, di alcuni strumenti di intervento più incisivi, che consento di portare la violazione del diritto della concorrenza di fronte ad un giudice amministrativo (attraverso l'impugnazione degli atti amministrativi a seguito di un parere motivato *ex* art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, cui l'amministrazione non abbia dato seguito) o di fronte alla Consulta (attraverso un parere ai sensi dell'art. 22 della l. n. 287/1990 avente ad oggetto leggi regionali, rilasciato alla Presidenza del consiglio dei ministri, che può successivamente sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale). Riguardo, in particolare, gli esiti dei ricorsi promossi davanti al giudice delle leggi, emerge come in oltre l'80% dei casi le pronunce della Corte costituzionale siano state in linea con i rilievi mossi dall'AGCM e abbiano portato ad una declaratoria di incostituzionalità delle leggi oggetto di ricorso[8].

La Consulta, dunque, attraverso la tutela dei principi concorrenziali (*ex* art. 117, secondo c., Cost.) e, più in generale, attraverso il vaglio di ragionevolezza e proporzionalità delle norme che limitano la libertà di iniziativa economica (*ex* art. 3 e 41, Cost.), potrebbe svolgere un ruolo rilevante nell'incentivare il ricorso, da parte del legislatore nazionale, allo svolgimento di un'approfondita AIR e, in particolare, di un'accurata AIRC (analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza) delle norme che impattano sul livello concorrenziale dei mercati.

Il presente contributo si sofferma proprio sul ruolo che può svolgere il giudice delle leggi[9] nell'incentivare un corretto ed efficace svolgimento dell'AIR, specialmente per ciò che concerne gli atti di regolazione economica dei mercati. In particolare, nel prossimo paragrafo si tratteggeranno brevemente le fasi di sviluppo dell'AIR in Italia e gli elementi che hanno impedito una sua più ampia ed efficace diffusione all'interno dell'ordinamento nazionale, mentre nel terzo paragrafo si illustrerà il ruolo svolto dalla Corte costituzionale – quale soggetto chiamato ad effettuare un vaglio di ragionevolezza delle norme (nello specifico, quelle che regolamentano l'attività economica e la concorrenza) – nell'incentivare la diffusione di strumenti di *better regulation*; in particolare, sarà analizzata la sentenza n. 56/2020, avente ad oggetto alcune disposizioni relative alla

[8] Si veda, ad esempio, AGCM, *Esiti dell'attività di advocacy nel biennio 2016-2017*, disponibile all'indirizzo: https://www.agcm.it/dotcmsDOC/monitoraggio-advocacy/Advocacy%202016-2017%20aggiornamento%20maggio%202018-IT.pdf., giugno 2018, p. 12 ss.

[9] Sul controllo svolto dalla Corte costituzionale sulla razionalità delle disposizioni di legge, si veda M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè editore, Milano, 2011, p. 254 ss.; E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, in *Osservatorio sulle fonti 2007*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 51-75.

disciplina dell'attività di NCC (dichiarate, in parte, incostituzionali dalla Consulta, per violazione del principio di ragionevolezza), e le sue potenziali ricadute in termini di stimolo, per il legislatore, a ricorrere ad un più ampio utilizzo di strumenti finalizzati a migliorare la qualità delle norme. L'ultimo paragrafo contiene, infine, alcune riflessioni conclusive.

2. L'AIR nell'ordinamento italiano (cenni)

2.1 Lo sviluppo della normativa sull'AIR

Il legislatore nazionale si è dotato da tempo di strumenti di *better regulation*, fra i quali l'analisi di impatto della regolazione, allo scopo di migliorare l'efficacia e l'efficienza della propria produzione legislativa.

Come noto, l'obiettivo dell'AIR è quello di delineare, nel corso dell'istruttoria normativa, un percorso trasparente di analisi che, anche grazie ad evidenze empiriche, fornisca un supporto informativo che permetta di valutare l'opportunità dell'intervento regolatorio e i suoi contenuti; in particolare, l'AIR consente al regolatore di comparare diverse opzioni di intervento (compresa quella di "non intervento", che lascia in essere lo *status quo*) attraverso il raffronto degli effetti attesi, prodotti da ciascuna opzione sulle varie categorie di destinatari della regolazione.

Nell'Unione Europea, il tema della qualità della regolazione è stato introdotto dal Consiglio europeo di Edimburgo del dicembre 1992 e dalla pubblicazione del Libro bianco su "Crescita, competitività e occupazione".

Successivamente, la promozione dell'AIR a livello internazionale è dovuta all'OCSE che, fin dalla metà degli anni '90, si è adoperata per diffondere l'uso degli strumenti di *better regulation* presso tutti i Paesi ad essa aderenti; tali principi sono stati recepiti qualche anno dopo (1999) anche nell'ordinamento nazionale.

Dopo una fase di sperimentazione, introdotta dall'art. 5 della l. n. 50/1999, e attuata con due successive dir.P.C.M. (rispettivamente del 27 marzo 2000 e del 21 settembre 2001), l'art. 14 della l. n. 246/2005, ha fissato l'attuale regime dell'AIR e della VIR per le leggi, rinviando all'emanazione di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri l'individuazione delle tipologie sostanziali e dei casi di esclusione dell'AIR, nonché la definizione di criteri generali, di procedure e di modelli di AIR.

I primi regolamenti sull'AIR e sulla VIR sono stati adottati, rispettivamente, con d.P.C.M. n. 170 del 2008[10] e con d.P.C.M. n. 212 del 2009[11]; tali

[10] D.P.C.M. 11 settembre 2008, n. 170, *Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*.

[11] D.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212, *Regolamento recante disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre*

regolamenti sono stati successivamente sostituiti dal già ricordato d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, il quale ha ricondotto ad una la fonte normativa per entrambi gli strumenti di analisi, introducendo anche una disciplina organica per la consultazione pubblica[12]. A tale Regolamento è stato successivamente data attuazione attraverso l'adozione, nel 2018, di alcune Linee guida[13].

In particolare, in base a quanto disposto dal nuovo Regolamento del 2017, la disciplina dell'AIR si applica attualmente agli atti normativi del Governo, compresi gli atti normativi adottati dai singoli Ministri, ai provvedimenti normativi interministeriali e ai disegni di legge di iniziativa governativa[14] (i quali rappresentano la quasi totalità dei testi legislativi approvati, soprattutto nella forma dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge). Fra le principali novità, si segnala la previsione di casi di esclusione[15] e (se richiesta dall'amministrazione proponente) di casi di esenzione[16], che mirano ad esonerare le amministrazioni dalla realizzazione dell'AIR laddove le iniziative normative abbiano uno scarso impatto su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni. Fra i requisiti per cui può essere richiesta l'esenzione (se sussiste congiuntamente ad altri requisiti) dall'AIR si annovera la *limitata incidenza sugli assetti concorrenziali del mercato*.

L'AIR non è invece obbligatoria per i progetti di legge di iniziativa non governativa – e cioè del singolo parlamentare, o popolare – in quanto si è ritenuto

2005, n. 246.

[12] Per un commento, si rinvia a F. CACCIATORE, *Che cosa cambia nella normativa statale sulla* better regulation, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2018, p. 581-589.

[13] Dir. P.C.M 16 febbraio 2018, *Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione, in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169*.

[14] In base a quanto disposto dall'art. 5 del Regolamento.

[15] L'art. 6 del Regolamento prevede che l'AIR sia esclusa con riguardo a:

«a) disegni di legge costituzionale;

b) norme di attuazione degli statuti delle Regioni a statuto speciale;

c) disposizioni direttamente incidenti su interessi fondamentali in materia di sicurezza interna ed esterna dello Stato;

d) disegni di legge di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali;

e) norme di mero recepimento di disposizioni recate da accordi internazionali ratificati;

f) leggi di approvazione di bilanci e rendiconti generali;

g) testi unici meramente compilativi;

h) provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 17, commi 4-bis e 4-ter, della legge 23 agosto 1988, n. 400 e successive modificazioni».

[16] In base all'art. 7 del Regolamento, «l'Amministrazione proponente, in attuazione della disposizione di cui all'articolo 2, comma 3, richiede al DAGL l'esenzione dall'AIR in relazione al ridotto impatto dell'intervento, in presenza delle seguenti condizioni, congiuntamente considerate:

a) costi di adeguamento attesi di scarsa entità in relazione ai singoli destinatari, tenuto anche conto della loro estensione temporale;

b) numero esiguo dei destinatari dell'intervento;

c) risorse pubbliche impiegate di importo ridotto;

d) limitata incidenza sugli assetti concorrenziali del mercato.»

che sarebbe molto difficile per tali soggetti promotori elaborare la relazione AIR non essendo in possesso di informazioni, dati, *expertise* che invece sono (o, almeno, dovrebbero essere) a disposizione del Governo.

Tuttavia, l'art. 5, c. 2, della l. n. 50/1999, prevede che le Commissioni parlamentari competenti possano richiedere al Governo una relazione contenente l'AIR per schemi di atti normativi e progetti di legge (di qualsiasi iniziativa, quindi anche parlamentare e popolare) al loro esame, ai fini dello svolgimento dell'istruttoria legislativa.

Questa disposizione risulta allo stato sostanzialmente inattuata.

Allo stesso modo, si rileva come siano rimaste sostanzialmente inattuate le previsioni delle Circolari di identico contenuto adottate dal Presidenti delle Camere il 10 gennaio 1997 che prefigurano una sorta di analisi di impatto nel corso dell'*iter* legislativo parlamentare.

Alla Camera il contenuto della Circolare è stato riprodotto all'art. 79 del Regolamento, ma, anche in questo caso, la previsione viene elusa e l'istruttoria legislativa si svolge in maniera quasi sempre molto convulsa e contingentata.

Per ciò che concerne, più specificatamente, l'analisi dell'impatto delle nuove regolamentazioni sulla concorrenza, il nuovo Regolamento sull'AIR prevede, in primo luogo, che l'Amministrazione che avvia l'AIR debba comparare le varie opzioni regolatorie prese in considerazione valutandone, fra i vari effetti, quelli prodotti sulla concorrenza (art. 8, c. 2, lett. f, del Regolamento).

In secondo luogo, lo stesso Regolamento attribuisce all'AGCM un ruolo consultivo che non era previsto dalla precedente disciplina: all'art. 9, c. 4, si prevede infatti che: *per i disegni di legge governativi e i regolamenti*[17] *che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche, la relazione AIR è trasmessa dall'Amministrazione proponente al DAGL successivamente all'acquisizione del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'articolo 34, comma 5, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, unitamente a tale parere*[18].

Il parere deve essere acquisito dall'amministrazione proponente relativamente alla proposta finale dell'iniziativa regolatoria prima del suo invio al

[17] Il dettato normativo, richiamando l'art. 34 del d.l. n. 201/2011 (il c.d. "Salva Italia"), circoscrive gli atti per i quali è necessario acquisire il parere dell'AGCM (i disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche), rispetto al più ampio insieme di atti per i quali è richiesta l'AIR (gli atti normativi del Governo, compresi gli atti normativi adottati dai singoli Ministri, i provvedimenti normativi interministeriali e i disegni di legge di iniziativa governativa, ex art. 5, c. 1, del Regolamento).

[18] Sul punto, si evidenzia che, come rilevato anche dal Consiglio di Stato nel relativo parere (cfr. Cons. di Stato, sez. consultiva, parere n.1458/2017 del 19 giugno 2017), la formulazione corretta dell'articolo avrebbe dovuto essere *per i disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso o all'esercizio di attività economiche…*

DAGL per l'iscrizione all'o.d.g. del Consiglio dei Ministri[19].

Anche tale disposizione risulta essere, allo stato, sostanzialmente inattuata[20].

2.2 Gli ostacoli che rallentano la diffusione dell'AIR in Italia e l'obbligo di motivazione delle leggi

Come risulta dalle *Relazioni sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione*, curate annualmente dal DAGL, a circa venti anni dall'introduzione nell'ordinamento italiano dei primi principi e strumenti di *better regulation* l'AIR, o non viene svolta, oppure, laddove presente, viene quasi sempre realizzata con un approccio formalistico, alla pari di meri adempimenti di carattere burocratico, considerati ultimamente privi di una reale utilità[21], anche dalla Relazione sul 2019 risulta, ad esempio, che il 69% delle AIR relative ad atti diversi dai decreti legge è stata valutata dal DAGL come "non adeguata" e fatta oggetto di richiesta di integrazioni all'amministrazione proponente[22].

Il risultato è che l'efficacia delle analisi svolte si riduce inesorabilmente, interessando anche elementi basilari dell'analisi, fra cui proprio la stima degli effetti degli impatti delle nuove regolazioni introdotte nell'ordinamento: ancora, nell'ultima *Relazione al Parlamento sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione*[23] si sottolinea infatti come *La fase in cui permangono le maggiori difficoltà resta la valutazione degli impatti, sia generali, sia specifici, (riferiti cioè alla valutazione sulle PMI, alla concorrenza, agli oneri amministrativi e al c.d.* gold plating*): sebbene la descrizione degli effetti delle norme sia migliorata rispetto a quanto rilevato nel 2018, tale valutazione continua a essere solo di tipo qualitativo ed eccessivamente generica, sotto il profilo dell'esame dei presumibili effetti derivanti dai cambiamenti imposti (o indotti) dalla nuova regolazione, come pure sotto quello della chiara indicazione dei costi e dei benefici per le diverse categorie di destinatari*.

Le ragioni per cui l'AIR in Italia non viene ancora considerata un utile strumento che supporta il processo decisionale dei regolatori sono molteplici, tra cui la mancanza, ai livelli apicali delle amministrazioni centrali, di profili

[19] In linea teorica, non si può escludere che il parere dell'Autorità possa essere richiesto dall'amministrazione proponente addirittura nella fase di analisi delle varie opzioni potenzialmente attuabili (*ex* art. 8, c. 2, lett. g), nel momento in cui debba valutare i loro effetti sulla concorrenza.

[20] PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione* (Anno 2019), Roma, 2020, p. 37.

[21] SENATO DELLA REPUBBLICA, UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO, *L'incompiuta - La valutazione degli atti normativi in Italia: criticità, prospettive e buone pratiche*, Roma, 2018, p. 3.

[22] PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione al Parlamento sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione. Anno 2019*, cit., p. 17.

[23] PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione al Parlamento sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione. Anno 2019*, cit., p. 19.

professionali con una specifica formazione in materie quali l'economia, la statistica e la psicologia; la mancanza di dati e informazioni affidabili che permettano di effettuare stime precise riguardo agli effetti prodotti dalle regolazioni; la frammentarietà dei processi regolatori multilivello che, in molti settori, quali ad esempio quelli finanziari, vede la partecipazione di numerosi soggetti e Autorità di settore, a competenza nazionale e comunitaria; più di recente, la costante emergenza legata alla perdurante crisi economico-finanziaria, che ha portato spesso il legislatore ad avviare procedimenti legislativi connotati da necessità ed urgenza e che ha accentuato i problemi connessi alla mancanza di una seria programmazione legislativa.

A questi elementi se ne aggiunge uno più prettamente culturale, strettamente connesso all'obbligo di motivazione delle leggi, in base al quale il legislatore sarebbe pienamente libero di compiere le scelte che ritiene opportune – rispettando il solo argine della Costituzione – in forza dell'investitura ricevuta dal popolo, che lo rende libero dalla necessità di motivare le singole scelte compiute[24]. I documenti che accompagnano i disegni di legge governativi e che arricchiscono il corredo notiziale dei progetti, tra cui l'AIR, possono infatti essere utilizzati per rinvenire almeno parte della motivazione dell'atto legislativo cui si associano.

In particolare, l'AIR – prevedendo che il regolatore acquisisca informazioni funzionali alla comparazione dei diversi impatti delle varie opzioni regolatorie, allo scopo di selezionare quella ritenuta più efficace ed efficiente rispetto all'obiettivo perseguito – costituisce uno degli strumenti che aumentano il livello di trasparenza del processo di scelta compiuto dal legislatore. Come è stato precisato fin dalla prima *Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione dell'analisi di impatto della regolazione* (presentata il 13 luglio 2007), l'AIR non è funzionale soltanto alla *better regulation*, a individuare, cioè, il regime regolatorio volta per volta più appropriato a realizzare l'interesse generale, ma essa adempie anche ad un altro importante compito, che è quello di identificare chiaramente e rendere conoscibile tale interesse pubblico[25].

Un'attuazione efficace e consapevole dei principi dell'AIR presuppone pertanto il superamento della concezione secondo la quale le leggi, promanando da un'autorità pubblica direttamente investita dal popolo, non necessitano di motivazione.

In questa prospettiva, un ruolo chiave può essere svolto dai soggetti supervisori, vale a dire quelle istituzioni deputate a controllare, fra gli altri, che la regolazione risponda a precisi criteri procedurali e procedimentali, nonché ai

[24] Sulla ricognizione delle ragioni per cui le leggi non dovrebbero essere motivate, si rinvia a M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., p. 3.

[25] M. CARLI, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione degli atti regolatori*, in *Astrid Rassegna*, 103/2009, p. 1.

principi di ragionevolezza e proporzionalità (che costituiscono due cardini della *better regulation*), come nel caso dei giudici amministrativi, per ciò che concerne gli atti amministrativi (*in primis*, le delibere delle Autorità di regolazione) e della Corte costituzionale, per ciò che riguarda il controllo delle leggi.

3. La Corte costituzionale e il vaglio di ragionevolezza delle norme che limitano l'iniziativa economica

Se il rapporto fra giudici amministrativi e AIR è stato, negli ultimi anni, oggetto di alcuni approfondimenti[26], minore attenzione è stata rivolta alla funzione di controllo svolta dal giudice delle leggi sulla qualità della legislazione e all'incentivo che tale funzione può rappresentare all'applicazione dei principi di *better regulation* da parte del legislatore[27].

La violazione delle regole e dei principi sulla qualità della legislazione, come noto, non rappresenta di per sé un autonomo vizio di costituzionalità; tuttavia, lo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità delle norme condotto dalla Corte può essere considerato, con buona approssimazione, una sorta di valutazione del loro livello qualitativo[28].

In particolare, in questo lavoro concentreremo l'attenzione su una sentenza in cui la Consulta ha affrontato il tema della ragionevolezza e della proporzionalità delle restrizioni imposte dal legislatore alla concorrenza e alla libertà dell'iniziativa economica (sentenza n. 56/2020), offrendo qui di seguito una rapida disamina di altre pronunce più risalenti, ma ritenute particolarmente significative.

La prima sentenza in cui la Consulta opera un controllo di discrezionalità

[26] Si vedano, sul punto, i contributi di M. CAPPELLETTI in *L'Analisi di impatto e gli altri strumenti di regolazione*, 2013 e 2014, nonché i contributi di S. MORETTINI, in *L'Analisi di impatto e gli altri strumenti di regolazione*, anni 2015, 2016 e 2017-2018, disponibili all'indirizzo: https://www.osservatorioair.it/losservatorio/annuario/; inoltre, per ciò che riguarda più specificatamente l'AIRC, A. ARGENTATI (2016), *Analisi di impatto concorrenziale della regolazione e giudice amministrativo. TAR Lazio 6755/2016*, disponibile all'indirizzo: https://www.osservatorioair.it/analisi-di-impatto-concorrenziale-della-regolazione-e-giudice-amministrativo-tar-lazio-67552016/,7 novembre 2016.

[27] Per ciò che concerne il vaglio di proporzionalità delle leggi che hanno ricadute sulla finanza pubblica, si segnala M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare le proprie scelte*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: http://www.osservatoriosullefonti.it, 3/2017; più in generale, sul contributo della Corte alla qualità delle norme, si rinvia a E. LONGO, *Il contributo della Corte costituzionale alla qualità della normazione*, cit.; sulla qualità della legislazione regionale, si veda D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *le Regioni*, 2013, p. 828-840.

[28] A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in COCOZZA V., STAIANO S. (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Quaderni del "Gruppo di Pisa", Atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000, Giappichelli, Torino, vol. II, p. 842 ss.

del legislatore è comunemente individuata dalla dottrina come la sentenza n. 29/1957, in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a verificare se una normativa violasse la libertà di iniziativa economica privata o la disciplinasse nel rispetto dei fini dell'utilità sociale, *ex* art. 41 della Costituzione.

Più di recente, a seguito della riforma del Titolo V della costituzione e dell'introduzione nella Carta costituzionale del riferimento esplicito alla tutela della concorrenza, la Consulta ha affrontato in diverse occasione il tema della proporzionalità delle restrizioni alla concorrenzialità dei mercati; in particolare, in una pronuncia la Corte ha affermato che deve essere sottoposto al sindacato di costituzionalità *il fatto che i vari "strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi"* […]. *Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla "tutela della concorrenza" e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, "trasversale"* […], *poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi* […] *connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato*[29].

Successivamente, la Corte ha precisato, in modo più didascalico, che per verificare la ragionevolezza e la proporzionalità delle restrizioni alla concorrenza, *occorre svolgere un doppio livello di verifica: stabilire, innanzitutto, se l'intervento statale sia astrattamente riconducibile* […] *nei modi anzidetti, ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi; in secondo luogo, accertare se lo strumento utilizzato sia congruente rispetto al fine perseguito alla luce dei criteri di proporzionalità e della adeguatezza*.

In particolare, circa il secondo livello di verifica, la Consulta ha precisato che *il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale"* (…). *Siffatta ultima considerazione e l'ulteriore puntualizzazione che "eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale"* (…) *confermano che, in virtù dell'art. 41 Cost., sono ammissibili limiti della libertà d'iniziativa economica privata, purché giustificati dall'esigenza di tutelare*

[29] C. cost., 27 luglio 2004, n. 272.

interessi di rango costituzionale, ferma quella della congruità e proporzionalità delle relative misure, risultando in tal modo chiara la correlazione esistente tra tale parametro e l'art. 3 Cost.[30].

Infine, la Corte costituzionale ha aggiunto che esula dai suoi poteri *contrastare con una propria diversa valutazione la scelta discrezionale del legislatore circa il mezzo più adatto per conseguire un fine, dovendosi arrestare questo tipo di scrutinio alla verifica che il mezzo prescelto non sia palesemente sproporzionato*[31].

Nello specifico, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente legittima la disposizione che ha incluso tra i soggetti che non possono possedere, a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, una partecipazione al capitale di una società organismo di attestazione (SOA) quelli di cui all'art. 3, c. 1, lett. ff), e cioè gli *organismi di certificazione: gli organismi di diritto privato che rilasciano i certificati di conformità del sistema di gestione per la qualità conformi alle norme europee serie UNI EN ISO 9000*; poiché, infatti, il legislatore intende garantire che le SOA svolgano la loro attività garantendo indipendenza e imparzialità, *è conseguentemente ragionevole e proporzionata una disciplina* (…) *che mira a scongiurare una commistione (anche solo sostanziale) potenzialmente lesiva di detti requisiti e dell'esigenza di neutralità e trasparenza, che deve essere massima nel settore dei lavori pubblici*[32].

In un'altra pronuncia, la Consulta ha sottolineato che *sono pienamente giustificabili limiti più rigorosi nei confronti delle imprese operanti nel settore* [dell'attività di diffusione del pensiero attraverso il mezzo radiotelevisivo] *al fine di apprestare un'adeguata protezione ai valori primari connessi alla manifestazione del pensiero attraverso il mezzo televisivo* e che gli operatori di tale settore possono essere sottoposti *a limiti specifici, giustificati dall'esigenza di prevenire il pericolo che l'esercizio della libertà di scelta da parte dell'impresa possa arrecare pregiudizio al pluralismo e all'imparzialità dell'informazione televisiva*[33]. In questo ambito, è stato considerato costituzionalmente legittimo sottoporre la possibilità di avviare un'impresa radiotelevisiva all'ottenimento del rilascio di una concessione[34].

[30] C. cost., 22 maggio 2013, n. 94.

[31] C. cost., 14 giugno 2001, n. 190. In particolare, in quell'occasione la Corte costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale di una norma che prevedeva il divieto di esportazione dei materiali provenienti dalla escavazione delle vasche destinate all'acquacultura, a salvaguardia delle esigenze di ripristino ambientale, precisando che «È acquisito alla giurisprudenza costituzionale che al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 della Costituzione, non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente».

[32] C. cost., n. 94/2013.

[33] C. cost., 26 marzo 1993, n. 112.

[34] «Alla luce delle considerazioni ora svolte, anche il dubbio di legittimità costituzionale

La Corte costituzionale ha, inoltre, dichiarato l'illegittimità della norma che «*prescrive, ove gli stipulanti abbiano scelto la forma scritta del contratto, l'annotazione, a pena di nullità del contratto stesso, dei dati relativi al possesso dei requisiti di legge da parte dell'autotrasportatore sulla copia da consegnare al committente. L'irragionevolezza della norma è di tutta evidenza ove si consideri non soltanto che […] è privo di senso consentire alle parti di stipulare oralmente un contratto che, se stipulato in forma scritta, incorre in una radicale nullità per l'assenza (per giunta, in una copia) di certe, estrinseche annotazioni, ma anche che la sanzione della nullità prevista per l'assenza di quelle estrinseche annotazioni non è correlata ad alcun apprezzabile fine, ma costituisce "un eccesso del mezzo utilizzato rispetto al fine dichiarato della repressione dell'abusivismo*"[35]. Ad avviso della Corte, infatti, *il legislatore ben può, nella sua discrezionalità, prevedere requisiti formali del contratto se reputati idonei a contribuire al raggiungimento del fine perseguito, ma è altresì chiaro che il limite della non irragionevolezza è valicato quando viene dettata una disciplina che non solo non contribuisce a combattere il fenomeno dell'abusivismo, ma favorisce pratiche distorsive della concorrenza consentendo agevoli elusioni delle tariffe obbligatorie*.

Infine, la Consulta ha ritenuto proporzionata (e quindi costituzionalmente legittima) una normativa[36] che ha previsto la sospensione dei poteri a disposizione dell'Antitrust in materia di concentrazioni per favorire quella nel mercato dei servizi di volo aereo fra CAI e Alitalia, allo scopo di garantire la continuità di quest'ultima e *permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale*[37]. Ad avviso della Consulta,

prospettato [...] in riferimento all'art. 41 della Costituzione non è fondato, poiché il "principio della concessione" stabilito dalle disposizioni contestate non comporta un'irragionevole compressione della libertà d'iniziativa economica privata, ma sottopone quest'ultima a regole e a controlli, che, valutati anche in relazione alla loro ricaduta finale sulla libertà di manifestazione del pensiero, rispondono ai principi della riserva di legge e della certezza giuridica [...]. L'autorizzazione ex lege alla prosecuzione nell'attività di teletrasmissione [...], mentre non viola l'art. 3 della Costituzione, dal momento che non si rivela irragionevole alla luce della consistente diffusione delle emittenti radiotelevisive occorsa in via di fatto prima dell'entrata in vigore della legge n. 223 del 1990 [...], non si pone in contrasto neppure con l'art. 41 della Costituzione [...]»: C. cost. n. 112/1993.

[35] C. cost., 14 gennaio 2005, n. 7. Ad avviso della Corte costituzionale, «l'intento […] di combattere l'abusivismo, e con esso gravi distorsioni della concorrenza in un vitale settore dell'economia nazionale attraverso il "coinvolgimento" del committente, era vanificato da una disciplina che, di fatto, esentava sostanzialmente il committente da responsabilità e, anzi, gli consentiva, anche quando contraeva con un autotrasportatore in possesso dei requisiti di legge, di sottrarsi agevolmente all'applicazione di quella tariffa a forcella che, viceversa, costituiva l'unico strumento idoneo ad assicurare, contestualmente, una adeguata remunerazione all'autotrasportatore e uniformi condizioni di mercato».

[36] Il riferimento è all'art. 4, c. 4-*quinquies*, del d.l. n. 347/2003 (*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 39/2004, introdotto dall'art. 1, c. 10, del d.l. n. 134/2008 (*Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166/2008.

[37] C. cost., 22 luglio 2010, n. 270. Si legge nella pronuncia che: «Nella specie occorreva

infatti, *Questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica,* [...]*, ed in considerazione della gravità della congiuntura economica e della peculiarità del settore di riferimento, sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente*[38].

Più di recente, la Corte costituzionale ha avuto l'occasione di tornare sulla valutazione della ragionevolezza di norme che limitano la libertà di concorrenza, entrando nel merito della scelta compiuta dal legislatore riguardo al bilanciamento fra la tutela della libertà di iniziativa economica e quella di altri interessi costituzionalmente rilevanti. In particolare, con la sentenza n. 56/2020, descritta più nel dettaglio nel paragrafo successivo, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza di una norma che impone alle imprese di servizio di noleggio con conducente (di seguito anche NCC) una serie di vincoli organizzativi finalizzati a differenziare quel tipo di servizio da quello offerto dai taxi.

4. La sentenza della Corte costituzionale n. 56/2020

Con la sentenza n. 56/2020 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale di alcune norme di disciplina dell'attività di NCC, come modificata dall'art. 10-*bis* del d.l. n. 135/2018, convertito, con modificazioni, nella l. n. 12/2019[39]. La questione di legittimità costituzionale è stata promossa dalla Regione Calabria, la quale, tra gli altri, ha ravvisato nella disciplina oggetto di impugnazione la violazione dell'art. 117, c. secondo, lett. e), e quarto, della Costituzione[40].

fronteggiare una situazione di gravissima crisi di un'impresa (come dimostra la sottoposizione della medesima all'amministrazione straordinaria), che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità (circostanza, quest'ultima, espressamente condivisa dai rimettenti), peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti».

[38] Per un commento critico alla pronuncia, si rinvia a L. STECCHETTI, G. AMARETTI, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2010, p. 459-468.

[39] Il giudizio di costituzionalità ha riguardato, nello specifico, l'art. 10-*bis*, c. 1, lettere a), b), e) e f), e c. 6, 7, 8 e 9, del d.l. n. 135/2018 (*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*), convertito, con modificazioni, nella l. n. 12/2019.

[40] In particolare, la Regione Calabria «lamenta la violazione del riparto di competenze tra lo Stato e le regioni e segnatamente la violazione dell'art. 117, commi secondo, lettera e), e quarto, della Costituzione. La dettagliata disciplina descritta invaderebbe la competenza regionale residuale in materia di trasporto pubblico locale e in ogni caso, anche volendo ricondurre l'intervento legislativo alla competenza statale "trasversale" in materia di «tutela della concorrenza», non rispetterebbe i criteri di adeguatezza e di proporzionalità che devono essere rispettati nel suo esercizio».

4.1 La disciplina nazionale degli NCC

L'attività di NCC è regolata dalla l. n. 21/1992 (*Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*); il testo originario della legge è stato modificato prima dall'art. 29, c. 1-*quater*, del d.l. n. 207/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 14/2009, e, successivamente, dall'art. 10-*bis* del d.l. n. 135/2018, oggetto del ricorso promosso dalla Regione Calabria.

La l. 21/1992 identifica gli autoservizi pubblici non di linea in «*quelli che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea […] e che vengono effettuati, a richiesta dei trasportati o del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta*», precisando che «*costituiscono autoservizi pubblici non di linea*» i servizi di taxi e di NCC (art. 1).

Gli artt. 2 e 3 descrivono e disciplinano le caratteristiche di tali servizi.

Il servizio di taxi è rivolto a «*una utenza indifferenziata*», che richiede la prestazione in modo diretto grazie allo stazionamento in luogo pubblico dei mezzi, che devono essere distinguibili dagli altri autoveicoli; gli organi competenti fissano le tariffe e stabiliscono anche le modalità del servizio; il prelevamento dell'utente ovvero l'inizio del servizio «*avvengono all'interno dell'area comunale o comprensoriale*»; in tali aree «*la prestazione del servizio è obbligatoria*» (art. 2).

Il servizio di NCC, si rivolge invece a una «*utenza specifica*», che «*avanza, presso la sede o la rimessa, apposita richiesta per una determinata prestazione a tempo e/o viaggio anche mediante l'utilizzo di strumenti tecnologici*»; i mezzi non possono stazionare sulla pubblica via, ma all'interno delle apposite rimesse. La sede operativa del vettore e almeno una rimessa «*devono essere situate nel territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione*», anche se viene riconosciuta al vettore la possibilità «*di disporre di ulteriori rimesse nel territorio di altri comuni della medesima provincia o area metropolitana in cui ricade il territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione, previa comunicazione ai comuni predetti*» (art. 3).

Ai titolari delle autorizzazioni NCC è inoltre imposto di ricevere nuove prenotazioni presso la rimessa o la sede e di iniziare e terminare ogni singolo servizio presso le rimesse medesime, nonché di compilare e tenere un «*foglio di servizio in formato elettronico*» riportante i dati del servizio svolto.

Si prevede inoltre che «[i]*l prelevamento e l'arrivo a destinazione dell'utente possono avvenire anche al di fuori della provincia o dell'area metropolitana in cui ricade il territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione*», rendendo quindi possibile svolgere il servizio di NCC senza limiti territoriali (art. 11). Infine, il servizio di NCC non prevede né obblighi tariffari, in quanto il corrispettivo è liberamente concordato, né di prestazione, visto che la richiesta di

trasporto può essere rifiutata.

Come già accennato, la disciplina del servizio di NCC contenuta nella l. n. 21/1992 è stata oggetto nel tempo di molteplici interventi; ci limiteremo a ricordare, di seguito, le modifiche che hanno interessato in modo specifico gli aspetti relativi all'organizzazione del servizio.

In primo luogo, nel 2008 sono stati resi più stringenti i vincoli territoriali, aumentando anche i controlli sul loro rispetto e le sanzioni in caso di violazione[41]. In particolare, ai prestatori dei servizi di NCC è stato imposto l'obbligo di avere la sede e la rimessa esclusivamente nel territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione; l'obbligo di iniziare ogni singolo servizio dalla rimessa e di ritornarvi al termine del servizio; l'obbligo di compilare e tenere il "foglio di servizio"; l'obbligo di sostare, a disposizione dell'utenza, esclusivamente all'interno della rimessa. È stato inoltre confermato l'obbligo – già previsto dalla l. n. 21/1992 – di effettuazione presso le rimesse delle prenotazioni di trasporto.

Questa disciplina, tuttavia, non è rimasta in vigore per molto tempo in quanto l'efficacia dell'art. 29, c. 1-*quater*, è stata dapprima sospesa sino al 31 marzo 2010 in attesa della ridefinizione della disciplina dettata dalla l. n. 21/1992[42]; successivamente, alla luce della mancanza di tale «ridefinizione», il legislatore ha demandato a un decreto ministeriale, previa intesa con la Conferenza unificata, l'adozione di «*urgenti disposizioni attuative, tese a impedire pratiche di esercizio abusivo del servizio di taxi e del servizio di noleggio con conducente o, comunque, non rispondenti ai principi ordinamentali che regolano la materia*» e di indirizzi generali per l'attività di programmazione e pianificazione delle regioni ai fini del rilascio dei titoli autorizzativi da parte dei comuni[43]. Anche tali misure, nonostante il termine per la loro adozione sia stato più volte prorogato, non sono mai state emanate.

Da ultimo, l'art. 10-*bis* del d.l. n. 135 del 2018 (che apporta modifiche al c. 4 dell'art. 11 della l. n. 21/1992)[44], pur mantenendo in essere alcuni vincoli

[41] Cfr. l'art. 29, c. 1-*quater*, del d.l. n. 207/2008.

[42] Cfr. l'art. 7-*bis* del d.l. n. 5/2009, (*Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario*), convertito, con modificazioni, nella l. n. 33/2009.

L'art. 10-*bis* del d.l. n. 135/2018, oggetto di impugnazione in questa sede, ha letteralmente e integralmente riprodotto le modifiche che, prima della scadenza dell'ultima proroga, erano state portate alla l. n. 21/1992 dall'art. 1 del d.l. n. 143/2018 (*Disposizioni urgenti in materia di autoservizi pubblici non di linea*), non convertito.

[43] Cfr. l'art. 2, c. 3, del d.l. n. 40/2010 (*Disposizioni urgenti tributarie e finanziarie in materia di contrasto alle frodi fiscali internazionali e nazionali operate, tra l'altro, nella forma dei cosiddetti «caroselli» e «cartiere», di potenziamento e razionalizzazione della riscossione tributaria anche in adeguamento alla normativa comunitaria, di destinazione dei gettiti recuperati al finanziamento di un Fondo per incentivi e sostegno della domanda in particolari settori*), convertito, con modificazioni, nella l. n. 73/2010.

[44] Tale articolo ha letteralmente riprodotto le modifiche che, prima della scadenza dell'ultima

territoriali all'offerta del servizio di NCC, ha introdotto alcuni elementi di maggiore flessibilità organizzativa, consentendo al vettore di disporre di più rimesse situate in più comuni e di stazionare dunque in luoghi diversi, anche se sempre all'interno della provincia o dell'area metropolitana in cui ricade il comune che ha rilasciato l'autorizzazione[45].

In particolare, la nuova disciplina (art. 10-*bis*, lettera e, del d.l. n. 135 del 2018) prevede che «*le prenotazioni di trasporto per il servizio di noleggio con conducente sono effettuate presso la rimessa o la sede, anche mediante l'utilizzo di strumenti tecnologici*» e che l'inizio e il termine di ogni singolo servizio di NCC devono avvenire presso le rimesse situate all'interno della provincia, con ritorno alle stesse, mentre «[i]*l prelevamento e l'arrivo a destinazione dell'utente possono invece avvenire anche al di fuori della provincia o dell'area metropolitana in cui ricade il territorio del Comune che ha rilasciato l'autorizzazione*».

Rispetto al vincolo imposto dalla previgente disciplina – che imponeva che l'inizio ed il termine di ogni singolo servizio di NCC dovessero avvenire presso la rimessa, situata nel comune che ha rilasciato l'autorizzazione, con ritorno alla stessa – la nuova normativa allarga la sfera di potenziale operatività alla dimensione provinciale (o di area metropolitana), in coerenza con la possibilità di disporre di ulteriori rimesse situate in altri comuni della provincia (o dell'area metropolitana) di riferimento.

La nuova disciplina mantiene anche l'obbligo del "foglio di servizio", ma ne impone la compilazione e la tenuta *in formato elettronico*, demandando la definizione delle specifiche tecniche a un decreto Ministeriale; nelle more dell'approvazione di tale decreto, il foglio di servizio è sostituito da una versione cartacea.

Un ulteriore alleggerimento dei vincoli organizzativi è quello che permette ai fornitori del servizio di NCC di iniziare un nuovo trasporto anche senza il rientro in rimessa nel caso di più prenotazioni, oltre la prima, risultanti dal foglio di servizio, «*con partenza o destinazione all'interno della provincia o dell'area metropolitana in cui ricade il territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione*» (cfr. l'art. 10-*bis*, lettera f , del d.l. n. 135 del 2018, che inserisce, dopo il c. 4 dell'art. 11 della l. 21/1992, i c. 4-*bis* e 4-*ter*)[46].

proroga, erano state portate alla l. n. 21/1992 dall'art. 1 del d.l. n. 143/2018 (*Disposizioni urgenti in materia di autoservizi pubblici non di linea*), non convertito.

[45] Fanno eccezione, *in ragione delle specificità territoriali e delle carenze infrastrutturali*, la Sicilia e la Sardegna, in cui *l'autorizzazione rilasciata in un comune della regione è valida sull'intero territorio regionale* e i vettori NCC, che devono avere *la sede operativa e almeno una rimessa* entro il territorio regionale (non già solo comunale), in tale stesso ambito possono stazionare con il mezzo, ricevere le richieste e iniziare e terminare ogni singolo servizio.

[46] Una deroga più ampia è prevista a favore dei vettori operanti in Sicilia e Sardegna, per i quali *partenze e destinazioni possono ricadere entro l'intero territorio regionale*.

4.2 Il ricorso presentato dalla Regione Calabria

Nel ricorso davanti alla Consulta, la Regione Calabria ha contestato la disciplina del servizio di noleggio con conducente introdotta con legge statale, in quanto lesiva della materia "tutela della concorrenza" (art. 117, secondo c., lett. e) Cost.) e del principio secondo cui *Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato* (art. 117, quarto c., Cost.).

La Corte, nella sua pronuncia, ha precisato di aver considerato il riferimento alla materia "tutela della concorrenza", contenuto nel ricorso, *come operato al fine di dimostrare che le norme impugnate non possono essere ricondotte a quell'ambito di competenza statale esclusiva, e non come parametro dedotto a fondamento dell'impugnazione: ciò che la renderebbe inammissibile, non essendo concesso alla regione di dedurre, a fondamento di un proprio ipotetico titolo di intervento, una competenza primaria riservata in via esclusiva allo Stato, neppure quando essa si intreccia con distinte competenze di sicura appartenenza regionale* (ex plurimis*, sentenze n. 114 del 2017, n. 202 del 2016 e n. 116 del 2006).*

In particolare, la competenza regionale che, secondo la Regione Calabria, verrebbe ad essere compressa dalla normativa impugnata, è quella relativa alla regolazione del trasporto pubblico locale, che, anche successivamente alla riforma del Titolo V Cost., continua ad essere materia regionale, transitata nell'ambito della competenza regionale residuale di cui all'art. 117, quarto c., Cost[47].

Ad avviso della Consulta, *L'esistenza di una competenza regionale avente ad oggetto anche il trasporto pubblico locale non di linea autorizza dunque la Regione ricorrente a impugnare le disposizioni statali che incidono sull'oggetto della sua competenza, ove essa ritenga che le sue attribuzioni nella materia siano state lese*.

Allo stesso tempo, lo Stato può regolare le modalità di esercizio del servizio di NCC esercitando la competenza esclusiva in materia di «tutela della concorrenza» prevista all'art. 117, secondo c., lettera e), Cost.; infatti, *la natura «trasversale» e il carattere «finalistico» della tutela della concorrenza* – più volte ribadita dalla Consulta – fanno sì che essa assuma *carattere prevalente e fung*[a] *da limite alla disciplina che le regioni possono dettare nelle materie di loro competenza, concorrente o residuale, potendo influire su queste ultime fino a incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro cui si estendono, sia pure nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi alla cui garanzia la competenza statale esclusiva è diretta*[48].

[47] Cfr., *ex multis*, C. cost., 27 giugno 2018, n. 137; C. cost., 19 aprile 2018, n. 78; C. cost., 17 febbraio 2016, n. 30; C. cost., 21 dicembre 2007, n. 452; più di recente, con specifico riferimento al settore del "servizio pubblico di trasporto, di linea e non di linea", C. cost., 11 gennaio 2019, n. 5.

[48] Cfr., *ex plurimis*, le sentenze della C. cost., 21 gennaio 2016, n. 287; C. cost. 13 gennaio 2014,

La Regione Calabria, nel suo ricorso, non ha messo in dubbio che la propria potestà legislativa in materia di trasporto pubblico locale possa essere limitata in ragione dell'intervento statale a tutela della concorrenza, quanto che la normativa censurata *sia effettivamente riconducibile alla tutela della concorrenza in quanto* (…) *non sarebbe affatto diretta a tale fine e mirerebbe anzi a comprimere il mercato del trasporto pubblico non di linea esercitato con NCC*. Qualora la Corte costituzionale avesse optato per ritenere la normativa statale come riconducibile alla tutela della concorrenza, ad avviso della Regione Calabria le disposizioni non avrebbero comunque superato il vaglio di costituzionalità a causa della loro sproporzione e del superamento dei limiti entro i quali il legislatore statale, nell'esercizio di una competenza trasversale, può incidere in ambiti assegnati alla potestà regionale.

Nella sua pronuncia, la Corte riconduce effettivamente la normativa alla materia "tutela della concorrenza" nella sua declinazione comunitaria, che contempla anche le misure legislative che mirano alla promozione e alla diffusione dei principi di concorrenza, in linea con un numero ormai elevato di precedenti[49]; come è stato sottolineato, tuttavia, in questo caso *è una normativa statale a essere oggetto di censura e, pertanto, l'aspetto centrale della decisione non riguarda la spettanza, o meno, della competenza a disciplinare la materia in capo allo Stato (si potrebbe dire: l'*an*), bensì la ragionevolezza e la proporzione delle previsioni normative poste dallo Stato (il* quomodo*)*[50].

Il caso di specie può essere dunque ricondotto a quelli in cui si applica il principio della "ridondanza", il quale costituisce un'eccezione alla nota regola per cui le Regioni, nell'ambito dei ricorsi in via diretta da esse attivati, possono lamentare solo eventuali violazioni relative al riparto di competenze, e non ogni

n. 2; C. cost., 19 dicembre 2012, n. 291; C. cost., 7 febbraio 2012, n. 18; C. cost., 21 aprile 2011, n. 150; C. cost., 8 ottobre 2010, n. 288; C. cost., 18 febbraio 2010, n. 52; C. cost., 21 dicembre 2007, n. 452; C. cost., 14 dicembre 2007, n. 431; C. cost., 14 dicembre 2007, n. 430; C, cost., 23 novembre 2007, n. 401; C. cost., 3 marzo 2006, n. 80.

[49] Come noto, «Essa comprende, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza "nel mercato"), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza "per il mercato")» (ex plurimis, sentenza n. 137 del 2018)»: C. cost., 26 marzo 2020, n. 56.

[50] «In altri termini, pur trattandosi di un giudizio in via principale, il vero thema decidendum consiste in un'actio finium regundorum della competenza statale alla luce del principio di proporzionalità e non fra le potestà legislative nazionale e regionale. D'altronde, è palese che l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale concernente l'obbligo di rientro in rimessa da parte del vettore NCC non espande in alcun senso la competenza regionale in materia»: P. COLASANTE (2020), *Il punto di equilibrio nella tutela della concorrenza: la Corte rende più labili i confini fra i servizi taxi e di noleggio con conducente*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020, p. 8.

tipo di vizio come invece può fare lo Stato[51]; i questi casi, la Consulta riconosce alle Regioni *un duplice interesse a ricorrere: particolare, perché finalizzato «a produrre l'annullamento di un provvedimento con effetti negativi rispetto alle loro attribuzioni», e generale, dacché mira «al rispetto da parte del legislatore statale delle altre norme costituzionali»*.[52]

Con la disciplina del servizio di NCC, oggetto del ricorso, il legislatore statale individua il *punto di equilibrio tra il libero esercizio dell'attività di NCC – che si colloca a sua volta nel suo proprio mercato – e l'attività di trasporto esercitata dai titolari di licenze per taxi*. In particolare, ad avviso della Corte la necessità di disciplinare in modo diretto e dettagliato gli aspetti organizzativi dello svolgimento del servizio di NCC sono giustificate dall'obiettivo di assicurarne l'effettiva destinazione a un'utenza specifica e non indifferenziata e a evitare interferenze con il servizio di taxi, rafforzando, tramite il contrasto dei diffusi comportamenti abusivi presenti nel settore, un assetto di mercato definito con norme in cui si esprime il bilanciamento tra la libera iniziativa economica e gli altri interessi in gioco.

L'intervento del legislatore statale intende quindi garantire che la sintesi fra tutti questi interessi trovi un punto di equilibrio uniforme su tutto il territorio nazionale, garantendo l'esistenza di condizioni di mercato omogenee che potrebbero, al contrario, venire meno laddove si lasciasse la possibilità alle singole Regioni di introdurre condizioni di svolgimento del servizio di NCC territorialmente differenziate.

In questa complessa opera di bilanciamento deve essere inserita anche la previsione del vincolo di ubicazione in ambito provinciale (o di area metropolitana) delle ulteriori rimesse consentite in aggiunta alla prima[53]. Il legislatore statale ha così ritenuto che il territorio provinciale costituisca la dimensione

[51] «Per compensare questa evidente «asimmetria esistente fra Stato e regioni nel giudizio in via principale», la Corte ha ampliato le maglie dell'ammissibilità consentendo alle regioni di proporre questioni di legittimità costituzionale per violazione di parametri diversi da quelli competenziali, purché le lamentate violazioni "ridondino" in negativo sulle stesse attribuzioni regionali»: F. LUCIANÒ, *La nuova disciplina in materia di taxi e NCC alla prova della Corte costituzionale, tra tutela della concorrenza e vizi in ridondanza. Nota alla sentenza n. 56 del 2020*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 23 settembre 2020, p. 104.

[52] «Nella sentenza n. 220 del 2013 la ridondanza è stata delineata dalla Corte come un argomento che le regioni possono addurre qualora la disposizione statale impugnata, potenzialmente lesiva di disposizioni costituzionali diverse da quelle inerenti al riparto di competenze, incida in negativo sulle competenze regionali, indipendentemente dal fatto che vi sia una violazione diretta del riparto medesimo. La valutazione di ammissibilità della Corte si traduce, dunque, in una verifica in ordine all'incidenza o meno, anche potenziale ma sufficientemente motivata, della lamentata violazione sui parametri competenziali»: F. LUCIANÒ, *La nuova disciplina in materia di taxi e NCC alla prova della Corte costituzionale, tra tutela della concorrenza e vizi in ridondanza. Nota alla sentenza n. 56 del 2020*, cit., p. 105.

[53] Come previsto dall'art. 3, c. 3, secondo periodo, della l. n. 21/1992, come sostituito dall'art. 10-*bis*, c. 1, lett. b), impugnato dalla ricorrente.

organizzativa ottimale del servizio di NCC, cui è stata attribuita una vocazione locale; tale servizio, benché possa essere svolto senza vincoli territoriali di prelevamento e di arrivo a destinazione dell'utente[54], ha come finalità quella di soddisfare, in via complementare e integrativa, le esigenze di trasporto delle singole comunità, alla cui tutela è preposto il comune che rilascia l'autorizzazione.

4.3 L'analisi della proporzionalità della disciplina statale sugli NCC

Dopo aver stabilito che l'intervento statale, per i suoi contenuti e la sua funzione, costituisce espressione della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza ex art. 117, secondo c., lettera e), Cost., la Corte è chiamata a *verificare se la scelta adottata in concreto, con la previsione degli obblighi gravanti sui vettori NCC su cui si incentrano le censure della ricorrente, sia adeguata e proporzionata rispetto all'obiettivo prefissato*.

Tale passaggio rappresenta uno dei maggiori elementi di novità e rilevanza della pronuncia della Consulta.

Negli ultimi anni, e proprio in relazione ai servizi di trasporto, la Corte costituzionale si era già soffermata sulla legittimità costituzionale di norme in cui il legislatore statale aveva effettuato un bilanciamento di vari interessi fra loro confliggenti, tra cui la tutela della concorrenza; due di questi casi sono richiamati nella stessa pronuncia.

In particolare, scrutinando una disposizione di legge regionale proprio in tema di noleggio di autobus con conducente[55], la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che *lo Stato, esercitando in tale ambito la propria competenza esclusiva per la tutela della concorrenza, ha inteso «definire il punto di equilibrio fra il libero esercizio dell'attività di trasporto e gli interessi pubblici interferenti con tale libertà (art. 1, comma 4, della legge n. 218 del 2003). Il bilanciamento così operato – fra la libertà di iniziativa economica e gli altri interessi costituzionali –, costituendo espressione della potestà legislativa statale nella materia della "tutela della concorrenza", definisce un assetto degli interessi che il legislatore regionale non è legittimato ad alterare (sentenza n. 80 del 2006)» (sentenza n. 30 del 2016). Tale bilanciamento, nel cui ambito la valutazione degli interessi confliggenti deve essere intesa sempre in senso sistemico, complessivo e non frazionato, può dunque condurre a un esito in forza del quale la tutela della concorrenza «si attua anche attraverso la previsione e la correlata disciplina delle ipotesi in cui viene eccezionalmente consentito di apporre dei limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche*[56].

[54] Cfr. art. 11, c. 4, terzo periodo, della l. n. 21/1992, come sostituito dall'art. 10-*bis*, c. 1, lett. e).

[55] Il servizio è disciplinato dalla l. n. 218/2003 recante *Disciplina dell'attività di trasporto di viaggiatori effettuato mediante noleggio di autobus con conducente*.

[56] C. cost., 17 febbraio 2016, n. 30 del 2016, che richiama C. cost., 14 marzo 2014, n. 49.

Successivamente, la Corte ha ribadito tale orientamento in una sentenza avente ad oggetto un'altra legge regionale che definiva il novero dei soggetti abilitati a operare nel settore dei trasporti di persone con le nuove modalità consentite dai supporti informatici e riservava in via esclusiva tali attività alle categorie abilitate a prestare i servizi di taxi e di NCC; anche in quell'occasione, la Corte ha precisato che «*rientra nella competenza legislativa esclusiva statale per la tutela della concorrenza definire i punti di equilibrio fra il libero esercizio d[elle] attività [economiche] e gli interessi pubblici con esso interferenti*»[57].

In nessuno di questi precedenti, tuttavia, la Corte è entrata nel merito della valutazione compiuta del legislatore e ha messo in discussione l'esito finale dell'attività di bilanciamento dei vari interessi in gioco, vagliando la proporzionalità e l'adeguatezza della soluzione individuata.

Ad avviso della Consulta, in questo caso tutte le norme, tranne una, superano il vaglio di proporzionalità, il quale, come viene ricordato nella stessa pronuncia, *richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi (ex plurimis, sentenze n. 137 del 2018 e n. 272 del 2015)*.

Fra le disposizioni che superano il test di proporzionalità figura, ad esempio, quella che prevede l'obbligo di ricevere le richieste di prestazioni e le prenotazioni presso la rimessa o la sede, anche con l'utilizzo di strumenti tecnologici, e l'obbligo di compilare e tenere un "foglio di servizio" (art. 11, c. 4, quarto, quinto e sesto periodo, della l. n. 21/1992, come sostituito dall'art. 10-*bis*, c. 1, lett. e), le quali, ad avviso della Corte, *costituiscono misure non irragionevoli e non sproporzionate*[58].

Al contrario, la *verifica di adeguatezza e proporzionalità dell'intervento statale dà invece esito negativo quanto alla previsione dell'obbligo di iniziare e terminare ogni singolo servizio di NCC presso le rimesse, con ritorno alle stesse, ai sensi di quanto previsto dal secondo periodo del comma 4 dell'art. 11, della legge n. 21 del 1992, come sostituito dall'art. 10-bis, comma 1, lettera e), del d.l. n. 135 del 2018*.

Con i vincoli imposti all'attività di NCC, il legislatore intende, fra le altre

[57] C. cost., 15 dicembre 2016, n. 265.

[58] «Esse appaiono infatti per un verso adeguate ad assicurare l'effettività del fondamentale divieto per i vettori NCC di rivolgersi a un'utenza indifferenziata senza sottostare al regime del servizio pubblico di piazza, e per altro verso impositive di un onere a carico dei vettori NCC rapportato alle caratteristiche del servizio offerto – che presuppone pur sempre un'apposita e nominativa richiesta di prestazione – e non eccessivamente gravoso, essendo possibile farvi fronte senza un aggravio dell'organizzazione dell'azienda, che presuppone comunque la necessità di una sede o di una rimessa come base dell'attività aziendale»: C. cost., 26 marzo 2020, n. 56.

cose, ridurre gli incentivi a compiere abusi da parte degli operatori del settore, i quali, come già disposto dall'originaria normativa del 1992, non possono offrire il servizio con modalità che si pongono in competizione diretta con gli operatori che offrono il servizio taxi (ad esempio, rivolgendo il servizio di trasporto ad una utenza indifferenziata anziché ad una specifica selezionata *ex ante* mediante prenotazione). Se da un lato, quindi, *l'estrema facilità con cui possono essere commessi abusi nel settore del trasporto pubblico locale non di linea e, per converso, l'estrema difficoltà dei controlli e di conseguenza della repressione delle condotte* (…) *giustificano l'adozione di misure rigorose dirette a prevenire la possibilità di abusi*, dall'altro, ad avviso della Consulta, il rigido vincolo imposto dal legislatore si risolve in un aggravio organizzativo e gestionale irragionevole: tale vincolo, infatti, *obbliga il vettore, nonostante egli possa prelevare e portare a destinazione uno specifico utente in ogni luogo, a compiere necessariamente un viaggio di ritorno alla rimessa "a vuoto" prima di iniziare un nuovo servizio. La prescrizione non è solo in sé irragionevole – come risulta evidente se non altro per l'ipotesi in cui il vettore sia chiamato a effettuare un servizio proprio dal luogo in cui si è concluso il servizio precedente – ma risulta anche sproporzionata rispetto all'obiettivo prefissato di assicurare che il servizio di trasporto sia rivolto a un'utenza specifica e non indifferenziata, in quanto travalica il limite della stretta necessità, considerato che tale obiettivo è comunque presidiato dall'obbligo di prenotazione presso la sede o la rimessa e da quello* (…) *di stazionamento dei mezzi all'interno delle rimesse (o dei pontili d'attracco)*.

Ad avviso della Consulta, neppure è individuabile un inscindibile nesso funzionale tra il ritorno alla rimessa e le modalità di richiesta o di prenotazione del servizio presso la rimessa o la sede «*anche mediante l'utilizzo di strumenti tecnologici*»[59]. La Corte, sul punto, ha messo in evidenza come *La necessità di ritornare ogni volta alla sede o alla rimessa per raccogliere le richieste o le prenotazioni colà effettuate può essere evitata, senza che per questo si creino interferenze con il servizio di piazza, proprio grazie alla possibilità, introdotta dalla stessa normativa statale in esame, di utilizzare gli strumenti tecnologici, specie per il tramite di un'appropriata disciplina dell'attività delle piattaforme tecnologiche che intermediano tra domanda e offerta di autoservizi pubblici non di linea*[60].

Da ultimo, la Corte sottolinea come il *carattere sproporzionato della misura non è superato – ma solo attenuato, rispetto alla previgente disciplina più restrittiva dettata dall'art. 29, comma 1-quater, del d.l. n. 207 del 2008 – dalla possibilità concessa al vettore di utilizzare, per l'inizio e il termine del servizio, una*

[59] Come previsto agli artt. 3, c. 1, e 11, c. 4, primo periodo, della l. n. 21/1992, nel testo risultante dalle modifiche introdotte al c. 1, lett. a) ed e), dell'art. 10-*bis*.

[60] La fissazione di tale disciplina è stata demandata dal c. 8 dell'art. 10-*bis* a un d.P.C.M.

qualsiasi delle rimesse di cui disponga nell'ambito territoriale provinciale o di area metropolitana[61].

Alla luce di tali osservazioni, la Consulta ha dichiarato dunque l'illegittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, c. 1, lett. e), del d.l. n. 135/2018, nella parte in cui ha sostituito il secondo periodo del c, 4 dell'art. 11 della l. n. 21/1992[62].

5. Conclusioni

La sentenza in commento è emblematica di come il principio di proporzionalità e ragionevolezza possa essere utilizzato dal giudice delle leggi come una lente per osservare e valutare il bilanciamento fra tutela della concorrenza e tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti, entrando nel merito delle scelte concretamente effettuate dal legislatore; dalla pronuncia emerge, inoltre, in modo piuttosto chiaro come il principio di ragionevolezza non coincida con il principio di razionalità formale: mentre la seconda deve essere infatti intesa come principio logico di non contraddizione, la prima assume le forme di una razionalità pratica[63].

Come puntualizzato dalla stessa Corte costituzionale, *il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*[64].

Nella pronuncia presa in esame in questo lavoro, il giudice delle leggi non si è limitato a compiere una disamina astratta riguardo all'adeguatezza della norma a raggiungere il fine perseguito dal legislatore (la riduzione degli abusi),

[61] Possibilità prevista all'art. 3, c. 3, della l. n. 21/1992, come sostituito dal c. 1, lett. a), dell'art. 10-*bis*.

[62] Per la loro stretta connessione all'obbligo di iniziare e terminare ogni viaggio alla rimessa, la Corte ha dichiarato illegittime anche le norme che derogano in casi particolari allo stesso obbligo, e segnatamente il c. 1, lett. f), nella parte in cui ha aggiunto il c. 4-*bis* all'art. 11 della l. n. 21/1992, e il c. 9 dell'art. 10-*bis* del d.l. n. 135/2018.

[63] «Il giudizio di ragionevolezza, dunque, sospinge il giudice ad una valutazione prudenziale, in cui l'indagine tiene conto delle conseguenze e degli effetti delle leggi: è lì, immersi nell'esperienza giuridica, che si può valutare l'adeguatezza del mezzo al fine, l'irragionevolezza intrinseca, gli esiti paradossali che possono prodursi da una regola apparentemente logica, al variare dei dati del contesto e dell'imprevedibile fantasia dei casi della vita, o più semplicemente al trasformarsi dell'ordinamento normativo. È su questo piano che si può realizzare altresì la necessaria "concordanza pratica" di principi e diritti confliggenti in astratto. Nel giudizio di ragionevolezza la realtà effettuale funge da reagente sulla regola sottoposta al suo esame, illuminandone il significato e permettendo, perciò, alla Corte di valutarne la conformità ai principi costituzionali e di ricomporre i contrasti»: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, p. 17.

[64] C. cost., 22 dicembre 1988, n. 1130.

ma ha voluto mettere in evidenza gli effetti paradossali prodotti dalla previsione che obbliga chi offre il servizio a rientrare in sede nel caso in cui, ad esempio, *il vettore sia chiamato a effettuare un servizio proprio dal luogo in cui si è concluso il servizio precedente*; le disposizioni oggetto di ricorso sono quindi state sottoposte al vaglio di un principio di razionalità pratica, che ha consentito di dare un *giudizio di ragionevolezza* [in cui] *la ragione è aperta dall'impatto che su di essa esplica il caso, il fatto, il dato di realtà e di esperienza viva*[65].

Tale metodo di valutazione ha permesso di mettere ben in rilievo come un vincolo imposto alla libertà di iniziativa economica (l'obbligo per gli operatori del mercato dei servizi di NCC di rientrare in rimessa fra un servizio e l'altro), che sacrifica la concorrenza e i relativi effetti benefici che questa produce sui consumatori[66], non risulti essere "giustificato", nel caso concreto, dalla necessità di ridurre gli abusi (considerato che tale obiettivo è già perseguito da altre disposizioni). Ne consegue che il vincolo imposto all'attività dal legislatore risulta essere sproporzionato (addirittura superfluo) rispetto alle finalità complessivamente perseguite e, ultimamente, svantaggioso per chi opera in quel mercato e per gli utenti di quel servizio.

Come già evidenziato, mentre nel recente passato la Corte costituzionale si era limitata a rilevare come spettasse al legislatore nazionale operare un bilanciamento fra la tutela della concorrenza e la tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti a competenza statale, in questa occasione (come già successo nel 2005 con la pronuncia sui contratti nel settore dell'autotrasporto) la Consulta è entrata nel merito della valutazione, mettendo in evidenza gli effetti paradossali prodotti dall'opzione regolatoria scelta dal legislatore; e proprio in virtù di tali effetti, la Corte ha optato per una declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione[67].

Uno dei principali effetti di questa pronuncia è quello di mettere sotto i riflettori il tema della motivazione delle leggi e, nello specifico, quello dell'opportunità di rendere conoscibili e trasparenti i motivi che hanno indotto il legislatore ad introdurre una limitazione dei principi di concorrenza fra gli operatori di mercato.

[65] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 17. Sul punto si veda anche L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, I, p. 98.

[66] Sul punto, si rinvia a G. MAZZANTINI, *L'Antitrust e la stima dell'impatto economico delle regolazioni anticoncorrenziali*, in *Rassegna Trimestrale dell'Osservatorio AIR*, 2/2020, p. 39 ss.

[67] Tale pronuncia conferma che la declaratoria di incostituzionalità resta l'estrema *ratio* della Consulta, che tenterà in ogni caso di salvaguardare l'autonomia del legislatore: per dichiarare incostituzionale una norma, infatti, è necessario che questa presenti sia irrazionale (in violazione della coerenza interna dell'ordinamento) e ingiustificata (vale a dire in contrasto con un'esigenza avvertita all'interno dell'ordinamento e tutelata dalla Corte costituzionale). G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 147 ss.

Nel caso di specie, l'obbligo imposto ai noleggiatori di rientrare in rimessa alla fine di ciascun turno introduce senza dubbio un vincolo organizzativo che riduce l'efficienza degli operatori e contribuisce ad aumentare i costi del servizio, costi che vengono – almeno in parte – scaricati a valle sui consumatori; a fronte di tale perdita di benessere per la collettività[68], risulta impossibile, dalla lettura della norma (come dimostra anche la sentenza della Consulta), individuare un corrispondente "beneficio" in grado di "compensare" il sacrificio della concorrenza.

Infatti, pur potendo condividere le considerazioni circa *l'estrema facilità con cui possono essere commessi abusi nel settore del trasporto pubblico locale non di linea e, per converso, l'estrema difficoltà dei controlli e di conseguenza della repressione delle condotte*, l'obbligo di rientrare in rimessa alla fine di ogni servizio nulla sembra aggiungere – in questa ottica – rispetto all'obbligo di prendere le prenotazioni dei servizi esclusivamente in rimessa e a quello, imposto ai veicoli, di stazionamento presso la stessa rimessa fra un servizio e l'altro.

Non essendo perciò rilevabile quale sia l'interesse tutelato da un tale specifico aggravio organizzativo, che avrebbe costituito il contrappeso alla compressione della tutela del livello di concorrenzialità del mercato degli NCC, l'obbligo di rientrare in rimessa alla fine di ciascun turno di servizio appare del tutto irrazionale e sproporzionato rispetto alla finalità perseguita.

In questa prospettiva, un'applicazione più estesa dei principi di *better regulation*, attraverso un più diffuso ed efficace ricorso all'analisi d'impatto della regolazione, permetterebbe al legislatore di analizzare con maggiore attenzione gli effetti prodotti dalle norme che si intendono introdurre nell'ordinamento e, probabilmente, impedirebbe di selezionare opzioni regolatorie che producono effetti irrazionali e, perciò, dannosi per le imprese e per i consumatori. Del resto, come è stato sottolineato, il dibattito sulla qualità della regolazione, piuttosto che essere ricondotto a profili di natura meramente tecnica e di *drafting*, viene sempre più spesso ricondotto a quello della responsabilità della politica *sia nella versione minima del mero "render conto" dell'agire politico; sia in quella più intensiva di potere essere chiamati a rispondere delle conseguenze derivanti dalla valutazione del rendiconto*[69].

Sul punto, si evidenzia tra l'altro che la stessa Consulta, nel corso del 2020, ha dato risalto in due pronunce ai contenuti e alle informazioni rinvenibili nella

[68] L'AGCM ha stimato che la perdita di benessere dei consumatori connessa agli obblighi organizzativi imposti agli NCC (e dunque non solo a quello dichiarato costituzionalmente illegittima) dalle disposizioni introdotte nella l. n. 21/1992 dall'art. 10-*bis* del d.l. n. 135/2018, convertito con la l. n. 12/2019, ammonti a circa 115 milioni di euro l'anno. Cfr. AGCM, *AS1620 - Disciplina dell'attività di noleggio con conducente*, in *Bollettino* n. 42/2019.

[69] A. MORRONE, *Presentazione*, in *Fuga dalla legge?*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Seminario sulla qualità della legislazione*, 2011, p. 278, citato in D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *le Regioni*, 4/2013, p. 834.

relazione di analisi d'impatto della regolamentazione della normativa oggetto di giudizio[70], come già ipotizzato anni fa da autorevole dottrina[71]; ciò mostra, da un lato, come la Corte sia disposta a perseguire tutte le strade disponibili per ricostruire l'*iter* logico della scelta legislativa e, dall'altro, che laddove siano adeguatamente utilizzati tutti gli strumenti di *better regulation* oggi disponibili (relazione illustrativa, AIR, ATN, ecc.) da parte del legislatore, residueranno spazi di intervento minori per la Consulta, che di fronte a considerazioni ben argomentate, dovrà sostenere un onere motivazionale più probante[72].

Un recente studio curato dal centro studi del Parlamento europeo (*European Parliamentary Research Service* – EPRS) ha fotografato lo stato dell'arte dell'attuazione delle pratiche di *better regulation* presso il Parlamento europeo, le ventisette assemblee parlamentari degli Stati membri dell'Unione e undici parlamenti extra-UE, mettendo in evidenza come i sistemi di analisi e valutazione delle leggi risultino più efficaci laddove sono riconosciuti e previsti dalla carta costituzionale (come ad esempio in Francia, Svizzera e Svezia); in altre parole, sembra che il riconoscimento costituzionale faciliti l'istituzionalizzazione dei principi di valutazione attuati a livello parlamentare[73]. In Italia – benché, come noto, l'AIR e la VIR non siano menzionati dalla Costituzione – il rilievo costituzionale ai principi di *better regulation* potrebbe essere attribuito proprio dalla rilevanza che la Consulta riconosce loro nelle proprie pronunce.

Un'applicazione più consapevole e diligente dei principi dell'AIR da parte del legislatore potrebbe, dunque, favorire la qualità, la trasparenza e la coerenza delle regole, aumentando la certezza del diritto e mettendo le norme al riparo da declaratorie di incostituzionalità da parte della Consulta, con benefici per i destinatari della regolazione e, più in generale, per tutta la collettività.

[70] Si vedano C. cost., 26 febbraio 2020, e C. cost., 27 maggio 2020, n. 100.

[71] N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 84 ss.

[72] «La richiesta di spiegare i motivi delle scelte operate non costituisce, perciò, un'ulteriore limitazione dello spazio decisionale del legislatore perché quest'ultimo, nei confini tracciati dai parametri costituzionali, ha la possibilità di scegliere i contenuti ritenuti più idonei per i fini che intende perseguire. Inoltre, quando il legislatore svolge delle considerazioni più argomentate, alla Corte residua uno spazio d'intervento ben minore, soltanto per quei profili che non risultano coerenti e, in ogni caso, per contestare la fondatezza delle ragioni addotte dal legislatore, deve a propria volta portare delle motivazioni ben articolate e fondate (auspicabilmente) su adeguate istruttorie se non vuole diminuire la propria legittimazione mettendo a rischio il seguito delle pronunce»: M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare le proprie scelte*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 3/2017.

[73] EPRS, *Better Regulation practices in national parliaments,* disponibile all'indirizzo: www.europarl.europa.eu, June 2020, 60.

DEFINIZIONI NORMATIVE E USO SIMBOLICO DEL DIRITTO PENALE NEL DDL ZAN

EMANUELE ROSSI*

Sommario

1. Il disegno di legge S-2005 e i suoi contenuti. - 2. Le definizioni contenute nell'art. 1 e il loro valore. - 3. Le finalità pedagogiche delle definizioni in oggetto. - 4. Le disposizioni penali del ddl Zan. - 5. L'istigazione alla discriminazione e la tutela della libertà di espressione. - 6. Le altre misure, "promozionali", del ddl Zan. - 7. Il ddl Zan e l'uso simbolico del diritto penale.

.

Abstract

The essay analyzes the Bill No. S-2005 (known in the public debate with the name of its speaker in the Parliament, the member of the Italian Chamber of Deputies Alessandro Zan) and highlights two aspects related to the system of the sources of law: on the one hand, the definitions included therein and the value that these come to assume even beyond the text that provides them; on the other hand, the meaning of a predominantly criminal legislation aimed at favoring an evolution of social customs through the provision of sanctions. According to the thesis proposed in the essay, the bill has to be inscribed in the tendency to use criminal law in a symbolic-expressive function: a tendency that is hardly compatible with the role of "extrema ratio" that the Constitutional Court has recognized in this branch of law.

Suggerimento di citazione

E. ROSSI, *Definizioni normative e uso simbolico del diritto penale nel ddl Zan*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.
Contatto: emanuele.rossi@santannapisa.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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 disegno di legge S-2005 e i suoi contenuti

Il disegno di legge n. S-2005 (noto nel dibattito pubblico con il nome del relatore di esso alla Camera, on. Alessandro Zan: da ora in avanti ddl Zan) è oggetto di un acceso dibattito pubblico, in ragione della sua rilevanza in merito ad aspetti significativi della tutela dei diritti della persona. E ciò provoca una netta polarizzazione delle posizioni che vengono enunciate, cui certamente non sono estranee finalità di schieramento politico-ideologico. In questo contributo, destinato a una rivista che si occupa prevalentemente di fonti del diritto, mi limiterò a sottolinearne alcuni profili attinenti al piano del sistema normativo complessivo.

Il ddl in questione è stato approvato dalla Camera il 4 novembre 2020, ed è – nel momento in cui si scrivono queste note – all'esame del Senato. Esso prende avvio da cinque proposte di legge, presentate rispettivamente dalle/dagli onorevoli Laura Boldrini (Gruppo Misto), Alessandro Zan (PD), Ivan Scalfarotto (PD), Mario Perantoni (5Stelle) e Giusi Bartolozzi (FI). L'oggetto dell'intervento normativo viene esplicitato nel titolo: "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità"[1].

Relativamente a tale oggetto, le misure che si intendono introdurre operano su piani diversi: da quello penale–repressivo, mediante un inasprimento del sistema sanzionatorio relativo a comportamenti genericamente riferibili a intenti discriminatori; a quello delle misure di esecuzione della pena, a quello di promozione e diffusione culturale, a quello che potremmo chiamare statistico e conoscitivo a fini di monitoraggio. Il tutto al fine di "superare le condizioni strutturali e sistemiche della discriminazione e della violenza"[2] fondate sulle motivazioni sopra indicate.

Le prime misure mirano a intervenire sul codice penale, e costituiscono la parte forse più rilevante dell'intervento normativo: sicuramente quelle sulle quali anche il dibattito pubblico si è maggiormente sviluppato. Sono poi previste misure che possiamo ritenere conseguenti – e comunque strettamente correlate – alle modifiche codicistiche, relative alle sanzioni accessorie che possono essere inflitte a chi commetta i reati di cui sopra.

Al piano della promozione culturale possiamo ascrivere la disposizione che mira ad istituire una Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, mentre altre due norme sono dedicate ad ampliare le

[1] In Senato è stato presentato un altro disegno di legge (S 2205) ad iniziativa dei senatori Ronzulli, Salvini, Binetti e Quagliariello, che pur ispirandosi alle medesime finalità complessive del ddl Zan si caratterizza tuttavia per intervenire unicamente sul piano della disciplina penalistica, proponendo la modifica degli articoli 61, 69 e 69-bis del codice penale.

[2] A. SCHILLACI, *A metà del guado: la proposta di legge Zan, tra riconoscimento e solidarietà*, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020.

competenze dell'Ufficio per il contrasto alle discriminazioni istituito presso la Presidenza del Consiglio (la prima) e a ridefinire le funzioni dei centri contro le discriminazioni motivate da orientamento sessuale e identità di genere già previsti dalla legislazione vigente (la seconda). Un'ultima disposizione dà mandato all'Istat, sentito l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, di effettuare una rilevazione statistica con cadenza almeno triennale sulle discriminazioni previste dalla legge (sebbene l'oggetto di tali indagini non sia ben definito).

Torneremo su questi punti.

Le condotte che si vorrebbero punire (ovvero superare mediante le altre azioni) consistono nella *discriminazione* e nella *violenza*; mentre la qualificazione che rende tali attività punibili è riferita a cinque ambiti ("sesso", "genere", "orientamento sessuale", "identità di genere" e "disabilità").

Come appare subito evidente, e come si rende necessario volendosi introdurre fattispecie penalmente rilevanti, occorre chiarire il significato attribuito alle espressioni utilizzate, anche perché le stesse risultano tutt'altro che condivise nel linguaggio comune. Ed infatti l'art. 1 contiene le definizioni dei termini utilizzati, omettendo tuttavia quella di disabilità, per la quale quindi deve farsi riferimento alle disposizioni vigenti (oltre che, come ovvio, all'elaborazione di tipo giurisprudenziale)[3].

2. Le definizioni contenute nell'art. 1 e il loro valore

Quello delle definizioni è dunque il primo punto che si intende affrontare.

L'inserimento di esse[4] all'interno di un testo di legge, come noto, è abbastanza ricorrente nella normativa recente, sia di livello nazionale che dell'Unione europea (in evidente controtendenza rispetto al noto passo di Giavoleno che indurrebbe a molta cautela al riguardo[5]). Per quanto riguarda l'ordinamento

[3] Non intendo approfondire il tema se e come la nozione di disabilità sia sufficientemente definita nell'ordinamento giuridico: perlopiù si indica al riguardo la legge n. 104 del 1992 la quale, tuttavia, non fa riferimento alla disabilità bensì all'handicap. Sulle problematicità di una definizione normativa in materia v. L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, Trento, 2016, 335 ss. Va comunque segnalato che il parere del Comitato per la legislazione, di cui si dirà subito, aveva limitato la propria richiesta alle definizioni adottate, non menzionando quella sulla disabilità.

[4] Le definizioni di cui si parla qui non sono quelle mediante le quali viene descritta una fattispecie normativa (e che in quanto tali sono indefettibili in un atto normativo), bensì quelle che si pongono preventivamente rispetto alla descrizione della fattispecie e che hanno lo scopo di contribuire a definirne il contenuto e – quindi – l'interpretazione. Sull'utilizzo delle definizioni in ambito giuridico v. il bel volume curato da F. CORTESE e M. TOMASI, *Le definizioni nel diritto*, cit.

[5] Come è noto, per Giavoleno, giurista vissuto a cavallo tra il I e il II secolo d.C., "*Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim, ut non subverti possit*": cfr. D. QUAGLIONI, *Il diritto e le definizioni. Intervento introduttivo*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 15 ss.

interno deve ricordarsi la Circolare congiunta dei Presidenti di Senato e Camera del 20 aprile 2001, la quale suggerisce di ricorrere a definizione "allorché i termini utilizzati non siano di uso corrente, non abbiano un significato giuridico già definito in quanto utilizzati in altri atti normativi ovvero siano utilizzati con significato diverso sia da quello corrente sia da quello giuridico". Evidentemente questo vale per le espressioni di cui il ddl in questione offre la definizione: ed il legislatore dimostra di averne consapevolezza. Il Regolamento della Camera (art. 79, comma 4), infine, demanda alle Commissioni il compito di valutare, nell'ambito della istruttoria legislativa, "l'inequivocità e la chiarezza del significato delle definizioni". Infine, la Circolare del Presidente del Consiglio 2 maggio 2001, n. 10888 precisa che "Le definizioni sono, tuttavia, ammesse solo se necessarie ai fini di un'interpretazione chiara ed univoca dell'atto", e il ricorso ad esse deve essere preceduto "dalla verifica che nell'ordinamento non ne esistano già altre, riferite al medesimo istituto o ad altro analogo".

Va segnalato al riguardo che nel ddl Zan le definizioni in parola non comparivano nella versione originaria, e sono state sollecitate da parte del Comitato per la legislazione proprio in considerazione delle fattispecie penali che si intendevano introdurre. Il parere reso dal Comitato in data 23 luglio 2020 ha infatti richiesto espressamente alla Commissione di merito, "sotto il profilo della semplicità, chiarezza e proprietà della formulazione", di "introdurre specifiche definizioni, ai fini dell'attuazione del provvedimento, dei concetti di «sesso», «genere», «orientamento sessuale» e «identità di genere»". Richiesta che la Commissione competente ha soddisfatto[6]: e tale circostanza contribuisce – sia detto incidentalmente – a valorizzare il ruolo del Comitato per la legislazione nell'ambito del procedimento legislativo e anche ad attestarne l'autorevolezza che esso si è guadagnato nel sistema parlamentare[7].

Entrando nel merito delle definizioni adottate, si precisa, in primo luogo, che esse sono dettate "ai fini della presente legge".

Rispettando fedelmente il parere del Comitato per la legislazione, la prima riguarda il *sesso*, specificando che con esso si intende "il sesso biologico o anagrafico"; la seconda definisce il *genere* come "qualunque manifestazione

[6] Sarebbe interessante approfondire questi passaggi, perché indubbiamente sul parere si è prodotto un effetto di *spillover*: le preoccupazioni di natura formale hanno consentito di formulare delle definizioni il cui fine (voluto o non voluto) è di realizzare un comune sentire condiviso sui contenuti delle definizioni stesse (come si dirà).

[7] Su ciò v. in generale, V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione, venti anni dopo*, che può leggersi qui: https://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files/SOG%20Working%20Papers%20WP45%20-%202018%20Di%20Porto.pdf Per alcuni significativi esempi sul ruolo svolto dal Comitato nella redazione tecnica delle leggi v. R. ZACCARIA, *La lingua del legislatore ordinario e della revisione costituzionale*, in P. CARETTI – R. ROMBOLI (cur.), *La lingua dei giuristi*, Pisa, 2016, 103 ss.

esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso". La terza definizione riguarda *l'orientamento sessuale*, definito quale "attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi"; la quarta, infine, definisce *l'identità di genere* quale "identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione"[8].

Non è possibile qui esaminare nel dettaglio ciascuna di queste definizioni, che richiederebbero competenze specifiche che chi scrive queste note certamente non possiede[9]: qualcuno ha osservato al riguardo che "si tratta di nozioni conformi a letture *mainstream*, tutt'altro che esaustive e condivise nel dibattito scientifico"[10], mentre secondo altri la "tecnica definitoria [è] resa estremamente chiara dall'uso di un linguaggio rigorosamente connotativo, [che] implementa le definizioni scientifiche ufficiali e istituzionalizzate delle più alte autorità scientifiche mondiali, in primo luogo l'Organizzazione mondiale della sanità"[11]; altri ancora ne hanno sottolineato la non difformità rispetto alla giurisprudenza interna e sovranazionale[12]. Mi limiterò a svolgere qualche

[8] Sulla nozione di "identità di genere" sono state sollevate alcune perplessità da parte di alcune esponenti del movimento femminista, che hanno avanzato la preoccupazione che essa possa annullare il dato biologico e condurre ad un appiattimento della differenza tra i sessi.

[9] Si è sostenuto che sulla qualità del linguaggio normativo incida la contaminazione di registri espressivi (A. PLACANICA, *Fattori linguistici nella scrittura degli atti normativi*, in R. ZACCARIA (cur.), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2012, 23 (reperibile qui: https://www.camera.it/temiap/temi16/La_buona_scrittura_delle_leggi.pdf), 174 ss.: osservazione che riguarda in generale tutti i dettati normativi, in verità, ma che appare più manifesta nei casi – come il presente – in cui le definizioni adottate non sono di uso comune, almeno nel significato che a ciascuna di essi viene attribuito dal ddl. In merito al fondamento costituzionale della "buona scrittura delle leggi" v. R. ZACCARIA, *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, ibid., 9 ss.; P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, in www.tecnichenormative.it: principio che tuttavia incontra il limite della difficile giustiziabilità del *drafting* legislativo (come argomenta P. COSTANZO, *La lingua delle Aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua delle leggi*, in P. CARETTI – R. ROMBOLI (cur.), *La lingua dei giuristi*, cit., 127 ss.).

[10] G. DODARO, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza"*, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020. Secondo A. DI MARTINO, *Parere reso alla Commissione Giustizia del Senato* in data 11 luglio 2021, "Le situazioni ivi attualmente previste sono articolate in modo (inevitabilmente) confuso, con l'effetto paradossale di essere troppo inclusive e con ciò di obnubilare il senso della tutela penale differenziata".

[11] F. FILICE, *Il disegno di legge in materia di omo-lesbo-bi-transfobia e abilismo. L'analisi delle nuove fattispecie incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?*, in www.*questionegiustizia.it*, 26 novembre 2020, 4. Secondo l'OMS, "*Gender interacts with but is different from sex, which refers to the different biological and physiological characteristics of females, males and intersex persons, such as chromosomes, hormones and reproductive organs. Gender and sex are related to but different from gender identity. Gender identity refers to a person's deeply felt, internal and individual experience of gender, which may or may not correspond to the person's physiology or designated sex at birth*".

[12] V. A. SCHILLACI, *A metà del guado*, cit. Analogamente L. CONTE, *Il "Ddl Zan" tra Costituzione e politica legislativa"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2021, 302.

considerazione di carattere generale, non prima di segnalare, tuttavia, un problema che – a mio avviso – si pone in relazione alla definizione di "sesso". Per questa, infatti, viene utilizzata la disgiuntiva "o", che quindi lascia intendere che il sesso "biologico" possa essere diverso da quello "anagrafico": ammettendo che in concreto tale circostanza si verifichi (come può avvenire nei casi previsti dalla legge 14 aprile 1982, n. 164 prima o in assenza della prevista rettificazione), a quale dei due si deve fare riferimento? Al di là della risposta da dare a tale domanda nelle concrete circostanze in cui il problema possa porsi, è tuttavia evidente che l'uso della disgiuntiva "o" consente di definire il sesso sulla base di due criteri distinti che possono risultare, nella realtà, non sempre coincidenti: con la conseguenza possibile dell'attribuzione ad una stessa persona di due sessi diversi (uno biologico e uno anagrafico).

Al di là di tale profilo specifico, vorrei soffermarmi sul valore in sé delle definizioni contenute nell'art. 1, considerate alla luce dei criteri in generale adottati per l'inserimento di definizioni (tratte da saperi scientifici o tecnici) all'interno di un testo legislativo[13].

In primo luogo merita riflettere sul loro significato *oltre* il provvedimento legislativo in cui esse sono inserite. Sebbene come detto, il ddl Zan espressamente intenda limitare l'ambito applicativo delle definizioni adottate a quanto previsto nel medesimo testo[14], tuttavia è evidente che, una volta introdotte in un atto normativo (e quindi dotate di una precettività formale anche sul piano del diritto[15]), la loro valenza si espande oltre i confini della legge stessa, e devono essere utilizzate ai fini di un'interpretazione di tipo sistematico, favorendone (perlomeno) una presunzione di validità rispetto al significato da attribuire ad altre previsioni normative. Come rilevato diversi anni fa da Pugliatti, scopo delle definizioni è infatti di risolvere "imperativamente ogni dubbio che possa nascere dalla polisemia di taluni termini od espressioni"[16]: e ciò vale anche con riguardo alle disposizioni costituzionali.

Valutiamo, alla luce di ciò, alcune possibili conseguenze delle definizioni adottate nel ddl Zan, in primo luogo circa la differenza tra "sesso" e "genere".

[13] Non vi è bisogno di ricordare – se non per il fatto che alcuni difensori del ddl sembrano non averne piena contezza – che una cosa sono le definizioni scientifiche (anche delle scienze sociali) ed altro la loro previsione all'interno di un testo normativo: con tutto ciò che tale distinzione comporta.

[14] La stessa espressione ("Ai fini della presente legge") compare anche nell'art. 4, di cui si dirà: in relazione a quest'ultimo, nel corso del dibattito parlamentare si è sostituita l'originaria espressione "*ai sensi* della presente legge" con "*ai fini* della presente legge", proprio con l'intento di ancorare le definizioni alle finalità antidiscriminatorie della legge (così A. SCHILLACI, *A metà del guado*, cit.).

[15] F. GUELLA, *L'utilizzo di definizioni "tecnico-scientifiche" nel diritto. Il rinvio a concetti pre-giuridici tra effettività della norma e sanzione di scelte tecniche*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 295.

[16] S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, 11, ripreso da M. TOMASI, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 8.

Tralasciando per un momento i riflessi sulle disposizioni costituzionali, nella legislazione ordinaria il termine "genere" (che, lo si ribadisce, per il ddl in questione riguarda "qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso") è in alcune disposizioni normative utilizzato con riferimento a quello che lo stesso ddl indica come "sesso", ma che (forse) nel caso dell'approvazione del ddl Zan si dovrebbe considerare in modo diverso.

Ad esempio, l'art. 18 bis, comma 3, del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati (DPR 30 marzo 1957, n. 361)[17], stabilisce che "A pena di inammissibilità, nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali, i candidati sono collocati secondo un ordine alternato *di genere*" (corsivo aggiunto): riferimento che sin qui è stato riferito al *sesso* (maschile o femminile). Quindi, se si interpretasse tale previsione alla luce della definizione del ddl Zan, il risultato sarebbe il seguente: "A pena di inammissibilità, nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali, i candidati sono collocati secondo un ordine alternato relativo a qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso". Non mi pare semplice comprendere come tale previsione si possa applicare in concreto, né come essa possa essere sanzionata con l'inammissibilità della candidatura.

Peraltro, e sempre ad esempio, lo stesso art. 18-bis, al comma 3.1, secondo periodo, stabilisce che "nessuno dei due generi può essere rappresentato nella posizione di capolista in misura superiore al 60 per cento, con arrotondamento all'unità più prossima", mentre al comma 3-bis prevede che "alla lista è allegato un elenco di quattro candidati supplenti, due di sesso maschile e due di sesso femminile": ove è evidente che i termini "generi" e "sesso" sono utilizzati con lo stesso significato (anche perché se si facesse riferimento alla definizione del ddl Zan non si potrebbe parlare di *due – soli - generi*). Anche il recente d.l. 31 luglio 2020, n. 86, nel titolo si riferisce alla "parità di *genere* nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario", mentre nel testo stabilisce che "ciascun elettore può esprimere due voti di preferenza, di cui una riservata a un candidato di *sesso* diverso dall'altro" (corsivi aggiunti).

Così pure in altre circostanze le espressioni "diseguaglianze di genere", "politiche di genere" o "violenza di genere", fanno implicito riferimento al genere femminile (così, da ultimo, la legge 19 luglio 2019, n. 69); mentre in altre restano indeterminate (ad esempio l'art. 8, comma 1, lett. *d)* del d. leg. n. 251/2007 stabilisce che "ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie

[17] Identica previsione, come noto, è contenuta nell'art. 9, comma 4, del Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica, di cui al d. leg. 20 dicembre 1993, n. 533.

di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere"[18]).

In definitiva, quindi, appare tutt'altro che recepita nella legislazione in essere la distinzione tra "il sesso inteso come dato biologico e il genere inteso come dato sovrastrutturale" che il ddl Zan intenderebbe introdurre attestandosi "sulle definizioni consegnate dalla ricerca antropologica ed etnologica, focalizzata sugli aspetti strettamente scientifici e non schierata né politicizzata in alcun senso"[19].

Anche la giurisprudenza costituzionale ha da molti anni utilizzato in modo promiscuo i termini di sesso e genere: nella sentenza n. 139/2020, ad esempio, la Corte fa riferimento alla "diversificazione *di genere*", specificando che essa si realizza quando la disposizione esige "che i componenti onorari siano «*un uomo e una donna*»", così da garantire che "il collegio possa sempre avvalersi del peculiare contributo di esperienza e di sensibilità proprie del *sesso* di appartenenza". Così pure la sentenza n. 4/2010 ripetutamente riferisce l'espressione "riequilibrio di genere" al rapporto tra "*genere* maschile e "*genere* femminile".

Su un diverso piano, va ricordato anche che l'espressione "sesso" viene utilizzata, sia nel linguaggio ordinario che anche nella giurisprudenza costituzionale, in un'accezione che ha nulla ha a che fare con "il sesso biologico o anagrafico": così, ad esempio, la sentenza n. 141/2019 afferma che "il vigente ordinamento non vieta, di per sé, l'offerta di sesso a pagamento, ma ciò non significa che essa si configuri come espressione di un diritto costituzionalmente tutelato". Ove è evidente che "sesso" non significa qui né il sesso biologico né quello anagrafico cui si riferisce la definizione del ddl Zan.

Con riguardo al versante della Costituzione, ci si potrebbe porre l'interrogativo circa la portata della definizione sull'interpretazione delle disposizioni

[18] Secondo S. CURRERI, *Ddl Zan: proviamo a fare chiarezza*, in *laCostituzione.info*, 30 maggio 2021, tale disposizione dimostra che "l'espressione "identità di genere" è già stata utilizzata in riferimento ai motivi di persecuzione per i quali può essere concessa la protezione internazionale quando vi è un evidente contrasto tra dati anagrafici e rappresentazione esterna di un genere diverso". In verità la disposizione prevede che tra i motivi che possono condurre al riconoscimento dello status di rifugiato, gli atti di persecuzione devono essere riconducibili – oltre ad altri - a motivi connessi all'appartenenza a un "particolare gruppo sociale", il quale può essere individuato anche "in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale", per la cui individuazione si deve fare riferimento a "considerazioni di genere, compresa l'identità di genere". Dunque, secondo tale normativa, le "considerazioni di genere", di cui l'identità di genere sarebbe una specificazione, sono considerate caratterizzanti l'orientamento sessuale: il che non pare del tutto coerente e compatibile con le definizioni adottate dal ddl Zan.

[19] Così, ancora, F. FILICE, *op. cit.*, 4, per il quale in questo modo il legislatore avrebbe rispettato "la vocazione costituzionale all'universalità e all'equidistanza": equidistanza da chi e da che cosa, tuttavia, non viene specificato, così lasciando nel dubbio anche l'interrogativo sul perché il legislatore debba avere una vocazione costituzionale all'equidistanza.

costituzionali, a partire da quanto previsto dall'art. 3 Cost.

Si domanda, al riguardo, Tullio Padovani[20]: "sono o non sono, le variegate scansioni dell'articolo 1 del Ddl, ricomprese nell'ambito del concetto di «sesso» assunto dall'articolo 3 della Costituzione?". E risponde che "alla lettera no, perché l'articolo 1, lett. *a)*, del Ddl detta una definizione di «sesso» secondo cui per tale si intende «il sesso biologico o anagrafico». Dunque, l'accezione costituzionale di «sesso» escluderebbe il «genere», l'«orientamento sessuale» e l'«identità di genere»", e ciò "implicherebbe che il Ddl abbia esteso, autonomamente, la tutela dell'uguaglianza in ambiti non coperti dalla garanzia costituzionale": ritenendo conclusivamente, peraltro, che "in realtà l'articolo 3 della Costituzione è perfettamente in grado di accogliere sotto l'ombrello del «sesso» ognuno degli aspetti acribicamente sceverati dell'articolo 1 del Ddl"[21].

Con riguardo invece alla previsione contenuta nell'art. 51 Cost., l'espressione "Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso" dovrebbe essere riferita al sesso anagrafico, perlomeno con riguardo all'ammissione agli uffici pubblici e alle cariche elettive[22].

3. Le finalità pedagogiche delle definizioni in oggetto

In secondo luogo, come è inevitabile nel linguaggio (non solo giuridico), ogni definizione viene formulata mediante termini che richiederebbero a loro volta altre definizioni. Non essendo possibile portare all'infinito questa catena, anche nel ddl in esame si danno per acquisiti termini che richiederebbero, tuttavia, ulteriore specificazione[23]. Circostanza che favorisce ciò che in dottrina è stato segnalato, ovvero che nella impossibilità di considerare "oggettivo" l'elemento che funge da definizione, le scelte politiche di utilizzo delle stesse nascondano possibili elementi di strumentalità[24]: ed anzi, proprio la decisione

[20] T. PADOVANI, *Ddl Zan e omofobia: un vasto campo seminato con mine da disinnescare*, in *Guida al diritto*, n. 48/2020.

[21] Il principio che il divieto di discriminazione per motivi di sesso debba riguardare anche la posizione dei transessuali e degli omosessuali è pacifico in dottrina: cfr., per tutti, A. CELOTTO, *sub art. 3*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 74; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 167. Per una lettura complessiva del divieto di discriminazioni in ragione del sesso v., da ultimo, G. SORRENTI, *"Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica". Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020, 438 ss.

[22] L'art. 117, settimo comma, Cost. non fa riferimento al sesso (e nemmeno al genere), stabilendo il principio della piena parità tra uomini e donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono nonché nell'accesso alle cariche elettive.

[23] Come è stato sottolineato in dottrina, anche la definizione di "atto di discriminazione" (termine che va ben oltre l'ambito applicativo del ddl Zan) andrebbe specificata in via legislativa: cfr. L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1521 ss.

[24] F. GUELLA, *op. cit.*, 294.

(del legislatore) di rendere precettiva una definizione (e non un'altra) è dimostrazione della carenza ovvero della mancata oggettività della stessa[25].

Si pensi alla richiamata definizione di "orientamento sessuale", nella quale compare, ancora una volta, la disgiuntiva "o" ("attrazione sessuale *o* affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi"). L'interprete deve, al riguardo, sciogliere il dubbio su cosa deve intendersi per "attrazione sessuale", e poi anche per "attrazione affettiva": nozione, quest'ultima, che a seguito della richiamata disgiuntiva può aversi anche in assenza di un'attrazione sessuale (al netto di cosa questa significhi)[26]? Si può escludere, a tale riguardo, che quella di un padre o di una madre verso il figlio o la figlia sia un'"attrazione affettiva"? Personalmente non avrei dubbi a considerarla tale, analogamente a quella di un/a nonno/a nei confronti dei nipoti, e così via: ed è allora corretto ritenere che tale "attrazione affettiva" sia da considerare, come impone la definizione in esame, quale espressione dell'"orientamento sessuale" (che normalmente viene riferito alla "scelta del genere del partner nell'ambito della sfera erotico-affettiva"[27])? Detto in altri termini, non mi pare proprio che, perlomeno nell'attuale percezione delle relazioni sociali, ciò che una persona prova – sul piano affettivo – nei confronti di un'altra, tanto da sentirvisi "attratta" (altro termine che esigerebbe una definizione…), sia elemento qualificante del suo "orientamento sessuale", che invece deve riferirsi ad altre sfere della personalità (la cui definizione, peraltro, non è scontata).

Ulteriore aspetto che si dovrebbe indagare riguarda l'impatto delle definizioni contenute nel ddl Zan sulla normativa regionale: soltanto per fare un esempio, la legge regionale toscana 15 novembre 2004, n. 63 (scrutinata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2006) fa riferimento alla richiesta di un "trattamento sanitario che abbia ad oggetto la modificazione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere" (art. 7, comma 5). Non mi pare che nell'accezione propria del ddl Zan né l'orientamento sessuale né tantomeno l'identità di genere possano essere oggetto di un trattamento sanitario di

[25] *Ibid.*, 295. In alcune circostanze, come noto, il linguaggio del legislatore è volutamente ambiguo o generico per consentirne l'approvazione in presenza di conflitti o posizioni diverse, mentre talvolta "la legge può essere oscura se è insufficiente la elaborazione concettuale e quindi linguistica nella testa di coloro che hanno partorito la legge" (così G. AMATO, *Ricordi in tema di chiarezza della legislazione*, in R. ZACCARIA (cur.), *La buona scrittura delle leggi*, cit., 23). Sulla scarsa efficacia della tecnica legislativa e sulla sua soccombenza rispetto alle ragioni della politica cfr., ad esempio, B. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

[26] Secondo L. CONTE, *op. cit.*, 303, il testo in esame accoglie "una definizione decisamente ampia del concetto di orientamento sessuale (…), in parziale controtendenza con la "tradizionale" qualificazione dell'orientamento sessuale come attrazione di tipo sessuale, e con adesione alle più recenti risultanze dottrinali che associano più semplicemente quest'ultimo al c.d. *right to relate*", peraltro avvertendo come ciò potrebbe porre qualche dubbio sul versante della tassatività-determinatezza.

[27] E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011, 6 ss.

modifica, mentre probabilmente tale previsione può essere riferita al "sesso" della definizione.

Anche la definizione di *identità di genere* non è scevra di rilievi problematici[28]. Occorre ricordare, al riguardo, che per la Corte costituzionale il relativo diritto si sostanzia nell'aspirazione "del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli dai registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto" (sentenza n. 180/2017), e che esso costituisce un'espressione del diritto all'identità personale garantito dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 della CEDU (sentenza n. 221/2015): quest'ultima previsione è stata ritenuta applicabile dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ipotesi di riconoscimento legale del cambio di *genere* (inteso come cambio di sesso), a partire dalla sentenza *Goodwin* del 2002[29].

Circa la definizione ora proposta dal ddl Zan, consistenti interrogativi si devono avanzare sul significato da attribuire alla "identificazione percepita in relazione al genere" (che, come affermato dalla Corte costituzionale, deve considerare "gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici": sentenza n. 221/2015), quando per *genere* – in base alla definizione contenuta nel medesimo ddl - si deve intende "qualunque manifestazione esteriore". In particolare non pare agevole individuare la competenza a valutare quale sia l'identificazione *percepita* (cioè auto-dichiarata?), né definire a quale "manifestazione esteriore" tra quelle poste in essere dalla persona si debba fare riferimento. Infine (ma si potrebbe continuare), si deve comprendere quali siano le "aspettative sociali connesse al sesso" (termine quest'ultimo che, per coerenza con la stessa definizione, deve intendersi quale sesso biologico o anagrafico), e se al riguardo si debbano intendere come "sociali" le *aspettative* (altro termine che andrebbe definito…) condivise dalla maggioranza della società oppure quelle comunque presenti nella società, e di cui siano portatori minoranze o anche individui isolati.

Alla luce di tutto ciò, si può riflettere sulla forza intrinseca delle definizioni adottate mediante un atto normativo, le quali necessariamente incidono su quella stessa realtà che mirano a descrivere, "assumendo la forza precettiva del diritto che le utilizza"[30]. Ed in effetti risulta abbastanza evidente come nel ddl in questione lo scopo delle definizioni adottate sia, forse più che di *circoscrivere l'ambito* della normativa che si introduce, quello di *orientare il contesto sociale*

[28] In un'intervista rilasciata a M. IASEVOLI e riportata su *Avvenire* del 6 luglio 2021 (*È in gioco la libertà di tutti*), Natalino Irti ritiene che essa "è davvero labile - di quella labilità che è propria di percezioni soggettive, arbitrarie e mutevoli".

[29] *Goodwin vs UK*, ECHR 2002-VI, su cui v. D. SARTORI, *Definizioni autonome e interpretazione evolutiva/effettiva nel sistema CEDU. Tempo e definizioni nella giurisprudenza di Strasburgo*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 64 ss., che ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza della Corte sul tema.

[30] F. GUELLA, *op. cit.*, 298.

complessivamente inteso ad assumere quei significati come "veri" e da accettare, con l'obiettivo quindi di "modellare l'assetto della società"[31]. Intenzione che risulta confermata nel ddl dalla previsione, di cui subito si dirà, di istituire una giornata nazionale per "promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere". Le definizioni risultano quindi connesse alla loro diffusione sociale, e valgono a far crescere una cultura di condivisione dei contenuti in esse espressi (coerentemente con la restante parte del ddl, come si dirà).

Aspetto, questo, che pone un problema nella circostanza in cui successivamente alla definizione legale le acquisizioni (o anche la percezione sociale) che sono alla base della definizione vengano a mutare: come ammoniva Giavoleno nel passo già richiamato, infatti, è raro che una definizione non possa essere sovvertita. In tale ipotesi ci si deve chiedere quale sia l'ambito di interpretazione da riconoscere a chi sarà chiamato ad applicare la disposizione, da qualcuno ipotizzandosi la possibilità di considerare la definizione positivizzata dal legislatore alla stregua di un rinvio fisso ovvero di un rinvio mobile ad un corpo di saperi e di regole esterni al diritto positivo[32].

4. Le disposizioni penali del ddl Zan

Un secondo aspetto che merita di essere considerato del ddl Zan riguarda il significato generale che viene ad assumere, nel contesto ordinamentale e costituzionale in specie, una normativa prevalentemente incentrata sul versante penalistico e che abbia come scopo (assolutamente meritorio) il superamento di un atteggiamento sociale di tipo omofobico. A ciò si connette il tema del rispetto dei principi costituzionali in materia.

Consideriamo intanto le innovazioni che si intendono introdurre.

Il ddl intende intervenire in primo luogo sulle fattispecie penali previste dall'art. 604 bis del codice penale, che puniscono (con pene diverse nei vari casi):

a) chiunque *propaganda* idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico;
b) chiunque *istiga* a commettere o commette violenza, atti di discriminazione o di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
c) chiunque *promuove o dirige*, ovvero *partecipa o presta assistenza* ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali,

[31] M. TOMASI, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, cit., 7.
[32] F. GUELLA, *op. cit.*, 305.

etnici, nazionali o religiosi.

A fronte di tale quadro, il ddl Zan intende allargare le fattispecie criminose[33]. In particolare verrebbero puniti anche coloro che:

a) *istigano* a commettere o *commettono* atti di discriminazione, ovvero violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi "fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità";
b) *promuovono* o *dirigono*, ovvero *partecipano* o *prestano assistenza* ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza non soltanto (come ora) per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, ma anche per i motivi indicati nella lettera precedente[34].

Dal confronto tra l'attuale formulazione dell'articolo del codice penale e quella che si vorrebbe introdurre si osserva in primo luogo che non si intende ampliare l'ambito di applicazione del reato di propaganda, ma solo quello del *reato di istigazione* a commettere atti di discriminazione, nonché del reato consistente nel *compimento* di tali atti. In altri termini, e ad esempio, la *propaganda* di idee fondate sulla discriminazione di sesso o di genere *non verrebbe punita*, mentre verrebbe sanzionata l'*istigazione* a commettere atti di discriminazione per gli stessi motivi. Ciò richiede al giudice il compito di qualificare un atto quale propaganda (non punibile) ovvero quale istigazione (punibile); inoltre, la disposizione così formulata evidenzia la diversa rilevanza che il legislatore attribuisce alle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico rispetto a quelle relative alla discriminazione di sesso o di genere, con un profilo di ragionevolezza che meriterebbe di essere approfondito[35].

Un'ulteriore modifica riguarderebbe l'art. 604-ter del medesimo codice

[33] Secondo S. CURRERI, *op. cit.*, 2, il ddl Zan "non introduce una nuova fattispecie di reato. Piuttosto estende i delitti già previsti": posizione invero singolare e forse utilizzabile a livello propagandistico, ma non rilevante in termini sostanziali. Ed infatti secondo L. CONTE, *op. cit.*, 300, "l'opzione legislativa fatta propria dal ddl Zan appare quella del *reato autonomo*" (corsivo aggiunto). Analogamente D. PULITANÒ, *Sulla discussione sul DDL Zan, in Giurisprudenza penale web*, 2021, n. 7-8, 3, ritiene che l'istigazione a commettere atti di discriminazione prevista dal ddl costituisca una "nuova fattispecie di reato d'espressione".

[34] Secondo A. DI MARTINO, *op. cit.*, "È del tutto vero che l'ordinamento italiano, allo stato attuale, prevede ogni strumento utile a conferire rilevanza penale, anche aggravata, alle offese che il ddl Zan intende stigmatizzare esplicitamente. Tecnicamente, dunque, la necessità di una integrazione normativa non esiste". Malgrado questo, lo stesso A. ritiene che questo argomento, per quanto vero, non sia decisivo, per alcune ragioni che vengono esposte.

[35] Si è al riguardo sostenuto che la scelta del legislatore è "un chiaro segno che non si voglia nemmeno correre il rischio teorico che la norma possa introdurre una qualche forma occulta di criminalizzazione delle opinioni" (F. FILICE, *op. cit.*, 7). Affermazione che dimostra la diversa rilevanza che il legislatore attribuisce a tale discriminazione rispetto a quella basata sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, per la quale – evidentemente – il legislatore ha ritenuto necessario "correre il rischio" indicato.

penale, che prevede un'aggravante per i reati "commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità": anche in questo caso verrebbero aggiunti (e pertanto considerati come aggravanti) gli stessi motivi sopra indicati.

L'ultimo intervento sul codice penale è operato dall'art. 6 della proposta di legge, e riguarda l'art. 90-*quater*, relativo alla definizione di "particolare vulnerabilità della persona offesa". Attualmente la disposizione codicistica stabilisce che tale qualifica può desumersi, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o deficienza psichica, anche dal tipo di reato e dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. La disposizione prosegue specificando che per la valutazione della condizione suddetta si tiene conto (anche) se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, oppure se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo anche internazionale, o di tratta degli esseri umani; nonché se si caratterizza per finalità di discriminazione e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato. Dunque, la finalità di discriminazione (alla cui repressione cui il ddl Zan è ispirato) è già prevista come circostanza che induce a qualificare la particolare vulnerabilità della persona offesa. Tuttavia la proposta interviene anche su tale disposizione, evidentemente ritenendo che essa non sia sufficiente a tutelare le persone offese dalle discriminazioni di cui alla legge stessa: e infatti si aggiunge la previsione che per la valutazione della condizione personale si deve tenere conto anche dell'"odio fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere". Anche in questo caso spetterà al giudice il compito di distinguere se il fatto è commesso con finalità di discriminazione (per sesso, genere, ecc.) o con odio (per le medesime ragioni): pur essendo le due situazioni soggette al medesimo regime giuridico ciò non esclude la necessità di comprendere quale sia l'effettiva portata innovativa – sul piano concreto – della previsione che si intenderebbe aggiungere alle finalità di discriminazione già presenti nell'ordinamento[36].

5. L'istigazione alla discriminazione e la tutela della libertà di espressione

Queste dunque le innovazioni più rilevanti che si intendono introdurre, e che

[36] Va ricordato al riguardo che la cattiva formulazione delle disposizioni normative tradisce la duplice funzione delle stesse: quella di rendere i cittadini in grado di comprenderne il contenuto e quella di facilitare l'applicazione da parte del giudice e dell'amministrazione (su ciò v., ad esempio, P. CARETTI, *Discutere del linguaggio dei giuristi per riflettere sul loro ruolo oggi: qualche considerazione a conclusione del Convegno "La lingua dei giuristi"*, in P. CARETTI – R. ROMBOLI (cur.), *La lingua dei giuristi*, cit., 336).

hanno aperto un articolato dibattito pubblico.

Un primo aspetto da considerare al riguardo concerne l'individuazione delle fattispecie di reato, alla luce del principio di tassatività e determinatezza che deve caratterizzare la normativa penale. Se, al riguardo, sufficientemente definite sono le circostanze riferite alla commissione di atti di *violenza* per i motivi sopra indicati, più problematica è la fattispecie dell'*istigazione*. E ciò non soltanto in sé (ovvero in termini generali), ma anche alla luce di ciò che la stessa legge prevede. Con un'altra disposizione, contenuta nell'art. 4, si stabilisce infatti che "Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti". Non è facile ricostruire un quadro razionale all'insieme.

Partiamo dalla formulazione dell'art. 4 in sé considerata.

In primo luogo essa implicitamente richiama – riaffermandola – la libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta dall'art. 21 Cost. e anche dall'art. 19 Cost.: si potrebbe ragionare, a tale riguardo, sulla opportunità che una legge ordinaria ribadisca la vigenza di un principio costituzionale[37], ma sappiamo che una prassi siffatta non è nuova né isolata nella produzione legislativa. Il problema, piuttosto, è che nel ddl Zan non tutti i convincimenti o le opinioni espressi sono considerati ammessi: non lo sono infatti quelle espressioni di essi idonee "a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti". Tale previsione, che rientra nelle ipotesi già contemplate dall'ordinamento in cui un'espressione di pensiero può produrre una sanzione penale, riprende nella formulazione un orientamento da tempo espresso in giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità[38], che valorizza l'elemento della *concretezza* del pericolo che la dichiarazione provoca. E ciò pone l'evidente problema di carattere ermeneutico di determinazione della fattispecie, dovendosi – ad opera dell'interprete – valutare l'idoneità di una determinata manifestazione del pensiero a provocare il *concreto pericolo*. Su quest'aspetto occorre approfondire. Da un primo angolo visuale, infatti, sembrerebbe doversi ritenere che la concretezza del pericolo si possa apprezzare *soltanto dopo* che le affermazioni abbiano prodotto un comportamento discriminatorio (ed accertato ovviamente il nesso di casualità tra affermazioni e comportamenti):

[37] Osserva al riguardo N. COLAIANNI, *La Santa Sede e il d.d.l. Zan sulla tutela di LGBTQ*, in *Questione giustizia*, 3 luglio 2021, che la riproduzione in una norma di legge ordinaria di principi costituzionali "non si sottrae per vero all'impressione di una *excusatio non petita*".

[38] Per la prima si v. sentenza Corte cost. n. 65/1970, in cui si è ritenuto non in contrasto con la Costituzione la previsione del reato di apologia in quanto non si tratta di una "manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti". Per la giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., sez. III penale, n. 36906/2015.

se così non fosse, si dovrebbe ritenere che il pericolo non sia qualificabile come concreto bensì quale *astratto*. Tuttavia si è sostenuto che la indicata concretezza potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui nessuna condotta discriminatoria si sia realizzata, e che pertanto il *dicere* dovrebbe essere punito non soltanto quando abbia provocato un *facere*, bensì anche nell'ipotesi in cui sia "in grado di tradursi *in facere*"[39].

Può essere utile, a tale riguardo, considerare una situazione esemplare che è stata prospettata. Si è ipotizzato[40] il caso di un sacerdote della Chiesa cattolica il quale legga ai propri fedeli ciò che il Catechismo della Chiesa cattolica afferma a proposito delle pratiche omosessuali (e cioè che si tratta di una "inclinazione oggettivamente disordinata"): una volta accertato che le espressioni utilizzate non siano ammissibili - e quindi non punibili - sulla base dei criteri sopra indicati, è sufficiente il sermone per ritenere punibile il sacerdote, oppure occorre che a seguito di esso alcuni fedeli pongano in essere atti discriminatori?

In definitiva, a me pare che – salvo forse casi del tutto eccezionali che difficilmente riesco ad immaginare – la concretezza del pericolo possa apprezzarsi soltanto a seguito del compimento di un'azione discriminatoria: così che il giudice potrebbe trovarsi a giudicare l'offensività della istigazione soltanto a seguito dell'accertamento giudiziale della suddetta azione.

In secondo luogo, e sempre rimanendo nell'ambito della disposizione contenuta nell'art. 4, merita sottolineare il riferimento alle *condotte*. Queste, infatti, per non essere punibili, devono sottostare a due condizioni: che non siano idonee a determinare il concreto pericolo (come l'espressione di convincimenti o opinioni), ma anche che siano *legittime*. Qui la contraddizione della formulazione appare *ictu oculi*: se sono legittime, significa che sono consentite e quindi non devono essere punite; se sono vietate, significa che non sono legittime[41].

Ed ancora: le condotte legittime sono ammissibili se "riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte", ma a condizione della loro inidoneità a determinare il concreto pericolo sopra indicato. Anche in questo caso la disposizione appare infelice nella sua formulazione: se infatti quelle condotte sono idonee a determinare il concreto pericolo, esse risultano vietate comunque, indipendentemente che siano riconducibili al pluralismo delle idee o meno. Altrimenti si dovrebbe inferire che le condotte non riconducibili a tale ultimo ambito (e quali sarebbero, nel caso?) siano comunque vietate,

[39] S. CURRERI, *op. cit.*, 2.

[40] Da parte di T. PADOVANI, *op. cit.*

[41] Secondo F. VARI, in *Avvenire* del 25 giugno 2020, "l'uso dell'aggettivo 'legittime' dà l'idea di un cane che si morde la coda: non si applicano i divieti a ciò che la legge non vieta". Ancora Natalino Irti rileva, nell'intervista citata alla nota 28, "la gravità, direi l'abisso interpretativo, di quel «legittime» e di quell'«idonee»".

indipendentemente dalla loro idoneità a determinare il concreto pericolo.

Circa poi la previsione specifica relativa al "pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte" merita richiamare ancora quanto ha scritto Tullio Padovani: "Ma di che si va straparlando? Mentre la libertà delle scelte non è chiaro che ci stia a fare, per il pluralismo delle idee va ricordato che lo sguardo della Costituzione non è circoscritto entro i limiti "politicamente corretti"; spazia oltre e assicura anche la libertà di esprimere idee personalissime ed esclusive, che spesso sono anche le migliori"[42].

Un ultimo punto, sottolineato in dottrina, riguarda la mancata esclusione della illiceità del fatto in relazione a determinati ambiti di manifestazione del pensiero, quali ad esempio le espressioni artistiche, di ricerca o di insegnamento[43]: ambiti nei quali la possibile applicazione delle misure sanzionatorie potrebbe comportare una violazione delle disposizioni costituzionali ad essi relative[44].

Analizziamo infine la compatibilità delle previsioni di cui all'art. 4 con quelle contenute negli articoli precedenti.

Ricostruendo il sistema, il ddl Zan intende punire l'*istigazione* a commettere atti di discriminazione, ma se tale istigazione è conseguenza dell'espressione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte (con la già accennata difficoltà a individuare situazioni estranee a tale fattispecie) la stessa non sarebbe punibile, a meno che gli stessi convincimenti o opinioni non siano idonei a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti[45]. Mi pare che, in questo modo, si crei una sorta di labirinto nel quale dovrà muoversi il giudice chiamato a risolvere casi concreti: con il probabile effetto, di cui si dirà, di rendere sostanzialmente impossibile la condanna del potenziale istigante (oltre che con rilevanti riflessi sulla tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatoria[46]).

[42] T. PADOVANI, *op. cit.*

[43] Su cui v. L. CONTE, *op. cit.*, 309 ss.

[44] Così A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2013, 13.

[45] Scrive ancora T. PADOVANI, *op. cit.*: "Tenendo presente che le innovazioni del Ddl non coinvolgono la fattispecie della propaganda, il locutore di idee e l'autore di comportamenti legittimi devono badare a quel che dicono e fanno, e in particolare alle conseguenze sul comportamento di altri (perché se si tratta degli stessi soggetti agenti si tratterebbe di condotta legittima)". Oltre a quanto scritto, va poi considerata anche la giurisprudenza che si è formata sull'art. 604 bis, che – ad esempio – ha escluso la punibilità degli incitamenti all'azione "palesemente paradossali" (Cass. 21 febbraio 2020, n. 6933).

[46] Secondo G. M. FLICK, in *Avvenire* del 11 maggio 2021, nella proposta di legge "c'è anche il rischio di mettere in pericolo la "tipicità", ossia l'individuazione precisa, della norma, che è garanzia fondamentale richiesta per quest'ultima. Inoltre c'è il rischio ulteriore di arrivare, attraverso a troppi concetti, a una dilatazione dell'ambito di interpretazione del giudice. Con la conseguenza, io temo, di creare un pericoloso divario far le giuste intenzioni e gli effetti originati dalle formulazioni della norma

6. Le altre misure, "promozionali", del ddl Zan

Come detto all'inizio, il ddl Zan non si limita all'introduzione di norme sanzionatorie penali.

L'art. 5 stabilisce che per i reati di cui ai commi precedenti possono essere applicate le sanzioni accessorie di cui alla legge 9 ottobre 1967, n. 962 (che ha ad oggetto la "Prevenzione e repressione del delitto di genocidio"). Tali sanzioni consistono, ad esempio, nell'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità[47], nella sospensione della patente di guida e del passaporto, nel divieto di partecipare ad attività di propaganda elettorale. Nello specificare i possibili destinatari di dette attività di utilità sociale, il ddl intende aggiungere a quelli attualmente indicati (persone handicappate, tossicodipendenti, anziani e stranieri) anche le "associazioni di tutela delle vittime dei reati di cui all'articolo 604-bis del codice penale". In sostanza, si intende valorizzare la finalità rieducativa della pena, indicando al giudice l'opportunità di obbligare il condannato a svolgere un'attività a vantaggio delle organizzazioni che si occupano di tutelare le vittime del reato da esso commesso: sull'evidente presupposto che l'incontro e la collaborazione tra colpevole e vittima (intesa in senso lato, cioè come organizzazione di tutela) possa contribuire al superamento della tendenza a delinquere nel primo. Non bene definite risultano tali organizzazioni (che potrebbero essere meglio qualificate con enti del Terzo settore rientranti tra quelli che hanno come finalità la "promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici" di cui all'art. 5, primo comma, lettera *W)* del Codice del Terzo settore), ma si tratta di un aspetto tutto sommato marginale.

L'art. 7 prevede poi l'istituzione della "Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia", con lo scopo di "promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere". In tale Giornata – che si inscrive peraltro in una tendenza di cui è recente espressione la legge 18 marzo 2021, n. 35, che ha istituito la Giornata nazionale in memoria delle vittime del COVID-19 - dovranno essere organizzate "cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile", anche da parte delle scuole (ma nel rispetto del piano triennale dell'offerta formativa e del patto educativo di corresponsabilità) nonché delle altre amministrazioni pubbliche (compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente). La data

e dalle sue definizioni". Secondo altri, invece, il perimetro di applicazione della fattispecie penale è individuato "in modo sufficientemente tassativo" (A. SCHILLACI, *op. cit.*).

[47] Sulla tendenza del legislatore ad introdurre previsioni di "volontariato imposto" v., da ultimo, E. INNOCENTI, *"Per sua libera scelta". Volontariato come corrispettivo di prestazioni pubbliche?*, in E. ROSSI – L. GORI (cur.), *Ridefinire il volontariato*, Pisa, 2020, 25 ss.

prescelta dal ddl Zan (il 17 maggio) coincide con la Giornata che si celebra a livello mondiale (come riconosciuta anche dall'Unione europea e dalle Nazioni Unite, oltre che già istituita da altri Paesi dell'UE). Aspetto da sottolineare è che la finalità di tale Giornata interpreta estensivamente l'ambito di cui al titolo della legge, essendo diretta, come si è detto, a *prevenire* la discriminazione mediante la valorizzazione della cultura del rispetto nei confronti delle persone indipendentemente dalle loro espressioni relative al sesso. Proprio nei confronti di questa previsione sono appuntati i maggiori rilievi critici nei confronti del ddl da parte della Chiesa cattolica, che hanno indotto la Santa Sede a consegnare una "nota verbale" al Governo italiano, in cui si afferma "che alcuni contenuti dell'iniziativa legislativa - particolarmente nella parte in cui si stabilisce la criminalizzazione delle condotte discriminatorie per motivi 'fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere' - avrebbero l'effetto di incidere negativamente sulle libertà assicurate alla Chiesa cattolica e ai suoi fedeli dal vigente regime concordatario". Tralasciando ogni valutazione sul merito di tale intervento oltre che sulla sua efficacia, vi è da dire come da più parti si sia ritenuto che la preoccupazione maggiore della Chiesa, nonché la fonte di legittimazione del proprio (straordinario) intervento, risiedesse proprio nella previsione relativa alla Giornata in questione, paventandosi la compressione che potrebbe derivare per la libertà delle scuole cattoliche, quali imprese di tendenza (anche considerato che l'art. 7 del d.d.l. non prevede possibili esenzioni)[48].

L'art. 8 intende poi intervenire su un decreto legislativo (9 luglio 2003, n. 215) che costituisce attuazione di una direttiva comunitaria (2000/43/CE) relativa alla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, al fine di allargare le competenze dell'ufficio per il contrasto delle discriminazioni. Al di là della valutazione sull'opportunità intrinseca di tale estensione, qualche dubbio suscita l'attribuzione della competenza proprio a quell'ufficio (che è denominato Ufficio nazionale Antidiscriminazioni *Razziali*"), istituito da una norma che ha come finalità "la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, disponendo le misure necessarie affinché le differenze di razza o di origine etnica non siano causa di discriminazione". Va peraltro tenuto presente che tale organismo si qualifica – nel proprio sito istituzionale – quale "l'ufficio deputato dallo Stato italiano a garantire il diritto alla parità di trattamento di tutte le persone, indipendentemente dalla origine etnica o razziale, dalla loro età, dal loro credo religioso, *dal loro orientamento sessuale, dalla loro identità di genere o dal fatto di essere persone con disabilità*" (corsivi aggiunti). La disposizione del ddl Zan demanda a tale Ufficio il compito di elaborare ogni tre anni una "strategia

[48] N. COLAIANNI, *op. cit.*, cui si rinvia anche per una ricostruzione della vicenda.

nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere" (ovviamente "con le risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica"), definendo gli ambiti di intervento di essa. Da sottolineare che tra le competenze attuali dell'Ufficio nessuna riguarda l'elaborazione di una "strategia": né viene indicato quale sia l'effettiva destinazione ed utilizzo di essa.

L'articolo 9 contiene una modifica sostanzialmente formale e di raccordo all'art. 105-quater del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio), relativamente alle competenze dei centri contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere già previsti dalla norma su cui si interviene.

Infine, l'art. 10 attribuisce all'ISTAT la realizzazione di una rilevazione statistica con cadenza almeno triennale. L'oggetto di tale rilevazione è introdotto, nel testo, da un "anche": a indicare che su altri contenuti potrà decidere discrezionalmente l'Istituto delegato. Tra gli ambiti che detta rilevazione dovrà anche misurare sono indicati "le opinioni, le discriminazioni e la violenza subite e le caratteristiche dei soggetti più esposti al rischio": relativamente a quale tipo di discriminazioni tale indagine debba realizzarsi non è specificato in modo diretto, ma può ricavarsi dall'indicazione che tale rilevazione è finalizzata "alla progettazione e realizzazione di politiche per il contrasto della discriminazione e della violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere". Dal che sembrerebbe doversi dedurre che all'Istat viene chiesto, da parte della proposta, di operare una rilevazione triennale "a tutto campo" sulle discriminazioni possibili, anche ascoltando le opinioni delle vittime (purché "nell'ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali").

7. Il ddl Zan e l'uso simbolico del diritto penale

Questo, dunque il contenuto del ddl in questione, che introduce in un unico testo misure sanzionatorie penali e misure di carattere promozionale/educativo finalizzate al superamento di atteggiamenti non discriminatori. Proprio questa combinazione consente di svolgere alcune considerazioni finali.

È abbastanza evidente che il "cuore" del ddl Zan sia costituito dalle richiamate norme incriminatrici penali, con riguardo alle quali il quadro complessivo induce a ritenere che esse siano formulate in modo talmente incerto e confuso, anche a causa dell'intersezione con diritti fondamentali che devono essere garantiti, da impedire la realizzazione di un'efficace repressione penale. In altri termini, è assai probabile che ben difficilmente – e forse soltanto in casi estremi – si arriverà a formulare sentenze di condanna in forza delle norme

incriminatrici previste dal ddl[49]. Ma sono anche convinto che questo non sia l'obiettivo che il legislatore intende perseguire, quanto piuttosto la promozione di una cultura di non discriminazione, o meglio di *accettazione sociale* delle situazioni previste dalla norma. Anche da parte di chi considera opportuno un intervento legislativo quale quello del ddl Zan si sottolinea infatti che "la norma giuridica, attraverso la sua portata simbolica, agisce sulla coscienza collettiva, così che il comportamento diventa non solo illegale, ma anche socialmente condannato"[50]. In relazione poi ad una proposta di legge di qualche anno fa sulla stessa materia, il relatore alla Camera del provvedimento affermò trattarsi "di quei casi in cui la norma penale ha un effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità"[51]. Ed è allora significativo che il ddl intenda introdurre misure promozionali (quali l'istituzione di una Giornata specifica) accanto a quelle sanzionatorie penali: evidentemente ritenendo che da un lato si debba operare con il bastone e dall'altro con l'educazione (più che con la carota)[52].

Ma anche il sistema sanzionatorio penale può risultare (nell'intenzione del legislatore) funzionale a questo obiettivo, sebbene si tratti di un uso distorto. È infatti altamente probabile che, almeno nella prima fase di attuazione della legge, vi saranno segnalazione di fatti o denunce che porteranno ad avviare l'azione penale: immagino che, in particolare, le associazioni di tutela delle vittime si faranno in tal senso parte attiva, dopo aver spinto fortemente per l'approvazione della legge, a far sì che quest'ultima non resti senza conseguenze effettive. Ed anche se quelle denunce potrebbero non condurre – al termine del processo – ad una condanna per l'indagato, tuttavia l'effetto mediatico che si sarà prodotto potrà consentire di raggiungere quell'obiettivo di condanna sociale di cui si è detto.

Alla luce di questo, tornano alla memoria le parole di un maestro del diritto penale, Ferrando Mantovani, il quale, analizzando il rapporto tra diritto penale e morale, conclude che l'ideale finale consiste in "un diritto penale garante del 'minimo etico' e utilizzato come *extrema ratio*".

Sul diritto penale come *extrema ratio* la Corte costituzionale, come noto, è

[49] In un articolo giornalistico, C. MELZI D'ERIL – G. E. VIGEVANI, *Ddl Zan, è proprio necessario scomodare il diritto penale? Forse no*, in *il Sole 24 ore*, 27 maggio 2021, si sottolinea che "i reati di opinione fanno di rado capolino nei tribunali" e che "la vicenda della aggravante di negazionismo a quanto consta non risulta mai essere stata contesta in un processo nei cinque anni successivi alla sua entrata in vigore".

[50] G. M. LOCATI – F. R. GUARNIERI, *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questione giustizia*, 28 luglio 2020.

[51] L'affermazione è riportata da A. PUGIOTTO*, Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *Genius*, n. 2/2015, 9.

[52] Ritiene che il ddl Zan si caratterizzi per una duplice strategia, repressiva e preventiva-protettiva, L. CONTE, *op. cit.*, 304 ss.

ripetutamente intervenuta, affermando che "il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante" (sentenza n. 409/1989), e che "le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni (cfr. sentenza n. 317 del 1996); chè anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* (cfr. sentenze n. 487 del 1989, n. 282 del 1990, n. 317 del 1996), cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela" (sentenza n. 447/1998, analogamente n. 189/1987, 317/1996 ed altre)[53].

A fronte di tali richiami, è peraltro nota la tendenza, di cui il ddl in questione costituisce a mio parere efficace esemplificazione[54], ad utilizzare il diritto penale – anziché come *extrema ratio* - in funzione simbolico-espressiva, introducendo fattispecie di reati "che sono espressivi di un male che li trascende, di un male che supera l'offesa, in cui cioè, si potrebbe dire sinteticamente, l'allarme sociale fa aggio sull'offesa", ed in cui quindi "l'entità dell'offesa è largamente superata dall'allarme sociale che essa suscita e dunque si deve rinvenire una risposta a questo allarme sociale per placarlo attraverso l'uso strumentale del diritto penale"[55]. Un uso, quello simbolico-espressivo del diritto penale, tale da far perdere ad esso "la sua qualifica tipica di conservazione dei beni giuridici, per assumere quella, ben più rischiosa, perché foriera di espansione incontrollata, c.d. promozionale, nel senso di "esortare caldamente" i cittadini

[53] Che quella della *extrema ratio* costituisca una "illusione dura a morire", è sostenuto da G. FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in S. CANESTRARI (cur.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 55.

[54] Anche secondo L. CONTE, *op. cit.*, 299, la prospettiva del ddl Zan consiste "nella capacità delle disposizioni in esso contenute di conformare l'agire sociale", condividendo l'utilizzo della leva penale come "strumento di socializzazione della problematica omo-transfobica" (*sic!*). Personalmente ritengo di condividere chi, al contrario, sostiene "la radicale inefficacia ed il carattere controproducente di una politica vòlta ad orientare le scelte culturali dei consociati soprattutto mediante il diritto penale" (A. DI MARTINO, *op. cit.*). Per D. PULITANÒ, *op. cit.*, 5, "ad uno sguardo d'insieme, la legge in itinere si presenta come una normativa di spiccata valenza simbolica, ben difendibile sul piano dei principi e delle intenzioni, espressione di valori di civiltà e di rispetto reciproco. Potrebbe risultare non scevra di pericoli qualora fosse maneggiata da mani disaccorte, o non sensibili alla preminenza della libertà d'espressione".

[55] T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014, 12. Cfr. anche, tra i molti, M. CATERINI, *Il diritto penale del nemico "presunto"*, in *Politica del diritto*, n. 4/2015, 635 ss. Osserva F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 23, come sia "invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale".

ad osservare la norma penale"[56]. E significativo è il fatto che ciò avvenga nella materia specifica della lotta alle discriminazioni in materia legate alla dimensione affettivo-sessuale: come avviene peraltro anche in altri Paesi[57].

Di fronte a tutto ciò, e sull'ovvio presupposto della condivisione delle finalità complessive che stanno alla base del ddl Zan, occorre ribadire quanto, agli occhi di un costituzionalista, appare evidente, e cioè che "la trama costituzionale di un diritto penale liberale non contempla l'uso del reato e della pena in chiave pedagogica, perché non deve imporre valori con la minaccia della spada, semmai mettere in sicurezza valori che si sono già affermati nel dibattito pubblico"[58].

[56] A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 72, 2016. E si v. anche C. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018.

[57] Cfr. al riguardo la rassegna proposta da G. G. PIGNATIELLO, *Profili comparati e problemi costituzionali della legislazione contro l'omotransfobia. Il caso spagnolo e quello italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2020, 998 ss.

[58] A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini*, cit., 9.

HA ANCORA UN FUTURO LA LEGGE QUALE STRUMENTO PRIMARIO DI NORMAZIONE E DI DIREZIONE POLITICA?

ANTONIO RUGGERI*

Sommario

1. I termini essenziali della questione ora discussa e gli itinerari percorsi in vista della sua soluzione. – 2. Il versante in cui si svolgono le relazioni interordinamentali e i vincoli da esse discendenti, cui consegue un sensibile accrescimento dei compiti gravanti sullo Stato, anche per effetto della emersione di una massa imponente di bisogni che reclamano soddisfazione, a fronte della quale si rende viepiù manifesto il basso tasso di rappresentatività dei rappresentanti. – 3. La nota saliente posta a base della osservazione delle relazioni interordinamentali ed istituzionali, costituita dallo scarto vistoso tra i contenuti (complessivamente carenti) delle discipline legislative e i bisogni che premono per essere appagati, nel quale è da vedere la radice da cui si alimentano alcune delle più rilevanti torsioni del modello costituzionale, particolarmente evidenti nel tempo della emergenza. – 4. I molti volti del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, con specifico riguardo alle oscillanti e discontinue applicazioni del limite della "discrezionalità" del secondo ed alla invenzione a getto continuo di nuove tecniche decisorie da parte della prima, delle quali nulla peraltro ad oggi si sa circa l'effettivo "seguito" datovi nelle aule giudiziarie. – 5. I rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali, dal punto di vista della Consulta, e i riflessi che possono aversene nei riguardi delle leggi (con specifico riguardo alla vessata questione della "doppia pregiudizialità" ed ai modi della sua soluzione, nonché al rilievo, ingiustificatamente differenziato, riconosciuto al diritto giurisprudenziale convenzionale ed a quello eurounitario). – 6. La crisi della legge quale specchio della crisi dei partiti e del sistema dagli stessi composto, con immediate conseguenze a carico dell'indirizzo politico, esso pure afflitto da una crisi problematicamente superabile, da cui trae origine ed alimento la "supplenza" dei giudici nei riguardi del legislatore in vista dell'appagamento di alcuni dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale. – 7. Una succinta notazione finale, a riguardo del ruolo svilito della legge, di cui si ha già oggi riscontro e più ancora potrebbe aversi per l'avvenire, specie per effetto dell'affollamento degli strumenti di normazione nell'arena degli atti espressivi di potere, dell'avocazione all'alto (a beneficio dell'Unione europea e della Comunità internazionale) di quote viepiù consistenti di sovranità, della emersione di plurime ed ingravescenti emergenze.

Abstract

The paper dwells on the most obvious causes that have led to the crisis of statute law, which is mirrored by the crisis of political policy-making and of institutional decision-makers. This crisis was made evident by the significant gap between the pressing expectations to be met and the low level of representativeness of the representatives, as well as by the ever-increasing constraints imposed by the international community and the European Union and by the many and never-ending emergencies (including, most recently, the current health crisis) which must be faced. A quick examination of the relationship between judges and lawmakers is then carried out. This provides important elements confirming the crisis itself, and a few final remarks are made regarding the role that statute law could still play today and in the near future, albeit in forms and with effects very different from those seen in the not too distant past.

Suggerimento di citazione

A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore emerito di Diritto Costituzionale nell'Università di Messina.
Contatto: antonio.ruggeri@unime.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. I termini essenziali della questione ora discussa e gli itinerari percorsi i vista della sua soluzione

Da cosa nasce il pessimismo che s'intravede sullo sfondo del quesito che dà il titolo alla riflessione che mi accingo a svolgere?

Tornando a riflettere sul senso complessivo che può oggi riconoscersi alla legge, a ciò che essa rappresenta al piano degli atti e per le implicazioni di ordine istituzionale che ne discendono, confesso di avvertire una sensazione che è per me motivo di non poco disagio e vera e propria inquietudine, quella cioè di vedere lo strumento normativo per antonomasia e veicolo delle più salienti espressioni della direzione politica come se fosse accerchiato da tutte le parti, fortemente compresso e talora, in relazione a talune esperienze, persino svilito nelle funzioni e nel ruolo suoi propri. Ed è di qui, appunto, che sorge il quesito circa la possibilità che abbia ancora un futuro, se non pure glorioso come nel tempo passato e, tuttavia, pur sempre di un certo rilievo nelle dinamiche di apparato e nei rapporti tra quest'ultimo e la comunità governata.

Mi riprometto di sottoporre a verifica critica l'ipotesi ricostruttiva ora succintamente enunciata, sforzandomi di rifuggire da ogni preorientamento e facendovi luogo su più versanti, con l'obiettivo di non lasciare nulla d'intentato e con la speranza appunto di poter avere indicazioni confortanti. Mi auguro francamente di poter dire di essermi sbagliato; temo, però, che gli esiti dello studio condotto non diano molto alimento alla speranza.

Rappresento in breve le piste che saranno battute e passo quindi a svolgere alcune sintetiche notazioni con riguardo a ciascuna di esse.

Volgo lo sguardo tanto al fronte dei rapporti interordinamentali quanto a quello dei rapporti di diritto interno. Per il primo, sarebbe necessario – com'è chiaro – distinguere le relazioni rilevanti in seno alla Comunità internazionale rispetto a quelle con l'Unione europea; come si vedrà, tuttavia, ai fini di questo studio possono farsi alcune notazioni valevoli per entrambi i campi di esperienza suddetti. Quanto al secondo, per ragioni di chiarezza e di linearità nello svolgimento dell'analisi, giova dire separatamente dei rapporti tra gli organi della direzione politica e di quelli che questi ultimi intrecciano con gli organi di garanzia e, segnatamente, con i giudici, ulteriormente quindi distinguendo in seno a questi ultimi a seconda che vengano in rilievo quelli con la Corte costituzionale rispetto agli altri con i giudici comuni.

Ebbene, come che si riguardi l'oggetto qui nuovamente studiato, parrebbe essere avvalorata la conclusione sopra indicata. E si tratta allora di chiedersi se e cosa possa farsi per rallentare la corsa della legge dentro un tunnel che parrebbe non avere uscita, se non pure di darle modo di tornare indietro, recuperando almeno in parte il posto che le spetta nel sistema degli atti espressivi di potere. Tenterò quindi di prefigurare, seppure in modo molto sommario ed approssimativo, quali scenari potrebbero delinearsi per il futuro dell'atto e,

risalendo, dell'organo che ne è produttore e, in generale, quali effetti di sistema potrebbero aversene.

2. Il versante in cui si svolgono le relazioni interordinamentali e i vincoli da esse discendenti, cui consegue un sensibile accrescimento dei compiti gravanti sullo Stato, anche per effetto della emersione di una massa imponente di bisogni che reclamano soddisfazione, a fronte della quale si rende viepiù manifesto il basso tasso di *rappresentatività dei rappresentanti*

Sul versante dei rapporti interordinamentali parrebbe che il discorso possa chiudersi in poche battute. La legge è infatti – come si sa – dalla Carta assoggettata alla osservanza di norme di produzione esterna, siano esse internazionali e siano sovranazionali. Fino alla riscrittura del Titolo V – come pure è noto – le cose non stavano così in relazione alle fonti di natura pattizia[1], ammettendosi dalla dottrina largamente maggioritaria[2] e da una giurisprudenza consolidata[3] l'avvicendamento nel tempo alle leggi di esecuzione dei trattati e degli accordi internazionali in genere (laddove appunto recepiti con fonti di primo grado) da parte di leggi ad esse sopravvenienti. Oggi, però, col riconoscimento del carattere "subcostituzionale" che sarebbe proprio delle fonti internazionali in parola (e, di riflesso, degli atti che le recepiscono)[4], tutto ciò non può più aversi.

È pur vero che, in punto di diritto, i vincoli discendenti dai patti siglati in seno alla Comunità internazionale possono considerarsi quali "autolimiti", essendo il legislatore perfettamente consapevole, al momento in cui li contrae e recepisce in ambito interno[5], della "copertura" loro offerta dalla Carta, con ciò che ne consegue[6]. Non vi è tuttavia chi non veda il carattere artificioso di un

[1] … con le sole note eccezioni di quelle di cui agli artt. 7 e 10, II c., nonché dei trattati "comunitari", di cui si dirà a momenti.

[2] … con pur talune eccezioni autorevolmente accreditate, quale quella dovuta alla nota teorizzazione di R. Quadri.

[3] Non ha, infatti, avuto l'atteso seguito una indicazione presente in Corte cost. n. 10 del 1993, con la qualifica ivi riconosciuta a beneficio delle leggi di esecuzione dei patti internazionali quali fonti atipiche.

[4] Lo si è avuto – come si sa – con le famose sentenze "gemelle" sulla CEDU del 2007; il ragionamento ivi svolto sembra, ad ogni buon conto, possedere generale valenza con riguardo agli obblighi internazionali aventi origine pattizia.

[5] Ovviamente, non si fa qui riferimento agli accordi in forma semplificata ma unicamente a tutti gli altri che sono resi esecutivi in ambito interno con legge.

[6] … anche al piano processuale, potendo le fonti esterne in parola rilevare come parametro interposto in sede di giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto le leggi con esse incompatibili (*rectius*, dal punto di vista interno, incompatibili con gli atti di esecuzione). Con riferimento al meccanismo della fonte interposta, di recente e per tutti, v. A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 153 ss.

siffatto argomentare, quanto meno in relazione a trattati o a documenti internazionali in genere che predispongono meccanismi di produzione giuridica dagli imprevedibili effetti: un po' come si ha in quei film di fantascienza in cui si vedono macchine inventate dall'uomo che sfuggono poi al controllo di chi le ha messe a punto, rivelandosi in grado di darsi fini non pensati dall'uomo e di realizzarli rivoltandosi persino contro il loro stesso inventore.

È ben possibile che l'azione delle macchine in parola si traduca in benefici d'incalcolabile valore, al servizio di alcuni dei più diffusi ed avvertiti bisogni dell'uomo che, senza le stesse, non potrebbero mai ricevere appagamento.

Per restare all'esempio sopra fatto, si pensi alle Carte dei diritti ed alla previsione di organi costituiti allo scopo di assicurare protezione a questi ultimi, altrimenti condannati a restare sguarniti di tutela. La CEDU, per dire solo della prima di esse che viene in mente, grazie all'opera quotidiana e feconda svolta dalla Corte di Strasburgo ne dà, forse, la più eloquente ed accreditata testimonianza. Più ancora, poi, ciò vale per la Corte di giustizia alle cui pronunzie – come si sa – è riconosciuta la natura di vere e proprie fonti del diritto di rango costituzionale. Si è, dunque, in presenza di documenti internazionali che apprestano alcuni motori incessanti di produzione giuridica, idonei a spiegare effetti persino di rilievo costituzionale. Una conclusione, questa, valida anche per le fonti ambiguamente etichettate come "subcostituzionali", dal momento che la stessa giurisprudenza da tempo riconosce – a mio modo di vedere, con dubbia coerenza con se stessa – la natura *materialmente* costituzionale anche della Convenzione (e, però, di ogni Carta in genere), ammettendosi l'integrazione nei fatti interpretativi di tutti i documenti normativi in parola, Costituzione compresa (sentt. nn. 388 del 1999 e 84 del 2021)[7].

Il vero è che, con riferimento a trattati che danno vita ad organizzazioni internazionali e ad apparati istituzionali in genere, la giustificazione che fa leva sul concetto di "autolimite" non regge: è, piuttosto, un'autentica mistificazione, una pietosa bugia detta a finalità di mascheramento della realtà, che, a conti fatti, dà una raffigurazione distorta e forzosa del diritto internazionale, delle sue più salienti espressioni, della loro natura e forza. È però altrettanto vero che, in ultima istanza, lo Stato, per mano del legislatore, può spegnere le creature istituzionali alla cui nascita ha dapprima concorso o, per dir meglio, può sciogliersi dal laccio che ad esse lo lega avvalendosi del diritto di recesso[8]. Anche questo modo di vedere le cose, tuttavia, è almeno in parte artificioso,

[7] Non si dimentichi, poi, che la stessa Carta dei diritti dell'Unione chiede di essere intesa e fatta valere alla luce di ciò che dispone la CEDU, fatta ad ogni buon conto salva la eventualità di poter offrire una più intensa tutela ai diritti in gioco.

[8] In generale, sul recesso da trattati multilaterali, v., per tutti, i contributi al *Focus Exit! Il recesso dai trattati multilaterali. Crisi e nuovi slanci nella cooperazione internazionale ed europea*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2020, 1° giugno 2020.

specie se si considera che ragioni di contesto possono frapporsi all'esercizio della facoltà in parola e, comunque, oppongono una resistenza a volte formidabile alla sua messa in atto[9].

Come che stiano al riguardo le cose, resta il fatto che *ab extra* discendono a carico dello Stato (e, perciò, della legge quale strumento elettivo di normazione e di direzione politica) vincoli graduati per intensità e dalla varia connotazione complessiva, in dipendenza sia di previsioni normative adottate in ambito internazionale e in sede di Unione europea e sia di quelle ragioni di contesto cui si faceva poc'anzi cenno. Non di rado, anzi, queste ultime entrano in rotta di collisione con le prime o, come che sia, da esse divergono sensibilmente, secondo quanto peraltro è proprio dello scarto che – dove più dove meno – sempre si registra tra l'*essere* e il *dover essere*.

Si pensi, ad es., al carattere elastico o, diciamo pure, relativo esibito dal principio di attribuzione che, con specifico riguardo ai rapporti tra Unione e Stato, rende comunque incerta la portata della sfera di competenze sottratta, del tutto o in parte, agli interventi normativi di quest'ultimo (a partire, ovviamente, da quelli in forma di legge) e, con essa, mobili i limiti posti alla sua sovranità, di cui all'art. 11 della Carta. La qual cosa, in astratto, potrebbe anche portare al ritorno di materie e funzioni dapprima devolute all'Unione; il punto è, però, che la più marcata tendenza è proprio nel senso inverso. D'altronde, è assai istruttiva in tal senso la circostanza per cui, in presenza di diffuse ed acclarate carenze registratesi in ambito statale, si invochi da più parti (persino – si faccia caso – da parte dei nazionalisti ad oltranza…) un fattivo ed incisivo intervento da parte dell'Unione anche oltre ciò che, in base ai trattati, sarebbe di spettanza di quest'ultima.

Sta di fatto che – diversamente dal tempo in cui lo Stato nazionale aveva raggiunto la sua massima affermazione e, con essa, largamente accreditata era l'idea mitica della sua autosufficienza ed attitudine ad esprimere *optimo iure*, entro i propri confini invalicabili, la propria sovranità –, col fatto stesso della proliferazione delle organizzazioni internazionali (tra le quali, sopra ogni altra, oggi l'Unione europea), si è quindi avuta una sensibile contrazione della sovranità stessa, con riflessi di tutta evidenza a carico della legge quale atto politico-normativo per eccellenza. E, invero, come si è altrove messo in evidenza, la sovranità appare ormai essere frantumata e *quodammodo* dispersa,

[9] Non credo, infatti, che sia generalizzabile la vicenda della *Brexit* né sarei sicuro circa il fatto che la maggioranza degli inglesi sia ancora oggi fermamente persuasa della bontà della scelta fatta col recesso dall'Unione; comunque, non mi pare che il precedente possa essere da noi imitato. Si è, per vero, immaginata la eventualità di una *Italexit* [part., R. BIN, Italexit*? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 813 ss.], che nondimeno giudico (e mi auguro essere) alquanto remota, perlomeno fintantoché dello schieramento di centro-destra farà parte una forza politica fedele alla causa europea e le sarà dato modo di esercitare un ruolo non secondario all'interno dello schieramento stesso.

appuntandosi su plurimi centri istituzionali, molti dei quali appunto situati fuori delle mura statali[10].

Il quadro è, nondimeno, assai più articolato ed internamente composito rispetto alla succinta e scarnificata rappresentazione che ora se ne dà. E, per avvedersene, basti solo tener presente un dato; ed è che, al tempo dello Stato liberale ed in linea con la ideologia che ne permeava la struttura e l'azione, la legge era – come si sa – sollecitata ad interventi assai circoscritti nel campo sociale, gli individui essendo lasciati soli con se stessi al fine della realizzazione dei loro progetti di vita, nel mentre la legge circoscriveva i propri interventi regolativi alle sole relazioni interpersonali riguardanti alcuni ambiti materiali (quali la famiglia, la proprietà o le successioni), nei quali essi si rendevano necessari al fine dell'appagamento di bisogni altrimenti sguarniti di tutela, centrandosi in tal modo l'obiettivo della integra trasmissione della comunità politica organizzata nel tempo.

Di contro, oggi, come pure è noto, si ha un quadro interno assai più frastagliato, nel mentre la massa dei bisogni, individuali e collettivi, è divenuta col tempo davvero imponente e sempre più pressante, aggravata da plurime ed ingravescenti emergenze (su cui, peraltro, si tornerà), tant'è che sta anche in questo (ma – com'è chiaro – non solo in esso) una delle cause principali di quella carenza di rappresentatività dei rappresentanti politici su cui si è riversato un fiume incontenibile d'inchiostro, secondo quanto si dirà meglio per taluni aspetti più avanti[11].

Crescendo i bisogni, cresce ovviamente anche l'impegno della legge e degli atti in genere di normazione, sfornati a getto continuo dalla macchina che li

[10] Con specifico riguardo al versante dei rapporti tra Unione e Stati, di una "sovranità condivisa" tra gli stessi si discorre in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*[5], Giappichelli, Torino 2019; v., poi, più di recente, G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione europea*, FrancoAngeli, Milano 2020; sulla sovranità dell'Unione, inoltre, la *Enquête sur la souveraineté européenne*, curata dalla Fondazione J. Jaurès e dalla Fondazione F. Ebert, in *Ipsos Public Affairs*, gennaio 2021.

[11] Riferimenti a riguardo della spinosa, annosa e ad oggi irrisolta (ed anzi ulteriormente aggravata) questione della crisi della rappresentanza politica possono aversi dal mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 25 gennaio 2021, 124 ss.; *adde*, ora, F. POLITI, *Democrazia rappresentativa* versus *democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 22 aprile 2021, 518 ss.; P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2021, 3 maggio 2021, 406 ss. e, in relazione allo sviluppo della tecnologia ed all'utilizzo degli strumenti da questa apprestati, A. CIANCIO, *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mo' di introduzione*, in *Federalismi*, 15/2021, 16 giugno 2021, 43 ss., e C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza e partecipazione politica e le sfide dell'innovazione tecnologica*, relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Genova 18-19 giugno 2021, vers. provv., in www.gruppodipisa.it.

produce, anzi dalle macchine, plurime e di varia fattura e connotazione complessiva dislocate a più livelli e su più punti della trama istituzionale di cui si compone la Repubblica. Basti solo, al riguardo, por mente alla "invenzione" delle leggi regionali ed al rilievo dalle stesse posseduto quali strumenti idonei a concorrere, per la loro parte, all'appagamento dei diritti fondamentali che – come si sa – sono il cuore pulsante della Costituzione e dello Stato costituzionale[12].

Il pluralismo istituzionale che informa la Carta e da questa quindi si trasmette all'intera Repubblica dalla prima fondata[13] fa, dunque, sì che la cura di molti interessi di rilievo costituzionale risulti demandata ad atti diversi dalla legge statale, che si diano persino "recinti" o porzioni di territorio, quali centri di emersione degli interessi stessi, sottratti del tutto o in parte alla regolazione da parte di quest'ultima e rimessi ora ad altre fonti ora all'autonormazione dei privati e delle formazioni sociali nelle quali questi si riuniscono per la piena realizzazione della loro personalità.

Per altro verso, la legge, al pari degli altri atti di normazione – siano, o no, ad essa equiparati –, è sollecitata, come si diceva, a darsi cura di una mole imponente di interessi, incomparabilmente maggiore per quantità e qualità rispetto a quella di un tempo.

Per altro verso ancora, se è innegabile che *ab extra* vengono condizionamenti di non poco conto per la sovranità dello Stato (e, di riflesso, per la legge), è parimenti innegabile che, pur laddove la legge si ponga in posizione ancillare rispetto ad atti di normazione altrove prodotti, ugualmente può – perlomeno in talune materie ed al ricorrere di talune circostanze – farsi veicolo di scelte comunque politicamente connotate.

Tutto è da vedere caso per caso. Si danno, infatti, materie e momenti in cui il tratto della politicità si riduce all'osso e, a conti fatti, si svilisce o smarrisce e momenti in cui invece se ne ha il sostanziale seppur parziale recupero, fermi i condizionamenti venuti *ab extra*, ai quali si è accennato e dei quali si dirà per taluni aspetti anche a breve.

[12] Istruttivi al riguardo gli esiti della corposa ricerca curata da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014; a riguardo degli spazi riconoscibili all'autonomia al servizio dei diritti, v., inoltre, utilmente, M. BELLETTI, *Legge regionale e diritti*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 3/2019, 6 ottobre 2019, 1 ss. Per una riconsiderazione complessiva dell'autonomia regionale a seguito della pandemia da Covid-19, v., ora, l'ampio studio di P. MASALA, *I diritti fra stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale "ribilanciamento" occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2021, 17 maggio 2021, 137 ss.

[13] In realtà, se è vero che dal punto di vista storico-politico la Costituzione è venuta dopo la Repubblica e, perciò, è stata generata da questa, è pur vero che, una volta venuta alla luce, la Costituzione stessa ha "ricreato" la Repubblica, dotandola delle strutture e degli strumenti di cui ha bisogno nel suo incessante cammino.

Le notazioni fin qui svolte (e in attesa di ulteriori precisazioni) avvalorano, ad ogni buon conto, l'idea che la legge potrà certamente avere anche in futuro, così come ha già oggi, un proprio ruolo nella cura del pubblico interesse al piano delle relazioni interordinamentali, senza che nondimeno si disponga di un metro sicuro ed attendibile che consenta di misurare il tasso di politicità da essa espresso, per la elementare ragione che esso varia di continuo persino in uno stesso ambito materiale di esperienza e che il quadro istituzionale in cui il ruolo stesso s'inscrive e rende manifesto si presenta internamente frastagliato, in più punti segnato da spinte e controspinte dalla varia provenienza ed intensità, opaco e confuso insomma.

3. La nota saliente posta a base della osservazione delle relazioni interordinamentali ed istituzionali, costituita dallo scarto vistoso tra i contenuti (complessivamente carenti) delle discipline legislative e i bisogni che premono per essere appagati, nel quale è da vedere la radice da cui si alimentano alcune delle più rilevanti torsioni del modello costituzionale, particolarmente evidenti nel tempo della emergenza

L'attenzione sul versante delle relazioni interordinamentali va, ad ogni buon conto, tenuta costantemente ferma, dal momento che plurimi e varî, per forma ed intensità, sono gli intrecci che si instaurano e svolgono tra le stesse e le relazioni istituzionali di diritto interno, risultandone pertanto fortemente, seppur non sempre vistosamente, condizionate tanto le dinamiche che connotano la forma di governo quanto quelle che attengono alla forma di Stato, nella duplice articolazione in cui è usualmente veduta, avuto cioè riguardo ai rapporti tra gli enti territoriali di cui si compone la Repubblica quanto (e soprattutto) a quelli tra l'apparato nel suo insieme, ad ogni livello istituzionale in cui si costituisce ed opera, e la comunità governata.

Si dà al riguardo una nota dominante o – se si preferisce – un'autentica chiave interpretativa alla cui luce possono essere ricostruite e criticamente riviste tutte le relazioni in parola, e segnatamente quelle tra gli organi della direzione politica *inter se*, le altre che essi intrattengono con gli organi di garanzia (in ispecie, i giudici), infine quelle che si hanno tra questi ultimi (con particolare riguardo a quelle tra giudici comuni e Corte costituzionale e di tutti i giudici nazionali con le Corti europee). Ed è data dallo scarto vistoso che si riscontra tra i contenuti, complessivamente carenti, delle discipline legislative (e normative in genere) e i bisogni costituzionalmente meritevoli che attendono di essere in qualche modo appagati.

Ebbene, molte (e, comunque, le più rilevanti) delle torsioni che si registrano al piano istituzionale hanno proprio qui la radice da cui si alimentano, una delle principali cause (se non pure la più rilevante) della loro manifestazione con

toni viepiù aggravati e preoccupanti.

Non occorre un lungo discorso a chiarimento di quest'affermazione; è sufficiente, infatti, un succinto richiamo a talune esperienze e vicende, peraltro assai note, per avere subito conferma di quanto si viene ora dicendo.

Si pensi, ad es., all'annoso squilibrio che si ha nei rapporti tra gli organi della direzione politica, segnalato da più parti con toni di viva preoccupazione ed accompagnato peraltro dalla elaborazione di ricette volte a porre un argine, se non anche un freno, a questo *trend* che parrebbe essere ormai inarrestabile lungo la china su cui si è da tempo avviato. È ormai provato, infatti, che la macchina delle leggi non è in grado di sfornare con la necessaria rapidità prodotti adeguati a far fronte a bisogni a getto continuo emergenti dal tessuto sociale, alla cui cura pertanto principalmente si dedica il Governo, peraltro con molto affanno e complessive carenze sovente esibite dagli atti man mano adottati[14]. È poi pur vero che, quando si è voluto, si sono fatte leggi anche in pochi giorni (magari *ad personam*…); questa, però, non è (e non può essere) la regola. E, invero, dobbiamo prendere atto che i tempi del procedimento legislativo, per come è ad oggi strutturato, si dimostrano molte volte inadeguati a far fronte alle domande plurime ed incalzanti di prodotti fatti su misura in relazione a bisogni parimenti peculiari. È, dunque, necessario prendere, una buona volta, piena avvertenza del fatto che le innovazioni apportate ai regolamenti camerali nel mezzo secolo ormai trascorso dal loro integrale rifacimento hanno dimostrato limiti evidenti di rendimento[15] e che, pertanto, occorre porre urgentemente mano alla predisposizione di procedure parlamentari[16] ancora più

[14] Si torna periodicamente a fare il punto sugli usi che si fanno degli strumenti di normazione, sul versante parlamentare come su quello governativo, e si ritorna sempre a ripetere stancamente le stesse cose, approdando ad esiti ricostruttivi a conti fatti non dissimili, mascherati nondimeno da espressioni diverse nel linguaggio e nei toni ma dal comune orientamento. Si confrontino, ad es., le analisi svolte in chiave comparata che sono in *Osservatorio sulle fonti 2008*, dedicato a *La legge parlamentare oggi*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2010, con i contributi allo Speciale su *I poteri normativi del Governo*, che sono in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019; utili indicazioni possono altresì aversi dagli scritti dello *Speciale* su *Il Governo della Repubblica a trent'anni dalla legge n. 400/1988*, che sono nella stessa *Rivista*, 1/2019, dai contributi allo Speciale su *Parlamento e governo parlamentare in Italia. Verso un affresco contemporaneo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2019, 15 aprile 2019 (ed *ivi*, part., F. DAL CANTO, *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, 35 ss.), nonché da *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto sulla legislazione 2019-2020*, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati in collaborazione con il Servizio studi del Senato della Repubblica, Roma 2020.

[15] Si è fatto il punto sulla funzionalità delle istituzioni parlamentari nei contributi che sono nel Quad. 2021 de *Il Filangieri*, dal titolo *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive*, Jovene, Napoli 2021.

[16] *Mutatis mutandis* la questione si ripropone anche per altre assemblee elettive, quali quelle regionali, sia pure con toni, forse, di minore gravità vuoi per il numero ristretto dei loro componenti e vuoi per la natura degli interessi di cui esse sono chiamate a farsi carico.

semplificate ed idonee a chiudersi in tempi ravvicinati[17], senza nondimeno che ne risulti oltre misura sacrificato il libero confronto tra gli operatori politici che – come si sa – è la linfa vitale e la ragion d'essere delle assemblee elettive.

Resta, ad ogni buon conto, fermo che alcuni dei bisogni in parola appaiono essere – come si diceva – imponenti e distesi in un tempo lungo o lunghissimo, ad oggi assolutamente incalcolabile, a motivo della loro dimensione talora persino planetaria (si pensi solo, per fare ora i primi esempi che vengono in mente, all'emergenza climatica o, per restare all'oggi, a quella sanitaria, in relazione alle quali sono in gioco non soltanto i diritti fondamentali della generazione presente ma anche quelli delle generazioni future[18]).

È chiaro che, allora, vi si provvede – nei limiti del possibile – perlopiù a mezzo di atti del Governo. Gli stessi strumenti al riguardo menzionati dalla Carta esibiscono tuttavia, ormai da tempo, limiti evidenti di rendimento e richiedono, per un verso, di essere ulteriormente messi a punto e perfezionati, esattamente come macchine usate e non più funzionanti a dovere[19], e, per un altro verso, di essere affiancati da nuovi strumenti dei quali dovrà farsi menzione nella legge fondamentale della Repubblica, se si ha a cuore di evitare che alcune delle più salienti esperienze e vicende della normazione maturino al di fuori (e, in buona sostanza, in opposizione) delle scarne indicazioni ad oggi esibite dal quadro costituzionale.

Si pensi solo al fenomeno oggi di maggior rilievo, costituito dalle emergenze cui si è sopra accennato. Ebbene, non è casuale – a me pare – che, soprattutto nella fase iniziale della pandemia, si sia fatto fronte a quest'ultima principalmente a mezzo dei discussi DPCM, oltre che delle ordinanze adottate in sede locale, in un clima peraltro confuso e tra non poche, anche aspre, controversie tra gli operatori istituzionali. Certe esperienze, infatti, non spuntano come i funghi in un bosco dopo una notte di pioggia. Piuttosto, talvolta con la loro stessa emersione (e senza nondimeno far passare sotto silenzio le non poche né lievi responsabilità gravanti sulle forze politiche e gli operatori istituzionali per il cattivo uso o il non uso fatto degli strumenti di cui dispongono), testimoniano ed avvalorano lacune di costruzione originarie, bisognose di essere

[17] Cfr. al mio il punto di vista al riguardo espresso da M. MANETTI, *Perché tornare a discutere del procedimento legislativo*, in Quad. 2021 de *Il Filangieri*, sopra cit., 109 ss.

[18] Una particolare attenzione per la salvaguardia di questi ultimi, con specifico riguardo alla prima emergenza, è ora in una importante pronunzia del *Bundesverfassungsgericht* del 24 marzo 2021, annotata da R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *La Cost.info* (www.laCostituzione.info), 30 aprile 2021, e, pure *ivi*, M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, 3 maggio 2021.

[19] Quali, poi, possano essere le innovazioni al riguardo consigliabili è questione che richiede uno spazio di cui ora non si dispone, rendendosi pertanto necessario fare al riguardo rimando ad uno studio a ciò specificamente dedicato cui mi riprometto di porre mano tra non molto.

urgentemente colmate[20].

Il vero è che – come si è tentato di argomentare altrove – fa difetto nella nostra Carta, per ragioni storiche a tutti note[21], una disciplina, invece presente in altri ordinamenti[22], per la gestione delle emergenze o, per dir meglio, di *alcune* emergenze, non fronteggiabili a modo, con le sole loro forze, dai decreti-legge[23]. Ed occorre farvi luogo proprio al fine di recuperare – perlomeno fin dove possibile –, nel quadro di un complessivo riordino del sistema delle fonti[24], un ruolo politicamente significativo a beneficio delle assemblee elettive, salvaguardando allo stesso tempo quello degli organi di garanzia, in atto di necessità in rilevante misura sacrificato; un ruolo, quello di questi ultimi, che richiede, a mia opinione, di essere ulteriormente promosso, con specifico

[20] Della esistenza di lacune costituzionali anche particolarmente gravi e vistose ho trattato nel mio *Lacune costituzionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2016, 18 aprile 2016.

[21] Cocente era, infatti, il ricordo delle sofferenze patite nel corso dell'esperienza maturata nel ventennio e nel secondo conflitto bellico e diffuso era, pertanto, il timore che la previsione nella Carta della disciplina di cui ora si discorre potesse prestarsi ad usi distorti, forieri di pericoli per le istituzioni repubblicane e l'ordinamento democratico che si andava disegnando in seno alla Costituente. È nella consapevolezza dei rischi insiti nella proposta qui caldeggiata che la stessa va circondata di misure adeguate a pararli, secondo quanto si passa subito a dire nel testo [sui rischi sempre incombenti di una involuzione autoritaria e sui modi idonei a contenerli, se non pure a pararli del tutto, v., almeno, AA.VV., *Crisi dello Stato e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2021, 91 ss.].

[22] Riferimenti, ora, in V. PIERGIGLI, *Parlamenti e Corti. Spigolature al tempo della pandemia*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 13/2021, 19 maggio 2021, spec. 206 s.

[23] La questione è – come si sa – animatamente discussa, un'accreditata dottrina peraltro essendosi risolutamente schierata sul fronte opposto a quello in cui si dispongono alcune riflessioni da me fatte sul tema [indicazioni al riguardo, volendo, nel mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in un vol. coll. dall'omonimo titolo, curato da G. De Minico e M. Villone, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 16 luglio 2020, 196 ss.; v., inoltre, D. TRABUCCO, *I* «sovrani» *regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del* covid-19, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 12 marzo 2021, spec. 369 ss., che pure caldeggia l'adozione di una disciplina costituzionale degli stati di emergenza Cfr., ora, I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, spec. 87 ss., ed *ivi* altresì riferimenti alle soluzioni adottate in altri Paesi per far fronte all'emergenza sanitaria, nonché F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2021, 17 maggio 2021, spec. 125 ss.].

[24] Questo bisogno è da tempo avvertito senza che si sia, perlomeno ad oggi, riusciti a darvi appagamento (riferimenti in AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, a cura di M. Siclari, Editoriale Scientifica, Napoli 2012 e, più di recente, in F. PACINI, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017). Basti solo por mente ai sensibili scostamenti dal modello costituzionale registratisi sul terreno sia della decretazione d'urgenza che delle deleghe legislative (e della normazione delegata), espressive di non poca approssimazione e vera e propria improvvisazione nell'uso delle tecniche di normazione (utili indicazioni, per l'un verso, in C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato* Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, per l'altro, in U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020).

riguardo a quello preventivo del Capo dello Stato, sollecitato dalle emergenze in parola a spendersi con ancora maggiore impegno ed intensità in occasione dell'adozione degli atti posti in essere non solo dal Governo nella sua interezza ma anche dal Presidente del Consiglio e dai Ministri *uti singuli* che, seppur astrattamente sprovvisti di forza di legge, nei fatti producono effetti di rango costituzionale, specie laddove incidano sulle libertà e, in genere, su beni costituzionalmente protetti.

4. I molti volti del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, con specifico riguardo alle oscillanti e discontinue applicazioni del limite della "discrezionalità" del secondo ed alla invenzione a getto continuo di nuove tecniche decisorie da parte della prima, delle quali nulla peraltro ad oggi si sa circa l'effettivo "seguito" datovi nelle aule giudiziarie

L'alterazione dei ruoli istituzionali conseguente agli stati di crisi ha, poi, la sua immediata proiezione sul terreno delle garanzie processuali, pur laddove alle emergenze si faccia fronte con gli strumenti previsti dalla Costituzione, non di rado traducendosi in un affievolimento del sindacato dei giudici (e – per ciò che è qui di specifico interesse – della Corte costituzionale).

Disponiamo di plurime e concordanti testimonianze in tal senso, che portano in evidenza anomali "bilanciamenti" effettuati dalla Consulta tra beni costituzionalmente protetti, sui cui esiti fa aggio la parimenti anomala situazione di fatto in cui ha luogo la produzione giuridica e si svolge il controllo del massimo garante della legalità costituzionale. A fronte di emergenze pressanti e talora per vero soffocanti, insomma, non si può andare troppo per il sottile, pretendo il rigoroso e pieno rispetto della Costituzione[25]. È vero che, laddove una disciplina oggettivamente incostituzionale sia fatta salva, si tiene a precisare che si tratta di una sorta di messa tra parentesi della legalità stessa dovuta alle circostanze e che, perciò, si rende necessario il sollecito ripristino dello stato fisiologico delle cose non appena cessata l'emergenza, a pena della successiva caducazione della disciplina stessa. E d'altronde il sindacato secondo ragionevolezza richiede – come si sa – la costante congruità delle misure adottate rispetto al contesto fattuale nel quale s'inscrivono ed operano[26]. Gli stessi

[25] Così è stato, per fare ora solo un esempio, con riguardo all'emergenza avutasi negli anni bui del terrorismo rosso, per far fronte alla quale il Governo si è trovato costretto a varare misure abnormi, in ispecie prolungando oltre il tollerabile il termine massimo della carcerazione preventiva al fine di non dar modo a soggetti detenuti in attesa di giudizio e sospettati di appartenere alle BR di essere rimessi in libertà per scadenza del termine stesso, ricevendo quindi il benevolo avallo della Consulta con la discussa (e discutibile) sent. n. 15 del 1982.

[26] Ragguagli con riferimento ai modi con cui si fa uso della ragionevolezza nei giudizi di costituzionalità possono, se si vuole, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[6], Giappichelli, Torino 2019, 137 ss.

valori fondamentali positivizzati nella Carta, laddove risultino incisi dalla normativa *sub iudice* (della qual cosa non poche volte si ha riscontro), vengono di volta in volta sottoposti a "bilanciamenti" del tutto peculiari e quindi rimessi complessivamente a punto per le peculiari esigenze del caso.

Il rapporto tra Corte e legislatore ha, nondimeno, molti volti.

Anche nel tempo presente, che – come si viene dicendo – è segnato da plurime emergenze, esso si presenta con un andamento – come dire? – a fisarmonica, dandosi casi di arretramento ed altri invece di avanzamento e persino d'invasione da parte della Consulta del campo tradizionalmente considerato di esclusiva spettanza del legislatore e rimesso perciò a discipline frutto di apprezzamenti "discrezionali" di quest'ultimo[27].

In realtà, si fatica non poco a capire quale mai sia la "logica" sottostante al diverso trattamento riservato a casi che esibiscono forti assonanze e, talora, appaiono persino per più ragioni sostanzialmente identici, a volte facendosi luogo al rigetto della questione (sia, o no, accompagnato da moniti indirizzati al legislatore per una sollecita revisione della disciplina della materia) ed altre volte invece al suo accoglimento, esso pure peraltro posto in essere a mezzo di tecniche decisorie non sempre coincidenti. Si assiste, insomma, ad usi "fungibili" delle tecniche stesse, senza che ne risulti chiara la ragione. La qual cosa porta diritto a vistose oscillazioni del limite della "discrezionalità" in parola che rendono assai arduo (e, forse, per vero, praticamente impossibile) il compito di riportarne le varie manifestazioni ad un quadro unitario ed internamente coerente, specie laddove se ne abbia il disinvolto, sostanziale accantonamento.

Questo *trend* ha, soprattutto nel tempo a noi più vicino, acquistato forme particolarmente vistose e – come mi è venuto di dire in altre occasioni – anche

[27] Del limite in parola si è molto e variamente discusso [riferimenti in A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss.; C. PANZERA, *Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale, in Foro it., 3/2020, V, 127 ss.; T. GIOVANNETTI, La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore, in AA.VV., Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi, Giappichelli, Torino 2020, 19 ss.;* D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115; M.T. STILE, *Discrezionalità legislativa e giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 59 ss.; nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *ConsultaOnLine* (www.giurcost.org), 2/2021, 3 maggio 2021, 348 ss., spec. 371 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 242 ss. Infine, volendo, anche il mio *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 16 aprile 2021, spec. 473 ss.].

non poco inquietanti. Ed è proprio in relazione ad esso che si riscontra quello scarto tra discipline legislative (e normative in genere) e bisogni meritevoli di appagamento che si pone quale la molla che mette in azione manovre ardite e persino temerarie poste in essere dal giudice costituzionale, assistendosi non soltanto al sostanziale rifacimento delle discipline stesse ma anche – ed è questo ciò che maggiormente importa e preoccupa – a quello del parametro costituzionale, persino dei principi fondamentali evocati in campo dal caso: una manipolazione, quest'ultima, ovviamente non portata alla luce del sole (ciò che renderebbe ingiustificabile l'operato del garante, innaturalmente convertitosi in organo di revisione costituzionale[28]) bensì abilmente mascherata dietro un uso accorto e raffinato degli strumenti retorico-argomentativi[29].

Sta di fatto che, al fine di dare un qualche appagamento a diritti vecchi e (soprattutto) nuovi ed avvedendosi della insufficienza dell'armamentario di cui dispone, la Corte fa luogo alla invenzione di tecniche inusuali che mettono in stato di palese sofferenza la discrezionalità del legislatore fino a determinarne – come si diceva – la messa da parte.

Cappato ne ha dato una eloquente testimonianza, con la tecnica decisoria in due tempi in occasione di tale vicenda inaugurata e quindi ulteriormente ripresa più volte[30]. Diversamente, altre esperienze processuali, pure – come si

[28] … e persino in un vero e proprio potere costituente, laddove il rifacimento del dettato costituzionale dovesse riguardare gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento.

[29] Sull'obbligo costituzionale di motivazione, in termini generali, di recente, v. D. GALLIANI, *I criceti e la ruota che gira. Il senso costituzionale dell'obbligo di motivazione*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 684 ss. Ed è fuori di dubbio che esso grava altresì sulle pronunzie della Corte costituzionale, seppur in misura – diciamo così – graduata a seconda della natura e veste formale e, ovviamente, dei connotati complessivi di ciascuna questione. La centralità di rilievo della parte motiva delle decisioni della Corte è, peraltro, da tempo e con dovizia di argomenti rilevato dalla più sensibile dottrina, senza che ad ogni buon conto si sia ad oggi individuato un metro adeguato a darne la misurazione. Non si trascuri, inoltre, che le decisioni stesse si dispongono tutte al riparo del formidabile scudo protettivo eretto dall'ultimo comma dell'art. 137 Cost., aggirabile unicamente a mezzo dell'esercizio collettivo del diritto di resistenza, volto cioè a non darvi seguito ovvero a darvene uno infedele e *quodammodo… sanante* (per alcune indicazioni in relazione al tema ora solo sfiorato, v. AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996; v., inoltre, utilmente, in prospettiva comparata, G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di* common law, Giappichelli, Torino 2020.

Sta di fatto che, purtroppo, la Corte – com'è stato opportunamente rilevato da un'avveduta dottrina [A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 176 ss.] – non ci ha finora spiegato (e, con ogni probabilità, mai lo farà) come si interpreta la Costituzione. In tema, da ultimo, A. SPADARO, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 16/2021, 30 giugno 2021, 208 ss.

[30] … e, segnatamente, nel corso della vicenda di cui a Corte cost. n. 132 del 2020, al momento in cui si scrive (fine giugno 2021) decisa con una pronunzia solo parzialmente ablativa, secondo quanto risulta dal comunicato stampa emesso dalla Consulta in data 22 giugno di quest'anno che ne anticipa

diceva – per più versi analoghe, hanno ricevuto dissimile trattamento[31]. E, invero, la Corte preferisce talvolta tenere sulla graticola il legislatore, rigettando oggi e però minacciando di accogliere domani[32], mostrando comunque di ritenere pienamente disponibile, secondo occasionali convenienze, il limite della discrezionalità in parola[33].

Il giudice delle leggi rivendica, insomma, per sé la *Kompetenz-Kompetenz* in ordine alla definizione della linea divisoria del campo da esso coltivabile e di quello invece rimesso alla cura del legislatore: una linea pur tuttavia mobile ed evanescente, come si è venuti dicendo. Ed è interessante notare che, ancora con *Cappato* (e con i casi trattati con il medesimo *standard* decisionale), la Corte mostra di voler accordare al legislatore la precedenza temporale nella nuova disciplina della materia, mentre in altre occasioni rompe gli indugi e vi fa senz'altro luogo[34], comunque pur sempre confermando di considerare ormai *pleno iure* fungibili i ruoli istituzionali. Nei fatti (e al di là di quanto è invece a parole predicato[35]), sembra, infatti, curarsi ben poco (o, diciamo pure, per nulla) dell'approdo al quale fatalmente in tal modo si perviene, che è quello dello smarrimento del principio della separazione dei poteri, sia pure nella forma peculiare e temperata in cui ha trovato accoglienza nella nostra Carta così come nelle altre venute alla luce nei Paesi di tradizioni liberal-democratiche dopo la fine della seconda grande guerra. Ed è chiaro che, venendo meno il principio in parola, viene per ciò stesso meno l'idea di Costituzione quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, con grave pregiudizio proprio per quei diritti nei quali si rinviene la ragion d'essere della invenzione delle nuove tecniche decisorie ed in funzione servente dei quali esse

la pubblicazione, e in quella di cui a Corte cost. n. 97 del 2021, che ha rinviato al maggio 2022 la definizione della questione di costituzionalità relativa all'ergastolo ostativo.

[31] Così, ad es., quella di cui a Corte cost. n. 230 del 2020.

[32] Questa soluzione, nondimeno, va incontro all'incertezza in merito alla ripresentazione della medesima questione che – com'è chiaro – non si sa se si avrà.

[33] Emblematicamente espressive di questo *trend* le affermazioni contenute in Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021, segnatamente laddove, nella prima decisione, la Corte rileva di "non potere *ora* porre rimedio" alle lacune della disciplina legislativa (p. 2.4.1.4 del *cons. in dir.*) e similmente, nella seconda, che "questa Corte non può, *allo stato*, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore" (p. 5.9 del *cons. in dir.*). Doverosa è, dunque, qui ritenuta unicamente la precedenza da accordare al legislatore, non già la osservanza, in seconda battuta e perdurando l'inerzia di quest'ultimo, della discrezionalità in parola, ormai – come si viene dicendo – rientrante nella disponibilità della Corte.

[34] Lo ha fatto di recente, ad es., in Corte cost. n. 41 del 2021, che si segnala altresì per l'apposizione di un termine di *vacatio sententiae* inusitatamente lungo (fino all'ottobre 2025) per la produzione dell'effetto ablativo.

[35] Troviamo, ancora non molto tempo addietro, ribadito nella relazione della Presidente M. Cartabia, relativa all'anno 2019, che il principio della separazione dei poteri unitamente a quello di leale cooperazione costituiscono "due pilastri coessenziali che reggono l'architettura costituzionale repubblicana" (§ 3).

aspirano a porsi. Come ho tenuto più volte a dire e tengo qui pure a ribadire, i fini non possono mai giustificare machiavellicamente i mezzi, dal momento che – com'è stato fatto notare da un'accreditata dottrina[36] – sono sempre (e solo) questi ultimi a "prefigurare" i primi.

È persino banale (e – confesso –, per me, motivo di vera e propria sofferenza) dover qui rammentare che non è indifferente per i fini-valori enunciati nella Carta ricevere svolgimento e realizzazione a mezzo di questa o quella pubblica funzione, tanto più poi laddove ciò comporti il costo insopportabile di una innaturale commistione dei ruoli, sol che si ammetta – come devesi – che gli enunciati che li esprimono si aprono a raggiera a plurime e pressoché incontenibili specificazioni-attuazioni, richiedendo pertanto la messa in atto di soluzioni normative portatrici di orientamenti politici che unicamente gli organi a ciò istituzionalmente preposti possono (e devono) elaborare e concretare.

Né vale obiettare che, in fondo, nulla di nuovo o di autenticamente rivoluzionario si rinviene nelle tecniche decisorie sopra indicate o in altre che dovessero essere, nel medesimo verso, inventate nel prossimo futuro, dal momento che le esperienze della giustizia costituzionale testimoniano – come si sa – da tempo l'esercizio in "sussidiarietà" di poteri di normazione da parte della Consulta[37]. Vi è, infatti, un senso della misura che sempre dovrebbe presiedere alle operazioni di riscrittura dei testi poste in essere in sede di giudizi di costituzionalità[38]; e la soglia invalicabile avrebbe dovuto essere segnata (e deve oggi pure esserlo) – come si è venuti dicendo – dal limite della "discrezionalità" del legislatore, pur nelle incertezze concettuali e vere e proprie ipoteche teoriche da cui appare gravato, nonché (e di conseguenza) dalle oscillazioni che ne connotano gli svolgimenti nelle vicende processuali.

Si aggiunga, poi, un dato che consiglierei di non sottovalutare, per quanto per vero ad esso non sia stata – a me pare – prestata la dovuta attenzione; ed è che le operazioni di giustizia costituzionale non si perfezionano ed esauriscono presso il Palazzo della Consulta ma richiedono *sempre* di essere completate e portate ad effetto dai giudici comuni (e, in genere, dai pratici del diritto[39]), la cui attività in molti casi è non già di mera *esecuzione* dei verdetti consegnati

[36] A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost*., 1/2016, 169.

[37] Di sentenze "normative" si discorre giusto da quarant'anni a questa parte, dal tempo cioè in cui l'etichetta è stata coniata da un'autorevole dottrina (G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.).

[38] Una misura che – come si è tentato di argomentare nel mio *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, cit. – appare ormai essere vistosamente superata.

[39] Non si trascuri, al riguardo, il ruolo nient'affatto secondario che sono chiamati ad esercitare gli amministratori, quando non *omisso medio* i privati, al quale nondimeno non è qui possibile dedicare nulla più del labile cenno ora fattovi.

dalla Corte bensì di vera e propria *attuazione*, richiedendo pertanto la messa in atto di misure esse pure espressive – dove più e dove meno – di scelte discrezionali o, diciamo pure, politicamente connotate.

Si pensi solo, al riguardo, al "seguito" dato dai giudici alle additive di principio, in attesa dell'intervento regolativo del legislatore, laddove cioè prende ancora una volta forma un'anomala commistione dei ruoli, dal momento che i primi sono chiamati ad "inventarsi" una regola che non c'è, facendola quindi valere per il caso[40]. Possiamo poi chiamare le cose come vogliamo ma resta il fatto che, in congiunture siffatte, si è in presenza di una vera e propria attività di produzione normativa, seppur con effetti circoscritti alla singola esperienza processuale. Gli effetti, com'è chiaro, non sono quelli tradizionalmente considerati propri delle norme giuridiche[41] ma la sostanza dell'attività posta in essere non è qualitativamente diversa.

Poco o nulla, poi, sappiamo a tutt'oggi delle sorti delle nuove tecniche decisorie alle quali si è sopra fatto richiamo, quale cioè ne sia il concreto rendimento nelle più diffuse esperienze processuali che vengono a maturazione nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune, nel mentre sarebbe di estremo interesse stabilire, sia pure con larga approssimazione, quale accoglienza sia stata ad oggi ad esse riservata. Il credito di cui la Corte gode induce, nondimeno, a ritenere che, sulla spinta delle sollecitazioni ed indicazioni da essa data, si formino delle vere e proprie *consuetudini culturali* operative che docilmente si dispongono nel solco tracciato dalle abili mani del massimo garante della legalità costituzionale.

Il ruolo dei giudici comuni, ad ogni buon conto, è di centrale rilievo già per il fatto che sono essi a predisporre le questioni su cui la Corte è chiamata a pronunziarsi; ed è noto a tutti che quest'ultima, pur godendo di margini di manovra non poco consistenti (e che la stessa si è ritagliata), può andare (e non poche volte effettivamente va) incontro a difficoltà insormontabili a passare al merito delle questioni sottopostele che si dimostrino non fatte a modo.

Le sorti delle leggi, insomma, dipendono congiuntamente dall'operato (in fase iniziale e finale) dei giudici comuni e della Corte, con un concorso degli uni e dell'altra vario a seconda dei casi, senza che possa astrattamente stabilirsi da chi sia giocata la parte più rilevante della partita[42].

[40] In tema, di recente, con specifico riguardo alle additive di prestazione, F. BOCCHINI, *Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione delle sentenze additive di prestazione della Corte Costituzionale*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2020.

[41] … sempre che si tengano fermi i caratteri della generalità e dell'astrattezza, come si sa tradizionalmente ritenuti caratterizzanti le norme giuridiche. La fragilità teorica di questa costruzione è però rilevata nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, 26 ss. e 41 ss., al quale peraltro può farsi capo per riferimenti di letteratura risalente.

[42] D'altronde, gli elementi di "diffusione" del nostro sistema di giustizia costituzionale sono – come si sa – da tempo rilevati (per tutti, AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un*

Vi è di più. Dovrebbe tenersi altresì conto – ciò che, però, è praticamente impossibile – di tutti i casi in cui le questioni di costituzionalità abortiscono e non vengono perciò alla luce, essendo rigettate dai (potenziali) giudici *a quibus*, senza che peraltro ne siano note le (succinte) motivazioni al riguardo addotte. Forse, un seppur involontario concorso ha dato (e dà) a quest'esito la stessa Corte, con l'incoraggiamento dato alla sperimentazione della tecnica dell'interpretazione conforme, della quale peraltro in chissà quanti casi si è fatto (e si fa) cattivo uso[43]. È pur vero, però, che la più recente giurisprudenza costituzionale sembra orientata a rimettere largo spazio ai giudici in ordine all'utilizzo della tecnica decisoria in parola[44], dalla quale ad ogni buon conto (ed è questo un punto da tener costantemente presente) possono venire soluzioni interpretative oltre misura… *sananti* (e, perciò, esse pure indebitamente manipolative).

È importante tener presente che, in congiunture siffatte, la legge non ne ha affatto un guadagno, come pure si potrebbe ad una prima ma erronea impressione ritenere, sol perché fatta salva (ed anzi migliorata…) dall'intervento dei giudici. Ogni manipolazione dei testi di legge, più ancora poi laddove preceduta o accompagnata da una del parametro costituzionale, ha pur sempre un costo per il legislatore e – ciò che maggiormente importa – per la comunità tutta, per la elementare ragione dietro già richiamata, secondo cui non è affatto indifferente che le scelte politiche siano poste in essere da questo o quell'operatore istituzionale. La circostanza per cui il legislatore porta innegabili ed

controllo di costituzionalità di tipo diffuso?, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002), per quanto gli studi si fermino perlopiù al ruolo giocato dai giudici comuni in fase ascendente, in sede cioè d'impostazione delle questioni portate alla cognizione della Corte, restando invece indebitamente nell'ombra il versante discendente (e, segnatamente, il "seguito" effettivamente dato dai giudici stessi ai verdetti emessi dalla Consulta).

[43] Anche la tecnica in parola è, purtroppo, studiata unicamente al piano teorico-astratto, con riguardo cioè alle condizioni che secondo modello ne giustificano la messa in atto, senza che si riesca a sapere davvero quale uso in concreto se ne fa, al di fuori dei riscontri avutisi in alcuni casi particolarmente discussi.

[44] Indicazioni in M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; nella stessa *Rivista*, v. A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, 5 dicembre 2019, 163 ss., nonché R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; M. NISTICÒ, *Le sentenze interpretative e l'interpretazione conforme*, in *AA.VV., Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi, cit., 187 ss.;* G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?, I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, e, pure *ivi*, l'*Editoriale* di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, cit., 230 ss.

imperdonabili responsabilità, per azioni come pure per omissioni incostituzionali, non giustifica, dunque, che se ne facciano carico i garanti: quanto meno, come pure si diceva, non lo giustifica *oltre misura*.

V'è di più. Le manipolazioni messe in atto per via interpretativa possono, per la loro parte, concorrere a deresponsabilizzare il legislatore o, come che sia, ad alimentarne l'apatica inerzia, nella consapevolezza che c'è comunque chi provvederà al suo posto, magari facendosi carico di scelte laceranti, la cui adozione potrebbe pregiudicare delicati e seppur instabili equilibri tra le forze politiche: è, in fondo, ciò che si è avuto in *Cappato* ed in molti altri casi ancora, davvero istruttivi al riguardo.

5. I rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali, dal punto di vista della Consulta, e i riflessi che possono aversene nei riguardi delle leggi (con specifico riguardo alla vessata questione della "doppia pregiudizialità" ed ai modi della sua soluzione, nonché al rilievo, ingiustificatamente differenziato, riconosciuto al diritto giurisprudenziale convenzionale ed a quello eurounitario)

Come si vede, è venuta (e viene sempre più di frequente) a realizzarsi una manovra a tenaglia posta in essere congiuntamente dai giudici comuni e dalla Corte, che peraltro non di rado si appoggia ad indicazioni offerte dalle Corti europee, specie laddove da esse si abbia il riconoscimento di nuovi diritti, cui fa quindi eco analogo riconoscimento in ambito interno *ope juris prudentiae*.

L'apertura del circuito decisionale alle Corti europee, che anzi vi hanno fatto ingresso con centralità di ruolo, ha poi portato, specie negli ultimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale, a spostare sensibilmente gli equilibri interni al piano degli operatori di giustizia, con riflessi immediati nei riguardi delle leggi e, in genere, del sistema delle fonti.

Penso soprattutto alla "svolta" segnata dalla discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017, con le ulteriori e non secondarie precisazioni apportatevi dalle pronunzie successive (specie di quelle venute alla luce nel 2019, a partire dalla 20): un indirizzo, questo, che – per un largo ed accreditato orientamento – s'inscrive nel quadro di una complessiva manovra volta al "riaccentramento" del sindacato[45], a fronte del precedente indirizzo patrocinato dalla stessa Corte

[45] Questa tendenza è al centro di un animato e ad oggi non finito confronto tra gli studiosi [tra gli altri, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, cit.; A.-O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; AA.VV., *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit.; AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna 7 febbraio 2020, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, Bononia University Press, Bologna 2020; E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in *AA.VV., Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi, cit., 243 ss.;* G.

delle leggi e volto ad appuntare in capo ai giudici comuni la soluzione delle antinomie tra norme di legge e norme dell'Unione *self executing*, facendo luogo – in caso d'incompatibilità acclarata – alla immediata applicazione delle seconde invece delle prime.

Se n'è detto (e seguita a dirsene) in molte sedi e variamente, sì da non rendersi qui necessario spendere alcuna parola a commento della "svolta" in parola[46]. Mi limito solo a far notare che non è affatto la stessa cosa il mettere in atto ora l'una ed ora l'altra tecnica decisoria per la soluzione delle antinomie suddette, con scelta a conti fatta riservata al singolo operatore di giustizia che, magari in due vicende del tutto identiche, potrebbe diversamente determinarsi, accordando la precedenza alla pregiudizialità "comunitaria" (*rectius*, eurounitaria) ovvero a quella costituzionale (la preferita dalla Consulta).

La "non applicazione", conseguente all'eventuale interpello prioritario della Corte di Lussemburgo che accerti l'incompatibilità delle norme in campo, lascia infatti in vigore la legge, a motivo del carattere circoscritto al caso degli effetti propri di ogni pronunzia dei giudici comuni, diversamente – come si sa – di quelli *erga omnes* che discendono dalle pronunzie di accoglimento della Consulta.

Stabilire, nondimeno, cos'è meglio dal punto di vista del legislatore è cosa assai ardua, comunque meno scontata di quanto pure possa a prima vista sembrare. L'una tecnica, infatti, è dotata di una intrinseca duttilità che le dà modo di adattarsi prontamente a successivi nuovi orientamenti interpretativi del giudice lussemburghese, una volta che sia chiamato nuovamente in campo. Anche in assenza degli orientamenti stessi, peraltro, eventuali mutamenti del parametro eurounitario (non improbabili laddove si tratti di norme di diritto derivato "connesse" – secondo la indicazione data da Corte cost. n. 20, cit. – a norme della Carta di Nizza-Strasburgo) possono far venire meno l'originaria causa

REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19,* DB c. Consob*)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 6 aprile 2021*;* L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, cit., *224 ss.; S. BARBIERI, Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento, in Eurojus (*www.rivista.eurojus.it*), 17 maggio 2021, e, se si vuole, il mio Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.].

[46] Riferimenti a riguardo della copiosa letteratura formatasi sulla 269 e succ. possono aversi dal mio scritto per ultimo cit., cui *adde*, con diverso orientamento rispetto a quello nel quale mi riconosco, l'ampio studio di A.-O. COZZI, sopra richiamato e, quindi, G. CAMPANELLI - A. LO CALZO, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 328 ss.; G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità*, cit.; F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 1 ss.; *S. BARBIERI, Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento, cit*.

dell'antinomia e dar modo perciò alla norma interna di riespandersi e farsi prontamente valere.

Di contro, a seguito degli annullamenti posti in essere dalla Consulta, la "reviviscenza" delle norme di legge ormai caducate non può – com'è noto – aversi ed occorre perciò attendere l'eventuale loro riproduzione a mezzo di un nuovo atto legislativo (cosa nient'affatto probabile, in considerazione dell'inerzia e, comunque, dei ritardi che caratterizzano l'operato del legislatore, senza peraltro escludere che quest'ultimo potrebbe determinarsi a varare una disciplina in maggiore o minore misura diversa dalla precedente).

È, ad ogni buon conto, innegabile che dalla chiamata in campo del giudice costituzionale possa aversi un servizio per la certezza del diritto quale non è in grado, per suo invalicabile limite, di offrire la tecnica della "non applicazione". E, tuttavia, a siffatta obiezione, peraltro addotta dalla Consulta a sostegno dell'indirizzo di cui è portatrice, possono opporsi non pochi né lievi rilievi, e principalmente – a me pare – due.

Per un verso, va ancora una volta rilevato che l'unica *certezza del diritto in senso oggettivo* che ha pregio, dal punto di vista della Costituzione e dei soggetti che pongono ai giudici domande alle volte pressanti e accorate di giustizia, è quella che si dimostra essere effettivamente in grado di convertirsi e risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, per la elementare ragione che è per il tramite dell'appagamento di questi che può affermarsi ed apprezzarsi l'essenza della Costituzione nel suo farsi "diritto vivente".

In secondo luogo, va tenuto presente che, a portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti il ragionamento fatto dal giudice costituzionale, se ne dovrebbe avere il generalizzato e risoluto ripudio del meccanismo dell'applicazione diretta[47] che, però, come sappiamo, è il cuore pulsante della costruzione europea *in progress*, in quanto strumento necessario, seppur da solo insufficiente, per l'affermazione della *primauté* del diritto sovranazionale.

Stranamente, non ci si avvede dei rischi ai quali si va incontro laddove dovesse, in eccessiva misura, risultare circoscritto lo spazio di operatività del meccanismo suddetto: rischi non meramente apparenti bensì reali, specie in presenza della tendenza, veicolata da Corte cost. n. 20, cit., ad estendere i casi di precedenza della pregiudizialità costituzionale anche oltre la sospettata incisione della Carta dell'Unione.

Ad ogni buon conto, non è di qui, ovviamente, riprendere la vessata questione circa il sistema ottimale di giustizia costituzionale, se quello accentrato o l'altro diffuso o, magari, uno (con vario mescolamento interno) misto. Ciò

[47] Così, lucidamente, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? A proposito di Corte cost. n. 20 del 2019*, in AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. Palmisano, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, spec. 539 ss.

che ora solo importa è lo scenario che potrebbe delinearsi frapponendo ostacoli di non poco rilievo alla immediata sostituzione delle norme interne ad opera delle norme sovranazionali.

Giova, poi, tenere presenti i riflessi esercitati dall'orientamento patrocinato dalla Consulta in merito alle antinomie suddette considerato congiuntamente a quello manifestato in ordine al rilievo posseduto dalla CEDU in ambito interno. Non si dimentichi, infatti, che la Carta dei diritti dell'Unione richiede di essere intesa e fatta valere alla luce di ciò che dispone la Convenzione, con la sola nota eccezione che la prima si dimostri essere in grado di portare più in alto della seconda la tutela dei diritti in gioco; ed è chiaro che, dandosi la precedenza alla pregiudizialità eurounitaria, per un verso, si acquisisce la certezza che la Carta in parola sia interpretata nel modo giusto, mentre per un altro verso, per il tramite di questa, possono veicolarsi in ambito interno le stesse norme convenzionali, dando loro modo di essere subito applicate al posto di quelle nazionali con esse incompatibili. La qual cosa, poi, si tocca con mano ed apprezza con riguardo ai non pochi casi di sostanziale coincidenza delle une e delle altre norme europee.

V'è un punto, nondimeno, che mi resta oscuro, pur essendo più volte tornato a riflettere su di esso, e che risulta stranamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina; ed è che non vedo come si possa accordare – sia pure solo preferibilmente – la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, laddove non sia certo che si sia in presenza appunto di una… *doppia pregiudizialità*, vale a dire nel caso che il giudice comune non si senta sicuro circa il retto significato del disposto eurounitario. Un dubbio che, dunque, può essere sciolto solo con l'immediato interpello del giudice lussemburghese.

Con specifico riguardo al rilievo posseduto dalla CEDU in ambito interno, seguito poi a trovare del tutto ingiustificato l'orientamento inaugurato da Corte cost. n. 49 del 2015, laddove si dice essere vincolanti per gli operatori nazionali (fra i quali – si faccia caso – è la stessa Consulta) unicamente le pronunzie della Corte di Strasburgo idonee a comporsi in indirizzi "consolidati", nonché le decisioni-pilota (intrinsecamente dotate di portata seriale)[48]. Non sta scritto, infatti, da nessuna parte che la singola pronunzia emessa a Strasburgo, una volta divenuta non più impugnabile, possa essere disattesa, perlomeno fintantoché non si "consolidi", scoprendosene perciò il carattere vincolante solo… *ex post*[49].

[48] Rilievi all'indirizzo della Consulta sulla CEDU sono nel mio *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in *Ord. internaz. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 2/2021, 15 maggio 2021.

[49] Sul punto, v. specificamente il pertinente rilievo che è in A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ord. internaz. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 1/2019, 15 marzo 2019, 86 ss., spec. 93.

Ora, sono di tutta evidenza i riflessi che da siffatte indicazioni venute dalla Consulta si hanno per le leggi, in ispecie laddove sospettate di porsi in contrasto ora con questa ed ora con quella Carta europea o, magari, con entrambe.

L'uso temperato, a corrente alternata, fattosi in ambito interno della Convenzione, per il modo con cui vi dà voce la Corte che ne è istituzionalmente garante, può portare a far indebitamente salve norme di legge lesive dei diritti riconosciuti dalla Convenzione stessa, esattamente così come i fraintendimenti e, in genere, gli usi impropri che dovessero farsi della Carta dell'Unione, per effetto della precedenza accordata alla pregiudizialità costituzionale, ancora una volta potrebbero ridondare in pregiudizi di non poco conto per i diritti dalla Carta stessa riconosciuti.

Insomma, *a ciascuno il suo*. Plurime essendo le Carte delle cui previsioni i diritti possono trarre profitto, è evidente – perlomeno, tale ai miei occhi appare – che sarà necessario dare di volta in volta la prima parola alle Corti istituite a loro presidio[50]. A volte – non è inopportuno qui rammentare – può rivelarsi maggiormente pregiudizievole per i diritti persino la distorta applicazione di una Carta che ne dia il riconoscimento rispetto a quella del suo mancato utilizzo, non foss'altro perché un precedente giurisprudenziale sbagliato può spianare la via al ripetersi dell'errore (non solo da parte di chi lo ha già una prima volta commesso), fino a dar vita ad una vera e propria consuetudine interpretativa in tal senso. Tanto più, poi, questo rischio può rivelarsi produttivo di guasti di non poco momento laddove a deviare dalla giusta via dovesse essere per prima la Corte delle leggi[51], le cui pronunzie sono dotate – come si sa – di una singolare capacità di suggestione culturale, pur laddove sprovviste di effetti giuridici *erga omnes*.

Né a questo rilievo giova opporre che, accordata la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, potrà in ogni tempo essere la Consulta ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale. Per quanto, invero, di recente il giudice delle leggi lo abbia – non si nega – ben utilizzato, resta il fatto che altra è la frequenza dell'interpello diffuso per l'intero territorio della Repubblica da

[50] A questo fine, non poco beneficio potrebbe poi attendersi dallo strumento di cooperazione apprestato dal prot. 16 allegato alla CEDU, qualora anche da noi dovesse aversene – come qui nuovamente si caldeggia – la ricezione, malgrado la battuta d'arresto registratasi nel settembre dello scorso anno in occasione dell'esame del relativo disegno di legge, andato a buon fine – come si sa – unicamente per la parte in cui fa riferimento al prot. 15. Seguito, invero, a faticare a capire le ragioni addotte da alcuni, accreditati studiosi avverso quest'esito, non rinvenendo nello strumento stesso alcun elemento idoneo a menomare le funzioni delle Corti nazionali, il cui esercizio può, all'inverso, risultarne agevolato, specie in relazione ad alcune tra le più spinose questioni coinvolgenti i diritti convenzionalmente riconosciuti.

[51] La dottrina corrente, favorevole ad accordare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, non sembra per vero assegnare il giusto peso a questo rilievo che mi affanno ad avanzare con una certa insistenza (per tutti, v. A.-O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, cit., 684 ss.).

parte dei giudici comuni ed altra cosa quella che invece si ha da parte di un solo operatore di giustizia, per accreditato che sia[52].

.

6. La crisi della legge quale specchio della crisi dei partiti e del sistema dagli stessi composto, con immediate conseguenze a carico dell'indirizzo politico, esso pure afflitto da una crisi problematicamente superabile, da cui trae origine ed alimento la "supplenza" dei giudici nei riguardi del legislatore in vista dell'appagamento di alcuni dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale

Si è ora in grado di tirare le fila dell'analisi fin qui svolta.

Il terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali – come si è tentato di mostrare – si conferma essere davvero quello privilegiato per la verifica dello stato di salute della legge e – ciò che più ancora conta – della Costituzione e dell'intero ordinamento che da essa prende il nome. Dà modo, infatti, di tornare a riguardare, da una prospettiva particolarmente illuminante, all'articolazione del potere in seno all'apparato, agli squilibri che in quest'ultimo, nelle sue varie espressioni istituzionali, si registrano, agli effetti ad essi conseguenti al piano dei rapporti tra l'apparato stesso e la comunità governata. Insomma (e in breve), la legge si dimostra essere come una sorta di buco della serratura attraverso il quale è dato osservare un mondo dapprima rimasto nascosto.

La crisi della legge quale strumento di regolazione giuridica, peraltro, non si coglie ed apprezza in tutta la sua portata se ci si ferma al mero dato quantitativo dei prodotti sfornati dalla macchina allo scopo istituita: un punto di riferimento, questo, ingannevole e fuorviante, sol che si considerino i ritmi della produzione legislativa; di contro, la venuta alla luce di leggi precarie, connotate da strutturale instabilità, avvalora, per la sua parte, la crisi stessa, della quale rende, per la sua parte, eloquente testimonianza[53]. La crisi si coglie, piuttosto, avuto riguardo alla "qualità" dei prodotti legislativi (e – aggiungo – normativi in genere), considerata in prospettiva assiologicamente orientata, avuto cioè riguardo all'attitudine degli stessi a dar voce ai valori fondamentali

[52] È poi inconfutabile che le domande rivolte alla Corte dell'Unione dal giudice costituzionale risultano dotate di una capacità "persuasiva" di cui istituzionalmente non dispongono quelle che partono dalle sedi in cui si amministra la giustizia comune, con ogni probabilità persino quelle indirizzate dal giudice della legittimità. L'esperienza fin qui maturata, nondimeno, ci consegna esempi di vario segno circa la capacità in parola, come testimoniano, tra gli altri, i casi *Melloni* e *Taricco*: nell'uno, la Corte dell'Unione si è irrigidita di fronte alla sollecitazione venutale dal tribunale costituzionale spagnolo, mentre nell'altro ha fatto luogo ad una significativa correzione di rotta a fronte della ferma reazione del nostro tribunale costituzionale che ha poi chiuso la partita – come si è fatto altrove notare [nel mio Taricco*, amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2018, 3 settembre 2018, 488 ss.] – lasciando l'amaro in bocca.

[53] Su ciò, v., almeno, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino 2017, e gli altri scritti richiamati in nt. 14.

dell'ordinamento, traducendosi in un servizio – l'ottimale alle condizioni oggettive di contesto – a beneficio dei cittadini e dei componenti tutti il corpo sociale[54].

Si dà per vero – e sarebbe ingiusto negarne il riconoscimento – un'attenuante a parziale discolpa degli interventi attuosi ed omissivi del legislatore che rechino un *vulnus* alla Carta, costituita da quello scarto tra l'azione dei pubblici poteri, pur laddove animata e sorretta da buona volontà ed onestà, e la massa imponente dei bisogni che premono per essere appagati, di cui si diceva sin dall'inizio di questa riflessione. Eppure, è fuori discussione che nella crisi della legge si rispecchi fedelmente una crisi dei partiti politici e del sistema dagli stessi composto, della quale – come si sa – si ragiona da tempo, senza nondimeno riuscire a trovare la ricetta giusta a dare almeno in parte rimedio ai guasti che l'hanno determinata e che, anzi, l'aggravano vistosamente sempre di più[55].

Il venir meno delle ideologie quale fattore identificante i partiti e qualificante il loro modo di essere e di operare ha giocato, al riguardo, un ruolo determinante. In seno ai partiti si manifestano infatti carenze dove più dove meno evidenti nella organizzazione e torsioni nelle dinamiche interne, con immediate conseguenze sul versante delle loro proiezioni esterne, sensibilmente discoste da quel riferimento al "metodo democratico" di cui è parola nell'art. 49 della Carta[56].

I riflessi di questo stato di cose sono di tutta evidenza, già a partire dalla formazione e dall'addestramento interno ai partiti, in seno ai quali un tempo in modo pressocché esclusivo maturava la classe dirigente, sì da risultare pronta ad assumere posti anche di grande responsabilità istituzionale, ormai da tempo (e particolarmente oggi, in piena emergenza) occupati in considerevole misura da personale esterno[57].

Spia esteriore eloquente e – ahimè – non poco inquietante di tutto ciò è data da quel tasso assai basso di *rappresentatività dei rappresentanti* al quale si è già fatto cenno e che peraltro – non può tacersi – è il frutto di carenze profonde

[54] In quest'accezione della "qualità" degli atti di normazione in genere mi riconosco sin dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 240 ss.

[55] Indicazioni e riferimenti con riguardo all'annosa questione possono, se si vuole, avere dal mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, cit., 124 ss.; *adde*, ora, D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Quad. de *Lo Stato*, Mucchi, Modena 2021, spec. 154 ss.

[56] Sui complessi problemi posti dalla discussa formula costituzionale e dalle sue sconfortanti espressioni nell'esperienza, se si vuole, può vedersi la mia *op. ult. cit.*, spec. 135 ss.; *adde*, ora, i contributi ospitati da *DPCE Online* (www.dpceonline.it), 1/2021, 20 aprile 2021, sez. monografica su *Il "metodo democratico" nei partiti*, e G. DI PLINIO, *Democrazia dentro il partito: perché guardare il dito, invece della luna?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 3 maggio 2021, 1 ss.

[57] … che, poi, talvolta si incardina nei partiti fino a situarsi al loro vertice (emblematica, al riguardo, la vicenda personale di G. Conte, ad oggi peraltro aperta ad imprevedibili sviluppi a seguito del conflitto insorto con il "garante" del MoVimento 5 stelle, B. Grillo).

esibite dalla struttura sociale, essa per prima bisognosa – come si è fatto, ancora di recente, notare[58] – di urgenti e radicali interventi correttivi, informati all'etica pubblica repubblicana cui dà voce la Carta[59].

È qui, dunque, la radice da cui si alimenta l'incapacità dei partiti (e, di riflesso, delle sedi di apparato in cui essi s'incarnano ed operano, a partire ovviamente dalle assemblee elettive) di progettazione dello sviluppo complessivo della società e di elaborazione di proposte concrete per problemi parimenti concreti gravanti su strati sempre più larghi del corpo sociale[60]. Un dato, questo, che si tocca con mano, avvalorato da innumeri e convergenti testimonianze, le più accreditate delle quali vengono proprio dai prodotti legislativi e normativi in genere, non di rado messi a punto con molta approssimazione e – se posso esser franco – a volte addirittura con non celato dilettantismo, in un clima confuso ed inquinato da aspri conflitti e gravi lacerazioni interne ai partiti, da cui sovente originano frequenti scissioni interne, con la conseguente nascita di nuove formazioni politiche delle quali si fatica a comprendere (già dal nome che si danno…) quale sia la ragion d'essere e il complessivo orientamento.

Si spiega, dunque, in questa luce la crisi che attanaglia l'indirizzo politico, che tuttavia non ha fatto scemare l'attenzione degli studiosi, ancora di recente ad essa dedicata anche con contributi di respiro monografico[61]: una figura,

[58] Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, volendo, aversi dal mio *La democrazia: una risorsa preziosa e imperdibile ma anche un problema di ardua ed impegnativa soluzione*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 6 marzo 2021, 325 ss.

[59] D'altronde, come si è fatto acutamente notare da un'avvertita dottrina, ad essere in crisi è il rappresentato, ancora prima (e di più) del rappresentante (M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128).

[60] Basti solo pensare al tasso di povertà diffusa, innalzatosi in modo esponenziale col tempo, e, di conseguenza, al divario sempre più vistoso e francamente insopportabile che si riscontra tra quanti vivono in condizioni di particolare disagio e coloro che invece nuotano nell'oro. L'iniqua distribuzione della ricchezza, unitamente alla corruzione diffusa e in una parte cospicua sommersa e impunita, costituiscono, a mio modo di vedere, i due grandi mali profondamente radicati nel corpo sociale. Purtroppo, è da temere che, anche a causa delle emergenze, il quadro possa ulteriormente deteriorarsi, con effetti imprevedibili ed incontenibili.

[61] V., part., A. DE CRESCENZO, *Indirizzo politico. Una categoria tra complessità e trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Jovene, Napoli 2020, nonché, con specifico riguardo alla dimensione regionale, P. MAZZINA, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, ESI, Napoli 2020. Tra gli ulteriori contributi, v., almeno, quelli di A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 7 ss., e G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 725 ss.

forse, per vero "mitizzata" – come ha rilevato una sensibile dottrina[62] – che però un tempo si era conquistata sul campo un suo "posto" ed una giustificazione teorica[63], riuscendosi peraltro ad affermarsi in modi complessivamente non disprezzabili. Ed è bensì vero che in seguito sono sopravvenute quelle emergenze, cui si è dietro accennato, e che sono altresì enormemente aumentati i bisogni e le relative pretese di appagamento diffusamente avvertite in seno al corpo sociale. Chi ha memoria di come era uscito il Paese dalla guerra, delle macerie (non solo materiali) che si trovavano sparse dappertutto, non può non provare gratitudine ed ammirazione per lo sforzo poderoso prodotto per risollevarlo a mezzo di interventi ben definiti nei tempi e nei modi della realizzazione, sì da consentire ai nostri padri e a noi stessi di godere di condizioni di vita impensabili al momento dell'avvio della ricostruzione.

Malgrado l'instabilità dei Governi e la loro breve durata media l'indirizzo politico riusciva, insomma, a ritagliarsi un suo spazio ed a svolgersi lungo percorsi lineari, portando ad esiti che hanno accreditato, anche presso gli Stati vincitori del conflitto, una immagine del Paese che si era riconquistato sul campo la fiducia degli investitori ed una considerazione complessiva[64], grazie alla quale la Repubblica ha potuto proporsi quale uno degli Stati fondatori delle Comunità europee ed accreditarsi in seno alla Comunità internazionale.

Oggi di contro, pur laddove alcuni Governi abbiano talora dimostrato una capacità di durata maggiore di quella media di un tempo, sembra essersi smarrita l'idea di "indirizzo", nella sua propria e qualificante accezione.

[62] Il riferimento è ad un noto studio monografico di P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli 1988.

[63] In aggiunta ai noti contributi di C. Mortati, V. Crisafulli, C. Lavagna e altri, non per mero accidente affermatasi durante il ventennio [sui quali, v. l'accurato studio di C. TRIPODINA, *L'"indirizzo politico" nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2018, 11 marzo 2018, 1 ss., con le ulteriori precisazioni che sono ora in A. MANZELLA, *Il Presidente del Governo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2021, 23 giugno 2021, 24 ss.], ed al saggio monografico di P. Ciarlo, sopra cit., richiamo qui solo (e per tutti) i noti studi di P. BARILE, *La Corte costituzionale, organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, nonché in *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1957, 232 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano 1961; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Giuffrè, Milano 1973; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 1985. Fondamentale per la sistemazione della nozione rimane, nondimeno, la riflessione teorica di T. MARTINES, maturata nell'arco di quasi un quarantennio di studi ad essa dedicati, a partire dal suo *Contributo ad una teoria delle forze politiche* (1957), riprodotto in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 3 ss., che ha avuto una limpida rappresentazione nella ormai "classica" voce *Indirizzo politico* scritta per l'*Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss. Sul contributo del Maestro si è poi svolto un incontro di studio i cui Atti, dal titolo *Indirizzo politico e costituzione, a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, sono stati curati da M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri e L. Ventura, per i tipi della Giuffrè, Milano 1998.

[64] Basti solo pensare a quell'autentico "miracolo" italiano – com'è stato efficacemente qualificato – avutosi già pochi anni dopo la fine del conflitto bellico, che ha portato la lira a ricevere l'oscar tra le monete al tempo circolanti, assegnatole nel 1959 dal *Financial Times*.

Quest'ultimo, infatti, avanza – come dire? – a *zig zag*, con molta improvvisazione e approssimazione e, tra l'altro, contestando di frequente… *se stesso*, rifacendo cioè di continuo i propri prodotti, persino ad opera della medesima maggioranza e compagine di governo che vi ha dato dapprima vita.

È, dunque, in questo quadro complessivo, ora in modo molto sommario tracciato, che s'inscrive quella "supplenza" dei giudici nei riguardi del legislatore della quale qui pure si sono messi in evidenza alcuni dei tratti maggiormente marcati ed espressivi[65]. È bene, però, dire chiaro e tondo che l'attività "sussidiaria" in parola non fa, ad ogni buon conto, l'indirizzo: *è, infatti, un'attività politicamente connotata ma non appunto d'indirizzo*, per la elementare ragione che presenta quel carattere frammentario che è proprio della funzione giudicante, in ciascuna delle sue espressioni, e che di necessità discende dalla natura casistica delle singole vicende processuali e dei relativi giudizi. Gli operatori di giustizia – giova rammentare – non possono, per loro invalicabile limite, dar vita di propria iniziativa ad una serie organicamente strutturata e funzionalmente connessa di atti idonei a comporsi in "indirizzo", dovendosi limitare a rispondere di volta in volta alle domande che sono loro rivolte da quanti richiedono tutela per i loro diritti e gli interessi giuridicamente protetti. Gli indirizzi giurisprudenziali, poi, si compongono unicamente in relazione agli stessi o ad analoghi casi che tornino a presentarsi in più occasioni, ma – com'è chiaro – è cosa ben diversa da un programma di azione politica che abbracci plurimi ambiti materiali di esperienza, risulti astrattamente messo a punto come si deve a tavolino, si presenti accompagnato e sorretto dai mezzi idonei a concretarlo e sia quindi realizzato a più riprese in modo lineare e coerente[66].

Ora, carenze e contraddizioni d'indirizzo producono conseguenze fortemente nocive simultaneamente su più piani.

Per un verso, sono causa ed effetto a un tempo di quelle alterazioni dei ruoli istituzionali e complessivi squilibri del sistema, di cui si è venuti dicendo, con grave pregiudizio – come si è veduto – per il principio della separazione dei poteri.

Per un altro verso, ne risentono gravemente i diritti costituzionali nei cui riguardi il principio stesso si pone in funzione servente, dal momento che gli interventi dei giudici possono – al più concedere – porre rimedio ad alcune carenze, magari facendo luogo a discipline provvisorie con le quali risultino in

[65] V., al riguardo, le precisazioni teoriche non molto tempo addietro avanzate al termine usuale della "supplenza" nell'ampio e documentato studio di G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, cit., 725 ss. Sulla creatività dei giudici, v., inoltre, G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.

[66] Riprendo qui la tripartizione in fasi dell'indirizzo elaborata da T. MARTINES, nella sua voce sopra cit.

parte colmate le lacune della normazione, ma non possono di certo sostituirsi a discipline organiche ed articolate, quali solo la mano del legislatore è in grado di apprestare.

Per un altro verso ancora (ed è ciò che ha maggior rilievo), ne soffrono la Costituzione e lo Stato costituzionale, minati in entrambe le basi portanti – i diritti e la distribuzione del potere – che, per la mirabile definizione datane dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, compongono la essenza dell'una e danno modo all'altro di portarsi avanti nel suo mai finito e non di rado non poco sofferto cammino.

7. Una succinta notazione finale, a riguardo del ruolo svilito della legge, di cui si ha già oggi riscontro e più ancora potrebbe aversi per l'avvenire, specie per effetto dell'affollamento degli strumenti di normazione nell'arena degli atti espressivi di potere, dell'avocazione all'alto (a beneficio dell'Unione europea e della Comunità internazionale) di quote viepiù consistenti di sovranità, della emersione di plurime ed ingravescenti emergenze

Se le cose stanno come qui sono viste e succintamente rappresentate, quale risposta, in chiusura, dare alla domanda che dà il titolo alla riflessione svolta?

Confesso di sentirmi non poco incerto al riguardo, specie ove si punti a condensare la risposta stessa in una formula breve e perentoria. Ciò che solo mi sento qui di dire è che il tasso di politicità, *ab antiquo* considerata quale la qualità tipica e genuinamente espressiva dell'atto-fonte per antonomasia di fattura parlamentare, è venuto via via scemando in considerevole misura, pur non essendosi spento del tutto. Lo è per il convergere di plurimi e reciprocamente differenziati fattori, tra i quali principalmente tre: *a*) l'affollamento degli strumenti di normazione che si riscontra nell'arena degli atti espressivi di potere, pubblico e privato, con i quali – piaccia o no – la legge deve pur sempre fare i conti; *b*) l'avocazione all'alto, in sedi istituzionali situate fuori delle mura statali, di materie e funzioni un tempo trattenute entro le mura stesse ed attratte alla sfera di dominio dello Stato. Ne consegue che la definizione dei fini anche dell'azione dei pubblici poteri di diritto interno si ha al di fuori dei confini della cittadella statale, venendo quindi imposta l'agenda dell'attività politica, in misura ora più ed ora meno pressante, agli organi d'indirizzo, chiamati non di rado a svolgere un ruolo ancillare, di mera esecuzione o, tutt'al più, attuazione di disegni politici altrove elaborati. Infine, *c*) è da tenere conto delle plurime ed ingravescenti emergenze, alcune delle quali – ahimè – ormai endemiche, profondamente radicate nel corpo sociale e nell'ordinamento, per far fronte alle quali si utilizzano strumenti alternativi rispetto alla legge ed agli stessi decreti-legge, pure – come si sa – dalla Carta considerati specificamente idonei allo scopo, tuttavia perseguito anche in forme appunto diverse, secondo

quanto testimoniato dalla pandemia sanitaria che ad oggi ci affligge.

Questi dati sono strutturali e, dunque, non reversibili, siccome connaturati all'esperienza costituzionale contemporanea ed alle sue più salienti ed espressive tendenze. Reversibile non è di certo il primo che rimanda al valore del pluralismo istituzionale, in ciascuna delle sue numerose e varie articolazioni interne ed in tutte assieme. Non lo è, poi, neppure il secondo che, anzi, promette di portarsi ancora oltre, dal momento che nell'era della c.d. "globalizzazione" – come pure, con termine ambiguo, è usualmente etichettata – il processo d'integrazione sovranazionale parrebbe essere inarrestabile, così come, per altro verso, si vanno sempre di più infittendo le relazioni e i mutui condizionamenti tra gli Stati in seno alla Comunità internazionale. Infine, non lo è il terzo, dal momento che, una volta superata – si spera, presto – la pandemia sanitaria in atto, restano pur sempre le altre emergenze, quale quella climatica, cui si è dietro accennato ed è inoltre pressoché certo che se ne avranno altre ancora, bisognose di essere fronteggiate a mezzo di strumenti di normazione ancora più agili ed efficaci della legge.

Insomma, solo immaginando un'autentica, ma improbabile e non auspicabile, eversione costituzionale, che punti alla insana restaurazione del modello ormai desueto dello Stato autarchico, nazionale e nazionalista, potrebbe prefigurarsi una seppur parziale inversione del *trend* ormai invalso. Al di là dei desideri di chi si riconosce in questo modello, ormai però ripudiato dalla storia, non si danno – a me pare –, ad ogni buon conto, le condizioni oggettive di contesto che possano consentirne il recupero, sia pure in forme originali rispetto al passato.

Così stando le cose, al tirar delle somme, non credo che la legge uscirà di scena; temo, però, che non avrà il posto che le spetta bensì si vedrà viepiù svilita nella sua condizione complessiva e che, perciò, non si riuscirà a ricomporre un quadro internamente articolato ed equilibrato di relazioni interordinamentali ed istituzionali.

Secondo modello (perlomeno, quale ai miei occhi appare), decisori politici ed organi di garanzia (in ispecie, giurisdizionali) sono, infatti, chiamati a giocare tutti, in spirito di autentica e costruttiva collaborazione, un ruolo di primo piano nel sistema. Se ne hanno, peraltro, ripetute conferme proprio dalla giurisprudenza. Laddove la legge si è infatti spinta in innaturali dettagli, occupando il campo naturalmente riservato ai giudici, è stato giocoforza temperare alcune asprezze esibite dalla prima a mezzo di operazioni vistosamente manipolative del dettato legislativo, veicolate – come si è veduto – da inusuali e temerarie tecniche decisorie.

La legge dovrebbe, di contro, dotarsi – si è fatto in altri luoghi notare[67] – di un pugno di indicazioni agili ed essenziali, in buona sostanza *per principia*, rimandando quindi per le loro opportune specificazioni-attuazioni a regole di volta in volta prodotte dai giudici, in relazione alle peculiari esigenze dei casi.

Se, però, le prime non si hanno o non sono fatte a modo, è fatale lo squilibrio ed il cattivo funzionamento di questo delicato meccanismo, in seno al quale ogni ingranaggio ha un suo posto ed un suo ruolo, infungibile dai restanti.

Il punto è che, al fine di predisporre le condizioni ottimali a contorno, idonee ad offrire un puntello alla legge e a darle modo di recuperare, sia pure solo in parte, una sua funzione in seno al sistema degli atti espressivi di potere, sì da potersi spendere al servizio dei più diffusi ed avvertiti bisogni in seno al corpo sociale, occorrerebbe far luogo ad incisivi interventi correttivi sul versante istituzionale, specificamente volti – come si diceva – ad inventare procedure semplificate e celeri di produzione giuridica, da far valere in primo luogo in seno alle assemblee elettive e, quindi, anche presso altre sedi istituzionali[68]. Quanto meno, in tal modo si smonterebbe l'alibi del quale usualmente si avvale il Governo a "copertura" dei decreti-legge, ben oltre i casi in cui pure secondo la Carta se ne giustificherebbe l'adozione. Il versante istituzionale, ad ogni buon

[67] Una consistente schiera di studiosi, peraltro, si riconosce nel figurino teorico ora illustrato: tra gli altri, v. A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2016, 105 ss.; P. VERONESI, Rights on the move: *come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in www.biodiritto.org, 2/2018, 77 ss.; nella stessa *Rivista*, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2018, 4 aprile 2018, spec. 235 ss. e, dello stesso, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in www.giustiziainsieme.it, 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it) 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss. Da ultimo, v. le precisazioni al riguardo svolte da M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli di Torino, spec. 74 ss. e 330 ss., ma *passim*. Infine, se si vuole, anche i miei *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss., e *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

[68] Ancora prima, sarebbe opportuno fare oggetto di radicale ripensamento – come molti ed accreditati studiosi vanno reclamando da tempo –, specie dopo il taglio corposo dei parlamentari, il bicameralismo perfetto e perfettamente inutile (e, anzi, dannoso) da noi adottato, passando finalmente ad un sistema monocamerale (in tal senso, v., di recente, alcuni contributi apparsi su l'*Avanti*, l'1 giugno 2021, tra i quali quelli di E. Cheli, B. Caravita, A. Manzella, F. Clementi, S. Cassese).

conto, come pure si è fatto dietro notare e si tiene ora nuovamente a ribadire, va sì battuto ma solo dopo che si sarà fatto luogo ad un'organica e profonda riforma della struttura sociale[69] e ad un critico ripensamento delle dinamiche che in essa si impiantano e svolgono, senza di che le innovazioni istituzionali resterebbero prive di senso alcuno ed anzi suonerebbero quasi beffarde ed artificiose.

A cosa vale, infatti, predisporre procedimenti agili e duttili di confezione delle leggi quando poi il personale politico che se ne dovrebbe avvalere non è culturalmente attrezzato a riempire gli atti dei contenuti necessari all'appagamento dei più avvertiti bisogni? E ancora: che ne sarà dei fini-valori costituzionali, messi a punto nel corso della esaltante stagione costituente ed enunciati con mirabile sintesi e chiarezza nella Carta, se chi è chiamato a predisporre le misure legislative adeguate alla loro realizzazione si dimostrerà – come si è dimostrato finora – incapace di darvi voce e convertirli in autentico diritto costituzionale vivente?

[69] … a partire dal mondo della scuola e della cultura in genere, di cruciale rilievo in vista del conseguimento dello scopo qui in estrema sintesi rappresentato, se è vero – com'è vero – che lo scadimento complessivo del livello culturale di non pochi rappresentanti, anche chiamati a compiti politici di primo piano, rispecchia il generale degrado registratosi in seno al corpo sociale.

THE RESPONSIBILITY FOR PRIVATE ACTIVITIES IN OUTER SPACE: WHERE IS THE CLUE TO THIS PUZZLE?

DIEGO ZANNONI*

Summary

1. Introduction. – 2. The responsibility for private acts under international law. – 3. The content of Article VI Outer Space Treaty. – 4. Traditional and divergent interpretations of Article VI Outer Space Treaty. – 5. "National" space activities. – 6. The "appropriate State". – 7. The plurality of responsible States. – 8. An obligation of result or an obligation of conduct? – 9. Final remarks.

Abstract

The need to resolve the question of State responsibility for private space activities has gained urgency in recent decades in parallel with the increasing number of private corporations participating in space ventures. According to Article VI of the Outer Space Treaty, States shall authorise, supervise and bear international responsibility for national activities in outer space, including private ones. This provision nonetheless begs a number of unresolved questions, including whether this responsibility is defined in absolute or qualified terms, the meaning of 'national activities' and identification of the State required to authorise and supervise a space activity. With a combination of theoretical and practical approaches, this article seeks to address these issues and to offer an opportunity to assess the latest developments in this rapidly evolving area of human endeavour.

Suggerimento di citazione

D. ZANNONI, *The Responsibility for Private Activities in Outer Space: Where is the Clue to this Puzzle?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Researcher in International and European Union Law, University of Padua, Department of Political Science, Law, and International Studies.

E-mail: diego.zannoni@unipd.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Introduction

While outer space was traditionally regarded as a sphere of State and intergovernmental organisation activities, the current overall intensification of space business is going hand in hand with an expanding presence of private entities. In the future a substantial increase is expected in international joint space endeavours involving participation by private entities. Against the backdrop of these considerations, the purpose of this article is to analyse the responsibility regime applicable to private space activities, an issue which is becoming increasingly relevant.

In the Outer Space Treaty (OST),[1] two norms regulate responsibility and liability[2] for space activities: Articles VI and VII.[3] These are almost verbatim reiterations of principles 5 and 8 of the Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space,

[1] Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies (adopted by the UN General Assembly on 19 December 1966 (RES/2222 (XXI), opened for signature on 27 January 1967 and entered into force on 10 October 1967) 610 UNTS 205.

[2] It is widely known that there is only one term in French – *responsabilité* – in Spanish – *responsabilidad* – and also in Italian – *responsabilità* - to describe both these notions, yet they are conceptually different. A breach of an international obligation by a State entails its international responsibility, regardless of whether or not any damage is caused (Commentary to Art. 2, par. 9, ILC Articles on State Responsibility). The term 'responsibility' therefore refers to all the obligations that are consequences of an internationally wrongful act. By contrast, liability refers to the obligation to pay compensation. The duty of reparation is generally a secondary obligation because it arises from the breach of a primary obligation. However, liability does not necessarily presuppose a breach of an international obligation, in the sense that in certain cases reparation is a primary obligation (see The Yearbook of the International Law Commission, 1973, Vol. I, p. 211, par. 37). A paradigmatic example of this is precisely the liability for damage caused by space objects, which is merely a consequence of any damage caused regardless of any breach of an obligation. In sum, responsibility arises with breaches of an international obligation and does not require the occurrence of any damage. Liability, on the other hand, may arise without any breach of an international obligation but requires the occurrence of damage. It is not possible here to dwell on the vast doctrinal debate about the existence of a general category of liability without wrongdoing in international law, as was initially elaborated by Jenks during his general course at the Hague Academy of International Law (C. JENKS, *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law*, Recueil des cours, 1966, vol. 117). An authoritative doctrine holds that cases of so-called liability without wrongdoing could be conceptually contained within a regime of primary obligations the breach of which entailed State responsibility. Cf. A.E. BOYLE, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction? ICLQ*, 1990, vol. 39, pp. 1-26; P.M. DUPUY, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, 1976, pp. 225-228. For an analysis of the different theories of liability without wrongdoing, see R. PISILLO MAZZESCHI, *Due diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989, p. 128.

[3] The scope of Article VI differs from that of Article VII. Article VI deals with space activities in general while Article VII is concerned with space objects. Article VI OST focuses on leading space activities under the responsibility of a State; the purpose of Article VII is to identify one or more States to be held liable in the event of damage. Where there is no breach of obligation, there is no State responsibility under Article VI OST. In contrast, liability under Article VII OST arises regardless of the unlawfulness of the conduct.

which was enacted four years earlier by the UN General Assembly.[4] Ever since the entry into force of the OST, these provisions have been reiterated, recalled or presupposed in all subsequent space agreements and resolutions. Combined with the high number of ratifications of the OST, including those by major space powers, this leads us to believe that they have become customary international law.[5] The point is that while the Liability Convention[6] translated the general provisions of Article VII OST into more precise rules and procedures, Article VI OST was merely recalled or reiterated verbatim in subsequent space instruments[7] – an additional reason for a careful examination and interpretation of it.

The quest for the responsibility for private activities in outer space must take important aims into consideration: to safeguard the rule of law in outer space and so to maintain the effectiveness of international law. Article VI OST provides, among other things, that States are responsible for national activities in outer space and must ensure that such activities, including those carried out by 'non-governmental entities,' are carried out in conformity with the Outer Space Treaty.[8] The crux of the matter is to ascertain which State is responsible for a private activity in outer space, and to what extent, more precisely to verify whether the slightly ambiguous phrasing of Article VI OST should be interpreted as an obligation of result or an obligation of conduct. In this regard, and in particular on the pros and cons of each interpretation, there is lively debate in the literature.

The difficulty or outright impossibility for States to control and, if necessary, straighten out activities that take place in outer space might call for a loosening of the rules on responsibility. It would be unjust, one might consider, to hold a State responsible for an unlawful act which it did not perform and which occurred notwithstanding the diligent adoption of all possible measures

[4] UNGA Res 1962, Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, UN Doc A/RES/1962(XVIII) (1963).

[5] *Ex multis* V.S. VERESHCHETIN, *Space Activities of 'Nongovernmental Entities': Issues of International and Domestic Law*, Proceedings of the 26th Colloquium on the Law of Outer Space, 1983, p. 263; F. POCAR, *La codificazione del diritto dello spazio ad opera delle Nazioni Unite*, in F. FRANCIONI and F. POCAR (Eds.), Il regime internazionale dello spazio, Milano, 1993, pp. 34-36.

[6] Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (adopted by the UN General Assembly on 29 November 1971(RES/2777 (XXVI) opened for signature on 29 March 1972 and entered into force on 1 September 1972); 24 UST 2389, TIAS 7762, 961 UNTS 187 [hereafter Liability Convention].

[7] Article 6 of the Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space; Article 14 of the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies; Principle F of the Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting; Principle XIV of Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space; Principle 8 of the Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space.

[8] See *infra* par. 3.

to prevent it. Moreover, to interpret the norm as establishing an obligation of result with the aim of more extensively protecting victims of damage is not even necessary. The need to ensure the prompt payment of a full and equitable measure of compensation to victims is satisfied by the different rules on liability for damage caused by space objects. In principle, this liability regime is complete, in the sense that no blind spots exist.[9]

At the same time, and in contrast, the same difficulty or impossibility for States to control and, if necessary, straighten out activities that take place in outer space might lead to justifying a strict regime. After all, even admitting that the liability regime is distinct and in itself complete, one might object that some activities, such as the appropriation of celestial territories, do not entail any damage and therefore do not require redress but nonetheless result in a serious violation of international law. Giving States full-fledged responsibility for acts carried out by private subjects would have the merit of avoiding the existence of blind spots in the responsibility regime.

In the absence of relevant case law and clear practice, this conundrum is admittedly not easy to solve. This article first provides an overview of the general international law rules which apply to the responsibility of States for acts by private persons. The content of Article VI OST is then examined and traditional interpretations of it are assessed. Finally, an original interpretation is attempted focusing on a distinction for the same space activity between concerned and appropriate States. This is an area where the *lex specialis* principle is manifestly relevant.[10] It does not require clinical isolation of the special rules from the general ones. The ordinary rules of State responsibility remain applicable. The *lex specialis* principle only means that the general rules are displaced to the extent – and only to the extent – that the parties have provided for in the special regime.

2. The responsibility for private acts under international law

As a general rule, conduct is attributable to a State under international law, and leads to the international responsibility of that State, if it is carried out by a State organ, regardless of the position that organ holds in the State organisation (the so-called subjective element of an internationally wrongful act).[11] This rule implies *a contrario* that conduct carried out by private persons or entities never determines the responsibility of the State, simply because such conduct

[9] On the liability regime for private space activities, see D. ZANNONI, *The Liability Regime for Private Activities in Outer Space: Is There a Normative Gap?*, Archiv des Völkerrechts, 2021, pp. 1-26.

[10] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 [hereafter ILC Articles on State Responsibility], Article 55.

[11] ILC Articles on State Responsibility, Article 2(a) read in combination with Article 4.

is not considered an act of the State under international law.[12] This rule knows no exception.[13]

It is admittedly true that international law contains some rules according to which acts or omissions by persons who are not part of the organic structure of the State and are not empowered by ordinary laws and practices to represent the State are attributed to the State. However, this happens on the condition that they *in fact* exercise State functions. In other words, they are *de facto* organs acting on behalf of the State. If such rules did not exist, the State could escape responsibility by merely indicating that such persons were not its *de iure* organs or agents. This situation has given rise to Article 8 of the ILC Responsibility Articles.[14]

Even in the case of *ex post* endorsement in Article 11 of the ILC Responsibility Articles, the State is not responsible for private action. It is responsible for action which has become an action of the State through the particular attribution mechanism envisaged in Article 11. Indeed, according to this Article "if and to the extent that the State acknowledges and adopts the [private] conduct in question as its own," the private conduct changes its legal nature. It becomes an act of the State and, as such, a wrongful international act.[15]

A famous example of subsequent adoption of private conduct by a State is the capture of Adolf Eichmann, which subsequently led to his trial in Israel. It may be that Eichmann's captors were in fact acting on behalf of Israel. More precisely, and using the words of Article 8 of the ILC Responsibility Articles, it may be that they were acting "on the instructions of, or under the direction or control of" Israel, in which case their conduct should be attributed to Israel under Article 8.[16] However, it was not initially clear whether the persons acting on Argentinian soil were private individuals or persons entrusted by Israel with the mission to abduct Eichmann. Even if one admits that the "volunteer group"[17] was not initially acting on behalf of Israel, there is no doubt Israel subsequently adopted the conduct in question, which thus became its own conduct.

[12] See ILC Articles on State Responsibility, Commentary to Article 8, par. 1; Commentary to Article 11, par. 2.

[13] In this sense, also see J. CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, Cambridge 2013, p. 137; R. KOLB, *The International Law of State Responsibility*, Cheltenham, 2017, p. 99.

[14] For the different case in which sovereign or government authority is delegated to an entity which is not an organ, see Article 5 ILC Articles on State Responsibility.

[15] ILC Articles on State Responsibility, Article 11.

[16] UN Security Council resolution 138 (1960) of 23 June 1960 implied a finding that the Israeli Government was at least aware of, and consented to, the successful plan to capture Eichmann in Argentina.

[17] During the discussion in the Security Council on the complaint, Minister Golda Meir referred to Eichmann's captors as a "volunteer group." Official Records of the Security Council, Fifteenth Year, 866th meeting, 22 June 1960, para. 18.

Article 11 is very clear in saying that conduct acknowledged and adopted by a State becomes its own act: it "shall nevertheless be considered an act of that State," in the sense that it is attributed to the State.[18] It is, however, worth noting that this thesis did not encounter the favour of all during the *travaux préparatoires* for the ILC Responsibility Articles. In particular – and this is a general remark frequently made by G. Arangio Ruiz in his work as a Special Rapporteur – it was noted that acts committed by individuals not occupying any position, even a factual one, in a State's organisation should not be attributed as being of the State. The attribution of the legal consequences of these acts was considered the only conceivable 'imputation' in international law.[19] As mentioned, the final wording of Article 11 dispels any doubt in this regard because it clearly envisages a true mechanism to attribute private conduct to States.

The legal situation is different in those domains where States have an obligation to prevent specific conduct by private persons and entities and 'to ensure' that private activities are carried out in conformity with international law. In these domains, the conduct of a private person does not change its legal nature, in the sense that it is not attributed to a State.[20] The private action is but a fact (or a catalyst) in the event that a State may fail to exercise its international obligations, for instance in the case of omission and default by its own organs of its primary obligations to authorise and supervise. Therefore, there is here a plain application of the general rule that a State is responsible for the conduct of its organs.[21]

To clarify the difference between infringement of an obligation to prevent specific conduct by private persons and entities, on the one hand, and subsequent adoption by a State of particular conduct, on the other, the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case is paradigmatic. In this case, the ICJ drew a clear distinction between the legal situation immediately following the seizure of the United States embassy and its personnel by the militants and that created by a decree of the Iranian State which expressly approved and

[18] Commentary to Article 11, par. 1, ILC Articles on State Responsibility.

[19] See Second Report on State Responsibility, Special Rapporteur G. Arangio-Ruiz A/CN.4/425/Add.1, 9-22 June 1989, in particular par. 176, footnote 427. In similar terms, see P. DE SENA, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, in F. FRANCIONI and F. POCAR (Eds.), *op.cit*., p. 259, footnote 13.

[20] This subject was extensively covered by the older literature on State responsibility. A bibliography can be found in the Fourth Report of Special Rapporteur Roberto Ago, in Yearbook of the International Law Commission, 1972, paras. 61-146.

[21] For this reason, I. Brownlie argues that the issue of 'responsibility for the acts of private persons' is a "non-question or, in some sense, the wrong question." In each case it is the relevant legal duty which determines the incidence of responsibility. I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, Part I, Oxford, 1983, p. 163.

maintained the situation. The Islamic Republic of Iran had been held responsible in relation to the earlier period because of its failure to take sufficient action to prevent the seizure or to bring it to an immediate end.[22] The policy then announced by Ayatollah Khomeini of maintaining the occupation of the Embassy and the detention of its inmates as hostages for the purpose of exerting pressure on the United States was complied with by other Iranian authorities and repeatedly endorsed by them in statements made in various contexts. The approval of these facts by Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State and the decision to perpetuate them transformed the legal nature of the situation created by the continuing occupation of the Embassy and the detention of hostages and turned them into acts of the State.[23]

The obligations to prevent specific conduct by private persons and entities and 'to ensure' that private activities are carried out in conformity with international law raise the issue of whether the obligation 'to ensure' is to be interpreted as an obligation of absolute result or an obligation of diligent conduct. The general trend is to interpret such obligations as obligations of diligent conduct, arguably with the aim of finding a balance between the two opposite alternatives at stake: on the one hand, holding States responsible for each and every violation committed by persons under their jurisdiction; on the other hand, relying on mere application of the principle that the conduct of private persons is not attributable to States under international law.[24]

Within the category of obligations 'to ensure,' the most paradigmatic example is perhaps the obligation to prevent transboundary harm. Indeed, States have an obligation to "*ensure* that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control,"[25] which no doubt also covers private activities. In the *Trail Smelter* case, for example, the wrongful conduct at stake was in the fact that organs of a State (Canada) permitted a private corporation to use its national territory in such a manner as to cause injury from fumes to persons in the territory of another State (the United States).[26] As mentioned, although the so-called 'no harm rule' is framed as an obligation of result, it is commonly interpreted as an obligation

[22] United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, *I.C.J. Reports* 1980, pp. 31-33, paras. 63-68.

[23] United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, *cit*., p. 35, para. 74.

[24] See Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, *ITLOS Reports* 2011, par. 112.

[25] Emphasis added. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *I.C.J. Reports* 1996, par. 29.

[26] "No State has the right to use *or permit the use* of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein." Emphasis added. Trail Smelter case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, *RIIA* III, p. 1965.

of diligent conduct.[27] This means that if a State does all that is possible and reasonable to hinder the occurrence of a harm, it will be released from any responsibility even if the harm occurs.

Shifting the focus to the law of the sea, Article 139 of the Convention on the Law of the Sea offers a further example of obligations on States to *ensure* that private activities are carried out in conformity with relevant international law rules: "States Parties shall have the responsibility to ensure that activities in the Area, whether carried out by States Parties, or state enterprises or natural or juridical persons which possess the nationality of States Parties or are effectively controlled by them or their nationals, shall be carried out in conformity with this Part."[28] The Tribunal for the Law of the Sea also interprets this norm as imposing a due diligence obligation on States to ensure that nationally sponsored contractors under their control comply with the rules of the Convention concerning activities in the international seabed area.[29] This interpretation is persuasive because Article 139 of the Convention on the Law of the Sea makes it clear that a State is not responsible for damage caused by "sponsored" contractors if the State has taken "all necessary and appropriate measures to secure effective compliance" with the rules contemplated in the Convention.[30] We will see whether interpretation of Article VI OST should follow the same path.

3. The content of Article VI Outer Space Treaty

Article VI OST contains two related provisions. According to the first, States bear "international responsibility for national activities in outer space," including those carried out by "non-governmental entities," and for ensuring (in Spanish '*asegurar,*' in French '*veiller*') that such activities are carried out in conformity with the OST, which means, via Article III OST, in accordance

[27] Par. 7 of the Commentary to Article 3 of the ILC Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities. In the sense that the 'no harm rule' is an obligation of conduct, see, *ex multis*, A.E. BOYLE, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?*, *ICLQ*, 1990, vol. 39, pp. 14-15 and the literature cited therein; A. GATTINI, *International Responsibility of the State and International Responsibility of Judicial Persons for Environmental Damage: Where do we stand?* in Y. LEVASHOVA, T. LAMBOOY and I. DEKKER (Eds), Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment, The Hague, 2015, p. 117; P. BIRNIE, A. BOYLE and C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford, 2009, p.137; T. SCOVAZZI, *State Responsibility for Environmental Harm,* in Yearbook of International Environmental Law, 2001, pp. 49-50; J. BRUNNÉE, *Of Sense and Sensibility: Reflections on International Liability Regimes*, *ICLQ*, 2004, p. 354.

[28] Article 139 (*Responsibility to ensure compliance and liability for damage*), United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, *UNTS* vol. 1833, p. 3.

[29] On the arguments used by the Tribunal to support this thesis, see paras. 107-120 of the Advisory Opinion of 1 February 2011, Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, *ITLOS Reports* 2011.

[30] *Ibidem*, par. 119.

with international law.[31] The second provision provides that the "appropriate State" shall authorise and continuously supervise private activities in space, even though it fails to specify what this "appropriate State" is and the requirements that should be met in order for an authorisation to be issued.

As far as the scope of application of Article VI OST is concerned, this norm literally refers to the activities of non-governmental entities "in outer space" to specify the activities for which States are responsible and which require authorisation and continued supervision by the appropriate State. However, in spite of the mention of "in outer space," it is obvious that States' responsibility starts with the launch and that the authorisation has to be delivered before the launch. Otherwise, this would lead to the absurd conclusion that the space operator should only apply for authorisation when the space activity has already reached outer space, thus depriving it of its utility. The expression 'in outer space' must therefore be interpreted as also encompassing all activities which are planned for outer space but not yet taking place in outer space. This extensive interpretation is the only reasonable one which, in accordance with Article 31, paragraph 1 of the VCLT, does not frustrate the purpose of the treaty norm. Existing national space laws confirm this extensive interpretation insofar as they require private operators to obtain authorisation before a space mission takes place. They all include launching space objects among the activities requiring authorisation.[32]

Under general international law, a State is not under a duty to supervise the activities of its nationals beyond the bounds of State territory.[33] However, it is possible to prescribe such duties to control by means of conventions. One might think of the rules contained in the Convention on the Law of the Sea concerning the protection of the marine environment, which are applicable to national ships beyond the limits of national jurisdiction[34] and, with specific regard to space activities, of Article VI OST. This norm is a result of the Cold War and represents a compromise between the Soviet Union, which aimed at banning private activities in outer space,[35] and the United States, which wanted

[31] Since Article III OST obliges State Parties to conduct space activities "in accordance with international law," the first sentence of Article VI OST has consequently the effect of requiring States to ensure that space activities for which they are responsible will conform with international law.

[32] See, for example, Art. 2 of the French law no. 2008-518 relative aux opérations spatiales of 3 June 2008 and, for the Netherlands, Section 1 (b), of the Rules Concerning Space Activities and the Establishment of a Registry of Space Objects (Space Activities Act). The text is available at: https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/netherlands/space_activities_actE.html

[33] I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, Part I, Oxford, 1983, p. 165.

[34] Articles 117, 194, 211, 216 (1) (b), 217 of the Convention on the Law of the Sea.

[35] The Soviet position at the time of the drafting of principle 5 of the Declaration of Legal Principles, which was recalled during the drafting of Article VI OST, was that all activities pertaining to the

outer space to be open to private entities. It is emblematic that the very concept of 'private entities' is rendered by using the litotic term '*non*-governmental'.

Even though the structure and rationale of Article VI OST are deeply connected to the historic context in which it was drafted,[36] the particularities of the space environment and the risks involved in its use continue to justify this special regulation today. However, during the first decades of the space era, when space activities were exclusively carried out by (two) States and were mainly military in character, the application of Article VI OST was not particularly challenging. Later, with the privatisation and commercialisation of space activities, the situation changed dramatically.

4. Traditional and divergent interpretations of Article VI Outer Space Treaty

According to the prevailing interpretation of Article VI OST, duties to authorise and supervise are primary obligations, thus entailing responsibility in cases of non-compliance by the relevant State.[37] The most important part of Article VI is nonetheless the first provision: "States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried out by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty," which should be interpreted as meaning that any act performed in space by a private individual is automatically attributed to the national State and therefore entails the latter bearing international responsibility for any violation of international rules committed by the former.[38] In other

exploration and use of outer space should be carried out solely and exclusively by States. See UN Doc. A/AC.105/L.2 and UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.67 (21 October 1966), p. 3.

[36] W.J. JENKS, *Space Law*, London, 1965, p. 210.

[37] P. DE SENA, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, in Rivista di diritto internazionale, 1990, p. 301; L. CONDORELLI, *La réparation des dommages catastrophiques causés par les activités spatiales*, in La réparation des dommages catastrophiques, 1990, Bruxelles, pp. 269-270.

[38] M. LACHS, *The Law of Outer Space*, Leiden, 1972, p. 122; M.G. MARCOFF, *Traité de droit international public de l'espace*, Fribourg, 1973, p. 532; L. CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in Recueil des cours, 1984 vol. VI, pp. 122-126 and *La réparation*, *op.cit*., pp. 268-270; A. KERREST, *Remarks on the Responsibility and Liability for Damages Caused by Private Activity in Outer Space*, Proceedings of the 40th Colloquium on the Law of Outer Space, 1997, pp. 138-139; B. CHENG, *Studies in International Space Law*, Oxford, 2004, p. 606; 633; M. PEDRAZZI, *Il diritto internazionale dello spazio e le sue prospettive*, Quaderni di relazioni internazionali, n. 8, 2008, p. 47, who changes his mind on the interpretation of Article VI, as proposed earlier in M. PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, Milano 1996, pp. 31-32; 36-37; 131. P. De Sena argues that the direct imputation of private space activities to States is a general principle of space law, P. DE SENA, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, in Rivista di diritto internazionale, *op.cit*., p. 299; G. CATALANO SGROSSO, *La responsabilità degli Stati per le attività svolte nello spazio extra-atmosferico*,

words, international responsibility extends to all acts and omissions by private entities which, if they had been committed by State organs, would have triggered the international responsibility of the State.[39] This norm would therefore confer a legal attribution or imputation of private space activities to States, thus derogating from the general international law rule on the attribution of wrongful acts.[40] After all, Article VI makes no difference in terms of the kind of responsibility to be applied to governmental agencies or to private entities.[41] This interpretation finds support in the wording of Article VI. States are responsible "for assuring" that space activities are in conformity with the OST, as if they had underwritten some kind of insurance policy to cover co-contracting States against the occurrence of unlawful acts by private entities. The Spanish version of the OST uses the verb 'asegurar' and points in the same direction.

The interpretation outlined has been criticised for more than one reason. First of all, the wording of Article VI OST is clear in that the legal position of non-governmental entities is distinct from that of the State, with the latter being called on to authorise and supervise private space activities and to ensure that they are carried out within the limits imposed by the OST. Therefore, to substantially assimilate private entities to State organs has been criticised as unreasonable. It would imply an admission that a State must authorise and supervise its "organs," and ensure that they comply with the OST.[42]

In the light of these criticisms, a second interpretation of Article VI OST has been proposed which holds that its provisions establish a due diligence regime. Under this interpretation, private activities in outer space do not lose

Padova, 1990, pp. 14-15; C.Q. CHRISTOL, *The Modern International Law of Outer Space*, New York, 1982, p. 105.

[39] In contrast, some authors argue that the attribution to the State even applies to civil and criminal responsibility under municipal law, in the sense that a State is internationally responsible even for civil and criminal acts by individuals. They argue that direct imputation would otherwise be deprived of any content. P. DE SENA, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, in Rivista di diritto internazionale, 1990, p. 300; B. CHENG, *op.cit.*, pp. 607, 633-634. This position is untenable. It is one thing to say that the appropriate State is internationally responsible for national space activities but another to claim that responsibility under domestic law shall be translated to the international level as if Article VI OST were a sort of umbrella clause.

[40] L. Condorelli consistently affirms that this interpretation of Article VI OST is a "déviation" from general international law. L. CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, *op.cit.*, p. 124. See *supra* par. 2.

[41] F. VON DER DUNK, *Liability versus Responsibility in Space Law: Misconception or Misconstruction?* Proceedings of the 34th Colloquium on the Law of Outer Space, 1992, pp. 366-367.

[42] According to E. Back Impallomeni, the thesis of automatic imputation implies an antinomy, because a State would be responsible both for a commission (because the private act is automatically attributed to the State) and for not having diligently authorised or supervised the space activity (*culpa in eligendo* or *in vigilando*). E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio cosmico e corpi celesti nell'ordinamento internazionale*, Padova, 1983, pp. 127-128. In contrast, P. DE SENA, *Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali*, in F. FRANCIONI F. POCAR (Eds.), *op.cit.*, pp. 258-260; and L. CONDORELLI, *La réparation*, *op.cit.*, p. 270.

their private character in the sense that the article merely imposes on States the aforementioned obligations to authorise and supervise private activities and to ensure that they take place in accordance with the OST. Failure to do so by either the legislative, executive or judicial branch of the State in fact involves the direct responsibility of the State. Therefore, the conduct of private persons may indicate a failure by the State to adequately perform its obligations to control and prevent. However, if the State were to demonstrate that a private entity committed an unlawful act despite it having taken all feasible measures to prevent it, this would relieve the State of its responsibility. Therefore, Article VI OST establishes obligations of conduct (*obligations de comportement*) rather than obligations to achieve results (*obligations de résultat*).[43] The French version of the OST uses the verb '*veiller à*,' thus emphasising the idea of exercising diligence even more clearly than the English verb 'ensure.' Under this interpretation, the sentence attributing to State parties the responsibility for activities carried out by non-governmental entities could be read as a descriptive introduction to the real obligations set out in the second paragraph of Article VI OST[44] or as a mere attribution of moral responsibility to State parties.[45] Alternatively, and this interpretation seems more persuasive, the term 'responsibility' could be interpreted as a synonym of 'competence' or 'entitlement,' as sometimes happens in international instruments.[46] Such an interpretation of Article VI OST would be in line with the general rules of international law on responsibility.[47] An argument supporting this interpretation could be the factual consideration that States are generally reluctant to accept international responsibility for conduct that is not directly performed by their organs or for

[43] On the connection between due diligence obligations and obligations of conduct, see ICJ, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (Merit) [2010], *ICJ Reports* 2010, par. 187, the dictum of which is recalled in Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion of 1 February 2011) *ITLOS Reports* 2011, par. 111.

[44] "Ce texte édicte un principe général de responsabilité de caractère plutôt politique." L. PEYREFITTE, *Droit de l'espace*, Paris, 1993, pp. 140-141.

[45] M. PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, *op.cit*., pp. 36-37.

[46] For example, in the language of the Antarctic Treaty System, composed of the 1959 Antarctic Treaty and related instruments, the expressions 'special responsibilities' and 'prime responsibilities' of the parties are often used to render the idea that the parties are supposed to be more competent or entitled than other States to adopt measures relating to activities in Antarctica. See, as an example, recital n. 5 of the preamble and Art. 2 par. 3 of the Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities.

[47] See *supra* par. 2. To comply with the 'no harm rule,' States are likewise called on to constantly monitor possible harmful effects that might occur during the conduct of private activities. Pulp Mills, *cit*., par. 197, 205. On the need to monitor the ongoing environmental risks as a continuum throughout the life of a project, see P. BIRNIE, A. BOYLE and C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford, 2009, p. 170; L.-A. DUVIC-PAOLI, *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge, 2018, p. 217-218.

harm arising from economic activities in general. To further support this interpretation, one could draw on the interpretation developed by the Tribunal for the Law of the Sea of Article 139 of the Convention on the Law of the Sea, which is substantially similar to Article VI OST. As outlined above, the Tribunal read this norm as imposing a due diligence obligation on States to ensure that nationally sponsored contractors under their control comply with the rules of the Convention concerning activities in the international seabed area.[48]

What often remains in the shadow of the debate is the fact that a preferential choice between an obligation of diligent conduct and an obligation of result requires as a prerequisite identification of the precise scope of the notions of 'national activities in outer space' and 'appropriate State.' Indeed, whereas Article VI OST provides specific demands in the case of participation by private entities, it does not elucidate the term 'national activity' and neither does it give a criterion for the relationship between the entity involved in space activity and the authorising State by using the neutral description "appropriate State." Moreover, Article VI OST does not explicitly state that the "appropriate" State called on to authorise and supervise a space activity is also internationally responsible for it. However, this implicit connection between the two provisions is at the core of Article VI OST. It would be absurd to deem a State appropriate to authorise and supervise a space activity without simultaneously holding it the national and therefore responsible State for that activity.[49] Starting from this necessary logical assumption, it will be first ascertained what 'national space activities' are.

.

5. "National" space activities

The reference to the nationality of an activity is misleading, as an activity as such arguably cannot have any nationality. As we do not speak of the nationality of a maritime or aeronautical activity, but of the ship or aircraft with which the activity is carried out,[50] the same should apply to space activities. In short, nationality should not be attributed to space activities but to the space objects

[48] On the arguments used by the Tribunal to support this thesis, see paras. 107-120 of the Advisory Opinion of 1 February 2011, Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (*ITLOS Reports* 2011). However, this parallelism could be nothing more than a supporting argument for interpreting Article VI OST, also because, unlike Article VI OST, Article 139 of the Montego Bay Convention explicitly exempts sponsoring States that have taken "all necessary and appropriate measures to secure effective compliance" from liability for damage.

[49] We will see that this does not apply *vice versa*. A space activity can be national for more States, with only one of them being the appropriate State. See *infra* par. 6.

[50] See Article 91 (*Nationality of ships*) of the Convention on the Law of the Sea and Article 17 (*Nationality of aircraft*) of the Convention on International Civil Aviation. The first norm requires a "genuine link" between the ship and the State of the flag. The second norm simply derives nationality from registration.

with which they are carried out. However, the concept of nationality of space objects is nowhere to be found in space treaties. Even the registration of a space object, far from attributing any nationality, (merely) serves the purpose of identifying the object, as is clearly stated in the preamble to the Registration Convention.[51] Indeed, if registration attributed nationality, the requirement contemplated by the Registration Convention for the State of registry to be a launching State[52] would turn out to be inappropriate in cases of 'delivery in orbit,'[53] in which the ownership of a space object already in orbit is transferred to a State which may not be a launching State, and therefore according to the Registration Convention the State of registry. In short, the State of registry would be the national and therefore responsible State for a space activity but paradoxically without having any possibility of control over the space activity for which it is responsible.

A further rule shows that the equation State of registry = State of nationality would lead to other paradoxical consequences. Article 2, para. 3 of the Registration Convention provides that "the contents of each registry and the conditions under which it is maintained shall be determined by the State of registry concerned." If it is true, as it is, that this provision could possibly be used to leave certain space objects out of the national registry,[54] equating the State of registry with the State of nationality would entail an obvious consequence. A State could easily escape responsibility simply by avoiding the registration of the space object. These weaknesses seem to be sufficient to conclude that a path other than registration should be followed to identify the nationality of a space activity.

A combined reading of the first and second part of Article VI OST may

[51] See the preamble of the Registration Convention, recitals nos. 7, 8. In contrast, among others, G. Gal: "the question whether nationality should attach to certain criteria of fact or to the formal act of registration was decided in favour of the latter by the Space Treaty." G. GAL, *Space Law*, Budapest, 1969, p. 210, 213; G. SILVESTROV, *On the Notion of the "Appropriate" State in Article VI of the Outer Space Treaty*, Proceedings of the 34th Colloquium on the Law of Outer Space, 1991, p. 328; I. DE LUPIS FRANKOPAN, *Giurisdizione e controllo degli oggetti spaziali*, in G. CATALANO SGROSSO (Ed.), Outer Space Law, Padova, 1994, p. 184; M. PEDRAZZI, *Il diritto internazionle dello spazio e le sue prospettive*, *op.cit*., pp. 50-51; M. PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, *op.cit*., p. 35. M. Pedrazzi more precisely argues that by registering an object in the national register a State undertakes responsibility and liability for it. M. PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, *op.cit*., 255.

[52] Registration Convention, Articles I (c) and II. The rationale underlying this requirement is clear. If the State of registry must be a launching State, a liable State is always identifiable (under Article VII OST, launching States are liable for any damage caused by a space object). However, the OST does not contain this requirement.

[53] For a description of the 'delivery in orbit' operation, see Report on the Review of the concept of the "launching State," UN Doc A/AC.105/768, 21 January 2002, p. 17.

[54] S. MARCHISIO, *International Legal Regime on Outer Space: Liability Convention and Registration Convention*, Proceedings, United Nations/Nigeria Workshop on Space Law, 2006, p. 27.

lead to the conclusion that space activities have the nationality of the State which authorises and supervises them. However, while the focus of the first part of Article VI is on the State responsible, the second part of the article refers to the 'appropriate' State's obligations to authorise and supervise. If the State which authorises and supervises a space activity were the national and therefore responsible State, and vice versa, Article VI would not have used the different expression 'appropriate State' in the second part. Therefore, even this interpretation is to be rejected.

It is submitted that the notion "national activities in outer space" should broadly encompass all the activities taking place within a State's territorial and personal jurisdiction. Therefore, in addition to activities which are carried out from a State's territory by its nationals, it should also encompass those carried out anywhere by citizens or national legal persons, and those carried out from the State's territory even by foreigners.[55] Indeed, first of all, and in principle, a State is responsible for events occurring in its territory. This was stated by Judge Huber as Rapporteur in the *British Property in Spanish Morocco* case: "responsabilité et souveraineté territoriale se conditionnent réciproquement."[56] The importance of the territorial link, when such a link exists, between activities and a State's responsibility is so well-rooted that no doubt space activities carried out from a State's territory are included in the notion of national activities.[57] It is true that under general international law a State is not responsible for its nationals beyond the bounds of its territory.[58] However, States can undertake such responsibility by convention. This is precisely the case of Article VI OST because it explicitly states that States are responsible for national space activities even when they are carried out by private entities, without any territorial qualification.[59] A combined reading of Article VI OST and Article IX OST confirms an interpretation of the notion of "national space activities" as including activities planned by nationals, even outside the territory of the State. Indeed, in setting out the obligation of contracting States to avoid potential harmful interference, Article IX OST prescribes a duty of prior

[55] In this sense, also see M.G. MARCOFF, *op.cit.*, p. 533; F. DURANTE, *Responsabilità internazionale e attività cosmiche*, Padova, 1969, p. 48; M. PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, *op.cit.*, p. 33.

[56] British Property in the Spanish Zone of Morocco, *RIIA* II, p. 636.

[57] F. Francioni emphasises that the ILC embraced a "territorial approach" when it dealt with both State responsibility for wrongful acts and liability for acts not prohibited by international law. See F. FRANCIONI, *Exporting Environmental Hazard through Multinational Enterprises: Can the State of Origin be Held Responsible?* in F. FRANCIONI and T. SCOVAZZI (eds.), International Responsibility for Environmental Harm, London, 1991, pp. 281-282. See the ILC Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (UN Doc. A/56/10), Commentary to Article 1, paras. 7, 8.

[58] I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, Part I, Oxford, 1983, p. 165.

[59] *Ibidem*, p. 165.

international consultations regarding a State's planned activities and also those of "its nationals." Moreover, as long as one solely relied on territorial jurisdiction, the responsibility regime would not cover private launching from a place not under the jurisdiction of any State, like the high seas. The existence of such blind spots is certainly not in line with the objective of the norm.

The General Assembly Resolution on National Space Legislation supports the broad interpretation adopted here and makes it clear that in enacting national space legislation States should cover space activities falling within their territorial and/or personal jurisdiction.[60] Existing national space laws are in line with this recommendation. Indeed, States aim to prevent the risk of exposure to responsibility, and arguably for this reason they generally include in their national space laws both space activities carried out from the national territory and those carried out anywhere else by their nationals.[61] In this way they indirectly offer an interpretation of what they consider to be the "national space activities" for which they could be responsible.[62] Being "concordant, common and consistent," national space laws could arguably be used as a means of interpreting the OST under Article 31 par. 3 (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties or, at least, as a supplementary means of interpretation under Article 32.[63]

In the light of the above, if a private entity performs a space activity and is strictly one-national, using its national territory for space launchings, utilising home-made equipment and having no legal relations with foreign States or entities, the solution to the problem is quite simple: the State of nationality of that private entity will be the responsible State.

The situation is much more complicated when there is a foreign element, which is quite common. The territory of a foreign State may be used for the

[60] GA Resolution 68/74, Recommendations on national legislation relevant to the peaceful exploration and use of outer space, A/RES/68/74, adopted on 11 December 2013, par. 2 [hereafter Resolution on National Space Legislation]. Also see the Sofia Guidelines for a Model Law on National Space Legislation: Resolution No 6/2012, Space Law, 75th Conference of the International Law Association, Sofia, 26 to 30 August 2012, Article 1 (*Scope of Application*).

[61] See Section 70104 (*Restrictions on launches, operations, and reentries*) of the US Code, Title 49; Section 2 of the Swedish Act on Space Activities (1982:963), available at https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/sweden/act_on_space_activities_1982E.html; Art. 2 of the French Loi no. 2008-518 of June 2008 relative aux opérations spatiales; Art. 1 of the Austrian Federal Law on the Authorisation of Space Activities and the Establishment of a National Registry (Bundesgesetz über die Genehmigung von Weltraumaktivitäten und die Einrichtung eines Weltraumregisters) [Weltraumgesetz], BGBl. I Nr. 132/2011. But see *infra* on this point.

[62] Since national space laws need to cover subjects and events outside the territory of the State, they are by default extraterritorial. For a general discussion of this issue, see A. BIANCHI, *L'applicazione extraterritoriale dei controlli all'esportazione*, Padua, 1995, pp. 25-26.

[63] ILC, Draft Conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, 2018, Conclusion 9 (*Weight of subsequent agreements and subsequent practice as a means of interpretation*), and Commentary, especially par. 11.

launch; the activities may be carried out by partnerships formed by non-governmental entities from more than one country. In these cases, the interpretation proposed here opens the way to the possible coexistence of several "national" States arguably responsible for the same space activity.[64] If this is the case, there is a further question to answer. It is necessary to identify which State is the "appropriate" one to authorise and supervise the space activities of non-governmental entities when there is a plurality of States involved.

6. The "appropriate State"

Having ascertained that a space activity can be national for more than one State, identification of the appropriate State can follow two alternative paths of reasoning. One could argue that all the States involved are responsible and "appropriate," and as such called on to authorise and supervise their national activity.[65] This interpretation would arguably ensure robust deterrence, but nonetheless is not persuasive. The prospect of simultaneously being subject to the authorisation and control of several States, possibly with different regulations and standards, can be more than daunting to non-governmental entities that wish to engage in space activities. It would be practically difficult and almost impossible to manage.[66] However, the reasons for rejecting several appropriate States are not just practical but also legal. First of all, an argument seems to be offered by Article 14 par. 1 of the Moon Agreement,[67] which reads: "States Parties shall ensure that non-governmental entities under their jurisdiction shall engage in activities on the Moon only under the authority and continuing supervision of the appropriate State Party."[68] This Article implicitly

[64] In this sense, also see I.A. CSABAFI, *The Concept of State Jurisdiction in International Space Law*, The Hague, 1971, p. 122.

[65] B. CHENG, *op.cit.*, p. 660 argues that there may be several appropriate States because the burden of supervision and control could otherwise easily be evaded by resorting to flags of convenience or "responsibility havens." According to V.S. Vereshchetin, the appropriate State includes both the State the nationality of which the entity has and the State or States on the territory of which the activities are done. Cf. V.S. VERESHCHETIN, *Space Activities of 'Nongovernmental Entities': Issues of International and Domestic Law*, Proceedings of the 26th Colloquium on the Law of Outer Space, 1983, p. 263. See also G. SILVESTROV, *On the Notion of the "Appropriate" State in Article VI of the Outer Space Treaty*, Proceedings of the 34th Colloquium on the Law of Outer Space, 1991 (according to the author, "several 'appropriate' States can coexist at the 'launching stage'" while at the operation stage, i.e. in orbit, there should be only one appropriate State, p. 329); and A. KERREST, *Le rattachement aux Etats des activités privées dans l'espace*, Annals of air and space law, 1997, p. 120.

[66] See the Report on the Review of the concept of the "launching State," *op.cit.*, p. 20; GA Resolution on National Space Legislation, *op.cit.*, par. 2.

[67] Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (adopted by the UN General Assembly on 5 December 1979 (A/RES/34/68), opened for signature on 18 December 1979 and entered into force on 11 July 1984) 1363 UNTS 3 [hereafter Moon Agreement].

[68] The Moon Agreement can hardly be qualified as "subsequent practice" in the application of the Outer Space Treaty under Article 31 par. 3, subsection b VCLT. Indeed, Article 31 par. 3, subsection

but unequivocally assumes that the State called on to authorise and supervise a space activity can be different from the State under the jurisdiction of which the non-governmental entities involved fall. Therefore, a space activity being national for one State does not automatically imply that it is also the appropriate State to authorise and supervise the activity. After all, if the aim were to impose a duty on a State to authorise its nationals, the article would have mentioned it expressly, in the same way as Article IX refers to "its nationals." On the contrary, according to Article VI, it is the space activity itself that needs to be authorised. The norm does not require States to authorise non-governmental entities under their jurisdiction to take part in a space activity, and obviously the same space activity cannot be divided into parts for submission for different authorisations and supervisions.

After all, the singular form used in Article VI implies that only one State will (and is entitled to) authorise and supervise a space activity. Moreover, what is now designated the "appropriate State" in Article VI was described as "the State concerned" in the corresponding principle in the Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space.[69] The word 'appropriate' has a different and narrower ordinary meaning than 'concerned'. If the drafters of the Outer Space Treaty really wanted to keep the same meaning they would not have changed the word.

The UN General Assembly Resolution on National Space Legislation seems to adopt the criterion of effective jurisdiction or control to identify the 'appropriate State' by stating that each State "should ascertain national jurisdiction over space activities carried out from territory under its jurisdiction and/or control." The resolution also specifies that, regarding activities carried out from anywhere else by its nationals, each State should consider refraining from making duplicative requirements and avoid unnecessary burdens "if another

b VCLT requires that "subsequent practice" in the application of the treaty establishes the agreement "of the parties" regarding its interpretation. Although both the Outer Space Treaty and the Moon Agreement were adopted by consensus by the same bodies (the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, its Legal Subcommittee and the UN General Assembly), the discrepancy between the number of States that ultimately ratified the instruments severely limits the Moon Agreement's direct legal relevance for interpreting the OST. However, the adoption by consensus of both the OST and the Moon Agreement by the same organs, their shared subject matter and their copious links with each other through express references and verbatim reproduction of key provisions provides fodder for the argument that the Moon Agreement could be used as a supplementary means of interpretation under Article 32 VCLT. It is worth noting that the preamble to the Moon Agreement not only 'recalls' the Outer Space Treaty and its three predecessors but explicitly 'takes into account' "the need to define and develop the provisions of these international instruments in relation to the Moon and other celestial bodies, having regard to further progress in the exploration and use of outer space."

[69] Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, *op.cit.*, Principle 5.

State is exercising jurisdiction."[70] The ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities follow the same line. The State of origin, which has the obligation to take all appropriate preventative measures and to authorise the hazardous activity, is identified as the State which has the control or jurisdiction over the activity, especially in cases without a territorial link.[71]

National laws likewise prove that the appropriate State is the State which exercises effective jurisdiction over a space activity.[72] For instance, the United States exempts citizens carrying out a space activity from a place "outside the United States and outside the territory of a foreign country" from needing a licence as long as another State has jurisdiction over the space activity and an agreement is concluded between them.[73] The same applies if a space activity is carried out from a foreign country which has jurisdiction over the activity.[74] Likewise, Germany and the United Kingdom do not require a licence to be issued by their authorities if a specific agreement is concluded with another State involved in a specific space activity.[75]

In sum, a space activity can be national for several States with all of them being responsible States but only one being the appropriate State. The States concerned are the national States for the space activity, and as such they undertake responsibility for it. Among them, the appropriate State is the only State which is called on to authorise and supervise a private space activity under Article VI OST.[76] It is certainly a State for which a space activity is national

[70] GA Resolution on National Space Legislation, *op.cit*., par. 2.

[71] The ILC Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (UN Doc. A/56/10), Commentary to Article 1 (*Scope*), par. 10; Articles 3 (*Prevention*), 6 (*Authorization*).

[72] In one of my early writings, I argued that the appropriate State should be identified through a test based on an assessment of the material connection between a space activity and the States concerned, and it should therefore be the State which enjoys the most meaningful link with the space activity. D. ZANNONI, *Conflict and Conciliation of National Space Laws*, Annals of Air and Space Law, 2013, p. 364. For the use of this test as a general rule to apply in cases of conflict over jurisdiction, see F.A. MANN, *Studies in International Law*, Oxford, 1973, pp. 36-39; A. BIANCHI, *op.cit*., p. 445, argues that a State lawfully exercises its jurisdiction over an activity insofar as it has a "collegamento effettivo […], autentico e sufficientemente significativo" [an effective, genuine and sufficiently meaningful connection] with the activity. According to Bianchi, this is the common denominator among the theories on international jurisdiction (*Ibidem*, pp. 445-447). If two States both have a meaningful connection with an activity, it will then be necessary to identify the prevailing connection. Effective control, which means capacity to enforce, is an important criterion to employ to this end. For more, see *ibidem*, pp. 460-463.

[73] US Code, Title 49, Section 70104 (*Restrictions on launches, operations and reentries*), par. 3

[74] *Ibidem*, reading *ex adverso* par. 4. On this point, see further *infra.*

[75] Gesetz zum Schutz vor Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland durch das Verbreiten von hochwertigen Erdfernerkundungsdaten, vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2590), section 1 par. 2; Outer Space Act 1986 (UK), c. 38, Art. 3 par. 2 (b).

[76] "La catalysation d'obligations ultérieures de tenir un comportement spécifique, souvent de nature procédurale, ou d'atteindre un résultat déterminé, implique que la violation, et donc la

but this relationship is not necessarily reciprocal, as a State can be national for a space activity without being the appropriate State.

7. The plurality of responsible States

The law on responsibility in cases of collective conduct remains relatively undeveloped and practice is overall scarcer than in the traditional areas of State intercourse.[77] This is due in part at least to the individualistic environment in which international law is cast, the traditional bilateral diplomacy when responsibility claims are formulated and presented, the state of flux and the uncertainty of many legal concepts dealing with collective responsibility. Moreover, because of the frequent jurisdictional and procedural obstacles to bringing a claim against multiple States, whether in national or international forums, it is rare for cases to be brought against multiple respondents.

Article 47 of the ILC Articles on State Responsibility regulates the case of a plurality of responsible States and is cast in a dispositive mode: "where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act." It is necessary here to grapple with establishing the extent of each of the involved States' contributions to the wrongful act. In this respect, the position under international law is straightforward. The responsibility of each responsible State is to be determined individually on the basis of its own conduct and with reference to its international obligations (the so-called principle of independent responsibility).[78] By the same token, a State does not assume responsibility for the deeds of the other 'participating' States. In this area – as in many others – international law remains permeated with individualistic principles.

The ILC Articles offer little guidance on the matter of contribution as an issue of causation. They are silent on how to establish a causal link between the conduct of each State and the wrongful act causing the injury, as distinct from the causal link between the wrongful act and the injury.[79] In particular, neither Article 47 nor its Commentary explicitly addresses matters of marginal contribution. On the contrary, the Commentary to Article 16, dealing with aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act, specifically provides that assistance "may have been only an incidental factor in the

responsabilité, est indépendante de cet élément [le préjudice] et repose simplement sur le fait que les comportements spécifiques ne sont pas réalisés," S. FORLATI, *L'objet des différentes obligations primaires de diligence: prévention, cessation, répression… ?*, in S. CASSELLA (Ed.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, 2018, p. 63.

[77] J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *op.cit.*, p. 326; R. KOLB, *op.cit.*, p. 215.

[78] See also J. CRAWFORD, *op.cit.*, pp. 333-334.

[79] On which, see Commentary to Article 31 (*Reparation*) of the ILC Draft Articles on State Responsibility, par. 10.

commission of the primary act, and may have contributed only to a minor degree, if at all, to the injury suffered." In these cases, the assisting State's responsibility is limited to its degree of contribution/enablement. It is reasonable to assume that this principle should also apply in the context of Article 47.

The distinction between the appropriate State and the concerned one has a specific relevance here. As it is the appropriate State, the State which exercises effective jurisdiction or control over a space activity will be primarily responsible for it. At the same time, this does not mean that the concerned States other than the appropriate State can avoid their responsibility under Article VI simply by alleging that some other State Party is the appropriate one to provide authorisation and continuing supervision.[80] International practice is not yet rich, but it shows that the concerned States generally verify, in cooperation with the appropriate State, that their international obligations, including those contemplated by the OST, will be complied with. German law (Satellitendatensicherheitsgesetz, SatDSiG) requires that a treaty to be concluded with the other States involved in a space activity specifically declares the comparability of the rules contained in the SatDSiG and of the interests protected therein with those in the space legislation of the other States.[81] The United Kingdom similarly requires that the arrangements with the other States ensure compliance with the international obligations of the United Kingdom.[82] In short, a space activity does not need to obtain authorisation from Germany or the United Kingdom, even if it falls within the scope of application of their space laws, where the legislation of the other (appropriate) States assures at least equivalent levels of guarantees and the equivalence is declared and safeguarded in a treaty. The content of the agreement to be concluded under Section 70104 of the US Code between the United States and the foreign State with jurisdiction over a space activity is arguably similar.[83] France likewise provides an exemption from compliance checks if a national carries out a space activity from the territory of a foreign State on the condition that the national legislation and practice of that State, or its international commitments, include sufficient guarantees regarding the safety of persons and property, the protection of public health and the environment, and liability matters.[84]

Since the concerned States are not the appropriate State, they do not have

[80] "Responsibility is not diminished or reduced by the fact that one or more other States are also responsible for the same act." Commentary to Article 47 of the ILC Draft Articles on State Responsibility, par. 1.

[81] Gesetz zum Schutz vor Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland durch das Verbreiten von hochwertigen Erdfernerkundungsdaten, vom 23 November 2007 (BGBl. I S. 2590), section 1 par. 2.

[82] Outer Space Act 1986 (UK), c. 38, Art. 3 par. 2 (b).

[83] US Code, Title 49, Section 70104, paras. 3, 4.

[84] Loi no. 2008-518 of 3 June 2008 relative aux opérations spatiales, Art. 4 par. 4.

the right/duty to authorise and supervise the space activity and cannot be held responsible for it. However, they could be responsible for having left the entire space activity to an appropriate State which is not able to fulfil its duties under Article VI, for instance because it lacks the appropriate expertise, personnel or knowledge.[85] Through the distinction between the appropriate State and concerned States it is possible to preserve the symmetry between effective control and responsibility for wrongful failure to prevent private parties from injuring other States.[86] After all, it would be unfair to hold that all responsible States, even those without any effective control over a space activity, should carry the same 'share' of responsibility as the appropriate State. The interpretation adopted here also has beneficial effects at the practical level. First, regarding responsibility it mirrors the liability regime set forth in the Liability Convention, which contemplates a system of contribution based on comparative fault.[87] Second, it mitigates the side effects which a blanket multiple attribution would inevitably trigger to the detriment of international cooperation. Indeed, in the case of blanket multiple attribution a State would hesitate to allow its private entities to participate in a cooperative venture for fear of being held responsible for an activity which it has no power to control.

8. An obligation of result or an obligation of conduct?

The answer to whether Article VI OST first paragraph entails an obligation of result or an obligation of conduct is already contained in what we have outlined so far. To find a balance, it seems that Article VI OST paragraph 1 is to be interpreted as establishing an obligation of diligent conduct characterised by a variable level of due diligence depending on the capacity of the State to "effectively influence" a space activity, where the required due diligence reaches the limit for the appropriate State.[88] Specific rules offer the standards of due diligence against which a State's conduct should be assessed.[89] One might think

[85] In similar terms, for cases in which multiple States participate in a cooperative venture, see T. DANNENBAUM, *Public Power and Preventive Responsibility. Attributing the Wrongs of International Joint Ventures*, in A. NOLLKAEMPER and D. JACOBS (Eds.), Distribution of Responsibilities in International Law, Cambridge, 2015, pp. 192-226, in particular p. 224.

[86] See the Advisory Opinion "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1971, p. 16, par. 118. For the use of the criterion of control "most relevant" to prevent wrongdoing, see also T. DANNENBAUM, *op.cit.*, pp. 192-226.

[87] Liability Convention, Article VI, par. 2.

[88] For a list of other useful parameters to assess the required level of due diligence, see the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, *I.C.J. Reports* 2007, p. 43, par. 430.

[89] P.-M. DUPUY, *Soft Law and the International Law of the Environment*, in Michigan Journal of International Law, 1991, vol. 12, issue 2, p. 434.

of the UNCOPUOS Guidelines on Space Debris Mitigation[90] and of other sets of guidelines and codes of conduct which fill the general principles laid down by the Outer Space Treaty with content. These interact with the binding rules of Article VI OST in the sense that, although not compulsory in themselves, they complement and fill the general obligations contained therein with content. Being adopted by consensus both by the UNCOPUOS and the UN General Assembly, the UNCOPUOS Guidelines encompass a common understanding of all the parties to the OST as to its proper interpretation. They can be considered 'subsequent practice' of the State parties according to Article 31 paragraph 3 of the Vienna Convention.

The nature of the obligation to ensure that national private activities in outer space are carried out in conformity with international law is therefore no different from that of the obligation to prevent transboundary harm, which is certainly an obligation of diligent conduct. To ascertain international responsibility for an environmental harm caused by a private entity, once it has been determined that a private entity has failed to exercise due diligence in carrying out an activity, it still needs to be determined whether a State organ omitted to exercise due diligence in controlling the private entity.[91] This so-called double due diligence test also applies to ascertaining responsibility for private space activities.

Precisely because the obligation at stake is an obligation of diligent conduct, if a State does all that is possible and reasonable to avoid a wrongful act being committed by private persons – in particular through the establishment of appropriate regulation and monitoring mechanisms – it will be released from any responsibility even if a wrongful act is committed. This is of course without prejudice to liability for damages eventually caused to other States, if the requirements laid down in Article VII OST and, if applicable, in the Liability Convention, are met[92].

On the other hand, if the appropriate State does not diligently prevent a wrongful act from being committed and damage nonetheless does not occur, that State is under no obligation to pay compensation. However, the State does incur other consequences of the internationally wrongful act, such as the obligation to cease the wrongful conduct (Article 30(a) of the ILC Articles on State Responsibility), to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition (Article 30(b) of the ILC Articles on State Responsibility), to re-establish

[90] Space Debris Mitigation Guidelines of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (2007 UNCOPUOS Report, A/62/20, paras. 118-119 and Annex.

[91] For more, see T. SCOVAZZI, *State Responsibility for Environmental Harm,* in Yearbook of International Environmental Law, 2001, pp. 55-56.

[92] On the liability regime for private space activities, see D. ZANNONI, *The Liability Regime for Private Activities in Outer Space: Is There a Normative Gap?*, Archiv des Völkerrechts, 2021, pp. 1-26.

the situation that existed before the wrongful act was committed (Article 35 of the ILC Articles on State Responsibility) and to give satisfaction in the form of acknowledgment of the breach, an expression of regret, a formal apology or in other appropriate ways (Article 37 of the ILC Articles on State Responsibility).

9. Final remarks

The co-existence of two vague notions in Article VI OST – national space activities and appropriate State – with no explicit connection between them entails a risk of circular reasoning. We have seen that the only way to get out of the deadlock is to make one notion dependent on the other. For this reason, this paper has qualified the appropriate State as the State or one of the States for which a space activity is national. It has been pointed out that two different interpretations of Article VI OST are traditionally offered: the automatic attribution of private space activities to the national State and that Article VI OST establishes a due diligence regime.

The first option would offer the maximum safeguard against infringements of international law, although it would open the way to double (if not multiple) authorisations and supervisions, and to double (if not multiple) imputations and responsibilities. In fact, such a blanket multiple attribution would pose a severe threat to international cooperation. A State would hesitate to allow its private entities to participate in a cooperative venture for fear of being held responsible for an activity which it has no power to control. If the second option is adopted, this risk is certainly averted, although at the cost of creating blind spots in the responsibility regime. This paper has followed the second way, but with a variation. The concept of national space activities is broadly interpreted to encompass space activities carried out from a State's territory and also those carried out from anywhere else by a State's nationals. Therefore, there can be more than one national and therefore responsible States for the same space activity. However, the degree of due diligence is different depending on whether the State is appropriate or merely concerned in relation to the space activity.

Concerned States do not have a duty or a right to authorise and supervise a space activity when another State – the appropriate State – has effective jurisdiction over the activity. They might nonetheless be responsible if they left the entire activity to a State which does not live up to its duties. Therefore, they will need to ensure that the appropriate State will fulfil its duties in such a way as to avert any risk of their international responsibility being triggered. In concrete terms, each concerned State should prevent its national private entities from taking part in a space activity which does not comply with international standards and without appropriate guarantees. This supplementary vigilance would be particularly useful in preventing wrongful acts from being committed

in outer space. The appropriate State will instead be in the front line and will have to take the appropriate measures, including of course authorisation and supervision, to prevent a wrongful act from being committed in the course of a space activity. Therefore, similarly to the provisions regulating liability for damage in Article VII OST, there may be cases of multiple responsibility even under Article VI OST. For this very reason, States should enact domestic legislation implementing the procedure for authorisation and supervision under Article VI OST[93] and should specifically regulate the situation in which other States are involved in the same space activity, either directly or through their private entities, with the purpose of coordinating overlapping claims to jurisdiction. Under the interpretation proposed here, Article VI OST, in combination with Article III OST, becomes a veritable cornerstone in the defence of the legal order in outer space. It prevents the state of weightlessness from turning out to shake off, in addition to terrestrial gravitation, also the rules of international law.

[93] In this sense, see GA Resolution on Application of the concept of the 'launching State', GA Res 59/115, 2005.

ANNOTAZIONI IN TEMA DI RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIA E DI RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA (A PROPOSITO DI UN PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO)

VIRGINIA CAMPIGLI*

Sommario

1. Premessa. I profili di rilievo di Cons. St., Sez. I, parere n. 203/2021 nel quadro del sistema delle fonti. – 2. L'ordinanza oggetto di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. – 3. Il fondamento costituzionale del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia. – 4. L'estensione riconosciuta alla locuzione "atti amministrativi regionali". – 4.1. Sulla (non) riconducibilità dei Comuni siciliani alla categoria degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione. – 4.2. (*Segue*) Sulla sussistenza di un altro titolo ai fini della qualifica dei provvedimenti dei Comuni siciliani come "atti regionali". – 5. La natura «giustiziale, ma sempre più assimilabile alla giurisdizione, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica»: raffronto con il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia. – 6. Opportunità di una «rimeditazione, anche a livello normativo», della disciplina procedurale del ricorso straordinario regionale.

Abstract

The essay analyzes the opinion n. 203/2021 of the First Section of the Council of State, concerning the extraordinary appeal to the President of the Sicilian Region as compared with the extraordinary appeal to the Head of State. The Council first points out which are the administrative acts that are to be appealed to the President of the Sicilian Region. Then, the Court focuses on the juridical nature of the extraordinary appeal to the Head of State, developed from an administrative remedy into a substantially jurisdictional one, following legislative changes and recent judgments. This provides an opportunity to question whether the extraordinary appeal to the President of the Sicilian Region should become a jurisdictional remedy as well, to grant the same legal protection.

Suggerimento di citazione

V. CAMPIGLI, *Annotazioni in tema di ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (a proposito di un parere del Consiglio di Stato)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico - Diritto urbanistico e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: virginia.campigli@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. I profili di rilievo di Cons. St., Sez. I, parere n. 203/2021 nel quadro del sistema delle fonti

Con il parere che si segnala[1], reso in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la Prima Sezione del Consiglio di Stato affronta temi di rilievo per il sistema delle fonti.

In particolare, pronunciandosi sull'inammissibilità di un ricorso avente a oggetto un'ordinanza sindacale di un Comune siciliano, poiché rivolto al Presidente della Repubblica anziché al Presidente della Regione Sicilia, la Sezione, dopo aver analizzato il fondamento costituzionale del ricorso straordinario regionale, passa in rassegna i requisiti dei provvedimenti impugnabili con tale ricorso: gli "atti amministrativi regionali".

Contestualmente, il parere in esame offre alla Sezione l'occasione per (tornare a) riflettere circa la natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. In proposito, è di interesse, ad avviso di chi scrive, il percorso argomentativo con cui la Sezione perviene a riscontrare dei disallineamenti di tutela tra il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e quello al Presidente della Repubblica, alla luce della trasformazione di quest'ultimo istituto in seguito alle modifiche introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69.

Queste pagine si propongono dunque di ripercorrere i principali profili toccati dal Consiglio di Stato con il parere n. 203/2021, in merito agli argomenti appena indicati.

2. L'ordinanza oggetto di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Come anticipato, con il parere che qui si segnala la Prima Sezione del Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile un ricorso straordinario per essere stato rivolto al Capo dello Stato anziché al Presidente della Regione Sicilia, pur avendo a oggetto un'ordinanza sindacale di un Comune siciliano.

L'ordinanza in questione era stata adottata dal Sindaco del Comune siciliano di Librizzi, nell'esercizio delle competenze di cui all'art. 50, c. 5, del Testo unico degli enti locali, relative ai casi di emergenza sanitaria o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale[2].

Un'ipotesi, questa, ascrivibile – secondo la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato[3] – ai casi in cui il provvedimento sindacale è adottato

[1] Si riportano di seguito i riferimenti sintetici del parere segnalato. Data adunanza: 13.01.2021; affare n. 1017/2019; data deposito: 16.02.2021; numero progressivo: 203/2021.

[2] In particolare, l'ordinanza veniva adottata sulla base dell'art. 86 del Regolamento di polizia veterinaria (d.P.R. n. 320/1954), concernente l'ipotesi in cui cani o gatti abbiano morso persone o animali e l'obbligo di tenerli per dieci giorni in isolamento e osservazione, ogniqualvolta sia possibile catturarli.

[3] Cfr. Cons. St., Sez. I, n. 2458/2017, richiamato al punto 5 del parere qui in esame. Si precisa che

nell'esercizio di funzioni proprie del Sindaco, e non nell'esercizio di funzioni di competenza statale in veste di ufficiale del Governo.

Tanto premesso circa il provvedimento amministrativo oggetto del ricorso, il problema alla base del parere in esame può così riassumersi: la valutazione circa la possibilità, o meno, di annoverare l'ordinanza del Sindaco di Librizzi tra gli atti amministrativi regionali, così da dichiarare l'inammissibilità del ricorso straordinario proposto al Presidente della Repubblica avverso tale provvedimento, per difetto dell'autorità (statale) adita[4].

Nondimeno, il Consiglio di Stato si sofferma, in modo ben più ampio, sull'inquadramento del rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia nel sistema delle fonti. In questa prospettiva, il parere ripercorre, preliminarmente, il fondamento costituzionale dell'istituto, per muovere poi all'analisi della tipologia di atti impugnabili in tal sede.

3. Il fondamento costituzionale del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia

Quanto al primo profilo – il fondamento costituzionale del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia – il Consiglio di Stato richiama l'art. 23 dello Statuto regionale, di cui alla l. cost. n. 2/1948[5].

Tale norma prevede, al primo comma, che gli organi giurisdizionali centrali abbiano in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione e, al secondo comma (per ciò che qui interessa), che le Sezioni regionali del Consiglio di Stato svolgano funzioni consultive. Lo stesso art. 23, al comma 4, dispone infine che «[i] ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, s[iano] decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato».

Per ciò che attiene alla disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Regione, essa è dettata dal d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373[6], il cui articolo 9, al comma 4, stabilisce l'obbligatorietà del parere, reso dall'adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (CGARS), alla presenza, ai fini della validità dell'adunanza, di almeno nove membri. Il comma 5 del medesimo articolo prevede inoltre la possibilità per il Presidente della Regione di decidere il ricorso discostandosi dal parere del

di seguito, ogni volta che si riporterà solo l'indicazione del punto del parere, senza ulteriori precisazioni, ci si riferirà alle specifiche parti del parere n. 203/2021, in questa sede segnalato.

[4] Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è infatti inammissibile ove sia proposto contro gli atti amministrativi regionali siciliani, per i quali è previsto il ricorso straordinario al Presidente della Regione *ex* art. 23, c. 4, St. Sicilia.

[5] L. cost. 26 febbraio 1948, n. 2, recante "*Conversione in legge costituzionale dello Statuto della Regione siciliana, approvato col decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455*".

[6] D.lgs. 24 dicembre 2003, *n*. 373, "*Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*".

CGARS, previa sottoposizione dell'affare, con richiesta motivata, alla deliberazione della Giunta regionale[7].

Nel quadro così tratteggiato si colloca dunque l'attribuzione al Presidente della Regione del potere decisorio dei ricorsi straordinari. Senza, peraltro, che la disposizione di cui all'art. 23, c. 4, St. Sicilia implichi – si legge nel parere in analisi – alcun riconoscimento (neppure «in via indiretta»[8]) di una copertura costituzionale al corrispondente istituto, di livello statale, del ricorso straordinario al Capo dello Stato[9]. Rimedio quest'ultimo che, come noto, non gode di una diretta disciplina in Costituzione, pur essendo con essa compatibile[10].

4. L'estensione riconosciuta alla locuzione "atti amministrativi regionali"

Ripercorsi il fondamento costituzionale e la disciplina del ricorso straordinario regionale, la riflessione del Consiglio di Stato si concentra sui provvedimenti ivi impugnabili: gli atti amministrativi regionali.

Risulta determinante, in proposito, l'estensione riconosciuta a questa categoria di atti. Come chiarito nel parere n. 203/2021, essa ricomprenderebbe i provvedimenti che possano considerarsi "regionali" sotto il profilo oggettivo e soggettivo[11].

Sul piano oggettivo, perché possa parlarsi di "atto amministrativo regionale", il provvedimento dovrebbe essere espressione di poteri attinenti a

[7] Su questo profilo della disciplina procedurale del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia, quale tratto differenziale rispetto al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (per come configurato in seguito alle modifiche introdotte dalla l. n. 69/2009), si tornerà *infra*, § 5.

[8] V. punto 8.

[9] Con tale considerazione (di cui al punto 8 del parere n. 203/2021) la Prima Sezione del Consiglio di Stato sembrerebbe discostarsi dalla tesi secondo cui la copertura costituzionale riconosciuta al ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana consentirebbe di «affermare che anche il ricorso al Capo dello Stato è garantito dalla Costituzione, sia pure indirettamente, considerato che la sua soppressione con legge ordinaria renderebbe inoperante la disposizione di cui all'art. 23 dello Statuto siciliano, e cioè una disposizione di rango costituzionale» (M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 663).

[10] V. punto 8. In proposito, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha in più occasioni ritenuto di dover armonizzare il ricorso straordinario al Capo dello Stato con i principi costituzionali, sancendone in particolare la compatibilità con l'art. 113 Cost. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, posto che il ricorso straordinario si pone in rapporto di alternatività con il ricorso dinanzi al giudice amministrativo, sarebbe dirimente la possibilità per il ricorrente di valutare autonomamente quale rimedio esperire (potendo quindi scegliere se ricorrere o meno al giudice) e non sarebbe conseguentemente leso il precetto costituzionale che assicura la tutela giurisdizionale (tra le altre, v.: C. cost., 5 febbraio 1963, n. 2; C. cost., 4 giugno 1964, n. 47; C. cost., 2 luglio 1966, n. 78). In dottrina, A. MAZZA LABOCCETTA, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Un rimedio per la «tutela della giustizia nell'amministrazione»*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 70 ss. (in part. p. 72 s.) osserva come, sebbene il ricorso straordinario al Capo dello Stato non sia previsto in Costituzione, esso «non vi contrasta, ma vi si affianca quale tutela *ulteriore* per il cittadino».

[11] V. punto 9. In tal senso, cfr. anche CGARS, Sez. riun., n. 333/2020, punto 3.2, che richiama CGARS, Sez. riun., n. 99/2016 e n. 272/2011.

materie di competenza della Regione siciliana, quand'anche si tratti di competenza delegata o trasferita[12]. Di conseguenza, il ricorso straordinario andrebbe proposto al Capo dello Stato e non al Presidente della Regione Sicilia in caso di provvedimenti che, seppur adottati nel territorio siciliano, non riguardino materie trasferite alla Regione[13].

Sul piano soggettivo, invece, sarebbero da considerarsi "regionali", «gli atti adottati da un organo della Regione siciliana, ma anche gli atti di un'autorità, un ente o un organo infraregionale o comunque vigilati dalla Regione medesima o da un'autorità, un ente o un organo infraregionale»[14].

Applicando queste considerazioni generali ai provvedimenti adottati dai Comuni siciliani, il parere qui in esame richiama, allora, la necessità di operare un duplice riscontro, ai fini della loro qualifica come "atti amministrativi regionali".

Più precisamente, tale riscontro dovrebbe così articolarsi. In primo luogo, occorrerebbe valutare se i Comuni siciliani siano ascrivibili alla categoria degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione; dopodiché, in caso di esito negativo del primo riscontro, sarebbe necessario verificare la sussistenza di un altro titolo, che sia comunque in grado di configurare i provvedimenti dei Comuni siciliani quali "atti regionali", ai sensi dall'art. 23, c. 4, St. Sicilia[15].

4.1 Sulla (non) riconducibilità dei Comuni siciliani alla categoria degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione

Circa la riconducibilità dei Comuni siciliani alla categoria degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, quale elemento rilevante per determinare la natura regionale dei provvedimenti adottati da tali enti, in senso affermativo si sono espressi alcuni orientamenti del Consiglio di Stato, al fine di radicare la competenza del Presidente della Regione sul ricorso straordinario. Infatti, sarebbero impugnabili con ricorso straordinario regionale gli atti amministrativi emanati da «organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, ivi compresi […] quelli degli Enti locali»[16]. In questo senso si è pronunciato

[12] Così CGARS, Sez. riun., n. 34/2020, punto 8.2.

[13] Ritiene non soddisfatto il requisito oggettivo, «trattandosi di materia non trasferita alla Regione con norme di attuazione dello Statuto siciliano», CGARS, Sez. riun., n. 333/2020, punto 3.2.

[14] CGARS, Sez. riun., n. 34/2020, punto 8.2.

[15] Per l'indicazione dei due riscontri da svolgere, quali profili da valutare per determinare la natura regionale dei provvedimenti adottati dai Comuni siciliani, al fine di radicare la competenza del Presidente della Regione sul ricorso straordinario e dichiarare inammissibili i ricorsi straordinari presentati al Capo dello Stato avverso tali provvedimenti, v. punto 11 del parere. Sul primo riscontro ci si soffermerà *infra*, § 4.1; sul secondo riscontro, invece, v. *infra*, § 4.2.

[16] Così, da ultimo, Cons. St., Sez. I, n. 538/2020 e, in termini analoghi, Cons. St., Sez. I, n. 2895/2019, secondo cui «gli atti amministrativi emanati dagli organi regionali o da organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione siciliana, ivi compresi quelli degli enti locali, possono essere

anche il CGARS, per il quale «[i] Comuni siciliani sarebbero compresi tra gli enti per i quali vale la competenza e un potere di supremazia da parte della Regione cui corrisponderebbe una posizione di soggezione da parte dei medesimi Comuni»[17].

Il parere qui in esame, tuttavia, sembrerebbe discostarsi dagli orientamenti ora riferiti, negando la riconducibilità dei Comuni siciliani alla categoria degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione.

In particolare, contro gli orientamenti succitati dello stesso Consiglio di Stato e del CGARS, il parere n. 203/2021 richiama il disposto costituzionale[18], soprattutto all'esito della riforma del Titolo V della Costituzione, operata con l. cost. n. 3/2001[19].

Con tale riforma «è stata complessivamente potenziata l'autonomia organizzativa, funzionale e finanziaria degli enti territoriali e, al loro interno e per quanto qui rileva, dei Comuni»[20]. Ciò «ha segnato in maniera inequivocabile nel nostro ordinamento la configurazione degli enti locali (a partire da Comuni e Province)»[21], nel senso di un «pluralismo istituzionale paritario»[22], incompatibile con rapporti di gerarchia tra i diversi enti che compongono la Repubblica[23].

In merito, il parere in esame sottolinea come l'art. 114 Cost., riformato nel 2001, attribuisca oggi «pari dignità istituzionale, pur nella distinzione dei

impugnati con ricorso straordinario diretto al Presidente della Regione siciliana – che li decide (con istruttoria compiuta dal competente assessorato), sentito il Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana – e non possono, pertanto, formare oggetto di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica». V. anche: Cons. St., Sez. I, n. 901/2019, punto 4; Cons. St., Sez. I, n. 2395/2013; Cons. St., Sez. I, n. 4671/2010.

[17] CGARS, 17 luglio 1984, n. 104.

[18] Le considerazioni della Prima Sezione – alla luce del quadro costituzionale – emergono in particolare ai punti 12, 13 e 14 del parere.

[19] L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, "*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*".

[20] V. punto 12.

[21] V. punto 12.

[22] V. punto 12. Sul tema, M. CAMMELLI, *I raccordi tra i livelli istituzionali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 6, 2001, 1079, osserva come la novità della riforma del Titolo V consista nel fatto che «tra le articolazioni d[el] sistema, non è più possibile individuare alcuna posizione di gerarchia, o comunque di preminenza». Ravvisa come "scelta fondamentale" della riforma costituzionale la «collocazione di tutti i livelli di governo (partendo dal basso: Comune, Provincia, Città metropolitana, Regione e Stato) in una posizione di piena parità istituzionale» F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2002, 411.

[23] Sul mutamento istituzionale determinato dalla riforma del Titolo V si vedano, per tutti: M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, p. 1273 ss.; G. FALCON, *Modello e "transizione" nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, p. 1247 ss.; E. DE MARCO, *Lo Stato istituzionalmente decentrato tra Costituzione e realtà*, in ID., *Percorsi del "nuovo costituzionalismo"*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 217 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

rispettivi poteri e prerogative»[24] a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, riconoscendoli quali enti autonomi[25]. Sotto questo profilo, prosegue il Consiglio di Stato, «[s]arebbe […] venuta meno la struttura verticale delle autonomie territoriali, propria della Costituzione del 1948»[26].

Quest'ultima affermazione circa la struttura verticale delle autonomie territoriali nella Costituzione del 1948 potrebbe risultare, invero, eccessiva.

Non si ignora, infatti, che l'idea di una configurazione verticale del rapporto tra Stato ed enti locali abbia a lungo trovato conferma nella prassi delle amministrazioni statali[27] e sia stata avallata da una certa dottrina giuspubblicistica[28],

[24] V. punto 12.

[25] Ravvisa nell'art. 114, c. 2, Cost. («I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i princìpi fissati dalla Costituzione») la «premessa logica ed assiologica per comprendere il nuovo quadro normativo» G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 6/2001, p. 1125. Quanto al primo comma dell'art. 114 Cost. («La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato»), esso è da leggere in confronto con il testo precedente alla riforma del 2001 («La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni»). Invertendo l'ordine di elencazione degli enti territoriali rispetto al testo originario, «[l]'idea che il nuovo art. 114, 1° comma, intende veicolare è […] quella di una statualità che nasce dal basso, dal livello di governo più vicino al cittadino (il Comune) e si svolge progressivamente in enti territoriali di maggiori dimensioni»: così M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1° comma)*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 39 ss.

[26] V. punto 12. Come ivi evidenziato dalla Prima Sezione del Consiglio di Stato, deve leggersi alla luce del mutato quadro costituzionale in punto di rapporti tra enti territoriali il fatto che la riforma del Titolo V abbia abrogato gli artt. 125 e 130 Cost., rispettivamente concernenti i controlli amministrativi statali sulle Regioni e i controlli delle Regioni sugli enti locali.

[27] In proposito, M.S. GIANNINI, *Del lavare la testa all'asino*, in A. BARBERA, F. BASSANINI (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della legge 382*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 7 ss., evidenziava come la burocrazia statale avesse a lungo operato per mantenere il suo carattere di amministrazione generale, trattenendo presso di sé «[l]e parti di funzioni che si ritenevano "più importanti", […] quasi che una funzione "importante" non po[tesse] puntualizzarsi in una qualsiasi minuscola pratica locale» (*ivi*, 9). Segnalava come, «per un buon quarto di secolo» dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la portata dell'art. 5 Cost. fosse «passata per lo più inosservata sotto il peso della resistenza manifestata dagli apparati politici e burocratici dello Stato, che nella conservazione del proprio assetto cercavano anche la garanzia della sopravvivenza», G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro It., Bologna-Roma, 1975, p. 286. Secondo U. DE SIERVO, *Realtà attuale delle funzioni e del finanziamento delle Regioni*, in N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Che fare delle Regioni?*, Rodorigo Editore, Roma, 2014, p. 196 ss., «dal 1948 al 1970 lo Stato italiano è stato ricostruito secondo moduli […] di tipo accentrato, con il conseguente sorgere di robuste burocrazie centrali».

[28] A un'idea verticale del rapporto tra Stato e Regioni sembrano potersi ascrivere le considerazioni di Zanobini, il quale – qualificando le Regioni come «enti autarchici territoriali» (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 117 ss.) – riteneva che gli statuti regionali (*ex* art. 123 Cost.) non avessero efficacia legislativa, trattandosi piuttosto di «manifestazioni normali dell'autonomia», da circoscrivere alla sola organizzazione degli enti regionali, e negava la possibilità di qualificare le leggi regionali nel senso tecnico di "leggi formali". La potestà legislativa, infatti, veniva ricondotta alla sola sovranità statale, riconoscendosi alle Regioni esclusivamente il potere di adottare

né si vuole tacere il ritardo con cui è stato attuato in Italia il disegno regionalista[29].

Tuttavia, non pare da trascurare che quel disegno, benché solo tardivamente attuato, già potesse leggersi – anche in chiave di rapporti decentrati "orizzontali" – nelle trame del testo originario della Costituzione[30]. Sembrerebbe cioè possibile affermare, come peraltro segnalato da un'autorevole dottrina[31], che fin dalla Costituzione del 1948 vi fossero previsioni – si pensi in

regolamenti. Cfr. G. ZANOBINI, *La Gerarchia delle Fonti nel nuovo Ordinamento*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, G. Barbera Editore, Firenze, 1950, p. 61 s. Parla di uno Stato articolato, prima della riforma del Titolo V del 2001, «secondo un processo "discendente" di ripartizione di poteri» E. DE MARCO, *Lo Stato istituzionalmente decentrato tra Costituzione e realtà*, cit., p. 228.

[29] Come noto, infatti, le Regioni a statuto ordinario furono attuate solo a partire dagli anni '70, con la l. 16 maggio 1970, n. 281 ("*Provvedimenti finanziari per l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario*"), i decreti di primo trasferimento delle funzioni amministrative del gennaio 1972, la l. 22 luglio 1975, n. 382 ("*Norme sull'ordinamento regionale e sulla organizzazione della pubblica amministrazione*") e il successivo decreto di attuazione, il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616. In questo modo, si avviava il processo, previsto dalla Costituzione, di decentramento di funzioni verso le autonomie, compiendosi un primo tentativo di dare «una lettura forte all'art. 5» (per tale espressione v. C. BUZZACCHI, *Le autonomie tra politica e amministrazione. Il volto di Giano di un regionalismo incompiuto*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 229). Parla di «ibernazione ventennale della riforma», per indicare il periodo compreso tra il 1948 e l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario negli anni '70, A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova fase del regionalismo italiano?*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 7 ss.

[30] Osservava che «un'apertura verso l'idea di una Repubblica policentrica della sussidiarietà [fosse] intuibile già nel testo del "vecchio" Titolo V» F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid*, 12/2007, p. 4.

[31] Si veda: G. MIELE, *La regione nella Costituzione italiana*, G. Barbera Editore, Firenze, 1949, *passim* (spec. p. 15-25 sulla rilevanza costituzionale dell'ordinamento delle autonomie locali e delle Regioni in particolare, nonché sulle caratteristiche dell'ordinamento regionale attuato in Costituzione); C. ESPOSITO*, Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 73 e 83, il quale, riflettendo sull'art. 5 Cost., aveva ravvisato come «principio positivo» il riconoscimento delle autonomie, nel senso che «il decentramento vuole che lo Stato, da meccanismo mosso dal centro, si muti in organismo vivente composto di parti viventi, nel quale alla molteplicità degli organi corrisponda molteplicità di vita e di centro di azione».

Una lettura innovatrice dell'art. 5 Cost. e dell'organizzazione che da esso sarebbe dovuta scaturire trovò poi voce nelle ricostruzioni di Autori come Amorth, Benvenuti, Paladin, Berti, il cui contributo dottrinale «ha posto le basi per un modello di regionalismo che […] ha più ampiamente delineato un disegno che tuttora appare come quello di riferimento, […] che rappresenta l'attuazione ideale di quella organizzazione radicalmente nuova che i lavori dell'Assemblea costituente hanno concepito»: così C. BUZZACCHI, *Le autonomie tra politica e amministrazione*, cit., p. 229, cui si rinvia (*ivi*, spec. p. 229-232) per un'analisi dettagliata dei passaggi più significativi delle ricostruzioni degli Autori citati. Di tali Autori si veda, in particolare: A. AMORTH, *Il problema della regione e la posizione dei Comuni e delle province nell'ordinamento regionale*, in *Corr. amm.*, 2/1961, p. 14 ss.; F. BENVENUTI, *Le autonomie locali nello Stato moderno*, in *Il nuovo osservatore*, 1962, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 2233 ss.; ID., *Lo Stato regionale* (inedito 1977), in ID., *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 3307 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1973; G. BERTI, *Art. 5*, cit., p. 277 ss.

particolare all'art. 5 Cost. – volte al riconoscimento di autonomia agli enti territoriali diversi dallo Stato.

In questa prospettiva, la riforma del Titolo V della Costituzione avrebbe, dunque, perfezionato e portato a ulteriore sviluppo quello stesso riconoscimento[32].

Tanto precisato in termini generali, un'analisi a parte deve essere svolta circa l'impatto di tale riforma sulle Regioni a statuto speciale, alle quali sin dalla l. cost. n. 2/1993 è stata riconosciuta, come noto, la potestà normativa primaria in materia di "ordinamento degli enti locali", secondo quanto in origine previsto dal solo Statuto siciliano[33].

Ai fini che qui interessano, giova infatti ricordare come lo Statuto della Regione Sicilia, sin dalla sua approvazione, avesse previsto una potestà legislativa esclusiva sul «regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative»[34], nonché un «ordinamento degli enti locali [basato] nella Regione stessa sui Comuni e sui liberi Consorzi comunali, dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria»[35].

Siffatto assetto delle competenze, secondo gli orientamenti prevalenti della

[32] M. CAMMELLI, *I raccordi tra i livelli istituzionali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 6/2001, p. 1081, analizzando la riforma del Titolo V, parla in effetti di «tardivi scopritori delle potenzialità [già] insite nel principio enunciato dall'art. 5 Cost.».

Tra le varie innovazioni apportate dalla riforma, sulle quali tuttavia non è possibile soffermarsi nei confini di questa segnalazione, appare indicativo – nel senso della valorizzazione delle autonomie territoriali – il riconoscimento dell'autonomia differenziata *ex* art. 116, c. 3, Cost. Basti qui ricordare che tale norma, come risultante dalla riforma operata con l. cost. n. 3/2001, ha introdotto – nell'ottica del c.d. "regionalismo differenziato" – un «"modulo di specializzazione" rivolto direttamente alle Regioni ordinarie, in base al quale si riconosce a ciascuna di queste la possibilità di accedere a forme e condizioni differenziate di autonomia» (M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2002, p. 136). Sul regionalismo differenziato, *ex multis*, v.: L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Giuffrè, Milano, 2000; G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1/2001, p. 3 ss.; M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle Regioni di diritto comune*, in *Federalismi.it*, 2002, p. 1 ss.; A. MORRONE, *Il federalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007, p. 139 ss.

[33] La l. cost. 23 settembre 1993, n. 2 ("*Modifiche ed integrazioni agli statuti speciali per la Valle d'Aosta, per la Sardegna, per il Friuli-Venezia Giulia e per il Trentino-Alto Adige*"), infatti, ha integrato gli statuti speciali includendo l'ordinamento degli enti locali (e delle relative circoscrizioni) tra le materie di potestà legislativa primaria, accogliendo la soluzione già sperimentata nello Statuto siciliano.

[34] Art. 14, lett. o), St. Sicilia.

[35] Art. 15, c. 2, St. Sicilia.

dottrina[36] e della giurisprudenza costituzionale[37], non sarebbe stato sostanzialmente inciso dalla riforma del Titolo V, poiché la clausola di "equiparazione" di cui all'art. 10 della l. cost. n. 3/2001[38] avrebbe esteso alle Regioni a statuto speciale solo i nuovi, maggiori poteri attribuiti alle Regioni ordinarie.

In ogni caso, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere che qui si segnala, anche per le Regioni a statuto speciale la valorizzazione delle autonomie locali – perno della riforma del Titolo V – rappresenterebbe un canone costituzionale rilevante[39], quantomeno sul piano della «qualificazione dei rapporti tra Regioni a statuto speciale e Comuni insistenti sul relativo territorio, ai fini del riparto di competenze sui ricorsi straordinari»[40].

Così, a giudizio del Consiglio di Stato, risulterebbe in contrasto con i principi complessivamente ricavabili dalla riforma costituzionale del 2001 un'interpretazione che ritenesse inammissibili i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica per l'annullamento di provvedimenti dei Comuni siciliani, considerandoli "atti regionali" poiché adottati da «organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione Sicilia»[41]. Difatti, anche per la Sicilia, sarebbe «da

[36] A parere della dottrina maggioritaria, infatti, la potestà primaria delle Regioni speciali in materia di ordinamento degli enti locali avrebbe conservato intatta la sua fisionomia anche all'esito della riforma del Titolo V. Riferisce in tal senso C. CIPOLLONI, *I confini della potestà ordinamentale delle Regioni speciali tra esigenze di carattere unitario e principio di differenziazione*, in *Giur. cost.*, 4/2018, p. 1774-1776. In tema, si veda anche S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 159 ss., per il quale «l'effetto più rilevante prodotto dall'art. 10 del disegno di legge costituzionale è […] la conservazione del principio di specialità» (*ivi*, p. 59).

[37] La Corte costituzionale ha infatti precisato come, all'esito della riforma del Titolo V, la competenza primaria delle Regioni speciali sull'ordinamento degli enti locali si fosse preservata, quantomeno, nello stesso ambito e negli stessi limiti definiti dagli statuti. Così C. cost., 13 febbraio 2003, n. 48, punto 2.1, cons. in dir.: «[n]el caso specifico dell'ordinamento degli enti locali, il nuovo testo dell'art. 117 non fa che ripercorrere, in forme nuove, le tracce del sistema costituzionale preesistente, in cui le sole Regioni a statuto speciale godevano già (in particolare dopo la riforma degli statuti recata dalla legge cost. 23 settembre 1993, n. 2) di una competenza primaria in materia di ordinamento degli enti locali del proprio territorio, mentre le Regioni ordinarie ne erano prive. Tale competenza, attribuita alle Regioni differenziate, non è intaccata dalla riforma del titolo V, parte II, della Costituzione, ma sopravvive, quantomeno, nello stesso ambito e negli stessi limiti definiti dagli statuti». Di recente, v. C. cost., 31 luglio 2020, n. 187, che ha definito quale «principio ricavabile dall'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» quello per cui «la suddetta riforma non restringe la sfera di autonomia già spettante alle Regioni o Province ad autonomia speciale» (punto 2.3.1, cons. in dir.).

[38] Art. 10, l. cost. n. 3/2001: «Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite».

[39] Il Consiglio di Stato segnala infatti che «sebbene sia da dubitare della totale e diretta applicabilità del nuovo Titolo V alle Regioni a statuto speciale, se non altro in virtù dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001, […] tuttavia non può lasciare indifferenti l'introduzione [meglio: il rafforzamento, alla luce di quanto si è evidenziato nell'ambito di questo paragrafo] di un canone costituzionale di tale rilievo», qual è la valorizzazione dell'autonomia degli enti locali (punto 12).

[40] V. punto 12.

[41] *Supra*, nt. 16.

escludere che gli atti degli enti locali (i Comuni, nel caso di specie) siano da ricomprendere ancora tra gli atti della Regione in quanto [adottati da] organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione»[42].

Conformemente a tale conclusione, nella vicenda sottoposta all'esame del Consiglio di Stato, non sarebbe possibile considerare il Sindaco di Librizzi un soggetto dipendente, controllato o vigilato dalla Regione Sicilia.

4.2 (*Segue*) Sulla sussistenza di un altro titolo ai fini della qualifica dei provvedimenti dei Comuni siciliani come "atti regionali"

Una volta stabilita la non riconducibilità dei Comuni siciliani nel novero degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, per determinare la competenza del Presidente della Regione Sicilia sul ricorso straordinario, occorrerebbe verificare se sussista pur sempre «un altro titolo, in grado di configurare i provvedimenti dei Comuni della Regione siciliana alla stregua di "atti regionali", secondo quanto previsto dall'art. 23, comma 4, dello Statuto»[43].

Procedendo con ordine, conviene intanto precisare che, secondo il Consiglio di Stato, tale ulteriore titolo sarebbe riscontrabile ove sussista una competenza legislativa regionale di carattere generale sull'ordinamento degli enti locali e il provvedimento in questione provenga da enti collocati sul territorio della Regione. Dovrebbe trattarsi, cioè, di provvedimenti ricompresi «tra gli atti regionali in quanto riferiti al territorio regionale ("atti *nella* Regione" e non "atti *della* Regione")»[44].

Sebbene la distinzione tra provvedimenti "nella" e "della" Regione consenta di rimarcare l'autonomia dei Comuni siciliani rispetto alla Regione stessa, non sembra che quest'ultima condizione ponga particolari criticità.

Più complessa, ma dirimente, risulta, invece, la condizione circa la sussistenza di una competenza legislativa regionale di carattere generale sull'ordinamento degli enti locali. In proposito, con riferimento alla Regione Sicilia, può osservarsi che è attribuita alla competenza dell'Assemblea regionale la legislazione esclusiva in materia di «regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative», di cui al già citato art. 14, lett. o), St. Sicilia. Inoltre, come anticipato, l'ordinamento degli enti locali è ivi fondato sui Comuni e sui liberi Consorzi comunali, dotati di ampia autonomia amministrativa e finanziaria (art. 15, c. 2, St. Sicilia). Proprio «nel quadro di tali principi generali spetta alla Regione la legislazione esclusiva e l'esecuzione diretta in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli enti locali» (art. 15, c. 2, St. Sicilia).

Ebbene, secondo il parere qui in esame, la competenza legislativa regionale

[42] V. punto 14.
[43] V. punto 11.
[44] V. punto 15.

di carattere generale sull'ordinamento degli enti locali così riconosciuta alla Regione Sicilia «non importerebbe un automatico effetto di supremazia e direzione, ma si risolverebbe in un'attrazione dei provvedimenti comunali nell'alveo regionale proprio *ex* art. 23, comma 4, dello Statuto»[45].

Così, nel caso di specie – concernente, lo si ricorda, un'ordinanza sindacale relativa a ipotesi di emergenza sanitaria o di igiene pubblica a carattere locale – sarebbe ravvisabile una competenza legislativa regionale di carattere generale, tale da consentire di inquadrare l'ordinanza tra gli atti regionali, rendendo competente sovra il relativo ricorso straordinario il Presidente della Regione Sicilia e pertanto inammissibile il ricorso proposto al Capo dello Stato.

5. La natura «giustiziale, ma sempre più assimilabile alla giurisdizione, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica»: raffronto con il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia

Nel giungere a tale conclusione – essenzialmente negando la proponibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – il Consiglio di Stato si dichiara consapevole delle «conseguenze che ne derivano o, per meglio dire, continuano a derivarne, connesse alla natura giustiziale, ma sempre più assimilabile alla giurisdizione, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica»[46].

Quest'ultima considerazione offre al parere in analisi l'occasione per un'ampia ricognizione circa la natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato, in raffronto con quella del ricorso al Presidente della Regione Sicilia, di cui è utile ripercorrere i principali passaggi.

Come noto, la sostanziale "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Capo dello Stato[47] ha trovato un significativo riscontro a seguito della l. n. 69/2009[48]. A norma dell'art. 69 di tale legge, infatti, è stata introdotta la

[45] V. punto 15.

[46] V. punto 16.

[47] Giurisdizionalizzazione avviata sin dalla fine degli anni Novanta, con il riconoscimento da parte della CGCE della legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare, in sede di adozione del parere nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato, questioni pregiudiziali davanti al Giudice comunitario (cfr. C. Giust. CE, 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in *Racc. giur. C. giust.*, *1997, I-5603).* Su tale pronuncia, v., tra gli altri: G.B. GOLETTI, *L'art. 177 Tr. Ce e la sua applicabilità*, in *Foro amm.*, 1997, p. 2610 ss.; M. GNES, *Consiglio di Stato e rinvio pregiudiziale nell'ambito dei ricorsi straordinari*, in *Giorn. dir. amm*., 1998, p. 145 ss.

Per una ricostruzione del processo di "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Capo dello Stato si rinvia a: P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale*, in ID. (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 6 ss. (in part. p. 14 ss.); A. MAZZA LABOCCETTA, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Un rimedio per la «tutela della giustizia nell'amministrazione»*, cit., p. 69-145 e letteratura ivi richiamata (in part. p. 118 ss.).

[48] L. 18 giugno 2009, n. 69, che (con l'art. 69, rubricato "*Rimedi giustiziali contro la pubblica*

possibilità per il Consiglio di Stato in sede di adozione del parere di sollevare questioni di legittimità costituzionale, così attribuendo al Consiglio di Stato in sede consultiva la funzione di giudice *a quo*. Al contempo, per ciò che qui maggiormente interessa, è stata abrogata la potestà del Governo di deliberare in senso difforme rispetto al parere espresso dal Consiglio di Stato[49]. Per questa via, il parere del Consiglio di Stato «ha dunque assunto i connotati di una vera e propria "decisione" vincolante»[50].

A favore della giurisdizionalizzazione del rimedio deporrebbero poi, nell'ambito della disciplina del codice del processo amministrativo, la possibilità per le parti interessate di presentare opposizione, ai fini della trasposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo[51], nonché la previsione del giudizio di ottemperanza, in caso di omessa esecuzione del decreto presidenziale

amministrazione") ha novellato parzialmente gli artt. 13 e 14 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, contenente la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

[49] Le modifiche riferite sono state introdotte rispettivamente dai commi 1 e 2 dell'art. 69, l. n. 69/2009. Si noti che l'art. 69 della l. n. 69/2009, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato, di fatto rimuoveva l'elemento che la Corte costituzionale aveva in precedenza ritenuto principalmente ostativo al riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso straordinario, ovverosia il potere del Ministro di discostarsi dal parere, previa sottoposizione dell'affare alla deliberazione del Consiglio dei ministri (v. C. cost., 21 luglio 2004, n. 254, punto 3, cons. in dir.). Quanto alla giurisprudenza costituzionale successiva alle modifiche del 2009, v. C. cost., 2 aprile 2014, n. 73, la quale – ammettendo «la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica» – ha ritenuto le modifiche operate con l'art. 69, l. 69/2009 coerenti con i criteri previsti *ex* art. 1, l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, secondo cui la questione di legittimità costituzionale deve essere rilevata o sollevata «nel corso di un giudizio» e deve essere ritenuta non manifestamente infondata da parte di un «giudice» (punto 2, cons. in dir.). In dottrina, M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 683, qualifica come vera e propria «svolta "genetica"» l'effetto prodottosi, nel senso della giurisdizionalizzazione del rimedio, a partire dalla riforma del 2009, secondo una tendenza poi confermata e rafforzata dal codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

[50] V. punto 16.

[51] Art. 48, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Tale disposizione ha generalizzato, al comma 2, la facoltà di opposizione, mediante la c.d. trasposizione, riconoscendola a tutte le parti nei cui confronti il ricorso straordinario possa produrre effetti (lo Stato, le altre pubbliche amministrazioni, i cointeressati e controinteressati). Tale facoltà era ammessa, nella previgente normativa dettata all'art. 10, d.P.R. n. 1199 del 1971, per i soli controinteressati. Come evidenziato da Cons. St., Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, punto 4.1.2, parte "in diritto" e Cons. St., Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10, punto 4.1.2, parte "in diritto", «[l]a generalizzazione della facoltà di opposizione […] garantisce il pieno rispetto del contraddittorio e, soprattutto, assicura la compatibilità del nuovo assetto con la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.)»; ci pare da segnalare, in proposito, il riferimento, anche per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai canoni del giusto processo.

Il c. 3 del medesimo art. 48, c.p.a. ha, inoltre, previsto che, ove il giudice amministrativo dichiari l'inammissibilità dell'opposizione, questi debba disporre la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria, così configurando «una speciale forma di *translatio iudicii* che, anche sul versante schiettamente terminologico, mostra di considerare il ricorso straordinario come la continuazione del medesimo giudizio incardinato con il ricorso al giudice amministrativo» (Cons. St., Ad. plen., 6 maggio 2013, nn. 9 e 10, punto 4.1.3, parte "in diritto").

adottato all'esito del ricorso straordinario[52].

Infine, nel quadro sinora tratteggiato merita una menzione – benché il parere in esame non faccia riferimento a tale profilo – l'esperibilità, avverso la decisione adottata in sede straordinaria, del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione *ex* art. 111, c. 8, Cost.[53].

[52] A norma dell'art. 112, c. 2, d.lgs. n. 104/2010. Tale disposizione, invero, non menziona espressamente, tra gli atti eseguibili in sede di ottemperanza, il decreto presidenziale adottato all'esito del ricorso straordinario. Tuttavia, l'elencazione dei provvedimenti suscettibili di ottemperanza di cui all'art. 112 c.p.a. sarebbe abbastanza ampio da potervi ascrivere anche le decisioni rese in sede di ricorso straordinario (così A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2015, 65). In proposito, dottrina e giurisprudenza hanno a lungo dibattuto circa la riconduzione dei decreti decisori dei ricorsi straordinari alla lettera b) dell'art. 112, c. 2, c.p.a. (tra le «sentenze esecutive e [gli] altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo») o piuttosto alla lettera d) della medesima disposizione (tra gli «altri provvedimenti» equiparati alle sentenze passate in giudicato). Nel senso dell'applicabilità della lett. b) si è espressa la giurisprudenza maggioritaria: Cass., Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065; Cass., Sez. un., 10 marzo 2011, n. 5684; Cass., Sez. un., 28 aprile 2011, n. 9447; Cass., Sez. un., 19 luglio 2011, n. 15765; Cass., Sez. un., 13 ottobre 2011, n. 21056; Cass., Sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28345; Cass., Sez. un., 28 dicembre 2011, n. 29099; Cons. St., Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; Cons. St., Sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638; Cons. St., Ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18; Cons. St., Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9; Cons. St., Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 10. In dottrina, tra gli altri, C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2015, p. 7 ss.; G. URBANO, *Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2017, p. 110. A favore, invece, della riconducibilità dei decreti presidenziali alla lett. d), in giurisprudenza, Cons. St., Sez. III, ord. 4 agosto 2011, n. 4666 e, in dottrina: A. CARBONE, *op. cit.*, p. 65 ss.; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2011, p. 13; S. PIGNATARO, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni*, in *Federalismi.it*, 24/2017, p. 42 ss.

Non è in questa sede possibile affrontare la questione concernente le argomentazioni (e i risvolti) dei due diversi indirizzi interpretativi appena riportati. Basti qui notare, ancorché incidentalmente, che l'adesione all'uno piuttosto che all'altro orientamento cela un diverso modo di intendere l'istituto, poiché riconoscere l'ottemperabilità delle pronunce rese in sede straordinaria sulla base della lett. b) significa enfatizzare la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, qualificando come «provvedimento esecutivo del giudice amministrativo» il decreto presidenziale (necessariamente aderente al parere del Consiglio di Stato), così configurando il Consiglio di Stato in sede consultiva come giudice. Viceversa, l'opzione a favore della lett. d) sembrerebbe volta a qualificare il ricorso straordinario come rimedio giustiziale, assimilabile a quello giurisdizionale solo sotto alcuni tratti strutturali e funzionali.

[53] L'esperibilità del ricorso in Cassazione era stata esclusa prima della riforma del 2009 (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. un., 17 gennaio 2005, n. 734). Questo indirizzo, tuttavia, è venuto meno sin da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464 (in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 250 ss., con nota di E. GRILLO, *Riflessioni sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a margine della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 23464/2012*), che ha inaugurato un orientamento poi confermato dalla giurisprudenza successiva. Con tale pronuncia, in particolare, le Sezioni Unite hanno ritenuto ammissibile il ricorso in Cassazione *ex* art. 362 c.p.c. nei confronti delle decisioni rese in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, attesa la natura sostanzialmente giurisdizionale da riconoscere, in seguito all'evoluzione dell'istituto, al contenuto del parere emesso dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato. Riferisce di tale evoluzione giurisprudenziale A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, cit.,

Alla luce dei suddetti elementi, la più recente giurisprudenza della Corte EDU (*Mediani c. Italia*, 1° ottobre 2020, ric. n. 11036/14) ha dichiarato applicabili anche al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica le tutele della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) [54] – nello specifico, l'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi – ritenendo «compiuta la trasformazione del ricorso straordinario in un "judicial remedy"»[55].

Dunque, secondo l'ultimo approdo della Corte di Strasburgo[56], l'avvenuta giurisdizionalizzazione del rimedio ora analizzato – principalmente riconducibile al carattere di decisione vincolante del parere del Consiglio di Stato – comporterebbe necessariamente l'applicazione delle garanzie del giusto processo[57].

p. 69 ss. Come è stato osservato da Cass., Sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19786, a sostegno della ricorribilità in Cassazione, il mutamento apportato dal legislatore del 2009 al parere del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario ne ha determinato una vera e propria 'trasformazione' sul piano ontologico: il passaggio da obbligatorio, secondo la precedente normativa, a vincolante, in particolare, ha fatto sì che il parere rappresenti, oggi, la decisione stessa del ricorso straordinario. Su quest'ultima pronuncia, v. G. URBANO, *Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 90 ss., secondo cui «[l]'ammissibilità del ricorso in Cassazione è, probabilmente, l'ultimo tassello che occorre a completamento del mosaico costruito intorno alla disciplina del rimedio in esame, ormai ritenuto a tutti gli effetti, sostanzialmente giurisdizionale» (*ivi*, 94). In senso conforme a Cass., Sez. un., n. 23464/2012 e n. 19786/2015, si veda anche Cass., Sez. un., 6 novembre 2017, n. 26258, in accordo alla quale «la decisione presidenziale conforme al parere del Consiglio di Stato ripete dal parere stesso la natura di atto giurisdizionale in senso sostanziale» (punto 3, parte "in diritto").

[54] Corte EDU, Sez. I, 1° ottobre 2020, *Mediani c. Italia*, ric. n. 11036/14, punto 35, parte "in diritto": «la Cour estime qu'à la suite des modifications apportées par la loi de 2009 et le décret législatif de 2010, le processus de transformation du recours extraordinaire au président de la République s'est conclu avec sa *juridictionnalisation au sens de l'article 6 de la Convention*» (corsivi nostri).

[55] V. punto 16.

[56] Che ha superato i precedenti orientamenti con cui la Corte si era invece espressa negativamente circa la riferibilità al ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo. In tal senso, cfr.: Corte EDU, 28 settembre 1999, *Nardella c. Italia*, n. 45814/99, con cui i giudici di Strasburgo avevano escluso che il ricorso straordinario potesse considerarsi «une procédure contentieuse relevant de l'article 6 de la Convention» ai fini dell'applicazione della garanzia della ragionevole durata dei processi *ex* art. 6 CEDU; Corte EDU, 31 maggio 2005, *Nasalli Rocca c. Italia*, n. 8162/02, ove la Corte si era limitata a richiamare gli orientamenti espressi in *Nardella c. Italia*; Corte EDU, 2 aprile 2013, *Tarantino e al. c. Italia*, nn. 25851/09, 29284/09, 64090/09, con cui la Corte aveva ritenuto che la parte ricorrente, «presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007, non [avesse] avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all'articolo 6 della Convenzione» (punto 62). Merita però precisare che la Corte EDU aveva in tali occasioni esaminato la disciplina del ricorso straordinario quale si presentava prima delle modifiche introdotte con la riforma del 2009 e con il c.p.a., confermando il suo orientamento anche dopo tali modifiche (nella pronuncia *Tarantino e al. c. Italia*), ma limitandosi in quella sede a richiamare le proprie precedenti sentenze, senza cioè soffermarsi ad analizzare l'impatto delle suddette modifiche in termini di configurazione del rimedio del ricorso straordinario. Il che, viceversa, è avvenuto con la pronuncia *Mediani c. Italia*, sì determinando il *revirement* della Corte di Strasburgo.

[57] Garanzie di cui al menzionato art. 6 CEDU ("*Diritto a un equo processo*"), recepito nel nostro ordinamento all'art. 111 Cost., come riformato con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ("*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*").

Siffatte considerazioni hanno precise implicazioni con riguardo al ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia. A ben vedere, infatti, «[l]a svolta della Corte EDU si riverbera su un punto nevralgico: l'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373/2003 consente ancora al Presidente della Regione, a seguito di delibera di Giunta, di disattendere il parere del CGARS, che risulterebbe pertanto obbligatorio ma non vincolante (similmente a quanto accadeva per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, fino al 2009)»[58].

Si giunge così a un passaggio – esso stesso 'nevralgico' – del parere n. 203/2021, in merito al raffronto tra il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e quello al Presidente della Repubblica. Come osservato dal Consiglio di Stato, infatti, il disallineamento in termini di disciplina procedurale tra i due rimedi sarebbe capace di incidere sul piano sostanziale della tutela offerta da ciascuno di essi.

Diverrebbe allora decisivo comprendere se le modifiche procedurali intervenute per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, tali da determinare la giurisdizionalizzazione del rimedio e quindi l'applicazione delle garanzie convenzionali del giusto processo, siano o meno applicabili anche al ricorso straordinario regionale, che solo in questo caso potrebbe assicurare al ricorrente le medesime garanzie di tutela. In proposito, si registrano fondamentalmente due orientamenti, opposti tra loro.

Da una parte, vi è la tesi sostenuta da Cass. civ., Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, per la quale la legge n. 69/2009 avrebbe avuto un effetto abrogativo implicito della disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia. Secondo questa linea interpretativa, l'evoluzione normativa concernente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dovrebbe «trovare applicazione, in guisa di corollario, per la analoga decisione resa dal Presidente della Regione siciliana ai sensi della sopra richiamata normativa regionale, modellata […] sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato». Di conseguenza, dovrebbe riconoscersi «carattere vincolante anche al parere espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa», ammettendo «il potere di tale organismo di sollevare questioni di legittimità costituzionale rilevanti ai fini dell'espressione del parere»[59].

Di segno opposto il CGARS, nel parere n. 61/2020[60]. In tal sede, il CGARS ha negato che il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia sia giuridicamente assimilabile a quello proposto dinanzi al Presidente della Repubblica, «nonostante le pur evidenti affinità (soprattutto di carattere

[58] V. punto 16.

[59] Cass., Sez. un., n. 2065/2011, punto 2.15, cons. in dir.

[60] Parere concernente la "*Direttiva sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione siciliana - Disciplina dell'istituto e aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali. Rispetto dei termini per l'istruzione*".

procedurale)»[61]. In base a questa ricostruzione dovrebbe ritenersi confermata, anche all'indomani della l. n. 69/2009, la facoltà per il Presidente della Regione di non dare seguito al parere del CGARS, discostandosene previa deliberazione della Giunta regionale, *ex* art. 9, d.lgs. n. 373/2003[62].

Se questo è il contesto in cui ci si muove, è evidente che, a seconda dell'orientamento interpretativo prescelto, il parere qui segnalato – con cui il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso un'ordinanza di un Comune siciliano, ritenendo competente il Presidente della Regione Sicilia – possa determinare significative «conseguenze sul piano delle garanzie»[63].

Difatti, ove si riconoscesse la perdurante facoltà per il Presidente della Regione Sicilia di non dare seguito al parere del CGARS, si dovrebbe concludere, sulla base della menzionata giurisprudenza della Corte EDU, per l'impossibilità di far valere le tutele convenzionali di cui all'art. 6 CEDU. Viceversa, tali tutele sarebbero applicabili al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proprio in virtù del carattere decisorio del parere del Consiglio di Stato.

6. Opportunità di una «rimeditazione, anche a livello normativo», della disciplina procedurale del ricorso straordinario regionale

L'insoddisfazione indotta dalla disparità di trattamento tra chi ricorra in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e chi, invece, in sede di ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia spinge a ritenere, riprendendo quanto affermato dalla Prima Sezione del Consiglio di Stato, che «vada favorito il rafforzamento delle garanzie offerte dall'ordinamento, nei suoi rapporti con le tutele assicurate dalla Convenzione EDU, quale che sia il rimedio giustiziale (ricorso al Presidente della Repubblica ovvero al Presidente della Regione siciliana)»[64]. È infatti «auspicabile che le decisioni in rito sulla inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (in favore del rimedio giustiziale al Presidente della Regione siciliana) non si riflettano in una contrazione delle tutele convenzionali per il singolo»[65].

Le considerazioni appena riferite, per un verso, mostrano la rilevanza della previsione di cui all'art. 6 CEDU per il sistema italiano di giustizia

[61] CGARS, parere n. 61/2020, punto 4.

[62] Più precisamente, secondo il CGARS sarebbe impossibile ritenere implicitamente abrogato l'art. 9 del d.lgs. n. 373/2003. Quest'ultima disposizione, infatti, «in quanto contenuta in una fonte speciale e rinforzata (posto che il citato d.lgs. n. 373/2003 reca norme di attuazione dello Statuto regionale), certamente prevale *in parte qua* sull'art. 69 della menzionata legge n. 69/2009, là dove si prevede la soppressione della decisione in difformità del Consiglio dei ministri» (CGARS, parere n. 61/2020, punto 12.5).

[63] V. punto 16.

[64] V. punto 16.

[65] V. punto 16.

amministrativa, in merito alle garanzie assicurate ai soggetti interessati dall'esercizio di un potere amministrativo[66]. Per altro verso – con specifico riguardo al sistema delle fonti – tali considerazioni inducono a riflettere sul rapporto (e sulla potenziale tensione) tra la disciplina dettata in attuazione dello Statuto regionale siciliano e il diritto sovranazionale.

Appare limitativo, infatti, che solo il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si conformi alle garanzie della Convenzione europea, le quali, al contrario, non sarebbero applicabili, stante l'attuale disciplina normativa, nel caso in cui il rimedio sia esperito dinanzi al Presidente della Regione Sicilia. Ciò non avrebbe alcun fondamento neppure sul terreno del riconoscimento dell'autonomia regionale speciale.

Non solo. Sul piano costituzionale interno potrebbe ravvisarsi un contrasto con l'art. 3 Cost., per il trattamento irragionevolmente differenziato – in punto di tutela offerta – che, conseguentemente, si registrerebbe tra le ipotesi di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e le ipotesi in cui, essendo censurato un atto amministrativo siciliano, il ricorso straordinario vada proposto al Presidente della Regione Sicilia.

Nondimeno, ipotizzare una soluzione che elimini le suddette disparità di tutela significa, necessariamente, aprire nuovi fronti di indagine circa i profili procedurali del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia. Del resto, il fatto stesso che la Corte di cassazione e il CGARS si siano pronunciati in modo discordante in merito agli (incerti) effetti abrogativi della legge n. 69/2009 sulla disciplina del ricorso straordinario regionale costituirebbe un «sintomo evidente della necessità di una valutazione e rimeditazione, anche a livello normativo, della questione»[67].

In conclusione, sembra da accogliere con favore la soluzione sposata dal Consiglio di Stato nel parere n. 203/2021, che – nel dichiarare inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, stante il carattere di "atto regionale" dell'ordinanza adottata dal Sindaco del Comune siciliano di Librizzi – ha ritenuto di trasmettere il proprio parere alla Presidenza del Consiglio dei

[66] Sul punto, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *Ius Publicum*, disponibile all'indirizzo www.iuspublicum.com, 2/2014, p. 5. Con riguardo all'incidenza dell'art. 6 CEDU sul sistema italiano di giustizia amministrativa, si vedano anche, per tutti: S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Jovene, Napoli, 2008; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; A. CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE online*, disponibile all'indirizzo www.dpceonline.it, 3, 2019, p. 2137 ss. Per una disamina dei vari profili connessi all'applicazione dell'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano e degli altri Paesi europei, cfr., di recente, A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Jovene, Napoli, 2020.

[67] V. punto 16.

ministri e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie[68], per l'eventuale assunzione di iniziative legislative concernenti la disciplina procedurale del ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia.

Sarebbe necessario, in particolare, definire normativamente se il parere in tal sede adottato dal CGARS abbia assunto (o debba assumere per il futuro) natura vincolante, superando quanto disposto dal d.lgs. n. 373/2003, in analogia con la caratterizzazione del parere del Consiglio di Stato nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a seguito delle modifiche introdotte con l. n. 69/2009.

Un ripensamento della questione da parte del legislatore potrebbe, infatti, essere indotto dalla consapevolezza che le direttrici di ordine sovranazionale e il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. finiscono per fornire una chiave di lettura obbligata: al fine di applicare le garanzie del giusto processo (art. 6 CEDU) anche al ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia occorrerebbe riconoscere natura vincolante al parere del CGARS.

[68] In applicazione dell'art. 58 del r.d. 21 aprile 1942, n. 444, secondo cui «[q]uando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Capo del Governo».

LE FONTI DEL DIRITTO DELL'UNIONE IN MATERIA DI SALUTE PUBBLICA ALLA PROVA DELL'EMERGENZA SANITARIA: ALCUNE RIFLESSIONI SULLE MISURE DI CONTRASTO DELLA PANDEMIA E SUL "CERTIFICATO DIGITALE COVID-19 UE"

ENZA CIRONE[*]

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica. – 2.1. La disciplina dei poteri dell'UE. – 2.2. Il sistema europeo di contrasto alle catastrofi e alle emergenze a carattere transfrontaliero. – 3. Azioni adottate e carenze riscontrate in risposta alla pandemia: *focus* sul settore della salute pubblica. – 4. Certificato covid-19 UE: dalla proposta al regolamento (UE) 2021/953. – 4.1. La protezione dei dati come condizione essenziale di legittimità. - 4.2. Un sistema interoperabile. - 5. La promessa di libertà che apre un vaso di Pandora? – 6. Note conclusive sulle competenze in materia di salute. È tempo di riforma?

Abstract

This article analyzes some of the challenges posed by the introduction of the EU Digital COVID-19 Certificate as a tool to facilitate mobility in the EU during the pandemic. While there is no consensus regarding the efficacy of vaccination in avoiding the transmission of the virus, the key rationale of these certificates is an attempt at striking a balance between two conflicting objectives: individual freedom on the one hand and public health protection on the other. This paper aims to provide a comprehensive overview of the ongoing discussion and an analysis of arguments relating to legal, ethical and social issues in the perspective of EU law. The results from this analysis show that, although this instrument facilitates European Union (EU) cross-border movement, it also risks creating new forms of inequality as well as opening Pandora's box of discrimination. Interestingly, the study of the EU Digital COVID-19 Certificate, which cannot (and should not) be examined isolated from the overall EU regulatory response to the pandemic, is preparatory to further reflection on the redefinition of Union's competences in the field of public health. In this respect, this article argues that the pandemic has revealed the need to provide the EU with solid legislative powers to tackle the various health challenges that could arise in the future.

Suggerimento di citazione

E. CIRONE, *Le fonti del diritto dell'Unione in materia di salute pubblica alla prova dell'emergenza sanitaria: alcune riflessioni sulle misure di contrasto della pandemia e sul "certificato digitale COVID-19 UE"*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Dottoranda di ricerca in *European and transnational legal studies* presso l'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: enza.cirone@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

Il presente articolo si propone di investigare se la prospettiva che l'emblematico esempio del certificato digitale covid-19 UE sembra disegnare non costituisca una ulteriore prova della sempre più evidente urgenza di avviare una profonda riflessione sulla revisione dei Trattati al fine di rimodulare il riparto delle competenze. In particolare, si discute se l'inserimento della materia della politica sanitaria tra le competenze concorrenti e la conseguente possibilità di adottare in questa materia atti legislativi di armonizzazione a livello europeo possa contribuire a contrastare le debolezze dell'attuale quadro giuridico di riferimento.

Data l'attualità degli argomenti trattati, le tesi *ivi* sostenute dovranno essere a ragion veduta rivalutate alla luce di nuove conoscenze in campo scientifico e di ulteriori sviluppi della prassi.

Lo stato dell'arte certamente evidenzia come la pandemia di coronavirus[1] stia rapidamente cambiando il volto dell'Europa[2] e dell'Unione europea che, fondata sul pernio della libertà di movimento e di circolazione, si è trovata costretta a stabilire limiti a tali diritti[3] al fine di affrontare una minaccia di carattere globale.

Indubbiamente, la situazione pandemica rappresenta la sfida più grande che l'Unione europea abbia mai affrontato dalla sua creazione. Dall'inizio del 2020, Stati membri e istituzioni europee hanno inizialmente reagito adottando misure straordinarie volte a riequilibrare il disallineamento tra il quadro giuridico ordinario e la situazione emergenziale[4] che ha coinvolto il settore sanitario, economico e sociale.

Durante i primi mesi successivi alla diffusione del virus, le risposte divergenti alla pandemia da parte degli Stati membri hanno rivelato una mancanza

[1] Il 30 gennaio 2020 il direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha dichiarato una emergenza di sanità pubblica di portata internazionale dovuta alla propagazione del SARS-CoV-2 che provoca la malattia da coronavirus 2019 (COVID-19). L'11 marzo 2020 l'OMS ha dichiarato che il COVID-19 presentava tutte le caratteristiche per essere qualificata come pandemia.

[2] Nessun'altra situazione emergenziale ha portato alla paralisi dell'economia globale rivelando brutalmente il *gap* esistente tra interdipendenza economica e autonomia politica e di *governance.* Gli Stati non si erano mai trovati prima a dover confinare la popolazione nelle loro case. Nessun'altra situazione pandemica si era dovuta confrontare con una informazione continua, spesso deviata e fuorviante. Si rimanda a A. ALEMANNO, *Taming COVID-19 by Regulation: An opportunity for self-reflection,* in *European Journal of Risk Regulation,* 2020, 187-194.

[3] Raccomandazione del Consiglio che modifica la raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio del 13 ottobre 2020 per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19, 5716/21 del 28 gennaio 2021.

[4] Mettendo in atto la cd. "risposta non farmaceutica" e cioè il distanziamento sociale volto a isolare i casi di positivi, predisporre la quarantena per i contatti dei positivi, chiudere le scuole, i luoghi di lavoro e di aggregazione sociale e diffondere la raccomandazione di non lasciare la propria abitazione se non per necessità. Per una panoramica delle misure adottate stato per stato: https://webcritech.jrc.ec.europa.eu/covidSt/Home/Dashboard.

di unità tra di essi rispetto alla situazione di globale crisi umanitaria portando a riconsiderare il ruolo dell'Unione europea nelle fasi successive[5]; ciò non solo perché richiesto dai Trattati per garantire un'elevata protezione della salute nelle aree di competenza dell'Unione[6], ma anche perché in sostanza apparso necessario per salvare vite.

Per quanto l'Unione abbia limitate competenze in questo ambito[7], gli Stati membri devono rispettarne le indicazioni e non sono completamente liberi di determinare quale sia il grado desiderabile per la protezione della salute. Questi devono, infatti, rispettare il principio di precauzione[8] che richiede ai

[5] In risposta alla necessità di limitare progressivamente le misure di contenimento, la Commissione e il Consiglio europeo hanno predisposto una tabella di marcia comune che, tenendo conto della diversa e specifica situazione epidemiologica di ciascuno Stato membro, della organizzazione territoriale e delle infrastrutture sanitarie a disposizione, aveva l'obiettivo di offrire una guida per valutare se e in che modo procedere con l'allentamento delle misure restrittive. Si veda: Comunicazioni provenienti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione europea, *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento del Covid-19* del 17.4.2020, 2020/C 126/01.

[6] Articolo 9 TFUE.

[7] Come verrà meglio argomentato nel prosieguo, le competenze che l'Unione ha in materia di salute pubblica – per quanto apparentemente limitate – sono in realtà molto più ampie di quanto si pensi. L'Unione può infatti integrare l'ambito di protezione della salute anche nelle azioni e nelle politiche che vanno al di là del contesto emergenziale e che riguardano, ad esempio, il mercato interno, K. P. PURNHAGEN, A. DE RUIJTER, M. L. FLEAR, ET AL, *More competences than you knew? The web of health competence for European Union Action in response to the COVID-19 outbreak* in *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 11, Special Issue 2, 2020, 297-306.

[8] «Previsto all'articolo 191 § 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e ripreso da una moltitudine di direttive e di regolamenti settoriali, il principio di precauzione può essere definito come un principio di azione anticipata che, in un contesto di rischio ed incertezza per l'ambiente e la salute pubblica, impone alle autorità competenti di prendere misure protettive senza bisogno di attendere una prova scientifica certa circa la sussistenza e l'entità del rischio in causa», A. DONATI, *L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione,* in *Rivista di BioDiritto*, 1/2020, 592. Per una panoramica sulle diverse e possibili interpretazioni di questo principio, si rimanda a A. DONATI, *The precautionary principle under European Union law* in *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 2021, 43-60.

Rispetto alla questione della invocabilità del principio di prevenzione, si noti che «[l]a dottrina tende a distinguere i principi di prevenzione e di precauzione in ragione della distinzione tra certezza e incertezza scientifica circa il verificarsi di danni futuri e, quindi, della distinzione tra pericolo –quale situazione cui è collegato, in rapporto di causa ed effetto, un danno –e rischio, quale situazione caratterizzata dall'incertezza circa la possibilità che il danno si verifichi. Il confine tra certezza ed incertezza scientifica è però assai labile e mutevole. E, soprattutto, il pensiero "semplificante", proprio della scienza classica, che alimentava un'idea della Natura a struttura matematica e meccanica regolata da un ordine definitivo ed eterno, è stato da tempo sopraffatto dall'evidenza del "disordine" in ogni ambito della realtà (dall'infinitamente piccolo all'infinitamente grande) e dall'inevitabilità di un approccio "complesso" all'oggetto dell'indagine scientifica e del pensiero in genere. (…) [I]l rapporto tra precauzione e prevenzione p[uò] qualificarsi in termini di relazione tra mezzo e fine: la precauzione è l'approccio che il decisore pubblico deve usare in funzione della prevenzione, intesa con Luhmann quale «preparazione a dei futuri incerti, mirata alla riduzione tanto della probabilità che si verifichi un danno, quanto del suo ammontare». Così impostato, il rapporto tra precauzione e prevenzione consente di anticipare quanto più possibile l'intervento dei poteri pubblici per rispondere alla richiesta di sicurezza dei cittadini.Tanto da poter considerare la sola imprevedibilità del verificarsi di un

legislatori nazionali di proteggere la salute pubblica senza attendere che la minaccia diventi reale e si materializzi[9], oltre a richiedere di prediligerne la tutela rispetto agli interessi economici[10] e a predisporre limitazioni rispettose dei principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente la proporzionalità[11] e la non discriminazione.

Una serie di restrizioni senza precedenti è stata necessaria per tenere sotto controllo la pandemia[12]. Per limitare la diffusione del virus gli Stati membri hanno adottato varie misure, alcune delle quali hanno significativamente inciso sul diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri come, ad esempio, restrizioni all'ingresso o l'obbligo per i viaggiatori transfrontalieri di sottoporsi a quarantena/autoisolamento o a un test volto a verificare la positività al virus[13].

determinato rischio come qualificante una situazione di fatto quale emergenza, tale da giustificare l'esercizio di poteri extra ordinem». L'approccio precauzionale è proprio, quindi, non solo dell'amministrazione "straordinaria" dell'emergenza e dell'esercizio dei poteri extra ordinem, (…) [è] proprio anzitutto dell'amministrazione ordinaria, che deve valutare, pianificare ed adottare tutte le misure funzionali a prevenire l'insorgere dell'emergenza e, nel caso, a renderne quanto più efficace possibile la risposta», F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza,* in *Federalismi*, 32/2020, 216-219.

[9] CGUE, *National Farmers Union*, C-157/96, 17 settembre 1998, ECLI:EU:C:1998:19; CGUE, *Regno Unito contro Commissione* (mucca pazza), C-180/96, 17 settembre 1998, ECLI:EU:C:1996:308.

[10] Tribunale, *Bayer,* T-429/13 e T-451/13, 17 maggio 2018, ECLI:EU:T:2018:280.

[11] Sul punto, la CGUE ha affermato che la discrezionalità politica, che è alla base del giudizio di proporzionalità, condiziona anche il relativo sindacato giurisdizionale che risulta limitato alla manifesta inappropriatezza della misura adottata (cfr. CGUE, *Giovanni Pesce e a. e Cesare Serinelli e a. v. Presidenza del Consiglio dei Ministri Italia e a.*, C-78/16 e C-79/16, 9 giugno 2016, ECLI:EU:C:2016:251, 49; *Regno di Spagna c. Consiglio* UE, C-310/04, 7 settembre 2006, ECLI:EU:C:2006:521; *Jippes e a.*, C-189/01, 12 luglio 2001, ECLI: EU: C: 2001: 420, 80; *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, C-77/09, 22 dicembre 2010, ECLI:EU:C:2010:803, 82), sulla base di una valutazione *ex ante* (cfr. CGUE, *Giovanni Pesce e a.,* cit., 50: «la validità di un atto dell'Unione deve essere valutata in base agli elementi di fatto e di diritto esistenti alla data in cui tale atto è stato adottato e non può dunque dipendere da valutazioni retrospettive riguardanti il suo grado di efficacia. Quando il legislatore dell'Unione è chiamato a valutare gli effetti futuri di una normativa da adottare, sebbene questi effetti non possano essere previsti con certezza, la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui esso disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa»).

[12] In dottrina, G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen,* in *DPCE online*, *Osservatorio COVID 19*, 4 aprile 2020; S. MONTALDO, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste, in European Papers*, 25 aprile 2020, 1-9.

[13] «La disamina svolta nell'ambito del presente contributo ha rivelato che molte di tali misure – pur se attenuate nell'ambito della fase due di gestione dell'emergenza – possono costituire una violazione prima facie delle libertà fondamentali del mercato unico, nonché di alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. Si è inoltre rilevato che, sebbene le esigenze di sanità pubblica o di tutela della salute possano essere invocate per giustificare dette misure restrittive, non è escluso che queste ultime si rivelino inidonee a superare il vaglio di proporzionalità operato dalla Corte di giustizia, in particolare nella variante della "coerenza e sistematicità" enunciata in alcune pronunce del Giudice dell'Unione. Ciò comporterebbe l'obbligo, da parte dei giudici nazionali, di procedere alla

Si è trattato – e si tratta – di misure limitative che hanno un costo economico e sociale molto elevato[14]. Pertanto, all'insegna di un oculato equilibrio e di un approccio comune in tutta l'Unione Europea, è apparso necessario individuare strategie volte a creare in tutto il mercato unico le condizioni per garantire una riapertura in sicurezza, affinché i cittadini europei possano godere dei diritti enunciati dai Trattati e le attività economiche e sociali possano riprendere con continuità.

In un quadro caratterizzato dalla progressiva accelerazione della campagna vaccinale e dal contestuale allentamento (o revoca) delle misure restrittive, si sono ricercati strumenti che permettano ai cittadini europei di tornare a poter esercitare – tra gli altri - il loro diritto alla libera circolazione.

Al fine di elaborare regole uniche e comuni, l'Unione europea ha adottato un regolamento che istituisce un quadro comune per un *certificato digitale COVID-19 UE*[15]*,* inizialmente denominato *green pass*[16]*,* che è interoperabile e che si è posto l'obiettivo di facilitare, a partire dal 1° luglio 2021, gli spostamenti per chi ne sia in possesso[17].

Se è vero che sin dalle prime fasi di contrasto al virus l'utilizzo degli strumenti tecnologici si è rivelato essenziale nel panorama nazionale ed europeo delle misure di contenimento della pandemia, è altrettanto vero che la parabola

disapplicazione delle misure restrittive in questione, se del caso previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia», A. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza COVID-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, in *Eurojus* (numero speciale *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive)*, 2020, 50.

[14] G. CAGGIANO, COVID-19. *Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE, II (2020) Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione" n. 7*, 30 aprile 2020; P. OLIVER, *COVID-19 and the Free Movement of Goods: Which Prevails?,* in *EU Law Live*, 19 marzo 2020.

[15] Il 14 giugno 2021 è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale il Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione al COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19.

[16] Il 29 aprile scorso, il Parlamento europeo ha adottato la sua posizione negoziale sulla proposta della Commissione, indicando – tra le altre – una modifica del nome proponendo la sostituzione con la dicitura "certificato EU covid-19", P9_TA(2021)0145.

[17] Sul punto, Kochenov ritiene che il *green pass*, sebbene ideato per favorire la libertà di circolazione, in realtà si allontani profondamente da questo obiettivo: «Taking into account the current reality, the DGC will likely have an effect that is opposite to its stated aim of simplifying border crossings: introducing them now, when the driver's seat of the free movement of persons in the internal market is all but vacant, could result in further complications and fragmentations of the Union and further betrayal of EU citizens», D.M.KOCHENOV, *The Commission against the Internal Market and European Union Citizens' Rights: Trying to Shoot Down Sputnik with the "Digital Green Certificate"?,* in *European Journal of Risk Regulation*, 19 luglio 2021, 11.

delle applicazioni di tracciamento dei contatti[18] dimostra come sia necessario accompagnare a uno strumento tecnologico efficiente delle infrastrutture altrettanto adeguate, senza perdere di vista la necessità di effettuare un vaglio preventivo rispetto alla opportunità del loro impiego.

Su questi aspetti si rifletterà nell'ottica del sistema delle fonti. Nello specifico, il *focus* riguarderà la ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri in materia di sanità, con particolare riguardo alle misure attuate per contrastare la pandemia. Questo costituirà la premessa metodologica necessaria per volgere lo sguardo al regolamento (UE) 2021/953 recentemente adottato e mettere in luce le (già) evidenti questioni giuridiche che l'adozione di un certificato digitale di tal genere sembra sollevare. Si pongono, in particolare, dubbi riguardo al rispetto del diritto alla protezione dei dati e anche sotto il profilo etico[19]; è peraltro opportuno chiedersi in quale misura tali dubbi potrebbero[20] essere superati seguendo le indicazioni fornite dai Garanti europei nel parere congiunto 4/21 del 31 marzo scorso[21]. Inoltre, il certificato potrebbe dare luogo ad una discriminazione nei confronti della (consistente) fascia di popolazione che non è ancora stata vaccinata[22], mettendo altresì in evidenza

[18] A. AKINBI, M. FORSHAW, V. BLINKHORN, *Contact tracing apps for the COVID-19 pandemic: a systematic literature review of challenges and future directions for neo-liberal societies* in *Health Information Science and Systems*, 13 April 2021.

[19] R. SYAL, *"Covid passports will be discriminatory and must be scrapped, say MPs"* in *The Guardian*, 12 giugno 2021, https://www.theguardian.com/politics/2021/jun/12/covid-passports-will-be-discriminatory-and-must-be-scrapped-say-mps; L. BIALASIEWICZ, A. ALEMANNO, *The dangerous illusions of an EU 'vaccine passport'*, https://braveneweurope.com/luiza-bialasiewicz-alberto-alemanno-the-dangerous-illusions-of-an-eu-vaccine-passport; L. BIALASIEWICZ, A. ALEMANNO, *Certifying health: the unequal legal geographies of COVID-19 certificates*, in *European Journal of Risk Regulation*, 21 luglio 2021.

[20] L'utilizzo del verbo *potere* e del condizionale sono d'obbligo se si prende come esempio emblematico quanto accaduto in Italia. Il Governo italiano aveva stabilito che il certificato sarebbe stato disponibile in automatico su app IO e Immuni. Tuttavia, dopo una interlocuzione con il governo, l'11 giugno scorso il Garante per la privacy ha vietato l'utilizzo della app IO che, servendosi della piattaforma Google, prevedeva il trasferimento di dati relativi alla salute verso Paesi extra UE, senza il consenso degli interessati. Tuttavia, dopo aver verificato che le modifiche richieste fossero state apportate, il Garante ha definitivamente dato parere favorevole all'uso dell'App IO per il recupero delle certificazioni, https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9671036.

[21] EDPB-EDPS Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate).

[22] Le osservazioni svolte riguardano la possibilità di accedere alla vaccinazione e non l'assai controversa questione della libertà di scelta in relazione alla decisione di vaccinarsi.

(ancora una volta[23]) differenziazioni geografiche all'interno dei singoli Stati membri, tra Stati membri e tra il cd. nord e sud del mondo[24].

2. Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica

Prima di avviare qualsiasi riflessione sulle misure adottate dall'Unione europea per contrastare la pandemia e concentrarsi sul regolamento che ha istituito il

[23] A supporto di ciò, si rimanda all'Henley Passport Index che individua una classica globale degli stati in base alla libertà di movimento in altri stati dei titolari di passaporto ordinario, https://www.henleyglobal.com/passport-index/ranking. Si veda anche M. HAYES, R. PÉREZ-GANÁN, *North–South migrations and the asymmetric expulsions of late capitalism: global inequality, arbitrage, and new dynamics of North–South transnationalism,* in *Migration Studies*, 2017, 116.

[24] «(…) the travel restrictions in response to COVID-19 is but a new layer in the broader landscape of highly uneven global mobility where travellers' citizenship and place of origin truly matter. In the contemporary mobility regime hundreds of millions of people in the Global South are eligible to travel documentation that only grants entry at few international borders, and many have no access to any documentation at all», J. HAKLI, *COVID-19 certificates as a new form of mobility control,* in *European journal of Risk Regulation*, 5 luglio 2021, 2.

Durante il suo discorso di apertura dei giochi olimpici di Tokyo in data 21 luglio 2021, il Direttore generale dell'OMS ha denunciato le gravi ineguaglianze che si stanno continuando a perpetrare nella distribuzione dei vaccini: «Vaccines are powerful and essential tools. But the world has not used them well. Instead of being deployed widely to quell the pandemic on all fronts, they have been concentrated in the hands and arms of the lucky few; deployed to protect the world's most privileged people, including those at lowest risk of severe disease, while the most vulnerable remain unprotected. More than three-and-a-half billion vaccine doses have now been administered globally, and more than one in four people have received at least one vaccine dose. On the surface, that's good news. But it masks a horrifying injustice. 75% of vaccines have been administered in just 10 countries. In low income countries, only 1% of people have received at least one dose, compared with more than half of people in high-income countries. Some of the richest countries are now talking about third booster shots for their populations, while health-workers, older people and other vulnerable groups in the rest of the world continue to go without», https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-keynote-speech-at-the-138th-international-olympic-committee-session.

A tali considerazioni pare opportuno sommare la constatazione che, alla luce del principio di proporzionalità – che dovrebbe guidare qualsiasi misura che possa direttamente o indirettamente limitare un diritto fondamentale – il concreto (o anche potenziale) impatto negativo del certificato digitale covid-19 UE su alcune categorie di soggetti più vulnerabili potrebbe risultare sproporzionato e, dunque, ingiustificato rispetto ai benefici. Per una analisi più dettagliata, si rimanda a E. PARIS, *Applying the proportionality principle to COVID-19 certificates,* in *European Journal of Risk Regulation*, 5 luglio 2021.

Inoltre, bisogna considerare che, già in linea teorica, lo strumento del certificato digitale potrebbe essere percepito come una imposizione surrettizia di un obbligo alla vaccinazione necessaria per dimostrare di avere dei diritti (di circolare liberamente e/o di usufruire di determinati servizi). Queste ipotesi trovano concretezza nella constatazione di fatto che l'annuncio del presidente francese Macron di rendere obbligatorio il possesso del certificato per l'accesso a determinati luoghi e servizi (a partire dal 21 luglio per l'accesso a stadi, cinema, discoteche etc, e dai primi di agosto anche per l'accesso a bar, ristoranti etc, https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/pass-sanitaire), abbia avuto l'effetto di portare circa 1 milione di cittadini francesi a prenotare la vaccinazione, https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/2021/07/13/francia-un-milione-di-vaccini-prenotati-dopo-il-discorso-di-macron_7a1265b2-aa93-46d5-af24-9baa192c6840.html.

certificato digitale covid-19 UE, è necessario ripercorrere brevemente la disciplina dettata dai Trattati in materia di politica sanitaria, al fine di valutare se vi siano state carenze di azione da parte delle istituzioni europee[25].

In generale, non è infrequente che in situazioni di difficoltà sociale ed economica l'Unione europea venga accusata di non aver provveduto tempestivamente, o in maniera adeguata, e sia sollecitata a porvi rimedio.

La crisi determinata dalla diffusione dell'epidemia di covid-19 non è stata esente da questo genere di critiche.

Per quanto forse sia cosa nota, bisogna ricordare che sono i Trattati[26] a designare gli obiettivi e le azioni che l'Unione può intraprendere. Dunque, in virtù del principio di attribuzione, determinate materie sono di competenza dell'Unione solo se e nella misura in cui i Trattati conferiscano poteri di intervento alle istituzioni europee. Tale principio costituisce, infatti, uno dei baluardi nell'apparato istituzionale del sistema di articolazione delle fonti dell'Unione e degli Stati membri. Invero, in forza di questo «l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri».

In buona sostanza, le competenze dell'Unione europea possono in concreto riguardare un intero settore o solo alcuni profili di questo; possono essere esclusive dell'Unione oppure essere condivise con gli Stati membri o, ancora, solo accompagnarsi a quelle nazionali. Inoltre, possono sostanziarsi in poteri normativi, decisionali, di armonizzazione o ravvicinamento oppure di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri.

La protezione della salute umana è da sempre riconosciuta dall'Unione come fondamentale per la vita delle persone. Questa è infatti contemplata in varie disposizioni di diritto primario dell'Unione europea[27] e rileva sia nella sua dimensione pubblica che in quella più strettamente individuale. Ai fini dell'analisi che si intende condurre, verrà però posto maggiore rilievo sulla dimensione della tutela della collettività.

Le resistenze degli Stati membri a cedere sovranità in tale settore determinano un quadro regolamentare non sempre così chiaro: «l'articolata ripartizione delle competenze in materia sanitaria tra l'Unione europea e Stati

[25] Cfr. G. DAVIES, *Does evidence-based EU law survive the COVID-19 pandemic?*, in *Frontiers in Human Dynamics*, 2020.

[26] «Gli Stati sono i padroni dei Trattati» dalla pronuncia *Maastricht* del 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92.

[27] In particolar modo si rimanda ai seguenti articoli del TFUE: art. 4, para 2; art. 6; art. 9; art. 36; art. 45, par. 3; art. 52; art. 114, par.3, 6 e 8; art. 153; art. 168; art. 169; art. 191; art. 202; art. 207, par. 4. Si vedano anche i seguenti articoli della Carta dei diritti fondamentali 31, 32, 35.

membri è il riflesso del progressivo aumento di importanza della tutela della salute umana nelle varie attività dell'Unione europea e dell'incidenza di queste attività in un settore (la sanità pubblica) che è tradizionalmente oggetto delle politiche sociali degli Stati membri»[28].

Dunque, se ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. k, TFUE i problemi comuni di sicurezza in materia di sanità sono annoverati tra le competenze concorrenti, la definizione e attuazione della politica sanitaria è di competenza degli Stati membri. Il "miglioramento della salute umana"[29] è invece una competenza sussidiaria e, pertanto, l'azione dell'Unione è solo o integrativa rispetto a quella degli Stati membri, sostanziandosi essenzialmente in finanziamenti di specifici programmi.

In definitiva e in termini generali, la protezione della salute umana costituisce una clausola di applicazione orizzontale. Da ciò si inferisce che nella definizione e nell'attuazione di tutte le azioni e politiche dell'Unione si deve optare per la scelta che garantisca un livello elevato di protezione della salute umana[30].

2.1 La disciplina dei poteri dell'UE

Sia grazie alle pronunce della Corte di giustizia[31] che aggirando il divieto di armonizzazione con l'adozione di misure di ravvicinamento delle disposizioni nazionali relative al funzionamento del mercato interno per finalità di protezione della salute (art. 114 TFUE), si è giunti ad armonizzare indirettamente alcune disposizioni statali in ambito sanitario[32].

Questa prassi estensiva rende evidente la rilevanza della materia e l'esigenza di azioni comuni, avvalorata anche da varie disposizioni dei Trattati che richiamano le esigenze di protezione della salute come componente di altre politiche (o limite alle stesse).

[28] F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri* in *Studi sull'integrazione europea,* 2017, 317-342.

[29] Articolo 6, lett. a), TFUE.

[30] Artt. 9 e 168, par. 1, TFUE e art. 35, seconda parte, Carta dei diritti fondamentali.

[31] In dottrina: R. ROSSOLINI, *Morbo della "mucca pazza" e tutela comunitaria della salute* in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2, 1997, 353 ss. A mero titolo esemplificativo (tra le più recenti): Corte di giustizia, *National Farmers Union*, cit; Corte di giustizia, *Regno Unito/Commissione*, cit; Corte di giustizia, *Verdi Ambiente e Società*, C-305/18, 8 maggio 2019.

[32] Corte di giustizia, *Germania c. Parlamento e Consiglio,* C-376/98, 5 ottobre 2000, 76-78, 84, 88. La portata della sentenza nel quadro delle competenze europee in materia di salute è magistralmente sintetizzata da: T. K. HERVEY, *Community and national competence in health after Tobacco advertising*, in *Common Market law review*, 6, 2001, 1442: «From the point of view of Community competence in health, the ruling reinforces what is clear from the Treaty provisions: there are limits to the scope of lawful Community activity in the health field. However, the ruling is also indirect confirmation that health protection is not a matter simply of national competence. Rather, the protection of human health must be guaranteed by both national and EU-level institutions».

Ciononostante, come già anticipato nel paragrafo precedente, la politica della salute pubblica rimane una materia di competenza essenzialmente statale, dal momento che in virtù dei Trattati istitutivi è stata attribuita all'Unione europea una competenza di tipo concorrente solo per determinati aspetti della sanità pubblica connessi alla gestione di problemi comuni.

L'art. 168, par. 7, TFUE, infatti espressamente statuisce che la predisposizione e l'organizzazione del sistema sanitario, nonché l'assegnazione delle risorse ad esso destinate, è definito da ogni Stato membro che è altresì responsabile della gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica.

La stessa disposizione inoltre stabilisce che l'Unione europea ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri per la tutela e il miglioramento della salute umana, in particolare «per la lotta contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero».

Ai fini del presente lavoro, non può non farsi un cenno alla decisione 1082/2013/UE[33], adottata sulla base dell'art. 168, par.5, TFUE, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, che ha disciplinato in dettaglio le forme di pianificazione e cooperazione di una risposta comune prevedendo anche l'istituzione di un sistema di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio, allarme rapido e lotta contro le gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero[34].

La presenza di una fitta rete di sorveglianza a livello europeo[35] non spoglia, tuttavia, gli Stati membri della loro discrezionalità per quanto concerne l'elaborazione della risposta nazionale alla situazione emergenziale. Questi, infatti, hanno solo l'obbligo di informare e consultare la Commissione e gli altri Stati riguardo la natura, lo scopo e l'entità delle misure, a meno che l'urgenza renda necessaria un'adozione immediata.

[33] Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, in GU L 293.

[34] È stato infatti previsto il coinvolgimento del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (istituito con il Regolamento 851/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004) e di altre agenzie interessate come la Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare.

[35] Artt. 6, 9, 11, 17 della Decisione n. 1082/2013/UE, cit.; Decisione 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile, in GU L 347, 924.

2.2 Il sistema europeo di contrasto alle catastrofi e alle emergenze a carattere transfrontaliero

Nel quadro delle disposizioni rilevanti per la tutela della salute non possono non annoverarsi anche gli articoli 196 TFUE (protezione civile) e 222 TFUE (clausola di solidarietà).

Se l'art.196 TFUE dedica un intero capitolo all'istituto della protezione civile definendo gli obiettivi e l'ambito di applicazione delle competenze per una cooperazione in questo ambito, l'azione dell'UE in materia trae legittimazione da diverse disposizioni dei Trattati e segnatamente dall'art. 6 TFUE che, come si è già detto, rappresenta la base formale del ruolo dell'Unione nel supporto e coordinamento dell'azione degli Stati membri: «*l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri(…)*», tra le altre, in materia di protezione civile (lett. f).

Il sistema di protezione delineato e definito attraverso questa disposizione risulta abbastanza articolato, al punto che è stato istituito il "Meccanismo unionale di protezione civile"[36], il cui obiettivo è coordinare le risposte a catastrofi naturali o provocate dall'uomo. In buona sostanza, l'obiettivo è triplice: promuovere la cooperazione tra autorità nazionali e protezione civile; rafforzare la consapevolezza e la preparazione del pubblico riguardo alle catastrofi; attivare una assistenza rapida, efficace e coordinata alle popolazioni colpite.

Dal punto di vista più strettamente operativo, il meccanismo si compone di un Centro di coordinamento della risposta alle emergenze (*Emergency response coordination centre, ERCC*) che ha il compito di sorvegliare le catastrofi naturali in Europa oltre a evadere le richieste di assistenza da parte degli Stati membri coordinando l'intervento degli Stati membri che si siano volontariamente offerti di prestare assistenza con la messa a disposizione di proprie risorse tecniche.

Un discorso a parte merita la clausola di solidarietà (art. 222, par. 1, TFUE) secondo la quale, in caso di calamità - naturale o causata dall'uomo - l'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone per prestare assistenza allo Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche. In tal caso, gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà per prestare la loro assistenza, coordinandosi in sede di Consiglio.

Se è indubbio che tale disposizione assuma dal punto di vista teorico un rilievo fondamentale nella identificazione degli elementi cardine dell'ordinamento giuridico europeo, quali il reciproco rispetto e lo stato di diritto, non

[36] È stato istituito nel 2001 e riformato con la decisione 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013. Vi partecipano tutti i 27 Stati membri dell'Unione europea, oltre al Regno Unito, Islanda, Norvegia, Macedonia del Nord, Montenegro, Serbia e Turchia.

può dirsi lo stesso sotto una veste "pratica" [37]. È vero che la disposizione non è mai stata invocata ma è altrettanto vero che non contiene dettagli specifici sulla procedura da adottare, lasciando ampia libertà di interpretazione per ciò che concerne lo scopo, le misure da adottare e le circostanze durante le quali dovrebbe essere attivata, oltre al campo di applicazione limitato al territorio degli Stati membri[38].

Come è stato osservato, il «legame tra solidarietà e diritto alla salute è in ogni caso tanto forte quanto inscindibile e coinvolge tutte le autorità dei due livelli»[39]. Con la decisione del Consiglio 2014/415/UE del 24 giugno 2014[40] si è dato attuazione all'art. 222 TFUE[41]. Tale atto ha infatti individuato – per quanto qui di interesse – i mezzi da utilizzare nel caso in cui sia invocata la clausola di solidarietà (detti "dispositivi integrati dell'Unione per la risposta politica alla crisi", IPCR), tra i quali figura anche il Meccanismo di protezione civile dell'Unione.

Affinché il Meccanismo sia attivato è necessario, come anticipato sopra, che lo Stato membro interessato presenti una richiesta alla presidenza del Consiglio e al presidente della Commissione europea per mezzo del Centro di coordinamento della risposta alle emergenze.

3. Azioni adottate e carenze riscontrate in risposta alla pandemia: *focus* sul settore della salute pubblica

La definizione del riparto delle competenze in materia di salute pubblica sopra effettuata risultava propedeutica rispetto all'intento del presente paragrafo di

[37] «So far the solidarity clause has never been clearly activated, despite the occurrence of a number of favourable opportunities including and terrorist attacks in Europe as well as the intensive migratory flows towards Europe. The lack of a concrete application and the still existing reluctance of States to invoke it risk turning the content of Article 222 TFEU an empty letter and solely a political stance, having therefore a scarce legal value in terms of real obligations on Member States»,

S. VILLANI, *The EU Civil Protection Mechanism: instrument of response in the event of a disaster*, in *Revista Universitaria Europea* 26, 2017, 141. In senso contrario: G. ASARO, *Prime considerazioni sulla natura dell'obbligo di solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale*, 2018.

[38] J. JELLER-NOLLER, *The Solidarity Clause of the Lisbon Treaty's",* in *Think Global – Act European: The Contribution of 16 European Think Tanks to the Polish, Danish and Cypriot Trio Presidency of the European Union*, 2011, 328-333.

[39] P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di covid-19*, in *DPCE online*, 2020/2, 2302.

[40] Decisione del Consiglio, del 24 giugno 2014, n. 415, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà, in GU L 192, 53.

[41] «L'Unione e gli Stati agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo». Hilbold ha dato una lettura critica della disposizione e della relativa decisione di attuazione in P. HILBOLD. *Filling a Buzzword with life: the implementation of the Solidarity clause in article 222 TFUE*, in *Legal Issues of Economic integration*, 3, 2015, 217-224.

ripercorrere, seppur senza pretesa di esaustività[42], le principali azioni intraprese dall'Unione per la gestione dell'emergenza sanitaria provocata dalla diffusione del covid-19, con un *focus* sulle misure più rilevanti adottate nell'ambito della salute pubblica.

In prima battuta, bisogna considerare che nel corso del tempo l'Unione europea ha affinato gli strumenti da adoperare per rispondere a emergenze e catastrofi a carattere transfrontaliero, in particolare, rispetto alla gestione di eventuali emergenze sanitarie derivanti da attacchi terroristici realizzati mediante armi chimiche, biologiche radiologiche e nucleari[43].

Ciononostante, come si è visto in precedenza, il potere di azione dell'Unione europea incontra precisi limiti nelle competenze riservate agli Stati membri. Le istituzioni europee possono infatti solo coordinare azioni che derivino da decisioni prese in seno al Consiglio o a livello nazionale.

È alla luce di ciò che possono essere valutate le azioni intraprese dall'Unione, in particolare rispetto al coordinamento dell'apparato informativo, alla regolamentazione e fornitura di attrezzature mediche e allo sviluppo e distribuzione dei vaccini.

Il 28 gennaio 2020 la presidenza del Consiglio dell'Unione europea ha deciso di attivare il meccanismo dei dispositivi integrati dell'Unione per la risposta politica alle crisi (IPCR) in modalità "condivisione delle informazioni" nel contesto dell'attuazione della clausola di solidarietà; tuttavia, occorre precisare che tale causa non è stata successivamente invocata[44] in quanto la rapidità di espansione del virus non avrebbe permesso di indirizzare gli aiuti verso un solo Stato membro.

Successivamente, in data 13 ottobre 2020 il Consiglio ha adottato la raccomandazione (UE) 2020/1475[45] per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19. Tale raccomandazione stabilisce delle misure di azione comune per la applicazione di criteri e soglie per decidere restrizioni alla libera circolazione e una mappatura

[42] Per una descrizione nel dettaglio, si rimanda alla cronistoria delle azioni intraprese dall'Unione europea disponibile al seguente link https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/timeline-eu-action_it

[43] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Piano d'azione per rafforzare la preparazione contro i rischi per la sicurezza di natura chimica, biologica, radiologica e nucleare, COM(2017) 610 final.

[44] Si tenga tuttavia presente che il concetto di solidarietà è stato più volte citato non solo come principio fondante dell'Unione ma anche come fondamento per azioni a sostegno dell'economia. Per una panoramica dettagliata delle iniziative solidaristiche in risposta alla pandemia si rimanda a G. MORGESE, *Solidarietà di fatto … e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica,* in *Eurojus – Numero speciale L'emergenza sanitaria covid-19 e il diritto dell'Unione europea*, 93-111.

[45] GU L 337 del 14.10.2020, 3.

del rischio di trasmissione del virus basato su un codice cromatico concordato e un approccio coordinato in funzione del rischio di trasmissione.

Sulla base dei criteri e delle soglie stabilite in questa raccomandazione, il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie pubblica, a cadenza settimanale, una mappa[46] degli Stati membri, suddivisi per regione, al fine di orientare le scelte degli Stati.

A ciò si aggiunga che il 19 gennaio 2021 la Commissione ha adottato una Comunicazione[47] nella quale suggeriva agli Stati membri di scoraggiare fortemente tutti i viaggi non essenziali verso l'Unione, di adottare restrizioni di viaggio non discriminatorie e, ancora, di prevedere controlli proporzionati sui viaggiatori (ivi compresi i test diagnostici) in linea con le raccomandazioni del Consiglio di cui sopra[48]. In considerazione di ciò, pur ribadendo che la determinazione delle restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per finalità di tutela della salute pubblica costituisce una competenza degli Stati membri che possono stabilirle in base alle loro esigenze, va precisato che, trattandosi altresì di deroghe ai principi di parità di trattamento e libera circolazione (che hanno un ruolo centrale nell'ordinamento europeo), devono tuttavia essere soggette a una interpretazione restrittiva e parimenti sottoposte a un controllo delle istituzioni europee, sia con riferimento all'aspetto sostanziale che procedurale[49].

[46] Consultabile al seguente link https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement.

[47] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Fare fronte comune per sconfiggere il COVID-19,* 19 gennaio 2021, COM(2021) 35 final. Tale comunicazione faceva seguito a un'altra comunicazione precedente intitolata Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali, 2020/C 86 1/01, del 16 marzo 2020.

[48] Tra le azioni coordinate e condivise dagli Stati membri va ricordata la chiusura delle frontiere esterne del territorio dell'Unione per un periodo di 30 giorni e, quindi, la sospensione dell'applicazione del Trattato di Schengen. Per un approfondimento sulle condizioni alle quali gli Stati membri possono ristabilire dei controlli si rimanda a: G.M. RUOTOLO, *Sulle recenti misure di ristabilimento dei controlli ad alcune frontiere interne alla luce del codice Schengen,* in *Diritto comunitario e degli scambi*, 2-3, 2016. Per le misure adottate durante la pandemia cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 24 novembre 2020 sul sistema Schengen e le misure adottate durante la crisi del COVID-19, P9_TA(2020)0315. Sui limiti di tali misure si veda a A. MANEGGIA, *Le "nuove" minacce al sistema Schengen in tempo di Covid-19 e il ruolo della Commissione europea,* in *dirittifondamentali.it*, 2020. In considerazione dei suddetti limiti, parte della dottrina ha evidenziato la necessità di aggiornare il Codice frontiere con l'obiettivo di introdurre una procedura specifica per le emergenze sanitarie e così assegnare alla Commissione un ruolo di coordinamento e agli organi dell'Unione con competenze in materia di lotta alle minacce sanitarie un ruolo di consulenza tecnica, F. SPITALERI, *Covid-19 e ripristino dei controlli alle frontiere interne,* in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, 389 ss.

[49] A sostegno di ciò, si tenga presente che questo è dimostrato dal fatto che le misure volte a garantire che non vi siano controlli sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne (ai sensi dell'art. 77, par. 2, lett. e) TFUE) sono un elemento essenziale di attuazione del mercato interno (ai sensi dell'art. 26, par. 2, TFUE). Allo stesso modo, tale diritto risulta essere il principale dei diritti collegati allo status di cittadino europeo, ai sensi artt. 20, lett. a) e 21 TFUE.

Nel contesto delle misure adottate dall'Unione europea, una delle funzioni più importanti è stata indubbiamente quella di informazione sulla valutazione del rischio rispetto alla situazione epidemiologica e di coordinamento delle misure. Difatti, sin dal marzo 2020, la Commissione ha istituito un gruppo di esperti indipendenti (tra cui epidemiologici e virologi)[50] per formulare delle linee guida che fossero seguite dai vari Stati membri.

A ciò si sommi che, come in precedenza anticipato, la Commissione e alcune Agenzie[51] hanno ulteriormente fornito linee-guida agli Stati membri sulle misure da adottare per limitare la diffusione del virus, incluse procedure per tracciare i contagi e per migliorare la risposta dei singoli Stati membri all'emergenza sanitaria[52].

Ciononostante, si è messo in luce come l'Unione – e in particolare il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (d'ora in avanti, CEPCM) – fossero carenti di risorse e strumenti che potessero efficacemente rispondere alle finalità riferite. La funzione di coordinamento e di sorveglianza dell'andamento dei contagi a livello europeo è risultata lenta e poco efficace soprattutto perché il CEPCM può a mala pena fornire una guida tecnica sulle modalità attraverso le quali raccogliere dati[53], mancando completamente di poteri prescrittivi per forzare gli Stati membri a fornire informazioni in un modo prestabilito[54].

Nondimeno, l'assenza di strumenti legali vincolanti - e quindi di standard condivisi - ha creato notevoli disparità tra gli Stati, fatta eccezione per ipotesi in cui sono stati proprio i singoli Stati membri a decidere volontariamente e congiuntamente di uniformare le loro azioni in specifiche aree[55].

[50] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_481.

[51] EU Agency for Safety and Health at Work, March 2020, https://oshwiki.eu/wiki/COVID-19:_guidance_for_the_workplace.

[52] Comunicazione della Commissione, *Preparazione sanitaria a breve termine dell'UE per affrontare i focolai di COVID-19*, 15 luglio 2020, COM(2020) 318 final; Comunicazione della Commissione, *Su ulteriori misure di risposta al COVID-19,* 28 ottobre 2020, COM(2020) 687 final; Comunicazione della Commissione, *Fare fronte comune per sconfiggere il COVID-19*, 19 gennaio 2021, COM(2021) 35 final; Comunicazione della Commissione, *HERA Incubator: uniti per battere sul tempo la minaccia delle varianti della COVID-19*, 17 febbraio 2021, COM(2021) 78 final.

[53] In considerazione della carenza di strumenti vincolanti, si è resa evidente la necessità di potenziare le modalità di utilizzo dei dati nel settore della salute pubblica e nel luglio 2020 il Big Data Steering Group istituito dall'Agenzia europea del farmaco e dai Capi delle Agenzie dei medicinali ha pubblicato il Piano di lavoro per gli anni 2020-2021 che prevede specifiche azioni a tal fine, HMA-EMA Big Data Steering Group, Workplan 2020-2021, adottato il 27 Luglio 2020.

[54] S. GREERC, A. DE RUIJTER, *EU health law and policy in and after the COVID-19 crisis* in *European Journal of Public Health*, Vol. 3, No. 4, 2020, 623-624.

[55] Il riferimento è, ad esempio, alla infrastruttura tecnologica di scambio dei dati creata con il supporto della Commissione e degli Stati membri facenti parte dell'eHealth Network, https://ec.europa.eu/health/ehealth/cooperation_it.

Eppure, bisogna notare l'importante ruolo assunto dall'Unione europea riguardo alla regolazione e predisposizione di strumentazione medica e di medicinali, sviluppata anche come reazione alla previsione da parte di alcuni Stati membri di divieti di esportazione di beni considerati critici.

In primo luogo, infatti, sono state adottate misure di regolamentazione e di coordinamento volte ad aumentare la capacità produttiva europea. Il 17 aprile 2020 l'EMA, insieme agli Stati membri dell'UE e alle aziende farmaceutiche, ha lanciato un sistema rafforzato di monitoraggio rapido dei medicinali per prevenire e mitigare i problemi di approvvigionamento di medicinali utilizzati per il trattamento dei pazienti COVID-19[56].

Inoltre, sia la Commissione europea che l'EMA hanno pubblicato delle linee guida per gli Stati membri con indicazione specifica di concrete azioni per prevenire la carenza di medicinali[57] (e di operatori sanitari)[58], e per gli sviluppatori di medicinali e le aziende sugli adattamenti del quadro normativo per affrontare le sfide derivanti dalla pandemia COVID-19. Questa linea d'azione ha portato l'EMA ad assumere straordinariamente il ruolo di coordinatore centrale nel sostenere le attività degli Stati membri nella lotta alle interruzioni della fornitura di medicinali. Questo è stato indubbiamente un segnale importante perché in circostanze ordinarie la maggior parte delle carenze di medicinali sono normalmente affrontate a livello nazionale[59].

In secondo luogo, l'Unione ha cercato di rafforzare la disponibilità di beni medici attraverso la creazione di una scorta strategica di dispositivi sanitari

[56] EMA, https://www.ema.europa.eu/en/news/launch-enhanced-monitoring-system-availability-medicines-used-treating-covid-19, 21 aprile 2020.

[57] Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti sull'approvvigionamento ottimale e razionale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di Covid-19*, 8 aprile 2020, 2020/C 116 I/01.

[58] Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti sulla libera circolazione degli operatori sanitari e sull'armonizzazione minima della formazione in relazione alle misure di emergenza legate alla Covid-19: raccomandazioni relative alla direttiva 2005/36/CE* (2020/C 156/01)

[59] In tale contesto, sono state inoltre adottate misure regolamentari eccezionali per evitare carenze di dispositivi e di attrezzature mediche essenziali. Nel marzo 2020, la Commissione ha adottato norme armonizzate relative ai dispositivi medici critici per la lotta contro il COVID-19 e ha pubblicato degli orientamenti per i produttori di apparecchiature mediche essenziali. Alla fine di aprile, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato il regolamento 2020/561, che ha modificato e rinviato di un anno la data di applicazione di alcune disposizioni del regolamento sui dispositivi medici 2017/745 al fine di garantire la disponibilità continua dei dispositivi medici sul mercato dell'UE. Poco dopo, la Commissione ha pubblicato degli orientamenti sull'adozione di deroghe a livello dell'UE per i dispositivi medici conformemente all'articolo 59 del regolamento sui dispositivi medici, indicando così alle autorità nazionali in quali circostanze queste possano autorizzare l'immissione sul mercato dell'UE di dispositivi medici per i quali non sono state effettuate le pertinenti procedure di valutazione della conformità ma il cui utilizzo è nell'interesse della salute pubblica o della sicurezza o della salute dei pazienti.

nell'ambito del RescEU35[60] e anche attraverso la firma di contratti di appalto congiunto per attrezzature mediche e medicinali nell'ambito dell'accordo di appalto congiunto del 2014 per le contromisure mediche (JPA)[61]. Il meccanismo volontario di appalto congiunto consente agli Stati membri di agire in modo coordinato quando negoziano per acquistare prodotti medici sul mercato. Tuttavia, le debolezze di questo meccanismo e la necessità di considerare l'eventuale introduzione di obblighi di solidarietà in questo settore sono diventate evidenti sin dallo scorso anno, sia perché molti Stati membri che partecipano alle procedure di approvvigionamento congiunto hanno contemporaneamente negoziato contratti bilaterali con i produttori per porre rimedio alla crisi sanitaria, sia perchè l'approvvigionamento congiunto non prevede la ridistribuzione ai Paesi più colpiti[62].

In terzo luogo, oltre alle suddette azioni riguardanti i medicinali e le attrezzature mediche, l'Unione ha anche adottato una serie di misure nel campo dello sviluppo e della distribuzione dei vaccini. Nel giugno 2020, la Commissione europea ha infatti lanciato una strategia dell'UE per i vaccini, proponendo un approccio comune dell'UE su come i vaccini possono essere sviluppati, prodotti e distribuiti[63]. L'obiettivo della strategia era quello di garantire una fornitura sufficiente di vaccini in tutto il territorio europeo attraverso accordi di acquisto conclusi con i singoli produttori e grazie a finanziamenti anticipati da parte della Commissione, utilizzando così il quadro normativo esistente in modo flessibile. Ciò, dunque, includeva una procedura accelerata per l'autorizzazione, la flessibilità in relazione all'etichettatura e all'imballaggio e una proposta per fornire deroghe temporanee da alcune disposizioni della legislazione sugli OGM per accelerare le prove cliniche dei vaccini covid-19 e dei farmaci contenenti organismi geneticamente modificati.

In questo contesto generale, nel luglio 2020 è stato adottato un regolamento per facilitare lo sviluppo del vaccino COVID-19, che prevede una deroga temporanea alla valutazione preventiva del rischio ambientale ordinariamente richiesta dalla legislazione dell'UE per i vaccini[64].

[60] Commissione europea, COVID-19: la Commissione costituisce la prima scorta di attrezzature mediche rescEU, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_20_476.

[61] Come esempio si cita: Commissione europea, Garantito l'accesso dell'UE al remdesivir per la cura del COVID-19 grazie alla Commissione europea, comunicato stampa del 29 luglio 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_1416.

[62] A. DE RUIJTER, R. M.W.J. BEETSMA, B. BURGOON E AL, *EU Solidarity and Policy in Fighting Infectious Diseases: State of Play, Obstacles, Citizen Preferences and Ways Forward* in *Centre for European Studies Research Paper* No. 2020-3, University of Amsterdam, 2020.

[63] Comunicazione della Commissione, *Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro il covid-19*, 17 giugno 2020, COM (2020) 245 final.

[64] Regolamento (UE) 2020/1043 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 luglio 2020 relativo all'esecuzione di sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano contenenti organismi

Successivamente, nell'ottobre 2020, la Commissione ha adottato una comunicazione[65] sulle strategie di vaccinazione contro il covid-19 e sull'impiego del vaccino, presentando gli elementi fondamentali che gli Stati membri avrebbero dovuto tener presente nel momento in cui fosse stato disponibile un vaccino sicuro.

L'Agenzia europea del farmaco ha sinora autorizzato la distribuzione di 4 vaccini considerati sicuri ed efficaci contro il virus che sono coperti da brevetti, rispettivamente di titolarità delle società farmaceutiche che li producono.

Certo è che gran parte delle difficoltà di approvvigionamento dei vaccini da parte degli Stati derivano proprio dall'esistenza di brevetti delle case farmaceutiche che li hanno sviluppati. Ai fini del presente contributo, basti tenere in considerazione che, in ambito internazionale, l'articolo 31 del *Trade – related aspects of intellectual property rights* (Trips)[66] prevede per gli Stati membri del WTO la possibilità di disporre, in situazioni di emergenza, l'uso del brevetto senza autorizzazione del titolare. Sebbene ciò permetterebbe di produrre un maggior numero di vaccini[67], non bisogna dimenticare che vi è a monte un problema giuridico, ossia la non esistenza di una politica di vaccinazione comune a livello europeo. I programmi di vaccinazione sono infatti di esclusiva competenza degli Stati membri che hanno notevoli divergenze di approccio alla questione[68].

Ad una situazione già difficile, si aggiunga che notevoli rallentamenti nelle campagne vaccinali dei singoli Stati membri sono da imputarsi anche ai ritardi di consegna del vaccino da parte della società AstraZeneca con la quale la

geneticamente modificati o da essi costituiti e destinati alla cura o alla prevenzione della malattia da coronavirus (COVID-19) e relativo alla fornitura di tali medicinali.

[65] Comunicazione della Commissione, *Preparazione per le strategie di vaccinazione e la diffusione di vaccini contro la COVID-19*, 15 ottobre 2020, COM (2020) 680 final.

[66] Con riferimento a ciò, molto interessante risulta la risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 7 giugno scorso (P9 TA(2021)0283) con la quale il Parlamento europeo chiede una deroga temporanea all'accordo 'Trips' dell'Organizzazione mondiale del Commercio, al fine di migliorare l'accesso globale a medicinali connessi al Covid-19 a costi abbordabili e di affrontare i vincoli della produzione mondiale e le carenze nell'approvvigionamento.

[67] Tra le altre, si consideri che la Commissione ha introdotto i principi di reciprocità e proporzionalità quali nuovi criteri da considerare per l'autorizzazione delle esportazioni nel quadro del meccanismo di trasparenza e autorizzazione per le esportazioni di vaccini, Regolamento di esecuzione (UE) 2021/521 della Commissione del 24 marzo 2021 che stabilisce disposizioni specifiche relative al meccanismo che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di una autorizzazione di esportazione. A ciò si aggiunga che lo stesso giorno la Commissione ha introdotto una misura per accelerare l'autorizzazione di vaccini adeguati contro il Covid-19, Regolamento delegato (UE) 2021/756 della Commissione del 24 marzo 2021 che modifica il regolamento (CE) n. 1234/2008 concernente l'esame delle variazioni dei termini delle autorizzazioni all'immissione in commercio di medicinali per uso umano e di medicinali veterinari.

[68] Il contratto prevedeva il rapido accesso a 300 milioni di dosi del vaccino, con un'opzione per altri 100 milioni di dosi.

Commissione aveva stipulato un accordo a nome degli Stati membri[69] con scadenza a giugno 2021 (non più rinnovato[70]) e con riferimento al quale l'Unione europea ha intrapreso un'azione legale[71].

Dunque, se ai fini del presente contributo la definizione delle competenze risultava necessaria per interpretare le azioni intraprese dalle istituzioni europee per contrastare la pandemia è, allo stesso modo, alla luce di questo vasto complesso di misure che va letta la prassi successiva riguardante l'istituzione della certificazione covid-19 UE.

È difatti indubbio che le difficoltà di accesso alle forniture di vaccini da parte di alcuni Stati membri[72] e di tutela della proprietà intellettuale si intersechino con le numerose questioni giuridiche che solleva l'adozione di un tale certificato (in particolare quello vaccinale) con riferimento al quale nel paragrafo seguente verranno ripercorse le tappe fondamentali.

4. Certificato covid-19 UE: dalla proposta al regolamento (UE) 2021/953

Nei paragrafi precedenti si sono brevemente riepilogate le azioni intraprese dagli Stati membri al fine di contrastare la pandemia. Si è messo in luce come nella sostanza si tratti di misure[73] che limitano sia il diritto dei cittadini europei

[69] Comunicato stampa, Coronavirus: la Commissione europea firma il primo contratto con AstraZeneca, 27 agosto 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_1524.

[70] https://www.euronews.com/2021/05/09/european-union-opts-not-to-renew-astrazeneca-vaccines-contract-after-supply-row.

[71] Si veda: https://twitter.com/SKyriakidesEU/status/1386646730876366850; https://euobserver.com/coronavirus/151666; https://www.euronews.com/2021/04/26/eu-begins-legal-action-against-aztrazeneca-over-breach-of-contract. Il 18 giugno 2021 il Tribunale di primo grado di Bruxelles ha ordinato alla società AstraZeneca di consegnare urgentemente 50 milioni di dosi di vaccino entro il 27 settembre 2021, https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/06/18/Court-Decision-18-06-2021.pdf.

[72] Con riferimento alle difficoltà riscontrate da Paesi Terzi, si tenga presente che la già citata Dichiarazione adottata dal Consiglio europeo del 25 febbraio 2021, al punto 5, dopo aver ribadito la solidarietà dell'Unione per le difficoltà che molti Paesi terzi stanno incontrando in merito all'accesso ai vaccini, aggiunge che vi è da parte dell'Unione la volontà di intensificare la sua risposta globale alla pandemia, confermando l'impegno a migliorare l'accesso ai vaccini «per i gruppi prioritari nel nostro vicinato e oltre, sulla base di principi comuni, e a sostenere un approccio globale attraverso lo strumento Covax» e quindi «accoglie con favore i primi piani di quest'ultimo per la distribuzione di vaccini a 92 paesi a basso e a medio reddito». Il Covax è il programma internazionale ("no one is safe, unless everyone is safe") avviato dall'OMS avente l'obiettivo di promuovere l'accesso equo ai vaccini anti Covid- 19 attraverso il coordinamento delle relative risorse internazionali.

A ciò si aggiunga che, in occasione del G7 tenutosi dall'11 al 13 giugno, le principali potenze mondiali hanno concordato rispetto all'impegno di contribuire con oltre un miliardo di dosi di vaccino. Il comunicato finale è consultabile al seguente link https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Carbis-Bay-G7-Summit-Communique-PDF-430KB-25-pages-3.pdf.

[73] Dichiarazione dei membri del Consiglio europeo, 26 febbraio 2021, che ha accolto con favore l'adozione da parte del Consiglio UE di due raccomandazioni sui viaggi all'interno e verso l'UE.

di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, sia l'ingresso di cittadini di Stati terzi nel territorio UE.

Tali restrizioni codificano prassi ormai consolidate[74] e applicano principi generali di diritto europeo in quanto legittimate dall'interesse alla tutela della salute pubblica. Tale finalità – si ricorda - deve comunque sostanziarsi in un motivo specifico e limitato e, nel caso in cui si preveda la deroga agli altri diritti, deve essere rispettosa dei principi di proporzionalità e non discriminazione, oltre che revocabile non appena la situazione epidemiologica lo consenta.

Il primo tassello che ha portato a concretizzare l'idea del certificato covid-19 UE è rappresentato dalla dichiarazione del presidente del Parlamento europeo David Sassoli che, in occasione del Consiglio europeo del 25 febbraio 2021, aveva proposto di istituire una certificazione che potesse consentire ai cittadini europei - che si fossero già sottoposti alla vaccinazione anti-covid o che fossero guariti dalla malattia - di circolare liberamente sul territorio dei Paesi membri. Traducendo questo in termini giuridici, la conseguenza immediata che già si profilava mesi fa era una sostanziale deroga alle limitazioni alla libertà di circolazione all'interno dell'Unione che (quasi tutti) gli Stati membri hanno adottato per finalità di protezione della salute pubblica. Di fatto si prospettava un ritorno al pieno godimento del diritto di circolazione.

A questa dichiarazione ha infatti fatto seguito la proposta della Commissione del 17 marzo 2021[75] di adozione di due regolamenti basati sull'articolo 21 TFUE (diritto alla libera circolazione). Il primo[76] è volto a istituire un quadro comune per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione dei cittadini europei durante la pandemia; il secondo[77] se ne differenzia per l'applicabilità ai cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti o regolarmente residenti nel territorio degli Stati membri.

[74] Si fa riferimento alla eccezione della tutela della salute enunciato dal Trattato come limite alla libertà di circolazione che gli Stati membri possono invocare.

[75] Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale), COM/2021/130 final; Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti o regolarmente residenti nel territorio degli Stati membri durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale), COM/2021/140 final.

[76] Regolamento (UE) 2021/953, cit.

[77] Regolamento (UE) 2021/954 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti o residenti nel territorio degli Stati membri durante la pandemia di COVID-19.

Merita sin da subito chiarire che, per quanto la stampa tenda spesso a identificarli, il certificato covid-19 UE è dal punto di vista giuridico cosa ben diversa dal passaporto vaccinale[78]. La differenza risiede nel fatto che il primo certificato non è generalmente obbligatorio[79] (così come nessun cittadino è obbligato a vaccinarsi)[80] e non è strettamente legato alla vaccinazione, tanto è vero che non costituisce un prerequisito (almeno di diritto) per la libera circolazione[81] né è da considerarsi alla stregua di un documento di viaggio.

Invero, all'articolo 3 del regolamento si prevede il rilascio di tre distinte tipologie di certificati (vaccinazione, negatività e test di guarigione) digitali e/o cartacei interoperabili e automaticamente riconosciuti tra i Paesi membri che consentono al possessore di beneficiare della piena libertà di circolazione (art. 45 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Tali certificati sono

[78] Ne è un esempio Israele dove il rilascio di una apposita certificazione permette ai vaccinati o ai guariti di partecipare a eventi pubblici, https://www.jpost.com/israel-news/everything-you-need-to-know-about-israels-green-passport-program-659437.

[79] Si rimanda alla nota n. 24 per quanto riguarda la decisione del governo francese di rendere obbligatorio il certificato per l'accesso a determinati luoghi e servizi. Si aggiunga anche che il 22 luglio scorso, il governo italiano ha annunciato che, a partire dal 6 agosto p.v., il certificato vaccinale sarà obbligatorio per accedere a una serie di attività e luoghi, https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-30/17514.

[80] Nella risoluzione del 27 gennaio 2021, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha ribadito che nessuna forma di discriminazione deve essere messa in atto nei confronti di coloro che decidano di non vaccinarsi, nel pieno esercizio della loro libertà di autodeterminazione (artt. 8 e 9 CEDU, art. 5 della Convenzione di Oviedo), Parliamentary Assembly, *Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations*, 27 January 2021, resolution 2361(2021), https://pace.coe.int/en/files/29004/html. A conferma di ciò, si riportano le parole del Garante europeo per la protezione dei dati in occasione della presentazione del parere congiunto adottato con l'EDPB alla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni: «*We welcome the fact that the notion of 'immunity' was not used in this proposal and we agree that vaccination certificates are different by nature, as they simply attest whether an individual has been vaccinated. Vaccination passports have existed for a very long time and used for entirely legitimate purposes. However, this does not mean that we should not think carefully about when and how vaccination certifications shall be used in the context of the current health crisis. From the start, I have advocated for due caution when reflecting on the specific use cases in which vaccination certificates should be (allowed to be) used. The situations in which a vaccination certificate would need to be provided (e.g., travelling vs. social life activities vs. returning to the workplace), need to be identified, particularly since, at present vaccination against COVID-19 is carried out on a voluntary basis in EU Member States. Moreover, at present, the extent to which the vaccine is widely available may also impact the extent to which the use of certificates as a precondition may be fair. Finally, some individuals, due to circumstances beyond their control (such as health conditions, serious allergies, age etc.) may not be eligible for a COVID-19 vaccination*». Il testo completo è consultabile al seguente link: https://edps.europa.eu/system/files/2021-04/2021-04-13_presentation_to_libe_committee-edpb-edps_joint_opinion-digital_green_certificate_en_0.pdf.

[81] Molte organizzazioni no-profit come il World Travel & Tourism Council ritengono che: «Ci vorrà molto tempo per vaccinare la popolazione globale, in particolare nei paesi meno avanzati, o in diverse fasce di età, quindi non dovremmo discriminare coloro che desiderano viaggiare ma non sono stati vaccinati». Pertanto, raccomandano certificati vaccinali in concomitanza con test e misure igieniche.

dotati di un codice QR con firma digitale per verificarne autenticità e validità. Ogni organismo di rilascio dispone della propria chiave di firma digitale che è conservata, assieme alle altre, in una banca dati gestita da ogni Stato membro.

Il periodo di validità dei certificati differisce in base alla tipologia. Il regolamento, infatti, introduce alcuni principi di base, tra cui la fissazione del periodo massimo di validità del certificato di guarigione in 180 giorni (con possibilità di adeguamento della Commissione in base a nuovi dati scientifici). Per i certificati di vaccinazione non è previsto un periodo di validità ma dipenderà dai dati scientifici aggiornati relativi alla durata della protezione dei diversi vaccini. Invece per i certificati di negatività del test, pur rimanendo la discrezionalità dei singoli Stati membri, è stata individuato un periodo di validità standard fissato a 72 ore per il test molecolare e a 48 ore per l'antigenico (con riguardo a quest'ultimi, per quanto considerati sempre più affidabili e quindi raccomandati, gli Stati rimangono liberi di accettarli o meno ai fini del certificato). Allo stesso modo, vi è piena discrezionalità in capo agli Stati rispetto alla possibilità di emettere i certificati anche dopo la somministrazione di una sola dose di vaccino.

Si tratta tuttavia di indicazioni di validità standard perché ogni Stato membro rimane libero di stabilire il periodo di validità in maniera autonoma.

Il certificato COVID digitale UE sarà in vigore per 12 mesi a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento, cioè dal 1° luglio, ma è già prevista la possibilità che la Commissione, tenendo conto della situazione epidemiologica ed entro tre mesi dal termine del periodo di applicazione del regolamento (fissata al 30 giugno 2022), possa prorogarne la data di applicazione.

Infine, si prevede che, «[q]ualora uno Stato membro imponga, in conformità del diritto dell'Unione, ai titolari dei certificati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, di sottoporsi, dopo l'ingresso nel suo territorio, a quarantena o ad autoisolamento o a un test per l'infezione da SARS-CoV-2, o qualora imponga altre restrizioni ai titolari di tali certificati»[82] debba darne notifica agli altri Stati membri e alla Commissione prima della prevista introduzione di tali restrizioni specificando altresì i motivi e la portata di tali restrizioni oltre che la data e la durata.

Dopo questa breve ricognizione risulta evidente che i nodi da sciogliere rispetto al *green pass* siano molti e non riguardano solo gli aspetti tecnici ma coinvolgono anche e soprattutto l'ambito politico. Infatti, ancora una volta, la recente storia delle apps di contact tracing dimostra che scelte indiscutibili su un piano tecnico possono far naufragare interi progetti se non sostenute da trasparenti ed efficaci scelte politiche e da un quadro giuridico che sia in grado di valorizzarne la portata e di creare fiducia nei cittadini.

[82] Art. 11, para 2, Regolamento (UE) 2021/953, cit.

Se già rispetto alle applicazioni di tracciamento si era[83] riflettuto sul loro potenziale discriminatorio nei confronti delle fasce della popolazione meno abbienti o più anziane e non in possesso degli strumenti tecnologici più avanzati, nel caso del suddetto certificato la questione sembra assumere maggiore rilevanza, per quanto nel regolamento sia specificata la necessità di evitare qualsiasi discriminazione di persone non vaccinate.

Invero, suddividere la popolazione tra vaccinati e non vaccinati rischia di creare un enorme divario all'interno degli Stati e fra Stati, profilando la popolazione non sulla base dell'effettivo rischio di contagio, bensì sulla possibilità di avere accesso o meno al vaccino. Non può, ad oggi, escludersi[84] secondo le attuali evidenze scientifiche che i vaccinati possano essere veicoli di trasmissione del virus. Al contrario, alcuni studi recenti dimostrano che, per quanto il vaccino prevenga l'infezione grave, non previene la possibilità né di contrarre né di trasmettere il virus, soprattutto rispetto alle nuove varianti[85].

Inoltre, la previsione normativa di certificati rilasciati su base nazionale (per quanto il regolamento fornisca un quadro armonizzato per il riconoscimento dei certificati sanitari) potrebbe avere ulteriori conseguenze in termini di disomogeneità, incertezza giuridica e difficoltà pratiche[86], oltre a costituire un onere economico per chi possa aspirare a ottenere solo il certificato di negatività, che presuppone il pagamento del test. Non da ultimo, è stato rilevato che

[83] P. SABETI, A. COLUBRI, *Contact tracing technology must protect people from discrimination as well as disease*, 5 giugno 2020, https://www.statnews.com/2020/06/05/contact-tracing-technology-protect-people-from-discrimination-disease/; S. L. M. DAVIS, *Contact Tracing Apps: Extra Risks for Women and Marginalized Groups,* in *Health and Human Rights Journal*, 29 aprile 2020, https://www.hhrjournal.org/2020/04/contact-tracing-apps-extra-risks-for-women-and-marginalized-groups/.

[84] «We currently do not have enough data on whether or not the vaccines prevent transmission, to say this would be an effective strategy...When we know more about whether or not it prevents transmission and when there is greater equity this is something that may well be important in the future» - Margaret Harris, Spokesperson for the World Health Organization, 6 aprile 2021, https://fb.watch/v/2M7P2_-Ks/. Si rimanda anche alla sezione dedicata alle *fake news* sul sito dell'Istituto superiore di sanità nel quale si raccomanda di continuare a osservare le misure di protezione «(…)finché i dati sull'immunizzazione non mostreranno con certezza che oltre a proteggere se stessi il vaccino impedisce anche la trasmissione del virus ad altri», https://www.iss.it/covid19-fake-news/-/asset_publisher/qgZFrRLpL1jG/content/fake-news-sui-vaccini.

[85] «Il vaccino, quando somministrato con l'intero ciclo, è efficace a proteggere la popolazione. Tuttavia, va ricordato che più il virus circola, ad esempio, per una copertura vaccinale non ottimale in tutte le fasce di età e/o per il non rispetto delle restrizioni, maggiore è il rischio che il virus venga trasmesso a soggetti a rischio di malattia severa anche se vaccinata e favorire il fenomeno della comparsa di nuove varianti», dalla sezione FAQ vaccini presente sul sito ufficiale dell'Istituto superiore di sanità, https://www.iss.it/covid19-faq/-/asset_publisher/yJS4xO2fauqM/content/id/5799698.

[86] Airports Council International (ACI), *Fragmented EU Digital COVID Certificate verification will undermine smooth summer travel for EU passengers*, 29 giugno 2021, https://www.aci-europe.org/media-room/329-fragmented-eu-digital-covid-certificate-verification-will-undermine-smooth-summer-travel-for-eu-passengers.html.

potrebbero verificarsi anche particolari situazioni comportamentali come, ad esempio, la eventualità che alcuni soggetti cerchino di infettarsi[87] o di reperire il vaccino e i certificati in modo illecito[88].

4.1. La protezione dei dati come condizione essenziale di legittimità

Il carattere sensibile dei dati trattati e l'ambito transfrontaliero del trattamento richiedono necessariamente il rispetto di adeguate garanzie, così come enucleate dal GDPR. In particolare, il riferimento è al rispetto dei principi di necessità, proporzionalità ed efficacia.

Data l'estrema importanza di questo profilo, nelle more del procedimento legislativo, il Comitato europeo per la protezione dei dati e il Garante europeo per la protezione dei dati hanno adottato un parere congiunto[89] nel quale innanzitutto ricordano che la protezione dei dati non costituisce un ostacolo per combattere l'attuale pandemia ma che si tratta di un diritto fondamentale, per quanto non assoluto. I Garanti difatti raccomandano che il certificato covid-19 UE sia pienamente in linea con il GDPR «per evitare che la proposta abbia l'effetto di compromettere direttamente o indirettamente il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali». Aggiungono, inoltre, la necessità che il regolamento garantisca un giusto equilibrio tra i vari obiettivi in gioco, bilanciando l'interesse generale che è alla base dell'introduzione del certificato e l'interesse individuale all'autodeterminazione, oltre al rispetto del diritto fondamentale alla non discriminazione e della libertà di movimento e di residenza.

Nello specifico, i Garanti richiamano i principi[90] di necessità, accuratezza e proporzionalità del trattamento dei dati, capaci di attenuare i rischi per i diritti

[87] J. DRURY, G. MAO. A. JOHN, A. KAMAL, G. J. RUBIN, C. STOTT, T. VANDREVALA, T. M. MARTEAU, *Behavioural response to Covid-19 health certification: A rapid review,* in *MedRxiv*, 2021.

[88] Già lo scorso marzo, la società di *cybersecurity* Check Point aveva evidenziato all'interno di un report il progressivo aumento di vendite e acquisti di certificati di negatività del test o di vaccinazione nel dark web e sui canali di comunicazione di Telegram. Si rimanda a: *A passport to freedom? Fake covid-19 results and vaccination certificates offered on Darknet and hacking forums,* https://blog.checkpoint.com/2021/03/22/a-passport-to-freedom-fake-covid-19-test-results-and-vaccination-certificates-offered-on-darknet-and-hacking-forums/.

Quanto messo in luce nel report risulta confermato da quanto accaduto qualche settimana fa: nell'ambito di un'indagine del IV Dipartimento (Frodi e Tutela del Consumatore-Cybercrime) della procura di Milano, i finanzieri del Nucleo Speciale Tutela Privacy e Frodi Tecnologiche hanno individuato e sottoposto a sequestro 10 canali e account Telegram che rinviavano ad account anonimi su specifici Marketplaces nel Dark-Web.

[89] Si rimanda alla nota 21.

[90] Come rilevato dalla Corte di Giustizia, la necessità di tutele risulta essere maggiore quando si tratta di particolari categorie di dati e quando questi sono soggetti a un trattamento automatizzato (CGUE, *La Quadrature du Net a.o*, cause riunite C-511/18, C512/18 e C-520/18, 6 ottobre 2020, ECLI:EU:C:2020:791, paragrafo 132).

degli interessati, in particolare quelli derivanti da un uso ultroneo dei dati per finalità diverse da quelle normate.

Molto importante è, inoltre, la raccomandazione di prevedere misure idonee a identificare e mitigare i possibili rischi derivanti dal rilascio e dall'uso del certificato, compresi i rischi relativi alla falsificazione dei certificati di negatività, alla discriminazione basata sui dati sanitari (un esempio: nel caso in cui alcuni Stati membri non accettino tutti e tre i tipi di certificati) e, come già detto, ai possibili usi secondari in assenza di una adeguata base giuridica stabilita a livello nazionale. Per adoperare i certificati a livello nazionale, dovrà infatti essere individuata una appropriata base giuridica che sia rispettosa dei principi di efficacia, necessità, proporzionalità e che identifichi chiaramente la portata e l'estensione del trattamento, la finalità specifica, le categorie di soggetti che possano verificare la validità del certificato e le garanzie adeguate a prevenire abusi.

In definitiva, i Garanti europei, soffermandosi sulla natura del certificato, esortano a non trasformarlo in un requisito per i viaggi internazionali ma a preservarne il carattere temporaneo e, quindi, a limitarne il campo di applicazione all'attuale pandemia. Inoltre, al fine di scongiurare qualsiasi ipotesi di sorveglianza sanitaria, ribadiscono che il regolamento (per i Garanti, la proposta) non consente, né può portare a creare una banca dati centralizzata.

Viste le indicazioni date dai Garanti ai co-legislatori, l'esame del regolamento – esclusivamente dal punto di vista formale - porterebbe a sostenere che il trattamento dei dati del certificato sia pienamente conforme al GDPR. Riepilogando, innanzitutto le tre tipologie di certificati conterranno solo le informazioni strettamente necessarie che non potranno essere conservate dai Paesi visitati. In secondo luogo, ai fini di verifica, verrà controllata solo la validità e l'autenticità del certificato accertando da chi è stato rilasciato e firmato. Infine, il sistema del certificato COVID digitale UE non richiederà la creazione né la gestione di una banca dati di certificati sanitari a livello dell'UE.

Le disposizioni sulla protezione dei dati risultano indubbiamente rinvigorite dai suggerimenti dei Garanti. Tuttavia, nella pratica, permangono dei nodi problematici. Infatti, per quanto la durata del sistema dei certificati sia fissata a un anno, è già indicata la possibilità di una proroga sulla base della situazione epidemiologica. Ciò può essere certamente in linea con una disposizione normativa predisposta per un periodo emergenziale e, pertanto, temporaneo, ma non può nascondersi il timore di un potenziale riutilizzo dei dati e di una loro scorretta conservazione che dipenderà sostanzialmente dalla loro gestione a livello nazionale.

Date le limitate competenze dell'Unione in materia di sanità pubblica, il raggio di azione della Commissione in tale ambito non può estendersi fino alla armonizzazione che, oltre a scongiurare qualsiasi effetto negativo nei confronti

di alcuni soggetti o fasce della popolazione, potrebbe realmente garantire un pieno ed effettivo diritto alla circolazione. Pertanto, il fine principale del sistema delineato è (e può esclusivamente rimanere) l'interoperabilità.

4.2. Un sistema interoperabile

L'interoperabilità è conseguita garantendo che i diversi tipi di certificati covid-19 UE (stato vaccinale, risultato del test, stato di guarigione) siano standardizzati, dunque permettendo in pratica che un certificato rilasciato in uno Stato membro possa essere verificato in un altro Stato membro. Ciononostante, gli Stati membri avranno flessibilità per quanto concerne le modalità di collegamento del rilascio e della verifica dei loro certificati ai loro sistemi nazionali.

Per garantire tale interoperabilità dal 1° giugno la Commissione europea ha attivato una infrastruttura digitale (cd. *gateway*)[91] che collega banche dati nazionali contenenti chiavi di firma pubbliche. In questo modo sarà possibile verificare la validità delle firme digitali contenute nei codici QR dei certificati.

Il *gateway*, prima di entrare in funzione, è stato testato da più di 20 Stati membri e dall'Islanda. La Commissione ha fornito agli Stati membri *software open source* e applicativi informatici per consentire di sviluppare facilmente soluzioni nazionali per il rilascio e la verifica dei certificati, oltre ad aver fornito anche sostegno tecnico e finanziario per l'adesione all'infrastruttura.

Per quanto concerne la compatibilità di tali certificati con i sistemi di Paesi non UE, la Commissione terrà conto di iniziative dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e dell'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (ICAO) che siano volte a stabilire specifiche e orientamenti per l'uso delle tecnologie digitali per documentare lo stato di vaccinazione. Per questo motivo sarà necessario incoraggiare Paesi extra Ue a riconoscere il certificato digitale europeo. Allo stesso modo, se la Commissione dovesse ritenere che un paese extra Ue rilasci certificati conformi alle norme europee e sia anche interoperabile con tale sistema, potrà adottare una decisione in base alla quale stabilire che tali certificati siano accettati alle stesse condizioni dei certificati digitali UE. In tal caso, si applicheranno le stesse norme previste per l'accettazione della prova di vaccinazione applicate ai cittadini europei. Pertanto, i vaccini che hanno ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio nell'Unione europea dovranno essere accettati, sebbene ciascuno Stato membro potrà accettare anche vaccini autorizzati dall'OMS.

[91] https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/ehealth/docs/covidcertificate_paper_guidelines_en.pdf.

Quanto sinora detto potrebbe però risultare *de facto* smentito[92] dalla assoluta discrezionalità che rimane in capo a ciascuno dei 27 Stati membri che – come già detto - potrebbero considerare valido ma non sufficiente un certificato rilasciato da altro Stato membro, così imponendo – nei limiti del rispetto del principio di proporzionalità – delle condizioni aggiuntive (come un periodo di quarantena o un test di negatività) a chi sia in possesso di uno dei tre certificati riconosciuti dal regolamento[93].

5. La promessa di libertà che apre un vaso di Pandora?

Con l'intento di non allontanarsi dal *focus* del presente contributo e di, altresì, utilizzare le argomentazioni svolte sul *green pass* a sostegno della tesi della necessità di rimodulare il sistema delle competenze in materia di salute, non è possibile esimersi dal delineare per sommi capi le prospettive etiche e sociali che il rapido sviluppo e la adozione di massa dei certificati digitali evidenziano, oltre a richiamare brevemente alcune delle questioni giuridiche cui si è già accennato nelle pagine che precedono.

Lo scoppio della pandemia e la conseguente diffusione del virus hanno portato a dichiarare lo stato di emergenza che permarrà verosimilmente fin quando il virus non sarà completamente debellato. Si pone, dunque, l'esigenza di verificare se la permanenza dello stato di eccezione non sia di per sé una eccezione in quanto foriero di una nuova normalità[94] e se, altresì, la ratio della ripresa economica possa giustificare una sproporzione tra le limitazioni dei diritti di circolazione e i vantaggi per la salute pubblica.

Dal momento che si discute di un regolamento solo di recente approvato, le considerazioni che seguono non sono supportate da alcuna prova empirica ma sono frutto di rielaborazione di opinioni di esperti[95], della letteratura

[92] Come confermato da una rassegna stampa del Codacons, *Vacanze: Codacons, "negli aeroporti italiani il caos"*, 19 luglio 2021, https://codacons.it/vacanze-codacons-negli-aeroporti-italiani-il-caos/?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_f2a86724b05641c356c5c828bf29e19fa8ad9c7f-1627035120-0-gqNtZGzNAg2jcnBszQi6.

[93] Art. 11, para 2, Regolamento (UE) 2021/953, cit.

[94] Lo stato di eccezione che si contrappone allo stato di diritto in quanto situazione nella quale il diritto è sospeso, C. SCHMITT, *Teologia politica I*, Mulino, Bologna, 1972.

[95] M.A. HALL, D.M. STUDDERT, *"Vaccine passport" certification – Political and ethical considerations* in *The new English journal of medicine*, 5 May 2021; O. J. GSTREIN, D. V. KOCHENOV, A. ZWITTER, *A terrible great idea? COVID-19 'Vaccination passports' in the spotlight*, WP University of Oxford, March 2021. Il 13 aprile scorso, l'OMS ha pubblicato un report intitolato *"COVID-19 and mandatory vaccination: Ethical considerations and caveats"* nel quale ribadisce la necessità che le autorità governative tengano conto di ogni eventuale risvolto etico e sociale che possa scaturire dalla previsione di misure poste a tutela della salute pubblica: «It is not uncommon for governments and institutions to mandate certain actions or types of behaviour in order to protect the wellbeing of individuals or communities. Such policies can be ethically justified, as they may be crucial to protect the health and wellbeing of the public. Nevertheless, because policies that mandate an action or behaviour interfere

correlata[96], così come di recenti misure adottate nel contesto pandemico (quali, ad esempio, le applicazioni di tracciamento dei contatti).

Come si è già accennato, la differenziazione di trattamento tra vaccinati e non – poiché non vi sono studi che escludano il fatto che i primi (e i guariti) non possano veicolare il virus[97] – si potrebbe configurare come un trattamento socialmente discriminatorio[98]. Non può certamente non tenersi conto del fatto che chi non possa vaccinarsi (ad es. per ragioni di salute), senza la previsione di test gratuiti e facilmente accessibili[99], potrà trovare degli ostacoli[100] all'esercizio di fatto della propria libertà di circolazione. Allo stesso modo, chi sia in possesso di un certificato di guarigione potrà godere di questo diritto senza ostacoli per una durata più limitata rispetto a chi sia stato vaccinato.

Il rischio che si cela dietro una tale previsione è che vengano esacerbate diseguaglianze esistenti[101], arrivando a creare una società a due livelli in cui alcune persone possano godere di diritti, dai quali altre siano escluse. Invero, qualsiasi considerazione sulla libertà di circolazione durante la pandemia non

with individual liberty and autonomy, they should seek to balance communal well-being with individual liberties (1). While interfering with individual liberty does not in itself make a policy intervention unjustified, such policies raise a number of ethical considerations and concerns and should be justified by advancing another valuable social goal, like protecting public health», https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2021.1.

[96] C. BERTOLINO, *"Certificato verde COVID-19" tra libertà e uguaglianza,* in *Federalismi*, 16 giugno 2021; G.M. RUOTOLO, *Per aspera ad Astra (Zeneca). Libertà di circolazione intra-Ue e diritto di accesso ai vaccini nella campagna anti-Covid 19* in *DPCE online*, 1/2021, 11-22; I. Goldern Lang, *EU COVID-19 certificates: a critical analysis,* cit.; T.L. LEE, *COVID-19 Vaccination Certificates and Their Geopolitical Discontents,* in *European journal of risk regulation*, 15 luglio 2021; L. BIALASIEWICZ, *A. ALEMANNO, Certifying health: the unequal legal geographies of COVID-19 certificates*, cit; JOUNI HAKLI, *COVID-19 certificates as a new form of mobility control,* cit; I. GOLDERN LANG, *EU COVID-19 certificates: a critical analysis,* cit;

[97] Sul punto K. VANSHYLLA E ALTRI, *Kinetics and correlates of the neutralizing antibody response to SARS-CoV-2 infections in humans* in *Cell Host & Microbe*, 2021, 917-929.

[98] In una rivista pubblicata il 21 luglio su Basler Zeitung, il professore di filosofia Andreas Brenner, parlando della differenziazione di trattamento tra vaccinati e non, ha sostenuto che da questa potrebbero derivare danni estremi alla società, https://www.swissinfo.ch/ita/trattare-non-vaccinati-diversamente---si-rischiano-danni-estremi-/46806414.

[99] Nella posizione adottata sulla proposta di regolamento della Commissione, il Parlamento esortava gli Stati membri a prevedere la gratuità dei test (P9_TA(2021)0145, para 14 bis). Tale richiesta non è però stata accettata dal Consiglio dell'UE.

[100] Sebbene la Commissione indichi che «[è] importante sottolineare che le persone prive di tale certificato devono tuttavia poter viaggiare e che il possesso di un certificato non rappresenta un presupposto indispensabile per esercitare il diritto alla libera circolazione o altri diritti fondamentali», Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Un percorso in comune per una riapertura in sicurezza e duratura,* 17 marzo 2021, COM(2021) 129 final.

[101] Sul punto si rimanda a M. TAZZIOLI, M. STIERL *Europe's unsafe environment: migrant confinement under Covid-19* in *Critical Studies on Security*, 2021, 1-5 che hanno analizzato la situazione di illegale confinamento di migranti da parte delle autorità italiane su 'navi da quarantena'.

può che sollecitare una più ampia riflessione sulla questione dell'equo accesso alle cure mediche e ai vaccini.

Tali osservazioni trovano matrice nella circostanza di fatto che non vi è un obbligo di vaccinazione generalizzato, né vi sono linee guida condivise dagli Stati membri sui piani vaccinali ma vi sono profonde differenziazioni tra Stato e Stato (e all'interno degli stati) per quanto concerne la scelta del vaccino[102] e le categorie e fasce di età da vaccinare con priorità rispetto ad altre[103]. Questo, infatti, potrebbe anche tradursi in una discriminazione tra vaccinati cittadini dell'Unione che abbiano ricevuto un vaccino non approvato dall'EMA[104] e che non potranno ottenere automaticamente il certificato.

A ciò si aggiunga che, come già accaduto con le applicazioni di tracciamento dei contatti, gli Stati membri si trovano talora sprovvisti di infrastrutture informatiche che possano garantire una adeguata protezione dei dati sensibili (si veda il caso dell'app italiana IO[105]) e ciò non può che far fortemente dubitare che possa avvenire (e/o perpetrarsi) un trattamento illecito e inadeguato dei dati che possa altresì lentamente e indirettamente (ma non troppo) aprire le strada a una sorveglianza sanitaria[106] con il rischio che i cittadini possano trovarsi in balia di una "dittatura algoritmica"[107]. Non è inoltre al momento

[102] Si tenga presente l'esempio dell'Ungheria che ha approvato la somministrazione di 8 vaccini, dunque il doppio rispetto a quelli che hanno ricevuto l'autorizzazione dell'Agenzia europea dei medicinali, https://covid19.trackvaccines.org/country/hungary/.

[103] Nelle conclusioni adottate il 24 giugno scorso dal Consiglio europeo si legge: «Gli accordi raggiunti in merito al certificato COVID digitale UE e alla revisione delle due raccomandazioni del Consiglio sui viaggi all'interno dell'UE e sui viaggi non essenziali verso l'UE favoriranno la sicurezza degli spostamenti transfrontalieri. Gli Stati membri vi daranno applicazione in modo da garantire il pieno ritorno alla libera circolazione non appena la situazione della salute pubblica lo consentirà».

[104] Al tempo in cui si scrive Ungheria, Polonia e Slovacchia; https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-poland-russia-idUSKBN2AW1WC; https://www.euronews.com/2021/06/07/slovakia-is-second-eu-country-to-roll-out-russia-s-sputnik-v-covid-19-vaccine Ma anche in Italia i vaccinati con Reithera: https://www.rainews.it/tgr/fvg/video/2021/07/fvg-reithera-sinovac-sputnik-vaccini-estero-castellani-9aa3e228-04bc-4ee9-9cef-440cbe26cb97.html https://it.euronews.com/2021/07/23/vaccinati-ma-con-rheitera-e-senza-il-green-pass-beffati-in-900

[105] Si rimanda alla nota 20.

[106] Sebbene si sia consapevoli della differenza di principi che sono alla base dei due diversi ordinamenti, non si può non addurre l'esempio della Cina che utilizza un sistema che può dirsi un ibrido tra tracciamento dei contatti e certificato di immunità. I cittadini cinesi devono compilare un questionario e autorizzare il tracciamento della loro posizione. Dopodiché, ogniqualvolta vogliano accedere a luoghi pubblici o affollati, sono tenuti a scannerizzare un codice QR che dà come risultato tre diversi status di salute (verde per soggetto in salute, giallo per soggetto con rischio moderato, rosso per rischio elevato) dal quale dipende la possibilità di accesso o meno a quel luogo. Per maggiori dettagli: C. LIU AND R. GRAHAM, *Making Sense of Algorithms: Relational Perception of Contact Tracing and Risk Assessment during COVID-19* in *Big Data & Society*, 2021, 4.

[107] Tra i tanti autori che hanno scritto sul tema della discriminazione algoritmica, si rimanda a V. EUBANKS, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St. Martin's Press, New York, 2018. Ciò che inoltre preoccupa è il coinvolgimento di attori privati, come Oracle e Microsoft, impegnati nel creare una rete di associazione con l'organizzazione mondiale delle

completamente chiaro per quanti e quali servizi sarà necessario il possesso del certificato, soprattutto alla luce delle decisioni del governo italiano, francese e austriaco di rendere obbligatorio il *green pass* per l'accesso a determinati luoghi e servizi[108].

Questa serie di riflessioni è corroborata dalla constatazione della scarsa inclusione delle informazioni medico-scientifiche all'interno del dibattito (quasi inesistente) sul certificato e dalla organizzazione della distribuzione dei vaccini che genera diffusa incertezza rispetto alle modalità operative dello stesso, oltre a disinformazione[109].

Soffermandoci ancora sulla questione della tutela dei dati personali, bisogna considerare che sono i decisori pubblici a dover prevedere una base giuridica, ovvero una norma nazionale, conforme ai principi in materia (proporzionalità, limitazione della finalità e minimizzazione dei dati) affinché si garantisca un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico che si intende perseguire e l'interesse individuale alla riservatezza e alla protezione dei dati.

Viene da chiedersi se, sull'onda della necessità di salvaguardare la salute pubblica, non si arrivi a rendere permanente la infrastruttura utilizzata per i certificati che nasce come temporanea e per la quale, data la volontà di renderla operativa in tempi brevi, non è stata predisposta una valutazione d'impatto né sono state specificate chiaramente le note tecniche.

In buona sostanza, le condizioni predisposte per ottenere il certificato covid-19 UE non paiono completamente in linea con la raccomandazione del Consiglio d'Europa che il 27 gennaio scorso[110], basandosi sulla non obbligatorietà del vaccino e sulla necessità di garantire il rispetto della libertà di autodeterminazione degli individui, aveva affermato l'esigenza di assicurare che non venissero messe in atto delle discriminazioni nei confronti dei non vaccinati. In questo paragrafo, invece, si è messo in luce come la predisposizione di queste certificazioni potrebbe *de iure* contribuire a creare delle forme di esclusione oltre a rischiare di minare la risposta collettiva agli effetti negativi della pandemia.

compagnie aeree (IATA) per creare un 'global digital health pass'. Per ulteriori dettagli: https://www.cnbc.com/2021/01/14/microsoft-salesforce-and-oracle-working-on-covid-vaccination-passport.html.

[108] Si rimanda alla nota 24.

[109] Gli utenti/cittadini sono molto spesso inconsapevoli delle azioni che compiono online. L'ultimo emblematico esempio è il fatto che alcuni utenti hanno condiviso sui social media il QR code del *green pass*, azione estremamente pericolosa come ha avvertito Guido Scorza, componente del Garante italiano per la protezione dei dati personali, https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9673513.

[110] Si rimanda alla nota 80.

6. Note conclusive sulle competenze in materia di salute. È tempo di riforma?
Come anticipato nelle considerazioni introduttive, l'analisi della proposta legislativa sul certificato COVID-19 UE risultava propedeutica a una corretta ricostruzione della situazione di caos legislativo e di contestuale incertezza giuridica generato dall'attuale quadro delle fonti[111]. Gli aspetti più problematici concernono soprattutto l'ambito della *governance* e la regolamentazione dell'accesso ai diritti fondamentali[112].

Invero, le tre tipologie di certificati, emesse dal 1° luglio (ma, a discrezione dello Stato membro di emissione, anche prima) e che favoriranno - a detta del legislatore - una più libera circolazione dei cittadini sul territorio europeo, mostrano chiaramente come il sistema delle fonti in materia di salute pubblica necessiti di una riforma[113], ai sensi dell'art. 48 TUE, che la incanali nell'alveo delle competenze concorrenti, affinché possano essere adottate regole comuni a tutti gli Stati membri.

Si è già evidenziato che le disposizioni dei Trattati – per quanto non attribuiscano poteri significativi all'Unione in materia di salute - consentono di colmare eventuali lacune attraverso l'art. 114 TFUE. Tuttavia, questa disposizione rimane invocabile fintantoché una misura inerente al mercato interno abbia una rilevanza indiretta, o anche incidentale, sulla salute e non quando si tratti di misure che hanno come scopo primario la tutela della salute. In sostanza, questa norma comporta delle limitazioni in quanto riduce il ventaglio di azioni che possono essere adottate e limita gli Stati membri nell'introdurre misure più

[111] «Per dimostrare la conformità ai diversi requisiti è stato chiesto ai viaggiatori di fornire vari tipi di prove documentali, come certificati medici, risultati di test, o dichiarazioni. A causa dell'assenza di formati standardizzati e sicuri i viaggiatori hanno incontrato dei problemi nel fare accettare i documenti esibiti, e sono stati altresì riferiti casi di presentazione di documenti fraudolenti o falsi. Tali problemi, che possono portare a inutili ritardi e ostacoli, possono diventare ancora più rilevanti in quanto un numero sempre maggiore di Europei viene sottoposto ai test per la COVID-19 e viene vaccinato contro questa malattia, ricevendo a tale effetto delle prove documentali. Le questioni in oggetto hanno suscitato crescenti preoccupazioni per il Consiglio europeo. Nella dichiarazione adottata a seguito delle videoconferenze informali del 25 e 26 febbraio 2021 5 , i membri del Consiglio europeo hanno esortato a portare avanti i lavori relativi a un approccio comune sui certificati di vaccinazione», COM/2021/130 final.

[112] *Inter alios:* T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: The Elusive Search for Bright Lines,* in D. ASHIAGBOR (a cura di) *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 47–76; S. GARBEN, *Confronting the Competence Conundrum: Democratising the European Union through an Expansion of its Legislative Powers* in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 75–76.

[113] Per una visione contraria, si rimanda a K.P. PURNHAGEN, A. DE RUIJTER, M. L. FLEAR, T.K. HERVEY, A. HERWIG, *More competences than you knew? The web of health competence for European Union action in response to the COVID-19 outbreak,* cit.

protettive per la salute che potrebbero minare l'armonizzazione nell'ambito del mercato comune[114].

Dallo scoppio della pandemia, più voci[115] si sono alzate chiedendo un incremento delle competenze delle istituzioni europee per favorire una risposta coordinata alla crisi. Più di recente, anche il presidente del Parlamento europeo, evidenziando come la pandemia abbia radicalmente cambiato le nostre vite segnando un punto di non ritorno, si è fatto portavoce dell'auspicio che «non [possa] essere più un tabù emendare i Trattati per arricchirli e rendere efficace la risposta europea»[116].

Indubbiamente, non può celarsi che la pandemia abbia dimostrato come la gestione delle crisi sanitarie sia un'area nella quale l'Unione europea dovrebbe essere più proattiva. Invero, le auspicate modifiche in questo settore dovrebbero innestarsi nel processo di una più ampia riforma. Sul punto, Joan Costa-Font sostiene perfino che la cittadinanza europea dovrebbe comprendere anche una "cittadinanza sanitaria" ("*European health citizenship*")[117].

La questione della revisione dei Trattati non è certamente cosa nuova. Il 9 maggio 2021 si è aperta la Conferenza sul futuro dell'Europa, di durata biennale, che «(…) aprirà un nuovo spazio di discussione con i cittadini per affrontare le sfide e le priorità dell'Europa»[118]. Uno dei temi che saranno discussi

[114] Sul punto: CGUE, *Philip Morris Brands SARL e a. contro Secretary of State for Health*, Causa C-547/14, 4 maggio 2016, ECLI:EU:C:2016:325, paragrafi 71 e 72: «L'interpretazione dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40, secondo cui tale norma consentirebbe agli Stati membri di mantenere o introdurre ulteriori disposizioni relative a tutti gli aspetti del confezionamento dei prodotti del tabacco, compresi quelli che sono stati armonizzati da tale direttiva, produrrebbe sostanzialmente l'effetto di rimettere in discussione l'armonizzazione da quest'ultima operata in materia di confezionamento di detti prodotti. Infatti, una simile interpretazione avrebbe la conseguenza di autorizzare gli Stati membri a sostituire alle prescrizioni in materia di confezionamento che sono state armonizzate da detta direttiva altre prescrizioni, introdotte a livello nazionale, in violazione delle norme relative al mantenimento e all'introduzione di disposizioni nazionali in deroga ad una misura di armonizzazione, di cui all'articolo 114, paragrafi da 4 a 10, TFUE».

[115] L'appello è stato firmato da eminenti personalità, tra cui numeri ex presidenti delle istituzioni europee, https://www.cesue.eu/en/appeal?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=8dbb1cb768-EMAIL_CAMPAIGN_2020_05_04_04_57&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-8dbb1cb768-190455521.

[116] https://www.europarl.europa.eu/the-president/it/newsroom/sassoli--covid-19-non-si-puo-tornare-al-mondo-di-prima-della-pandemia-piu-democrazia-piu-solidarieta-piu-europa-la-salute-sia-co.

[117] https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2020/03/24/europes-failure-to-address-covid-19-shows-the-need-for-a-european-health-citizenship/?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=8dbb1cb768-EMAIL_CAMPAIGN_2020_05_04_04_57&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-8dbb1cb768-190455521#Author.

[118] Le modalità organizzative della Conferenza sono state definite dalla dichiarazione comune interistituzionale, firmata il 10 marzo 2021 dal Presidente del Parlamento europeo, dal Presidente di turno del Consiglio dell'UE (Portogallo) e dalla Presidente della Commissione europea, che ne esercitano congiuntamente la presidenza, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6796-2021-INIT/it/pdf.

attraverso la piattaforma digitale multilingue appositamente istituita[119] è proprio quello della salute.

È vero che la Conferenza non dovrà necessariamente essere il preludio di una iniziativa costituente né di una revisione dei Trattati[120], ciononostante non può nascondersi che la pandemia, per quanto ne abbia ritardato il lancio inizialmente previsto per maggio 2020, ha altresì messo in luce come appaia indispensabile un progetto volto a favorire un dialogo costruttivo. Tale necessità è stata resa evidente, per un verso, dalle iniziali difficoltà dell'Unione e degli Stati membri nell'adottare una risposta coerente alla pandemia, problematiche che hanno, altresì, rivelato le carenze nell'assetto di attribuzione dell'Unione, ossia la impossibilità per le istituzioni di emanare atti di armonizzazione per profili di interesse comune. Dall'altro, nella successiva fase di risposta alla pandemia, le misure adottate hanno messo in risalto la debolezza dell'assetto di *governance* europeo, sempre più sbilanciato verso una logica intergovernativa.

Difatti, nel presente contributo, quest'ultimo aspetto è stato maggiormente marcato dall'esame del regolamento che istituisce il certificato covid-19 UE rispetto al quale si sono evidenziati, da una parte, profili di (potenziale) illegittimità *de facto* per la (eventuale) lesione del principio di non discriminazione e, dall'altra, aspetti di (ipotetica) inefficienza pratica data dall'ampia discrezionalità degli Stati membri che potrebbe inficiarne l'effettiva utilità.

Alla opportunità di estendere le competenze dell'Unione potrebbe obiettarsi che una riforma dei Trattati non sia la soluzione più opportuna in un momento di crisi epocale come quello che stiamo vivendo che richiederebbe forse soluzioni più immediate.

Si è certamente consapevoli del fatto che la revisione del Trattati non sia un obiettivo praticamente raggiungibile nell'immediato e che, inoltre, potrebbe incontrare l'opposizione di taluni Stati membri. Una soluzione *medio tempore* più prospettabile potrebbe essere, come è stato osservato, il ricorso ad una cooperazione rafforzata che, «nel rispetto dell'art. 20 TUE e degli artt. 326-334 TFUE, consenta di adottare una normativa più avanzata che vincoli soltanto taluni Stati»[121].

È però indubbio che i tempi siano maturi per avviare una profonda riflessione su quale sia la strategia, le politiche[122] e l'assetto di *governance* migliore

[119] https://futureu.europa.eu/?locale=it.

[120] https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/en__joint_declaration_on_the_conference_on_the_future_of_europe.pdf.

[121] P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di covid-19*, cit., 2307.

[122] Sul punto, A. DONATI, *L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione,* cit., 596: «Se il principio di precauzione offre alle autorità uno strumento efficace di azione in un contesto di crisi, l'emergenza del coronavirus sottolinea, tuttavia, l'importanza e la necessità di

per l'Unione europea a seguito della crisi prodotta dalla pandemia[123]. Risuonano infatti sempre attuali le parole pronunciate decenni fa da Jean Monnet: «[l']Europa nascerà dalla crisi e sarà il risultato delle soluzioni che saranno adottate»[124].

disporre, a livello europeo, di un quadro legislativo uniforme che si applichi in modo coerente in tutti gli Stati membri. In questa prospettiva e nell'ottica, non solo, di una seconda possibile ondata di contagi legati al CoViD-19 ma, anche e soprattutto, di un progressivo aggravamento delle condizioni ambientali e sanitarie legate all'avanzamento della crisi climatica, appare quanto mai necessario riflettere su un rafforzamento delle competenze europee in materia di salute pubblica. In un mercato sempre più globale, caratterizzato, come dimostrato dall'emergenza in corso, da rischi globali, l'Unione europea non può non disporre delle competenze necessarie per condurre una politica globale di prevenzione e gestione di tali rischi».

[123] Una riflessione già avviata da tempo in seno alle istituzioni. Si richiama, ad esempio, la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea (2014/2248(INI)).

[124] Traduzione dell'autrice. J. MONNET, *Memoires*, Fayard, Paris, 1976.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULL'ART. 7, PAR. 1, TUE E SUI LIMITI ALLA PROPRIA COMPETENZA NELLE PROCEDURE "NUCLEARI" A TUTELA DEI VALORI EUROPEI: LA SENTENZA UNGHERIA C. PARLAMENTO EUROPEO (C-650/18)

MARTINA COLI [1]

Sommario

1. Introduzione – 2. La competenza della Corte di giustizia nelle procedure *ex* art. 7 TUE e la ricevibilità del ricorso – 3. Le questioni di merito: sulla violazione della procedura di voto – 4. Osservazioni conclusive.

Abstract

The article examines the recent judgment of the Court of Justice of the EU in the annulment action Hungary v European Parliament (C-650/18), concerning the reasoned proposal triggering the procedure under Article 7(1) TEU. The article discusses two of the most salient aspects dealt with in the judgment: the competence of the Court to review acts adopted under the so-called preventive instrument for the protection of the EU values and the voting mechanism provided for in Article 354 TFEU (notably the meaning of "votes cast"). It is submitted that the Court's narrow interpretation of the limits to its jurisdiction under Article 269 TFEU is in line with the Union's nature as a community "based on the rule of law". At the same time, the Court missed the opportunity to clarify further procedural aspects concerning the procedures under Article 7 TEU.

Suggerimento di citazione

M. COLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'art. 7, par., 1, TUE e sui limiti alla propria competenza nelle procedure "nucleari" a tutela dei valori europei: la sentenza* Ungheria c. Parlamento europeo *(C-650/18),* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[1] Dottoranda in *European and Trasnational Legal Studies* presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: martina.coli@unifi.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

Con la sentenza nella causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*[1], la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata per la prima volta in modo "frontale" sulla procedura *ex* art. 7, par. 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE), che consente al Consiglio dell'Unione europea di constatare l'esistenza di "un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro" dei valori europei di cui all'art. 2 TUE[2]. Se in passato la Corte aveva avuto l'opportunità di soffermarsi su alcuni aspetti di tale disposizione, ciò era avvenuto in cause che riguardavano l'art. 7 TUE solo incidentalmente[3]. Come è noto, l'importanza di tale procedura è venuta alla ribalta a partire dai primi episodi di *rule of law backsliding*[4] in Ungheria e,

[1] CGUE, causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*, 3 giugno 2021, EU:C:2021:426.

[2] La letteratura sull'art. 7 TUE è particolarmente ricca. Si v., tra gli altri: L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law against the Member States: Methods against Defiance*, OUP, Oxford, 2017, 128 ss; D. KOCHENOV, *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked-About 'Dead' Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, 38, 2018, 165 ss; B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo http://rivista.eurojus.it 24 ottobre 2017. Per una panoramica si vedano le opere a carattere generale sui valori *ex* art. 2 TUE e le relative procedure di enforcement: C. CLOSA, D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values*, cit.; M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Cacucci, Bari, 2020.

[3] Di particolare rilievo sono le pronunce della Corte di giustizia dove essa precisa gli effetti delle procedure *ex* art. 7 TUE sul mandato di arresto europeo: CGUE, causa C-216/18 PPU, *LM*, 25 luglio 2018, EU:C 2018: 586 e CGUE, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L e P*, 17 dicembre 2020, EU:C:2020:103. Si vedano in commento alle sentenze: P. BÁRD, W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, 9, 353 ss; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 385 ss; A. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *La legislazione penale*, 2021, 1 ss.

[4] L'attenzione sull'art. 7 TUE emerse per la prima volta nei primi anni 2000 quando il partito di destra austriaco FPÖ guidato da Jörg Haider entro nel governo di coalizione guidato da Wolfgang Schüssel. L'attivazione dell'art. 7, all'epoca costituito dal solo meccanismo sanzionatorio (art. 7, par. 2 e 3, v. infra) fu discussa ma non realizzata. Tuttavia, l'evento fece da catalizzatore per l'introduzione del cosiddetto braccio preventivo, introdotto dal Trattato di Nizza e ora previsto al par. 1 dell'art. 7. Si v. per una ricostruzione della storia del meccanismo: W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, in Colum*bia Journal of European Law*, 2010, 385 ss e G. M. RUOTOLO, *Le sanzioni dell'Unione Europea Contro La Violazione Dei Principi Fondamentali Alla Luce Del Trattato Di Nizza*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia*, Giuffè, Milano, 2005, 1023 ss.

Negli anni successivi all'affare Haider, data l'assenza di grandi "minacce" alla tutela dei valori europei si perse l'attenzione sulla procedura, fino all'emergere a partire dal secondo decennio del XXI secolo dei fenomeni di c.d. *rule of law backsliding*. Tale nozione, elaborata da Laurent Pech e Kim Lane Scheppele condensa efficacemente quelle situazioni di significativo deterioramento dello Stato di diritto in alcuni Stat membri: "a process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal

successivamente, in Polonia[5]. Lo Stato di diritto è, infatti, uno dei valori fondanti dell'Unione di cui all'art. 2 TUE.

Nello specifico, l'art. 7, par. 1, TUE prevede che il Consiglio deliberi alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, previa approvazione del Parlamento europeo, mentre sono autorizzati a presentare la proposta motivata di attivazione della procedura il Parlamento stesso, un terzo degli Stati membri e la Commissione europea. Ai successivi paragrafi 2 e 3, l'art. 7 TUE stabilisce poi un'altra procedura, che permette al Consiglio europeo di constatare all'unanimità l'avvenuta violazione, grave e persistente, dei valori europei da parte di uno Stato membro e, successivamente, consente al Consiglio di adottare una serie di sanzioni, tra cui la sospensione del diritto di voto dello Stato membro in questione. Sono autorizzati a presentare proposta di attivazione la Commissione e un terzo degli Stati membri. Se quest'ultimo meccanismo – cosiddetto sanzionatorio – non è mai stato attivato e dunque mai divenuto oggetto delle attenzioni della Corte di giustizia, altrettanto non si può dire del "braccio preventivo" dell'art. 7 TUE.

La prima attivazione della procedura dell'art.7, par. 1, TUE è stata

checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party". L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 3 ss, p. 8.

[5] Le complesse vicende che hanno portato al deterioramento dello Stato di diritto e della democrazia in Ungheria si sono sviluppate a partire dall'ascesa al governo del partito Fidesz nel 2010 e, soprattutto, dall'emanazione di una nuova Costituzione a carattere illiberale nel 2011. Si v. per una analisi della situazione ungherese: K. KOVÁCS, G. TÓTH, *Hungary's Constitutional Transformation*, in *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, 183 ss, G. HALMAI, *From a Pariah to a Model? Hungary's Rise as an Illiberal Member State of the EU*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2017, 1 ss; A. DI GREGORIO, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *DPCE online*, disponibile al seguente indirizzo: http://www.dpce.it, 17 settembre 2018; P. BÁRD, L. PECH, *How to build and consolidate a partly free pseudo democracy by constitutional means in three steps: The 'Hungarian model*, *Reconnect Working Paper*, 2019, 4, disponibile al seguente indirizzo: https://reconnect-europe.eu.

Nel caso della Polonia il fenomeno di allontanamento dai valori europei è più recente e può essere ricostruito a partire dalla vittoria elettorale del partito Libertà e Giustizia nel 2015. Esso si è contraddistinto soprattutto per una serie di gravi attacchi all'indipendenza della magistratura. Il caso polacco si differenzia da quello ungherese anche per un maggior intervento delle istituzioni europee a difesa della *rule of law*. Per un'eccellente ricostruzione della situazione polacca, si vedano: W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019, e L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule Law*, 2021, 13, 1 ss. Per un'analisi della risposta europea al *rule of law backsliding* polacco si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: E. CIMIOTTA, *La prima volta per la procedura di controllo sul rispetto dei valori dell'Unione prevista dall'art. 7 TUE? Alcune implicazioni per l'integrazione europea*, in *European Papers*, 2016, 3, 1253 ss; N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?* in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: http://www.osservatoriosullefonti.it, 3, 2018, 1 ss; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi,* in *Federalismi*, disponibile al seguente indirizzo: https://www.federalismi.it/, 1° aprile 2020, 166 ss.

realizzata dalla Commissione europea nei confronti della Polonia nel dicembre 2017[6]. Successivamente, il 12 settembre 2018 il Parlamento europeo ha avviato la suddetta procedura nei confronti l'Ungheria, presentando la relativa proposta motivata al Consiglio[7]. In entrambi i casi, ad oggi nessuna decisione in merito è stata effettivamente presa[8]. Il ristagnare delle due procedure nelle stanze del Palazzo Europa[9] costituisce, invero, una eloquente conferma del carattere discrezionale delle procedure *ex* art. 7 TUE – conosciute e ancora oggi percepite come "opzioni nucleari"[10] – e soprattutto dell'assenza di volontà politica da parte degli Stati membri a "rimproverare" un loro pari.

Ad originare la causa in oggetto è stato il ricorso di annullamento *ex* art. 263 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE) presentato dall'Ungheria avverso la risoluzione con la quale il Parlamento europeo avviava il braccio preventivo dell'art. 7 TUE. Problematica appariva per Budapest la modalità di voto utilizzata per l'approvazione della risoluzione in seduta plenaria. Ai sensi dell'art. 354 TFUE – ossia la disposizione che detta le regole di voto e di procedura relative all'art. 7 TUE – il Parlamento europeo deve deliberare secondo

[6] Proposta di Decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, COM/2017/0835 final.

[7] Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)). Si v. per un commento: K. BACHMANN, *Beyond the Spectacle: The European Parliament's Article 7 TEU Decision on Hungary*, in *Verfassungsblog*, disponibile al seguente indirizzo: https://verfassungsblog.de, 17 settembre 2018.

[8] Ad oggi il Consiglio Affari Generali ha svolto numerose riunioni in merito alle procedure *ex* art. 7, par. 1, TUE attivate nei confronti dell'Ungheria e della Polonia ed entrambi gli Stati sono stati più volti ascoltati. Tuttavia, nessuna significativa decisione sulla possibilità di adottare una costatazione ai sensi del suddetto articolo è stata effettivamente presa. Appare evidente, pertanto, che l'unica decisione adottata dal Consiglio in merito sia stata quella di non decidere. Per un'analisi approfondita si rimanda a: L. PECH, *Article 7 TEU: From 'Nuclear Option' to 'Sisyphean Procedure'?*. in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS (a cura di) *Constitutionalism under Stress*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 157 ss. Si consulti altresì la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2020 sulle audizioni in corso a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria, 2020/2513(RSP).

[9] Sede del Consiglio e del Consiglio europeo, dove hanno luogo le riunioni di vertice dei Ministri e dei Capi di Stato e di governo.

[10] Fin dalla sua inclusione nei Trattati, l'art. 7 TUE è stato largamente considerato – in ragione del suo carattere squisitamente politico e delle elevate maggioranze richieste per l'attivazione – come una "opzione nucleare", capace di avere un effetto deterrente per la sua sola previsione, ma in concreto di impossibile attuazione. L'espressione "opzione nucleare" fu coniata dall'allora Presidente della Commissione europea José Barroso durante il suo discorso annuale sullo Stato dell'Unione il 12 Settembre 2012. Tuttavia, una simile analisi non appare veramente calzante poiché l'art. 7 dovrebbe essere considerato, senza sensazionalismi, per ciò che è realmente, ossia un importante strumento previsto dai Trattati a tutela dei valori europei. Il discorso integrale è disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_12_596. Per un'analisi del carattere solo apparentemente nucleare dell'art. 7 sia permesso di rinviare a M. COLI, *Article 7 TEU: From a Dormant Provision to an Active Enforcement Tool?*, in Perspectives on Federalism, 3, 2018, 272 ss.

una "doppia maggioranza": la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, rappresentanti almeno la maggioranza dei propri membri. Ed è proprio attorno alla definizione di "voti espressi" che ruota l'intero ricorso dell'Ungheria: la risoluzione del Parlamento europeo era infatti stata approvata escludendo dal conteggio le 48 astensioni, e quindi includendo solo i restanti 448 voti favorevoli e i 197 contrari.

Il presente contributo fornisce una prima considerazione critica sulla sentenza *Ungheria c. Parlamento europeo*, discutendone soprattutto i due aspetti salienti: la questione dei limiti alla giurisdizione della Corte nel controllo degli atti adottati nell'ambito della procedura all'art. 7, par. 1, TUE (par. 2) e il meccanismo di voto previsto dall'art. 354 TFUE, in particolare la nozione di voti espressi (par. 3). In chiusura si offriranno alcune osservazioni di sintesi, comprensive tanto dei valori aggiunti della sentenza, quanto delle "occasioni mancate" dalla Corte, che avrebbe potuto chiarire ulteriori aspetti procedurali dell'art. 7 TUE (par. 4).

2. La competenza della Corte di giustizia nelle procedure *ex* art. 7 TUE e la ricevibilità del ricorso

La sentenza in esame rappresenta "una mosca bianca" alla luce della circoscritta competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sugli atti adottati a norma dell'art. 7 TUE. L'art. 269 TFUE limita, infatti, il controllo giurisdizionale alla "legittimità di un atto adottato dal Consiglio europeo o dal Consiglio a norma dell'articolo 7 del trattato sull'Unione europea unicamente su domanda dello Stato membro oggetto di una constatazione del Consiglio europeo o del Consiglio e per quanto concerne il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo". Non sorprende, quindi, che il Parlamento europeo abbia contestato la competenza della Corte a conoscere il ricorso in esame proprio in forza dell'art. 269 TFUE. Ciò ha offerto l'occasione per una prima pronuncia della Corte sulla portata dell'art. 269 TFUE e altresì per affrontare la questione se la imitazione di competenza da esso prevista si applichi a qualsiasi atto adottato nell'ambito di una procedura *ex* art. 7 TUE, o solo a quelli espressamente menzionati dallo stesso articolo.

Nonostante l'art. 269 TFUE imponga condizioni più stringenti per presentare un ricorso di annullamento di quelle previste all'art. 263 TFUE – tanto *ratione materia* quanto *ratione personae* – la Corte di giustizia ha rilevato che, poiché l'art. 269 TFUE menziona espressamente solo gli atti adottati dal Consiglio e dal Consiglio europeo nelle procedura *ex* art. 7 TUE, le risoluzioni del Parlamento europeo, adottate nell'ambito della medesima procedura, non sono sottratte alla competenza generale della Corte [11]. Poiché, come da

[11] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punti 32-33.

giurisprudenza costante[12], le limitazioni alla competenza della Corte sono da interpretare restrittivamente, l'art. 269 TFUE consente ad essa di pronunciarsi sul ricorso presentato dall'Ungheria. Analogamente, si dovrebbe concludere che altrettanto vale per gli atti adottati dalle altre istituzioni europee che avviano una delle procedure dell'art. 7 TUE, incluse le proposte motivate presentate dalla Commissione europea o da un terzo degli Stati membri.

La Corte ha perciò fatto una scelta verso una maggiore tutela giurisdizionale, con l'intento di rafforzare ulteriormente quella Unione fondata sullo Stato di diritto che, sin dalla nota pronuncia in *Les Verts*[13] – espressamente richiamata nella sentenza[14] – richiede innanzi tutto un effettivo controllo della legittimità degli atti adottati delle istituzioni dell'UE.

Quanto alla ricevibilità del ricorso di annullamento presentato dall'Ungheria, si trattava di valutare se la risoluzione del Parlamento europeo fosse un atto impugnabile *ex* art. 263 TFUE, ossia se producesse effetti giuridici vincolanti. La Corte conclude positivamente basandosi esclusivamente sul protocollo n. 24 ai Trattati[15], ai sensi del quale l'avvio dell'art. 7, par. 1, TUE consente l'ammissibilità delle domande di asilo presentate dai cittadini dello Stato membro interessato da suddetta procedura in un altro Stato membro. Tale disposizione rappresenta una deroga al principio generale secondo cui gli Stati membri si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri ai fini dell'esame delle domande di asilo. La Corte ha osservato che la risoluzione "modifica, quindi, nei rapporti tra Stati membri, la situazione dell'Ungheria nel settore del diritto d'asilo"[16] ed ha rigettato la tesi dell'atto intermedio, espressivo di una posizione provvisoria, avanzata dal Parlamento europeo. Difatti, quandanche quest'ultimo fosse chiamato ad approvare la successiva constatazione del Consiglio ai sensi dell'art. 7, par.1, TUE – posizione che il Consiglio non è tenuto a prendere[17] – tale ulteriore posizione del Parlamento europeo sarebbe relativa alla valutazione della situazione in Ungheria operata del Consiglio. Si tratterebbe dunque, di una posizione su un atto diverso dalla risoluzione adottata dallo stesso Parlamento per avviare la procedura. Inoltre, poiché la proposta motivata produce degli effetti giuridici propri, un eventuale ricorso di

[12] Principio che la Corte ha affermato spesso, soprattutto in ambito PESC. Si v. ad esempio le sentenze CGUE: causa C-72/15, *Rosneft*, 5 maggio 2017, EU:C:2017:236, punto 74 e causa C-455/14, *P e H c. Consiglio*, 19 luglio 2016, EU:C:2016:569, punto 40.

[13] CGUE, causa 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, 23 aprile 1986, EU:C:1986:166.

[14] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punto 34.

[15] Protocollo n. 24 sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea.

[16] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punto 40.

[17] Trattasi di uno dei limiti delle procedure dell'art. 7 TUE, che ne vanno ad aumentare la aleatorietà e il carattere squisitamente politico. Come ci ricordano, tristemente, anche i fatti dell'attualità. V. *supra*, nota 10.

annullamento contro la successiva constatazione del Consiglio non permetterebbe di annullare, allorché prodotti, tali effetti. Difatti, la Corte ricorda che "un atto intermedio che produce effetti giuridici autonomi può essere oggetto di un ricorso di annullamento qualora non sia possibile porre rimedio ai suoi vizi nell'ambito di un ricorso avverso la decisione finale"[18].

Anziché fermarsi all'esame del protocollo n. 24, ben avrebbe fatto la Corte a reiterare quanto stabilito nella precedente sentenza *LM* (C-216/18)[19], ovvero che il solo avvio della procedura *ex* art. 7, par.1, TUE nei confronti uno Stato membro – sebbene non sufficiente a sospendere automaticamente l'esecuzione di ogni mandato di arresto europeo proveniente da tale Stato[20] –, costituisce un elemento "di particolare rilevanza" nella valutazione relativa alla non esecuzione di un mandato di arresto europeo nel caso in cui nello Stato membro di emissione vi sia un rischio reale di violazione dei diritti fondamentali[21]. L'Ungheria e il Parlamento avevano infatti utilizzato – ciascuno a proprio favore – la suddetta sentenza per avvalorare la tesi della produzione, o meno, di effetti giuridici vincolanti. Anche l'Avvocato generale Bobek nelle proprie Conclusioni alla causa in esame aveva rilevato che una proposta motivata ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE non può essere priva di effetti giuridici anche perché si tratta di un documento "che potrebbe essere legittimamente utilizzato [dal giudice penale di uno Stato membro] per rimuovere una serie di obblighi chiave di diritto primario e derivato degli Stati membri"[22]. Sottolineando il ruolo della proposta motivata nell'ambito della cooperazione giudiziaria orizzontale, la Corte avrebbe aggiunto un argomento a sostegno del valore vincolante della suddetta, ribadendo al contempo l'importanza di considerare

[18] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punto 46.

[19] CGUE, *LM*, cit.

[20] Il considerando 10 della Decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo precisa che "l'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo [2 TUE], constatata dal Consiglio in applicazione dell'articolo 7, paragrafo [2], dello stesso Trattato, e con le conseguenze previste al paragrafo [3] dello stesso articolo." Poiché questo effetto scaturisce solo dalla constatazione di cui all'art. 7, par. 2, TUE, la Corte ha precisato che un'autorità giudiziaria può rifiutarsi di eseguire un mandato d'arresto europeo emesso da uno Stato membro oggetto di una proposta motivata *ex* art. 7, par. 1, TUE solo in circostanze eccezionali, ossia qualora essa accerti "che vi sono motivi seri e comprovati per ritenere che la persona oggetto di tale mandato d'arresto europeo corra, a seguito della sua consegna all'autorità giudiziaria emittente, un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e, pertanto, del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo". CGUE, *LM*, cit., punto 73. Sul c.d. doppio test elaborato dalla Corte nella sentenza *LM* si v. anche *infra*, nota 23.

[21] Ibid., punto 61. V. dottrina citata *supra*, nota 2.

[22] Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, presentate il 3 dicembre 2020, in *Ungheria c. Parlamento europeo*, C-650/18, punto 113.

l'avvio di tale procedura ai fini del cd. doppio test stabilito in *LM*[23].

Dopo aver chiarito che la proposta motivata è un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE, la Corte ha tuttavia ristretto il perimetro del proprio controllo giurisdizionale, tenendo conto dell'art. 269 TFUE. Innanzitutto, per quanto riguarda i legittimati attivi: poiché l'art. 269 consente al solo Stato membro interessato da una procedura *ex* art. 7 TUE di presentare ricorso contro gli atti adottati dal Consiglio e dal Consiglio europeo, la Corte ha ritenuto che lo stesso limite valga per l'impugnazione della proposta motivata. Pertanto, solo l'Ungheria era legittimata a presentare il ricorso contro la risoluzione del Parlamento europeo. In secondo luogo, e analogamente, anche i limiti *ratione materiae* alla giurisdizione della Corte *ex* art. 269 TFUE si applicano al ricorso di annullamento presentato contro la proposta motivata di attivazione del braccio preventivo dell'art. 7 TUE, dal momento che un'interpretazione diversa "priverebbe in gran parte del loro effetto utile le condizioni specifiche sancite dall'articolo 269 TFUE"[24]. La Corte ha voluto quindi evitare che un ricorrente non legittimato a chiedere l'annullamento della costatazione di cui all'art. 7, par. 1, TUE possa impedire al Consiglio di adottare tale atto contestando la relativa proposta motivata, e per un per un motivo diverso da quelli che, secondo l'art. 269 TFUE, possono essere dedotti ai fini dell'annullamento della costatazione. Altrettanto non aveva fatto l'Avvocato generale nelle proprie Conclusioni, dove aveva ritenuto applicabile alla proposta motivata un controllo giurisdizionale pieno[25].

La scelta della Corte non è affatto priva di conseguenze. Innanzitutto, non è ben chiaro perché essa abbia optato per un "*self-restraint*" sull'avvio delle procedure *ex* art. 7 TUE, limitando la propria competenza alle sole questioni procedurali, con la conseguenza – già segnalata in dottrina – di creare una "versione ibrida" degli artt. 263 e 269 TFUE[26]. E ciò soprattutto dopo che la Corte stessa aveva chiarito la differenza tra una proposta motivata del Parlamento europeo ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE e la successiva constatazione di un

[23] Nella sentenza *LM* la Corte ha stabilito che l'autorità giudiziaria di esecuzione può astenersi dall'invio di una persona oggetto di un MAE qualora nel paese richiedente ci siano carenze generalizzate tali da precludergli il suo diritto fondamentale a un equo processo. Tuttavia, a tal fine l'autorità giudiziaria di emissione deve effettuare un doppio test: determinare innanzitutto "l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici [dello] Stato membro [richiedente], a causa di carenze sistemiche o generalizzate in quest'ultimo Stato" e, successivamente "valutare, in modo concreto e preciso, se, nelle circostanze del caso di specie, esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla sua consegna allo Stato membro emittente, il ricercato corra tale rischio". V. CGUE, *LM*, cit., punti 60-68.

[24] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., 54.

[25] V. analisi ai punti 123 ss delle Conclusioni.

[26] X. GROUSSOT, A. ZEMSKOVA, *Hungary v European Parliament (C-650/18): Enhancement of the Protection of the Rule of Law and Process-Oriented Review: Constitutional Business as Usual?*, in *EU Law Live*, disponibile all' indirizzo: https://eulawlive.com, 7 giugno 2021.

rischio di violazione grave dei valori europei ad opera del Consiglio, nonché alla luce degli effetti giuridici propri della prima. Ciò si pone altresì in contrasto con la – precedentemente enfatizzata – esigenza di assicurare la tutela giurisdizionale, dal momento che il controllo giurisdizionale pieno è anzitutto una garanzia per lo Stato membro oggetto di una delle procedure dell'art. 7 TUE. Pare che la Corte abbia voluto assecondare le paure degli Stati membri – ben espresse dall'art. 269 TFUE – circa un suo controllo sulle scelte politiche operate in seno al Consiglio, creando però il rischio che una proposta motivata che, benché figlia di una attivazione strumentale da parte di alcuni Stati membri – e potenzialmente in contrasto con gli stessi valori di cui all'art. 2 TUE – non potrebbe essere censurabile da parte della Corte di giustizia[27]. La riduzione dei soggetti legittimati ad agire al solo Stato membro interessato va valutata in simili termini dal momento che tutti gli Stati membri sono ricorrenti privilegiati ai sensi dell'art. 263 TFUE. Tuttavia, non si vede perché un altro Stato membro o un'istituzione, stante il carattere altamente politico e sanzionatorio delle procedure dell'art. 7, dovrebbe contestare un atto adottato in tale ambito pur non essedo da esso direttamente interessato, tranne forse nel sopracitato caso di attivazione strumentale.

3. Le questioni di merito: sulla violazione della procedura di voto

La Corte è poi entrata nel merito del ricorso, facendo luce su alcune (ma non tutte) dibattute questioni procedurali riguardanti l'art. 354 TFUE. Avendo escluso che la risoluzione del Parlamento europeo possa essere annullata per motivi diversi da quelli indicati nell'art. 269 TFUE, la Corte ha proceduto ad esaminare solo due dei quattro motivi presentati dal governo di Budapest – quelli relativi alla definizione di "voti espressi" –, rigettando gli altri perché non concernenti la violazione di una norma di carattere procedurale.

A parere del governo ungherese, non conteggiando le astensioni tra i voti espressi, la risoluzione del Parlamento europeo violava tanto l'art. 354, quarto comma, TFUE[28] quanto il regolamento interno del Parlamento, il cui art. 178 par. 3, stabilisce che "per l'approvazione o la reiezione di un testo entrano nel calcolo dei voti espressi soltanto i voti a favore e contro, salvo nei casi in cui i Trattati prevedano una maggioranza specifica". La Corte ha analizzato solo la questione relativa all'art. 354 TFUE, argomentando che la disposizione del regolamento interno "non può essere considerata una norma di carattere

[27] Pertanto, a parere di chi scrive, sarebbe auspicabile, in una prospettiva *de jure condendo*, l'abrogazione dell'art. 269 TFUE.

[28] Ai sensi del quale "Ai fini dell'articolo 7 del trattato sull'Unione europea, il Parlamento europeo delibera alla maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresenta la maggioranza dei membri che lo compongono".

procedurale prevista dall'articolo 7 TUE"[29] – ragionamento comunque discutibile, visto che tale disposizione è destinata ad essere applicata anche alle votazioni del Parlamento nell'ambito di una procedura *ex* art. 7. La Corte ha poi concluso che, in assenza di una definizione espressa dei Trattati, il termine "voti espressi" è una nozione autonoma di diritto dell'Unione che deve essere interpretata in conformità al suo significato nel linguaggio corrente, ossia come comprensiva "solo [del]la manifestazione di un voto positivo o negativo"[30]. Come chiarito dall'Avvocato generale, astensioni e voti espressi "si escludono a vicenda", poiché mentre le prime indicano una rinuncia formale al voto, i secondi rappresentano l'effettiva manifestazione di un punto di vista[31]. E ciò spiega l'assenza di una precisazione quale quella contemplata al primo comma dell'art. 354 TFUE in merito al non conteggio delle astensioni dei rappresentanti degli Stati nel Consiglio o nel Consiglio europeo, poiché, nel caso della proposta motivata, essa è già implicita nella nozione di "voti espressi"[32].

Ciononostante, poiché l'art. 354 TFUE impone al Parlamento europeo una doppia maggioranza per l'approvazione della proposta motivata *ex* art. 7, par. 1, TUE, la Corte ha ritenuto che le astensioni vadano prese in considerazione al fine di verificare che i voti favorevoli rappresentino la maggioranza dei membri che compongono il Parlamento. Si tratta quindi di distinguere i sistemi di voto che impongono la maggioranza dei membri di un'istituzione[33] da quelli che invece si basano sul raggiungimento della maggioranza dei voti espressi: solo nel primo caso le astensioni saranno prese in considerazione per il calcolo della maggioranza.

L'Ungheria aveva altresì sostenuto che l'art. 354 TFUE era da interpretare alla luce dei valori europei di cui all'art. 2 TUE ed in particolare i principi di democrazia e di parità di trattamento, a suo parere non sufficientemente rispettati nella procedura di voto della risoluzione impugnata. Tale motivo appare quantomeno curioso alla luce delle misure adottate dal governo magiaro negli ultimi anni e volte alla creazione di uno "stato illiberale"[34], impossibile da

[29] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punto 77. L'Avvocato generale Bobek aveva invece analizzato nel merito la questione della compatibilità della modalità di voto con l'art. 178 del regolamento interno, concludendo però nel senso di rigettare il motivo. Difatti, a parere dell'Avvocato generale, tale disposizione non può essere interpretata nel senso di obbligare l'inclusione delle astensioni nel calcolo dei voti espressi, presentando essa solo un'apertura alla possibilità del Parlamento europeo di disporre altrimenti in caso di maggioranze specifiche. Si v. i punti 131-134 delle Conclusioni.

[30] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punto 84.

[31] Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, cit., punto 130.

[32] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punto 93.

[33] È questo il caso della procedura di voto del Consiglio in seno all'art. 7, par. 1, TUE, come precisato dalla stessa Corte al punto 89 della sentenza.

[34] Nota espressione utilizzata direttamente da Viktor Orbán durante un discorso in Romania nel 2014 per caratterizzare il proprio modello di nazione e differenziarlo dalla liberaldemocrazia, secondo cui "Hungarian nation is not a simple sum of individuals, but a community that needs to be organized,

riconciliare con i valori europei di cui all'art. 2 TUE. La Corte – dopo aver enfatizzato che l'Unione si fonda sul principio della democrazia rappresentativa sancito all'art. 10 TUE –, ha ritenuto infondate le argomentazioni dell'Ungheria sulla contrarietà del non conteggio delle astensioni al principio di democrazia in quanto i membri del Parlamento europeo hanno piena libertà nel decidere se astenersi o meno dal voto, e la loro decisione è stata comunque considerata ai fini del calcolo della maggioranza dei membri componenti il Parlamento. Anche il principio della parità di trattamento non risulta violato in quanto "tutti i membri del Parlamento hanno beneficiato delle stesse opzioni in occasione del voto sulla risoluzione impugnata"[35].

L'Avvocato generale Bobek, non avendo limitato i motivi di ricorso *ex* art. 263 TFUE alla luce dell'art. 269 TFUE, aveva proceduto ad esaminare tutti e quattro i motivi presentati dall'Ungheria. Vale la pena sottolineare che con il suo quarto motivo il governo di Budapest aveva contestato l'utilizzo delle procedure di infrazione concluse a proprio carico a fondamento della proposta motivata, poiché in tal modo venivano violati i principi di leale cooperazione, buona fede, certezza del diritto e legittimo affidamento[36]. Come era prevedibile, l'Avvocato generale ha ritenuto il motivo infondato poiché l'art. 7 TUE non pone limitazioni di sorta ai motivi ed elementi da prendere in esame ai fini di una proposta motivata. Tuttavia, è inevitabile chiedersi se la Corte, rispondendo sul punto, avrebbe colto la palla al balzo per chiarire una volta per tutte il rapporto intercorrente tra i procedimenti per inadempimento (artt. 258-260 TFUE) e l'art. 7 TUE. Sebbene a partire dalla sentenza *Associação Sindical*[37] e

strengthened and developed, and in this sense, the new state that we are building is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc. But it does not make this ideology a central element of state organization, but applies a specific, national, particular approach in its stead". Il discorso integrale tradotto in inglese è disponibile su Hungarian Spectrum, all'indirizzo: https://hungarianspectrum.org.

[35] CGUE, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit., punto 99.

[36] Il secondo motivo, di minore interesse e velocemente rigettato dall'Avvocato generale Bobek, verteva invece sulla violazione del principio di certezza del diritto perché il Presidente del Parlamento europeo non aveva richiesto il parere della commissione affari costituzionali del Parlamento (AFCO) sull'applicazione dell'art. 178 del regolamento interno. Tuttavia, come precisato dall'Avvocato generale "il regolamento del Parlamento non contiene alcun obbligo di consultare la commissione AFCO, in circostanze come quelle di cui alla presente causa, al fine di interpretare le regole di voto". Si v. il punto 42 delle Conclusioni.

[37] CGUE, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, 27 febbraio 2018, EU:C:2018:117. In tale sentenza la Corte di giustizia, nel tentativo di rendere operativo l'art. 2 TUE, ha interpretato estensivamente l'art. 19(1) TUE stabilendo che esso richiede agli Stati membri di assicurare la piena tutela giurisdizionale effettiva e, pertanto, l'indipendenza dei propri tribunali nazionali, indipendentemente dal fatto che essi attuino il diritto dell'Unione nel caso concreto. Si v. per un commento, *ex plurimis*: L. PECH, S. PLATON, *Judicial Independence Under threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case (Case C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 27 February 2018, EU:C:2018:117)*, in *Common Market Law Review*, 2018, 55, 1827 pp; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: How Portuguese judges came to the rescue*

delle successive pronunce in *Commissione c. Polonia* I e II[38], la Corte abbia aperto al *judicial enforcement* dei valori di cui all'art. 2 TUE attraverso la procedura di infrazione – anche in caso di precedente avvio della procedura *ex* art. 7, par. 1 TUE[39] –, essa avrebbe anche potuto accogliere espressamente la posizione dell'Avvocato generale Tanchev per il quale gli artt. 258 TFUE e 7 TUE "non si escludono vicendevolmente" ma "istituiscono procedure separate e possono essere invocati simultaneamente", poiché hanno ambiti di applicazione e scopi distinti[40]. Difatti mentre il primo è un meccanismo giuridico con ambito di applicazione che coincide con quello del diritto dell'Unione, l'art. 7 TUE costituisce una procedura dal carattere politico, il cui ambito di applicazione investe tutte le aree di azione degli Stati membri, a prescindere dall'attribuzione di competenze all'Unione operata dai Trattati[41]. Un simile intervento avrebbe ulteriormente rafforzato la legittimità delle *values-related infringement procedures* avviate dalla Commissione contro l'Ungheria e la Polonia[42], nonché

of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 4, 622 ss; M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in *European Papers*, 2018, 3, 985 ss.

[38] Mi riferisco alle due procedure di infrazione contro la Polonia per la violazione dell'art. 19, par. 1, TUE in ragione delle misure di pensionamento anticipato dei giudici della Corte Suprema (C-619/18, EU:C:2019:531) e dei tribunali ordinari (C-192/18, EU:C:2019:924). Si v. per un'analisi di questa giurisprudenza: P. BÁRD, A. SLEDZINSKA-SIMON, *On the principle of irremovability of judges beyond age discrimination: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, 2020, 57, 1555 ss; P. BOGDANOWICZ, M. TABOROWSKI, *How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: The Polish Experience: ECJ (Grand Chamber) 24 June 2019, Case C-619/18, European Commission v Republic of Poland*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, 16, 306 ss; M. BONELLI, *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, 234 ss; M. FERRARA, *Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della Rule of Law*, in *DPCE Online*, 2020, 42, 899 ss; M. COLI, *The Judgment of the CJEU in Commission v. Poland II (C-192/18): the resurgence of infringement procedures as a tool to enforce the rule of law?*, in *Diritti Comparati*, disponibile all'indirizzo: https://www.dirittocomparati.it, 21 novembre 2019.

[39] Dichiarandosi competente a conoscere della violazione dell'indipendenza delle corti polacche –nonostante fosse già pendente contro la Polonia una procedura *ex* art. 7, par. 1, TUE avente ad oggetto anche le stesse violazioni al centro delle procedure di infrazione –, la Corte, pur non accogliendo espressamente le conclusioni dell'Avvocato generale, ha implicitamente riconosciuto che l'art. 258 TFUE non costituisce *lex specialis* rispetto alle procedure *ex* art. 7, par. 1, TUE.

[40] Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, presentate l'11 aprile 2019, in *Commissione c. Polonia*, C-619/18, punto 50.

[41] Le procedure *ex* art. 7 TUE sono infatti "horizontal and general in scope". *Cfr.* Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in merito all'articolo 7 del trattato sull''Unione europea. Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione, COM(2003) 606, 15 ottobre 2003.

[42] Sull'utilizzo strategico della procedura di infrazione a tutela della *rule of law* si v. K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2020, 29, 3 ss.

delle altre iniziative a tutela dello Stato di diritto, tra cui il nuovo meccanismo di condizionalità approvato a dicembre 2020[43]. Ungheria e Polonia hanno infatti presentato un ricorso di annullamento contro tale strumento, lamentando proprio la creazione di un meccanismo parallelo alle procedure dell'art. 7 TUE, che, a loro avviso, violerebbe quest'ultima disposizione *bypassandola*[44]. A parere di chi scrive, la differenza tra strumenti politici e giuridici di *enforcement* dei valori europei può applicarsi analogamente alle altre procedure, comprese quelle a tutela del bilancio dell'Unione. Considerando l'inerzia della Commissione nell'utilizzare il meccanismo di condizionalità – assai criticata in dottrina, ma anche dallo stesso Parlamento europeo[45] –, la Corte, accogliendo espressamente la posizione dell'Avvocato generale Tanchev, avrebbe potuto mandare un segnale anche nel senso dell'adeguatezza di tale misura.

4. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto esposto, si possono tracciare alcune considerazioni conclusive sulla sentenza esaminata. Indubbiamente, essa avrà un impatto più sul piano teorico ed ermeneutico che su quello pratico: la Corte ha ritenuto valida la risoluzione del Parlamento europeo, ma, a causa del ristagnare delle

[43] Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Per un'analsi si rimanda a: G. HALMAI, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 117 ss; M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, 2019, 695 ss; M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *Journal of European Integration*, 2020, 1 ss.

[44] CGUE, cause riunite C-156/21 e C-157/21, *Ungheria e Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*, pendente. Si v. in particolare i motivi del ricorso proposto dall'Ungheria l'11 marzo 2021, disponibile all'indirizzo https://curia.europa.eu.

[45] In occasione del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, durante il quale i leader europei hanno finalmente raggiunto un accordo sul regolamento di condizionalità, la Commissione europea si è impegnata a adottare delle linee guida sulle modalità e metodologie di applicazione del regolamento, le quali saranno finalizzate successivamente alla sentenza relativa al ricorso di annullamento presentato contro il regolamento stesso da Ungheria e Polonia. *Cfr.* Conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020. Pertanto, ad oggi il regolamento rimane inattuato, nonostante il Parlamento europeo abbia "minacciato" l'avvio di un ricorso in carenza *ex* art. 265 TFUE contro la Commissione. *Cfr.* Risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2021 sulla situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea e l'applicazione del regolamento 2020/2092 relativo alla condizionalità, 2021/2711(RSP) e la successiva Lettera del Presidente del Parlamento Europeo Sassoli alla Presidente della Commissione von der Leyen, "la Commissione applichi il regolamento sullo stato di diritto" del 23 giugno 2021, disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu. Anche buona parte della dottrina si è espressa negativamente rispetto alla decisione della Commissione di posticipare l'utilizzo del meccanismo di condizionalità: A. ALEMANNO, M. CHAMON: *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*, disponibile al seguente indirizzo: https://verfassungsblog.de, 11 dicembre 2020 e K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, disponibile al seguente indirizzo: https://verfassungsblog.de, 13 dicembre 2020.

procedure dell'art. 7, par. 1, TUE, difficilmente ad essa farà seguito una costatazione del Consiglio a norma dello stesso articolo. Inoltre, è doveroso segnalare che la proposta motivata del Parlamento europeo è ormai obsoleta: dal settembre 2018 ad oggi l'Ungheria ha posto in essere una serie di ulteriori misure liberticide e antidemocratiche, sfruttando anche la situazione pandemica da COVID-19 per incrementare ulteriormente la sfera di arbitrarietà dell'esecutivo[46].

Intervenendo sulla portata dell'art. 269 TFUE, la Corte si è riservata uno spazio di giudizio sugli atti adottati nell'ambito di una procedura dell'art. 7 TUE diversi da quelli del Consiglio e Consiglio europeo: ciò è da salutare con favore in ragione di una più ampia tutela giurisdizionale, garanzia *in primis* dello Stato membro interessato, ma anche elemento fondamentale di un'Unione fondata sullo Stato di diritto. Tuttavia, per le ragioni sulle quali ci si è soffermati sopra, la decisione di limitare la propria competenza *ex* art. 263 TFUE alla luce dell'art. 269 TFUE è condivisibile solo in parte.

Anche l'attribuzione di effetti giuridici rilevanti alla proposta motivata del Parlamento europeo con riferimento al Protocollo 24 è da valutare positivamente, perché attribuisce rilievo ad una conseguenza dell'attivazione del braccio preventivo dell'art. 7 TUE – la possibilità di uno Stato membro di esaminare le domande di asilo dei cittadini magiari – non sufficientemente esplorata e dibattuta in dottrina.

Tuttavia, la sentenza in esame ci consegna anche una serie di occasioni mancate. Già si è detto dell'omesso riferimento all'impatto della proposta motivata del Parlamento europeo sulla fiducia reciproca, in particolare sui meccanismi di cooperazione giudiziaria orizzontale, nonché – a causa del *self-restraint* sulla propria competenza – del mancato chiarimento della Corte in merito a portata e scopo delle procedure *ex* art. 7 TUE rispetto agli altri strumenti a tutela dei valori europei. Né la Corte ha offerto sostegno sulla interpretazione, auspicata da autorevole dottrina[47], dell'art. 354 TFUE quale norma che consentirebbe la contemporanea esclusione di due Stati membri dal voto all'unanimità *ex* art. 7,

[46] Si v. per un'analisi dell'ulteriore deterioramento della *rule of law* in Ungheria a seguito della pandemia da COVID-19: S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «Sulla protezione contro il coronavirus»*, in *SIDIBlog*, disponibile all'indirizzo: http://www.sidiblog.org, 7 aprile 2020; P. BÁRD, S. CARRERA *Showing true illiberal colours–Rule of law vs Orbán's pandemic politics,* in *CEPS Policy Insights*, 2020, 1 ss; T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism*, in *The Theory and Practice of Legislation,* 2020, 8, 171 ss;.

[47] V. K.L. SCHEPPELE, R. D. KELEMEN, *Defending Democracy in EU Member States: Beyond Article 7 TEU*, In F. BIGNAMI (a cura di), *Eu Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, 413 ss e D. KOCHENOV, *Article 354 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (a cura di.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 2081 ss.

par. 2, TUE in seno al Consiglio europeo qualora tale procedura sia contemporaneamente attivata contro entrambi. Ciò impedirebbe ad un'alleanza di due paesi quali Polonia e Ungheria di impedire l'applicazione del meccanismo sanzionatorio dell'art. 7 TUE proteggendosi a vicenda. A parere di chi scrive, non solo tale tesi è particolarmente controversa – stante la formulazione letterale dell'art. 354 TFUE che parla al singolare di "Stato membro in questione" –, ma sarebbe andata ben al di là dell'oggetto del ricorso presentato dall'Ungheria. Tuttavia, è innegabile che, alla luce della inevitabile sporadicità delle pronunce della Corte sull'art. 7 TUE, un chiarimento in questo senso avrebbe rappresentato un interessante sviluppo.

In chiusura si può notare come la Corte di giustizia – che da diversi anni ci ha abituato ad un significativo *judicial activism* quando si tratta della difesa dei valori europei – abbia consegnato una sentenza un po' "sottotono", definendo i confini del proprio raggio d'azione sulle procedure dell'art. 7 TUE in modo più ampio di quanto previsto dall'art. 269 TFUE, ma comunque volando basso, probabilmente alla luce della natura altamente politica di queste ultime. Ci si potrebbe legittimamente chiedere se tale atteggiamento timido verrà mantenuto anche nella prossima – e altrettanto importante e attesa – decisione sulla validità del regolamento che istituisce il meccanismo di condizionalità. Si è già detto di come la Corte avrebbe potuto enfatizzare la legittimità di tale strumento differenziando opportunamente l'art. 7 TUE dalle altre procedure per l'*enforcement* dei valori europei. In vista della prossima pronuncia si potrebbe altresì riflettere sul futuro utilizzo del ragionamento operato dalla Corte nella sentenza in esame in merito alla possibilità di impugnare un atto intermedio. Che ciò si applichi anche ad un altro atto dai dubbi effetti vincolanti ben noto alla dottrina, ossia le conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020 dove quest'ultimo "conviene" su una serie di istruzioni destinate a vincolare le altre istituzioni – in particolare la Commissione – nell'interpretazione e applicazione del regolamento di condizionalità[48]? Come accade ormai (troppo) frequentemente quando si tratta della tutela della *rule of law* europea, non ci resta che aspettare una nuova pronuncia da Lussemburgo.

[48] V. *supra*, nota 45. Sebbene abbiano reso possibile l'adozione del regolamento sulla condizionalità, le Conclusioni del Consiglio europeo lo hanno fatto al prezzo di "vincolare" la Commissione al rispetto di una serie di "istruzioni" su come (e quando) attuare il meccanismo di condizionalità. In risposta, il Parlamento europeo aveva valutato la possibilità di presentare un ricorso di annullamento contro le suddette conclusioni, ma ha cambiato idea a seguito del parere negativo del proprio servizio giuridico. *Cfr.* A. ALEMANNO, *The EU Parliament's Abdication on the Rule of Law (Regulation)*, in *Verfassungsblog*, disponibile al seguente indirizzo: https://verfassungsblog.de, 25 febbraio 2021.

GIUDICI E APPLICAZIONE DIRETTA DELLA COSTITUZIONE NEI RAPPORTI TRA PRIVATI

MARGHERITA LIGUORI*

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Applicazione e attuazione della Costituzione. – 3. Attuazione della Costituzione e clausole generali: "la buona fede". – (Segue). Buona fede e divieto di abuso del diritto. – 5. (Segue). Interessi costituzionali e danno esistenziale. – 6. La regola del caso: combinazione o bilanciamento. – 7. Conclusioni.

Abstract

This note is about the role of the judge in the Italian system of constitutional justice. It examines the juridical institution known as Drittwirkung, which consists in the direct application of the Constitution in the private relations. This research compares the direct application with the interpretation in conformity, different interpretative instruments that are often confused between them.

Finally, it demonstrates the importance of the jurisdictional function in the implementation of the Constitution, especially in the recognition of new interests, worthy of protection, also when the Parliament is inefficient.

Suggerimento di citazione

M. LIGUORI, *Giudici e applicazione diretta della Costituzione tra privati*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottoressa in Giurisprudenza.
Contatto: liguori.margherita@libero.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

L'espressione "applicazione diretta della Costituzione", dispersiva più che indicativa, rappresenta una specie di calderone cui si riconduce tutto ciò che fa vivere la Carta Costituzionale. La premessa è necessaria per circoscrivere l'ambito di indagine, nonché per sciogliere alcuni nodi che verranno fuori nel corso dell'analisi: ciascuna funzione pubblica rappresenta sempre applicazione della Costituzione nella misura in cui è volta al perseguimento degli obiettivi normativi fissati dai Costituenti[1]; se ne ricava che proprio per questo essa trova fondamento e legittimazione nella Costituzione. Nello specifico, si discorre di applicazione diretta (cd. *Drittwirkung*) riferendosi all'ipotesi in cui il giudice attinga direttamente alla Costituzione per la soluzione del caso concreto e riconosca diritti in capo ai privati anche in mancanza di disposizioni legislative specifiche. Si intende in questa sede, quindi, escludere le ipotesi di applicazione diretta che fanno capo ad altre funzioni, come quella esercitata dalla pubblica amministrazione.

Ai fini dell'analisi del tema e dei problemi che ne derivano, si esamineranno la distinzione tra applicazione e attuazione della Costituzione, la definizione dei confini tra applicazione diretta e interpretazione conforme, nonché alcune ipotesi classificate dalla dottrina come *Drittwirkung*. Si tireranno, quindi, le conclusioni, cercando di vagliare le preoccupazioni emerse in merito ai riflessi dell'istituto sul nostro sistema costituzionale: in particolare, su quale sia il ruolo del giudice comune e sui rapporti che intercorrono tra quest'ultimo e il Parlamento, nonché la Corte Costituzionale. Si tralascerà il profilo relativo all'incidenza degli ordinamenti comunitario e sovranazionale sull'attività ermeneutica, che per la sua vastità e rilevanza appare meritevole di autonoma e più diffusa trattazione.

Come emergerà nel corso dell'indagine, la differenza tra applicazione e attuazione della Costituzione permette di cogliere l'evoluzione dei rapporti tra potere politico e potere giurisdizionale, che ha dato luogo a interventi anche attuativi della Costituzione da parte del giudice, consentendo di comprendere e contestualizzare il cd. attivismo dell'autorità giudiziaria e l'esercizio di poteri anche creativi da parte dell'interprete. Tra le tesi proposte spicca quella che, nell'ambito dell'implementazione della Costituzione, tende a sovrapporre l'applicazione diretta con l'istituto dell'interpretazione conforme; è essenziale, quindi, per capirne in concreto i rapporti, partire dalla definizione e dall'inquadramento di entrambi. I due istituti consentono anche di definire i confini tra attività dell'autorità giudiziaria e quella della Corte Costituzionale nonché percorrere – senza pretesa di esaustività – le tappe principali dei rapporti tra le

[1] Con questa accezione di funzione, incentrata sulla destinazione e sullo scopo, si apre F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1969, XVIII, p. 301 ss.

due. Sarà possibile anche cogliere la recente inversione di tendenza, con attenuazione degli elementi di diffusione del sistema a favore del ri-accentramento della giustizia costituzionale.

2. Applicazione e attuazione della Costituzione

In via preliminare, si rende necessaria una precisazione terminologica: deve comprendersi quali siano i confini tra applicazione e attuazione della Costituzione, se sussistenti, e come essi si atteggino rispetto all'attività dell'interprete. La questione è complessa e non così scontata, dal momento che essa non solo rappresenta il presupposto per analizzare i rapporti tra politica e giurisdizione e, quindi, tra la funzione legislativa e quella giurisdizionale, ma è anche utile perché consente di descrivere con più precisione il ruolo dell'interprete e, di conseguenza, come quest'ultimo debba relazionarsi al testo costituzionale.

Sul punto, dai numerosi contributi dottrinali, non sembra trarsi una visione univoca. Da un lato, c'è chi nega proprio la distinzione, tant'è che sono utilizzati indistintamente i termini "attuazione" e "applicazione", anzi - quasi a voler eliminare ogni dubbio - si utilizza il termine "implementazione" riferito o alla Costituzione in generale o ai principi che essa esprime. Tale conclusione non sorprende ove si consideri che lo stesso orientamento tende a sovrapporre l'attuazione-applicazione anche all'interpretazione conforme[2]. In definitiva, pare quasi potersi individuare un'unica categoria onnicomprensiva, che contiene cioè tutte le forme attraverso le quali il testo costituzionale orienta l'attività dell'interprete, il quale deve collaborare alla citata implementazione, in sostanza esercitando un potere diffuso di attuazione[3].

Agli antipodi rispetto alla prima ricostruzione, si colloca chi sostiene che occorra distinguere i due diversi elementi: l'applicazione è da intendersi come prevalenza della Costituzione su tutte le altre fonti e rientra nell'ambito dei poteri-doveri del giudice; l'attuazione, invece, sottende valutazioni di carattere politico, per cui essa rappresenta prerogativa del Parlamento e si estrinseca con l'esercizio della funzione legislativa[4].

Nel mezzo c'è chi poi ritiene che i due elementi siano distinti, ma si pongano in rapporto progressivo dal momento che l'applicazione rappresenta una

[2] S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, 155/2009, p. 29 ss.

[3] A. ANZON, *"Diffusione" del controllo di costituzionalità o "diffusione" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 379 ss.

[4] P. VERONESI, *All'incrocio tra "revisione", "applicazione" e "attuazione" costituzionale: verso un diritto sempre più "a misura d'uomo"?*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?, Lavori dell'incontro di studio tenutosi a Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 297 ss.

minus rispetto all'attuazione; quest'ultima, infatti, richiede necessariamente l'intervento del legislatore e quindi la progettualità della politica. Approfondisce il discorso chi evidenzia che l'applicazione è comunque una forma di attuazione, laddove essa consiste nella concretizzazione di principi costituzionali nella controversia individuale, con la differenza che la funzione legislativa presenta un più esteso margine di scelta, sempre entro i limiti definiti dalla Costituzione, su cui poi deve vigilare la Corte Costituzionale[5].

Su un profilo sembrano concordare quasi tutti: per quanto possa formularsi una distinzione in astratto, di fatto, i diversi livelli si avvicinano e si intersecano quando il giudice comune si sostituisce alla politica inerte e inefficiente nell'attuazione dei principi della Costituzione. Da un lato, questo meccanismo rassicura sull'osservanza delle disposizioni costituzionali; dall'altro, per taluni esso è solo un palliativo che determina l'alterazione del modello e del riparto di funzioni voluti dai Costituenti in cui vi è "un disperato bisogno sia di giurisdizione, sia di legislazione, perché nessuna delle due basta a sé stessa"[6].

In più, c'è chi esprime delle perplessità rispetto a tale valorizzazione dell'autorità giudiziaria perché ne deriverebbe un'anomala trasformazione del sistema di giustizia costituzionale da accentrato a diffuso, darebbe spazio ad applicazioni dirette della Costituzione fino ad arrivare al caso limite della disapplicazione della disposizione di legge incostituzionale, ripetendo il modello adottato per la ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno e disposizioni europee, con fuga dall'incidente di costituzionalità, quindi al di fuori del controllo della Corte Costituzionale[7].

A seconda dell'impostazione cui si aderisca cambia il ruolo dell'interprete, tuttavia, un punto di partenza è certo: l'attività cui egli è preposto presenta un duplice volto, giacché non tutte le disposizioni si prestano alla mera applicazione, ma richiedono anche l'innovativa attuazione, generalmente attribuita alla politica; è quanto rilevato da chi colloca tra i fattori che alimentano il carattere creativo dell'attività giurisdizionale le disposizioni di principio contenute nella Costituzione e il divieto di *non liquet* gravante sul giudice di merito[8].

[5] R. BIN, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?, Lavori dell'incontro di studio tenutosi a Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 328 ss.

[6] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?, Lavori dell'incontro di studio tenutosi a Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 22.

[7] E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2008, p. 274. In effetti, non scandalizza la prospettiva di disapplicazione di leggi illegittime nel sistema costituzionale nell'analisi di R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Jovene, Napoli, 2008, p. 274 ss.

[8] G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2018, p. 330. Sulle caratteristiche del procedimento giurisdizionale e sulle differenze con quello legislativo: C. PINELLI, *Giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2016, p. 9.

A tal proposito, infatti, va evidenziato che se quest'ultimo non trova alcuna risposta per il caso concreto nella legge, per adempiere all'obbligo di pronunciarsi – desumibile dall'art. 12, comma 2 delle Disposizioni sulla legge in generale – dovrà necessariamente reperire altrove gli elementi utili per creare la regola necessaria a risolvere la questione prospettata dalle parti che lo hanno adito: anche e soprattutto nella Costituzione, che è parte del materiale normativo che orienta l'interprete.

Non sarà forse ciò che avevano in mente i Costituenti, tant'è che alcuni collocano la lettura così rigida del divieto di *non liquet* tra gli elementi che concorrono alla crisi dell'attuazione in via politica della Costituzione[9], ma questo è l'unico approccio possibile per mettere una toppa ai vuoti lasciati dalla politica[10], considerato che "dal modello si devia – in fondo – soprattutto per ragioni di supplenza, per trovare altre vie in cui incanalare la continua rivendicazione sociale dei diritti a cui il processo politico non è capace di rispondere"[11].

In passato, il problema dell'applicazione diretta della Costituzione si è presentato successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, nonostante l'irruzione della sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 1956, perché il giudice si è trovato di fronte ad una serie di disposizioni che non costituiscono *rules*, o anche norme giuridiche in senso stretto[12], cui è sottesa la logica del *applicable in all – or – nothing fashion*[13], ma che vanno annoverate tra i principi, nella cui struttura prevale il carattere dell'elasticità[14], imprescindibile per assicurare "l'eternità ordinamentale" cui aspirano le Costituzioni[15].

Nella citata decisione si riconosce per la prima volta l'incidenza della Costituzione anche per l'interpretazione della legge da parte del giudice di merito.

[9] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., p. 19.

[10] Vuoti che assumono le dimensioni di voragini quando il legislatore non è capace di rispondere ai moniti della Corte Costituzionale, quando cioè ci sono delle violazioni costituzionali accertate ma non dichiarate, mediante le ccdd. sentenze additive di principio, con cui la Corte individua il principio cui la legislazione futura dovrà ispirarsi, *ex multis* C. cost. 11 giugno 2014, n. 170; tant'è che la perdurante inerzia spesso impone un nuovo intervento della Corte, *ex multis*: C. cost., 20 novembre 2002, n. 466. Più di recente la Corte ha adoperato una nuova tecnica, ossia quella del rinvio dell'udienza di trattazione, in attesa di un intervento legislativo su una determinata questione: è quanto avvenuto con C. cost., 24 ottobre 2018, 207, cui ha fatto seguito poi la sentenza C. cost., 22 novembre 2019, n. 242.

[11] R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista Aic*, 4/2018, p. 650.

[12] S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, Giuffè, Milano, 1986, XXXV, p. 513.

[13] L'espressione è presa da: R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

[14] Sull'imprescindibilità del carattere *dell'elasticità* di alcune norme costituzionali e sulle conseguenti difficoltà interpretative C. MORTATI, *Costituzione*, *Enc. Dir.*, Giuffè, Milano, 1962, XI p. 139 ss.

[15] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., 1, nello stesso senso: R. BIN, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, cit., p. 331.

Trattandosi, quindi, di norme vincolanti per il giudice, allora, potenzialmente, esse potranno applicarsi direttamente, anche in assenza di una disposizione legislativa; difatti, la normatività non ammette gradazioni: non può sostenersi che una norma (costituzionale in questo caso) sia vincolante e non vincolante allo stesso tempo. Peraltro, l'aver assegnato all'autorità giudiziaria la scelta se sollevare o meno l'incidente di costituzionalità presuppone un rapporto diretto con il testo costituzionale.

La centralità del giudice di merito in quest'attività di applicazione e attuazione emerge anche dalla giurisprudenza costituzionale che, prima, ha enfatizzato il requisito della non manifesta infondatezza, consentendo e imponendo all'interprete di sollevare la questione di legittimità tendenzialmente solo sulla base di un vero e proprio convincimento - non di un mero dubbio - dell'incostituzionalità della norma; poi, ha introdotto il canone dell'interpretazione conforme[16]. Entrambe le novità rappresentano tappe fondamentali del processo di valorizzazione dell'autorità giudiziaria[17] e hanno alimentato forme di attuazione diffuse della Costituzione, tuttavia arrestatisi con la recente evoluzione dei rapporti tra giudici comuni e Corte Costituzionale. Quest'ultima, difatti, si sta muovendo verso il ri-accentramento del sistema, come emerge – ad esempio – proprio dalla successiva riformulazione dell'obbligo di interpretazione conforme. A ben vedere, si tratta di un fenomeno ben più ampio che attiene alla ricerca di legittimazione da parte della Corte e che ha ridimensionato gli spazi di intervento dell'autorità giudiziaria nei vuoti lasciati dal legislatore[18].

3. Attuazione della Costituzione e clausole generali: "la buona fede

Diversamente dall'ordinamento tedesco[19], manca una disposizione che riconosca la diretta vincolatività delle disposizioni costituzionali (nello specifico quelle sui diritti fondamentali) anche nei confronti dei giudici. Per tale ragione, l'applicazione diretta ancora oggi pone problemi per gli interpreti, tenuti a fornire una soluzione alle parti che agiscano in giudizio per la tutela dei propri interessi, anche quando manchi una legge ordinaria. La cd. *Drittwirkung*, vale

[16] *Ex multis*: C. cost., 27 giugno 1986, n. 171; C. cost., 27 luglio 1989, n. 456; C. cost. 31 marzo 1994, n. 121; C. cost., 22 ottobre 1996, n. 356.

[17] E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 270.

[18] Sul punto: D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, nella descrizione del fenomeno richiama anche il superamento della dottrina delle cd. rime obbligate e della dottrina cd. *Granital*, p. 97 ss.

[19] Art. 1, par. 3, Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania 23 maggio 1949, disponibile all'indirizzo: www.archivio.rivistaaic.it. Si rinvia a: P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, per ripercorrere la dottrina tedesca divisa tra applicazione diretta e indiretta dei diritti fondamentali nei rapporti privatistici (53 e ss.) e per la consultazione della sentenza resa nel caso *Lüth* del 1958 (291 e ss.), che per prima ha riconosciuto ai diritti fondamentali la forza di contaminare l'intero ordinamento, orientando quindi anche l'interpretazione delle norme civilistiche da parte del giudice.

a dire l'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti tra privati, rappresenta un tema con dibattito mai sopito principalmente in ragione della diversa struttura delle disposizioni costituzionali che, nonostante il superamento della distinzione tra norme precettive e programmatiche, si prestano inevitabilmente a letture diverse.

Sul punto c'è chi[20] ha riproposto la citata distinzione soffermandosi sulle modalità attraverso cui i giudici attuano quelle norme che, pur direttamente applicabili, necessitino di specificazione da parte del legislatore, che però resta inerte. Diversamente, per le norme chiare, precise e incondizionate da cui possa trarsi la regola del caso, come avviene per i divieti[21]. Vi è poi chi ha analizzato le soluzioni alla mancanza della regola *ad hoc*, proponendo una graduazione in relazione alla diversa incisività del rimedio, legata alle caratteristiche delle disposizioni costituzionali e ordinarie che vengono in rilievo nel caso concreto[22].

In generale, vi è concordia in merito alla possibilità di applicare direttamente la Costituzione mediante due strumenti, da qualcuno ricondotti alla categoria onnicomprensiva delle ccdd. norme elastiche[23], entrambi utilizzati in combinato disposto con norme costituzionali[24]: clausole generali e norme a struttura aperta. Quanto alle prime non c'è dubbio che sia così considerando che la clausola generale opera tendenzialmente quando manchi una puntuale disciplina da parte della legge[25]; rispetto alle norme a struttura aperta il discorso è più complesso, ma forse più pertinente perché grazie alle norme a struttura aperta, nei rapporti tra privati, la giurisprudenza è riuscita a riconoscere la tutela anche a situazioni giuridiche non menzionate espressamente dal legislatore, ma comunque ricavabili dalla Costituzione. L'indagine può attingere fruttuosamente dalle esperienze giurisprudenziali di due diversi settori del diritto civile: rapporti contrattuali e illecito aquiliano; l'eterogeneità delle regole sottese a ciascuno di essi consentirà di apprezzare meglio la vitalità della Costituzione e la sua capacità di innervare l'intero sistema tramite l'autorità

[20] M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.* 1/1999, p. 3 ss.

[21] R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, p. 217 ss.

[22] G. SORRENTI, *La manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione*, cit., p. 105 e ss.

[23] E. SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Quest. Giust.*, 4/2018, p. 3.

[24] S. MORELLI, *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. Civ.*, 12/1996, p. 539 ss.

[25] E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Quest. Giust.*, 1/2020, p. 2 ss., ma anche in G. D'AMICO, *L'attuazione del principio di eguaglianza tra legislazione e giurisdizione (qualche riflessione a partire da un saggio di Enrico Scoditti)*, in *Quest. Giust.*, 1/2020, p. 35 ss., che si spinge oltre ammettendo anche una regola del caso che dia luogo a una regolazione difforme rispetto a quella pensata dal legislatore.

giudiziaria.

Si inizierà con le clausole generali, in particolare con la buona fede oggettiva, costantemente oggetto di dibattito da parte dei supremi consessi e che, peraltro, si inserisce nell'ambito del tema più generale dell'indeterminatezza delle disposizioni giuridiche[26] (in effetti anche quelle costituzionali), dalle quali il giudice ricava mediante l'interpretazione una pluralità di norme[27], tra cui dovrà scegliere per risolvere il caso concreto.

Per analizzare questa forma di applicazione diretta è necessaria una distinzione terminologica, sfuggente nella prassi al punto che è diffuso l'indifferente utilizzo di un lemma o di un altro, per cui i relativi concetti finiscono per confondersi tra loro. In particolare, è necessario distinguere tra valori, principi e clausole generali affinché possa cogliersi il senso dell'evoluzione giurisprudenziale in cui oggi è protagonista la buona fede. La relazione si può ricostruire in maniera ordinata come segue: i valori identificano i fini cui tende l'ordinamento giuridico; essi ne diventano parte assumendo carattere precettivo grazie ai principi, i quali a loro volta sono enucleati in criteri di condotta mediante le clausole generali, la cui concretizzazione ai fini dell'applicazione è rimessa all'interprete. Ciascun termine della relazione appena enunciata può essere incorporato in una disposizione legislativa, per cui ciascuno di essi costituisce espressione di una diversa tecnica di formulazione del precetto e di applicazione dello stesso[28].

La buona fede si colloca nell'ambito delle clausole generali e rappresenta dunque il grimaldello attraverso il quale principi – e ancor prima i valori – possono tradursi in obblighi comportamentali per i soggetti, tant'è che alcuni ritengono sia corretto discutere di "un tempo dei principi", diversamente a quanto fatto negli anni Sessanta, in cui l'attenzione era focalizzata sulle clausole generali e specificamente sulla buona fede[29].

Ciò è emerso in maniera peculiare nelle relazioni contrattuali, rispetto alle quali la giurisprudenza ha riconosciuto l'avvenuta costituzionalizzazione della buona fede[30], in quanto espressione del dovere di solidarietà enunciato all'art. 2 Cost.

A tal proposito, va evidenziato che in questa ipotesi i termini della relazione sopra esposta (principi – clausole generali) appaiono invertiti dal momento che la buona fede era contemplata dal Codice civile, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione: all'art. 1375 cc, come parametro di valutazione della

[26] E. FABIANI, *Clausole generali*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2012, Annali V, p. 184 ss.

[27] Sulla distinzione tra disposizione e norma: V. CRISAFULLI, *Disposizione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XIII, p. 195 ss.

[28] E. SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, cit., p. 25.

[29] G. D'AMICO, *L'attuazione del principio di eguaglianza tra legislazione e giurisdizione*, p. 35 ss.

[30] Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, punto 5.1.

condotta nell'esecuzione del contratto; all'art. 1337 per la fase delle trattative e all'art. 1366 cc come criterio di interpretazione del contratto. L'evoluzione giurisprudenziale ha riletto la clausola estendendone la portata – costituzionalizzandola appunto[31] – non solo in chiave integrativa[32] suppletiva del contenuto del contratto, mediante il combinato disposto dell'art. 1374 cc e l'art. 2 Cost.[33], ma anche in chiave cogente correttiva[34], in base al presupposto che il dovere di solidarietà entri direttamente nel contratto e di conseguenza, imponga obblighi di correttezza, di protezione e di tutela della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio[35].

In ambito costituzionale, la vicenda avente ad oggetto la riducibilità della caparra confirmatoria si colloca perfettamente nel fenomeno di cui si sta trattando e coglie appieno il passaggio da un'integrazione meramente suppletiva a un'integrazione cogente, attraverso la quale il giudice può intervenire direttamente sullo statuto negoziale, rettificandolo. Ciò emerge soprattutto laddove si consideri che la Corte Costituzionale indica all'interprete una soluzione inedita, che si discosta dai precedenti di legittimità da essa stessa richiamati[36].

Nello specifico, con due ordinanze – succintamente motivate, ma con effetto dirompente – la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni prospettate in relazione all'art. 1385 cc, che non prevede la riducibilità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva[37]. Ciò che qui interessa è il presupposto in base al quale la Corte conclude per la manifesta inammissibilità: grazie al combinato disposto dell'art. 2 Cost., che introduce il dovere di solidarietà, la clausola della buona fede e la disposizione sulla nullità ex art. 1418 cc si riconosce il potere del giudice di intervenire sul contratto e riequilibrarlo. In definitiva, l'art. 2 Cost. assume portata immediatamente precettiva, al punto che esso rientra nel materiale normativo dell'interprete e viene direttamente applicato nei rapporti privati, sebbene veicolato nel canone

[31] *Ex multis*: Cass. Civ., 4 maggio 2009, n. 10182.

[32] In tal senso, a titolo esemplificativo: Cass. Civ., Sez. III, n. 3462 del 2007.

[33] Risultato raggiunto col tempo, come emerge in M. R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti (nota a sent. Cass. Sez. I, 20 aprile 1994 n. 3775, Com. Giuffi c. Soc. Ente Fiuggi)*, in *Giust. Civ.*, 9/1994, p. 1268 ss.

[34] In tal senso: Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in materia di ccdd. *claims made*.

[35] Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, *ex multis*: Cass. Civ., sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462; Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140 e Cass. Civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437.

[36] Come rileva F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 5/2013, p. 3776.

[37] Le questioni sono state prospettate in termini identici da parte del Tribunale di Tivoli con l'ordinanza del 10 ottobre 2012, iscritta al n. 2 del registro ordinanze 2013 e pubblicata in G.U. n. 5, prima serie speciale, 2013 e con l'ordinanza del 3 aprile 2013, iscritta al n. 181 del registro ordinanze 2013 e pubblicata in G.U. n. 35, prima serie speciale, 2013.

di buona fede[38], al punto da determinare la nullità della pattuizione non conforme ad esso. Dunque, la Corte Costituzionale estremizza il precedente orientamento giurisprudenziale, arrivando a qualificare il vizio conseguente alla violazione in termini di invalidità genetica.

L'impostazione, nonostante la bontà dei fini, quantomeno dal punto di vista di una delle parti del sinallagma, non convince la dottrina per una serie di ragioni.

Innanzi tutto, essa sovrappone l'equità alla buona fede: la prima si differenzia dalla seconda in quanto rappresenta un criterio oggettivo di integrazione del contratto, che opera in via suppletiva, vale a dire quando i contraenti non abbiano diversamente stabilito e guarda all'equilibrio delle prestazioni dedotte. Stando così le cose, il giudice non potrà rideterminare l'assetto di interessi definito dalle parti liberamente e consapevolmente in sede di contrattazione, a meno che tale potere non sia contemplato da una disposizione legislativa *ad hoc*, come avviene nella disciplina posta a tutela del consumatore, che consente il rilievo officio della nullità di protezione di cui all'art. 36 Cod. Cons. Nello specifico, l'art. 33, comma 1 Cod. Cons., dopo aver definito la vessatorietà in termini di significativo squilibrio tra diritti e obblighi derivanti dal contratto, rimarca proprio la distinzione concettuale di cui si sta trattando con l'inciso "malgrado la buona fede". Quest'ultima, come già detto, rappresenta una clausola generale, il cui contenuto non può essere definito e quindi conosciuto al momento della stipula; essa, infatti, viene determinata in relazione al comportamento delle parti e alle vicende concrete in cui il rapporto contrattuale si sviluppa.

A tanto si aggiunge la considerazione, fatta propria da una parte della giurisprudenza, secondo cui si finisce per confondere il piano delle regole di validità con quello delle regole di comportamento: le prime interessano il momento genetico della vicenda contrattuale, la cui violazione è sanzionata con il rimedio della nullità; le seconde riguardano lo svolgimento del rapporto tra le parti in concreto, ragion per cui i rimedi esperibili sono quelli previsti per i vizi funzionali[39].

Infine, l'applicazione diretta dei principi e delle clausole generali in funzione correttiva finisce per svilire il ruolo del legislatore nella definizione dei confini dell'autonomia negoziale delle parti, per due ordini di ragioni: in primo luogo, qualunque previsione legislativa sarebbe inutile e superflua, dal momento che sarebbe sempre possibile per l'interprete ricavarla dai principi generali; in secondo luogo, il giudice potrebbe individuare nuovi limiti al potere dei contraenti, anche quando il legislatore non ne abbia introdotti, sempre sulla

[38] Questi riferimenti appaiono invertiti in E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., p. 225 e ss.
[39] In tal senso: Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724.

base dei principi costituzionali, il tutto in assenza di un intervento della Corte Costituzionale in tal senso[40] e, per di più, solo in rapporto alla diversa sensibilità dell'interprete nel caso concreto.

Appaiono convincenti le motivazioni relative alla confusione terminologica e concettuale in cui incorre la Corte Costituzionale e le osservazioni di chi distingue tra rimedi applicabili, diversamente si nutrono riserve in merito all'analisi di sistema, che prospetterebbe – secondo un'efficace espressione – un "nuovo super potere giudiziario"[41] in capo all'organo giudicante. A sostegno di questa tesi, rispetto alle questioni fin qui analizzate, si ricorda che la giurisprudenza ha inteso restrittivamente il potere conformativo del giudice nell'ambito dei rapporti contrattuali per non compromettere il principio dell'autonomia negoziale[42], in un certo senso autoregolandosi. Inoltre, si dimostrerà come rispetto alla funzione legislativa, appare indispensabile il contributo della giurisprudenza per rimediare all'inefficienza e all'immobilità del Parlamento; infine, si osserverà come la Corte Costituzionale sappia difendere le proprie prerogative, quando necessario.

4. (Segue). Buona fede e divieto di abuso del diritto

Fermo restando quanto visto, resta un ulteriore profilo su cui soffermarsi: la buona fede, quale espressione del dovere di solidarietà, difatti, rileva anche come divieto di abuso del diritto. In questo caso, non vi è integrazione del regolamento negoziale, ma correzione di un diritto attribuito, cioè un diritto espresso derivante dal contratto o, più in generale, dalla legge. Nello specifico, per quanto possa sembrare un ossimoro[43], l'abuso del diritto si concretizza ogni volta che un soggetto eserciti un diritto riconosciutogli dall'ordinamento con modalità o scopi non coerenti con esso; in sostanza, esso si manifesta con un'alterazione funzionale dell'atto realizzativo rispetto al potere insito nel diritto, per cui al titolare non viene assicurata la relativa tutela[44].

Preliminarmente, si evidenzia che difetta una disposizione specifica avente ad oggetto il citato divieto all'interno del Codice Civile; unica menzione è contenuta in una norma di settore: l'art. 10 bis dello Statuto del Contribuente (l.

[40] G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, p. 934.

[41] R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro It.*, 1/2014, p. 2039 ss.

[42] Cass. Civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437 (sempre in materia di *claims* made) che attraverso il test della causa in concreto impone di indagare l'equilibrio giuridico (non economico) del contratto o mediante il confronto del singolo contratto con il *tipo legale*, o, laddove si tratti di contratto atipico, con il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2 cc.

[43] G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2004, p. 29.

[44] S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, p. 168 e ss.

27 luglio 2000 n. 212), in cui si stigmatizzano le operazioni prive di sostanza economica, produttive esclusivamente di vantaggi fiscali indebiti, qualificate proprio come abuso del diritto; la fattispecie ricalca perfettamente quanto sopra descritto: apparentemente l'atto corrisponde a un'operazione consentita dalle disposizioni fiscali, ma in realtà esso è funzionalmente alterato.

Essenziali nell'individuazione della categoria di cui si tratta sono: nell'ambito dei diritti reali, l'art. 833 cc e la funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost.; nell'ambito dei diritti obbligatori derivanti da contratto, ancora una volta, la clausola generale di buona fede e il dovere di solidarietà ex art. 2 Cost.

Quanto all'art. 833 cc, si tratta di una disposizione che stigmatizza gli atti emulativi compiuti dal proprietario, vale a dire quelli che in astratto potrebbero corrispondere a forme di godimento del diritto di proprietà, ma che in concreto esulano da esso, realizzando esclusivamente un nocumento nei confronti di altri.

Lasciando da parte le difficoltà applicative della disposizione, il senso è comprensibile facendo leva su due considerazioni: una di carattere storico e una di carattere topografico. In primo luogo, va ricordato il progetto per l'inserimento di una norma generale all'interno del Codice Civile che censurasse l'esercizio del diritto in contrasto con lo scopo per cui lo stesso è conferito, successivamente accantonato[45]; in secondo luogo, la norma è collocata subito dopo la definizione del contenuto del diritto di proprietà: una volta riconosciuta la pienezza e l'esclusività dell'utilizzo e della disposizione della cosa, l'intenzione del legislatore è quella di impedire che il diritto venga esercitato per scopi diversi rispetto alla *ratio* della norma e non meritevoli di tutela.

In origine, la disposizione è stata introdotta con l'intento di assicurare primariamente l'interesse della collettività nell'utilizzo del bene[46], coerentemente con l'impostazione fascista; successivamente, essa si è prestata a una lettura costituzionalmente orientata, mediante il filtro della funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost.

Nell'ambito dei rapporti contrattuali, manca una disposizione analoga all'art. 833 cc, tuttavia, la giurisprudenza ha definito l'abuso del diritto come indice sintomatico della violazione della buona fede e ne ha individuato gli elementi costitutivi: la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che l'esercizio di quel diritto possa essere effettuato con diverse modalità non predeterminate; l'esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della disposizione attributiva, secondo modalità censurabili; infine, la conseguente sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il

[45] S. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 166 e ss.
[46] M. ALLARA, *Atti emulativi*, in *Enc. Dir.*, 1959, IV, p. 34.

sacrificio cui è soggetta la controparte[47].

Rispetto alla categoria in esame, spunti interessanti si traggono dalla vicenda giurisprudenziale della parcellizzazione del credito[48], per cui il richiamo al principio di solidarietà ha svolto un ruolo essenziale, così come il richiamo a un'altra disposizione costituzionale, vale a dire l'art. 111 Cost., che regola il giusto processo. In particolare, la questione riguarda l'ammissibilità di plurime azioni finalizzate all'adempimento del credito, con conseguente moltiplicazione delle spese processuali, defatiganti e scoraggianti per la controparte che debba difendersi in giudizio; l'attenzione si è poi concentrata sull'individuazione dei rimedi esperibili dalla parte convenuta contro chi abbia attivato in maniera abusiva il processo, profilo trascurabile ai fini dell'analisi che si sta conducendo.

Nel caso di specie, attingendo ai principi costituzionali, l'interprete si occupa direttamente del bilanciamento dei contrapposti interessi, in assenza di una specifica disciplina sul punto, o meglio, ridefinendo le modalità di esercizio di un diritto, già riconosciuto dalla legge. Nella motivazione, ritorna il riferimento all'avvenuta costituzionalizzazione del canone generale della buona fede, che, quindi, impone obblighi di protezione nei confronti dell'altra parte anche nella fase successiva all'inadempimento e, in particolare, quando venga attivato un giudizio per ottenere la soddisfazione del diritto derivante dal contratto. Argomento ulteriore è la necessità di garantire – in coerenza con l'art. 111 Cost. – sia la ragionevolezza della durata del procedimento, incompatibile con la moltiplicazione delle domande, sia la giustezza del processo, che viene meno per effetto dell'abuso, concretizzatosi con l'esercizio dell'azione in forme eccedenti e devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale per cui si agisce[49].

Analoghe considerazioni valgono per la questione della cd. nullità selettiva, sempre relativa alla fase patologica del rapporto contrattuale. La categoria è stata individuata nell'ambito dei rapporti di intermediazione finanziaria, in cui le parti sono in una condizione di asimmetria informativa, ragion per cui il legislatore prevede meccanismi di tutela per l'investitore, tra cui la nullità di protezione per violazione della forma scritta del contratto di cui all'art. 23 TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58). In particolare, la giurisprudenza è intervenuta in relazione all'ammissibilità di un potere di selezione da parte dell'investitore degli ordini di acquisto da caducare per effetto della nullità del contratto – quadro, posto a monte delle operazioni di investimento.

[47] Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106,

[48] Le pronunce fondamentali in cui si sono alternate diverse tesi sono state: Cass., Sez. Un., 10 aprile 2000 n. 108; Cass. Sez. Un., 15 novembre 2007 n. 23726; Cass., Sez. Un., 16 febbraio del 2017 n. 4090.

[49] Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007 n. 23726, punto n. 5.

Anche in questo caso, si attinge ai principi costituzionali per definire la questione[50], in maniera simile a quanto avvenuto in materia di parcellizzazione del credito: deve verificarsi se il soggetto utilizzi lo strumento di tutela per conseguire effetti distorsivi ed estranei rispetto alla funzione di riequilibrio impressa dal legislatore, vale a dire arrecando un ingiustificato pregiudizio alla controparte. Nello specifico, la rilettura della nullità, che conserva la sua matrice protettiva, avviene mediante il richiamo alla buona fede, che opera sempre bilateralmente, in funzione di riequilibrio endocontrattuale, conformando anche le modalità di esercizio dei diritti del soggetto debole per definizione, nell'ambito di rapporti strutturalmente asimmetrici.

5. (Segue). Interessi costituzionali e danno esistenziale

Come già evidenziato, ai fini dell'analisi, si traggono argomenti interessanti anche dalle vicende relative all'illecito civile e alla tipicità dei danni non patrimoniali, che si collocano in quell'ipotesi di applicazione diretta sopra indicata come "combinato disposto delle disposizioni costituzionali con norme ordinarie a struttura aperta", e anche da quegli orientamenti secondo cui è possibile individuare diritti inediti a partire dall'art. 2 Cost.

La responsabilità civile costituisce un riferimento necessario per il tema che si sta trattando perché proprio in tale settore Corte Costituzionale e Corte di Cassazione hanno ampliato gli spazi di applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici, sollecitati ad apprestare tutela a interessi, o meglio situazioni giuridiche, anche in mancanza di una specifica disposizione legislativa che li menzionasse.

Per comprendere il senso di questa analisi occorre fornire le coordinate fondamentali in materia di illecito civile, tracciando il tradizionale doppio binario: da un lato, si colloca l'art. 2043 cc, che introduce il principio del *neminem laedere* e si riferisce ai danni di natura patrimoniale, in cui domina l'atipicità; dall'altro, si colloca l'art. 2059 cc, relativo ai danni non patrimoniali, in cui, viceversa, vige il principio di tipicità[51], dal momento che la tutela risarcitoria è riconosciuta solo nei casi determinati dalla legge.

Fatta questa premessa sistematica, può intraprendersi un'analisi di matrice storica, volta a individuare gli argomenti che hanno consentito alla giurisprudenza costituzionale e a quella di legittimità di ampliare l'ambito dei danni risarcibili, con la conseguente tutela di situazioni giuridiche inedite nell'ordinamento, senza passare per una disciplina legislativa specifica[52].

[50] Cass. Civ., Sez. Un., 4 novembre 2019 n. 28314, punto 17.

[51] Impostazione recepita nel Codice del 1942, ma in realtà antecedente allo stesso, come emerge da Cass., Sez. Un., 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, I, 1924, 1, c. 952, per cui il risarcimento di pregiudizi non patrimoniali rappresentava solo un'ipotesi eccezionale e tipica.

[52] Sull'illecito civile come applicazione diretta della Costituzione, in particolare in relazione al

Fondamentale è il riconoscimento della risarcibilità del danno biologico, conseguente alla lesione del diritto alla salute, previsto all'art. 32 Cost. e, più in generale, degli interessi non patrimoniali dell'individuo connessi a diritti costituzionali fondamentali ex art. 2 Cost.

Inizialmente, proprio per l'interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 2059 cc, limitato solo al risarcimento del danno conseguente da reato ai sensi dell'art. 185 cp, in assenza di una disposizione cui ancorare la tutela della salute, la giurisprudenza aggancia la tutela risarcitoria all'art. 2043, limitandola esclusivamente ai riflessi patrimoniali derivanti dalla lesione. Grazie all'intervento della Corte Costituzionale, si afferma per la prima volta, in base al combinato disposto dell'art. 2043 cc con l'art. 32 Cost., la risarcibilità *ex se* del danno biologico[53], identificato con la lesione del diritto alla salute.

Nello specifico, il presupposto di partenza è il riconoscimento della salute "quale diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti privati"[54], per cui la stessa Corte ravvisa la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo di riparazione indipendentemente da ogni riflesso economico, principalmente in base alla diretta applicazione della Costituzione che tutela il diritto alla salute all'art. 32 Cost.

Il dibattito non si ferma a questo punto, anzi, viene arricchito dalla giurisprudenza di legittimità, che riprende le argomentazioni della Consulta sostenendo che le norme costituzionali che garantiscono diritti fondamentali sono "pienamente e direttamente operanti «anche nei rapporti tra privati» (cd. *Drittwirkung*)"[55] e pertanto consentono di estendere la portata dell'art. 2043 cc, letto in combinazione con gli artt. 2 e ss. Cost., fino a ricomprendere il risarcimento di tutti i danni che anche solo potenzialmente ostacolino le attività realizzatrici della persona umana.

In due sentenze gemelle[56] la Corte di Cassazione mette in discussione i presupposti fondamentali dell'impostazione sopra brevemente descritta: viene superata la lettura restrittiva dell'art. 2059 cc, per cui si ammette la risarcibilità

danno biologico e ai ccdd. nuovi diritti: S. MORELLI, *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. Civ.*, 12/1996, p. 546 e ss.; M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, cit., p. 6 e ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 24/2010, p. 17; E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit..; A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque*, in *Quad. cost.*, 2/2009, p. 303 ss.

[53] C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, considerato in diritto n. 11.

[54] C. cost., 26 luglio 1979, n. 88, considerato in diritto n. 2.

[55] Cass. Civ., Sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713, che riconosce, di conseguenza, la risarcibilità del fatto in sé della lesione di valori costituzionalmente garantiti (danno-evento) indipendentemente dalle ricadute patrimoniali della stessa (danno-conseguenza).

[56] Cass. Civ., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828. Successivamente, conferma la nuova lettura: Cass. Civ., Sez. III, 3 luglio 2008, n. 18210.

di tutti i danni non patrimoniali anche di quelli determinati dalla lesione di interessi della persona – non aventi natura economica – che trovino fondamento nella Costituzione, suggerendo la rimeditazione di quell'indirizzo che fondava il risarcimento del cd. danno biologico sul combinato disposto degli artt. 2043 cc e 32 Cost. Successivamente, la Corte Costituzionale recepisce la nuova impostazione e colloca espressamente la tutela per la lesione dell'interesse all'integrità psichica e fisica della persona all'art. 2059 cc[57].

È interessante evidenziare come entrambi i consessi, in un primo momento[58], facciano leva principalmente sulla diretta applicabilità delle norme costituzionali, che riconoscono gli interessi inerenti alla persona e alla sua completa realizzazione, anche nei rapporti privatistici; successivamente, invece, prediligono motivazioni che si fondano sulla lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni codicistiche[59]. Le conclusioni sono pressoché identiche, ma viene modificato il percorso che l'interprete deve seguire per arrivare al riconoscimento di tutela risarcitoria a situazioni inedite per la legge: applicazione diretta in un caso, interpretazione conforme nell'altro. Come si evidenzierà poi, in effetti, anche oggi è difficile la ricostruzione dei rapporti tra i due istituti, in quanto interpretazione conforme e applicazione diretta sono strettamente connessi, al punto da confondersi nel caso concreto[60].

È altresì da rilevare che la Corte Costituzionale per sostenere le soluzioni adottate dalla giurisprudenza per i nuovi danni non patrimoniali richiama ipotesi legislative che si muovono nella stessa direzione, vale a dire nel senso del superamento di una nozione limitata al solo danno morale subiettivo[61]. Ciò che qui interessa è l'idea della Corte Costituzionale secondo cui sia la legge sia la giurisprudenza contribuiscano a dare voce a interessi di rilievo costituzionale: i due strumenti non si contrappongono, ma convivono e vanno coordinati tra loro.

A questo punto, è fondamentale ricordare che lo scopo degli interventi legislativi e giurisdizionali, in quanto espressioni di funzioni pubbliche, è quello di applicare-attuare la Costituzione e tutti i valori in essa contenuti. L'argomento è utile per comprendere quanto avvenuto successivamente alle decisioni

[57] C. cost., 11 luglio 2003, n. 233, considerato in diritto 3.4, che richiama proprio le sentenze gemelle citate.

[58] C. cost., 26 luglio 1979, n. 88 e Cass. Civ., Sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713. Diversamente C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, considerato in diritto n. 11, parla di una "lettura costituzionale" dell'art. 2043, pur richiamando poi la precedente C. cost., 26 luglio 1979, n. 88.

[59] Cass. Civ., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828 e C. cost. 11 luglio 2003, n. 233.

[60] E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., 280 e P. VERONESI, *All'incrocio tra "revisione", "applicazione" e "attuazione"*, cit., p. 298 ss. Più in generale sull'inscindibilità tra interpretazione e applicazione nell'uso giudiziario della Costituzione: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 67.

[61] C. cost. 11 luglio 2003, n. 233, considerato in diritto n. 3.

sopra richiamate: una volta aperte le porte del danno non patrimoniale con il danno esistenziale[62], si moltiplicano le fattispecie tutelate nella prassi applicativa[63].

Si arriva così all'eccesso opposto: si passa da una nozione restrittiva di danno non patrimoniale a una così estesa da ricomprendervi qualsiasi tipo di disagio, anche irrisorio, patito dall'individuo, peraltro senza passare per una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2059 cc, finalizzata a cancellare una volta per tutte il carattere di tipicità insito nella disposizione, con conseguenti incertezze e disparità di trattamento. Come già evidenziato per la buona fede, infatti, si tratta di una valutazione che è rimessa alla sensibilità di ciascun giudice, le cui decisioni sono prive dell'efficacia *erga omnes* o anche solo dell'autorevolezza che contraddistinguono, invece, quelle di accoglimento o interpretative di rigetto della Corte Costituzionale.

Come emerge in quella parte della dottrina preoccupata da queste derive, l'unico modo per arginare la "giurisprudenza alluvionale" successiva è la definizione di un criterio che consenta di selezionare gli interessi, o meglio le posizioni soggettive alle quali riconoscere il rango di diritto costituzionale[64]. In questo contesto irrompono le Sezioni Unite Civili del 2008, che forniscono le coordinate essenziali in materia di danno non patrimoniale[65] con il precipuo scopo di contenere il proliferare incontrollato di azioni dirette a tutelare situazioni non costituzionalmente rilevanti e a ottenere il risarcimento dei ccdd. danni bagattellari[66]. In particolare, a parere del supremo consesso è indispensabile la lesione di un diritto inviolabile della persona, vale a dire un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, che presenti i caratteri della serietà e della gravità, da accertarsi in concreto. In questa occasione viene evidenziata la necessità che il giudice effettui un bilanciamento tra opposti principi: solidarietà verso il danneggiato e tolleranza verso il danneggiante rispetto a pregiudizi futili che ciascuno, in quanto inserito nel contesto sociale, deve accettare[67].

[62] Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, punto n. 6.

[63] *Ex multis*: Cass. Civ., Sez. III, 02/04/2001 n. 4783 individua il danno esistenziale nella sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, che abbia atteso lucidamente anche per poche ore la propria morte; Cass. Civ., Sez. lav., 3 luglio 2001, n. 9009 sostiene la risarcibilità del danno derivante dal mancato godimento del riposo settimanale; Cass. Civ., Sez. lav., 4 giugno 2003, n. 8904 riconosce il risarcimento del danno anche alla vita di relazione causato dal demansionamento.

[64] E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 286 e 287.

[65] Cass. Civ. Sez. Un., 11/11/2008, n.26972/3/4/5. Successivamente, la Corte interviene e si sforza di fornire criteri unitari in materia di danno non patrimoniale, come ord. Cass. Civ., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513, cons. in diritto 5.10, che contiene un vero e proprio decalogo.

[66] Tra i pregiudizi di "dubbia serietà" menzionati da Cass. Civ. Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972, punto n. 3.2 della motivazione: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il mancato godimento della partita di calcio in televisione determinato dal black-out elettrico.

[67] Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n.26972, punto 3.11 che richiama a questo proposito

Nello specifico, emerge l'esigenza di garantire quantomeno la tutela risarcitoria[68] a tutte le situazioni giuridiche connotate da inviolabilità, ossia quelle che non possono essere messe in discussione senza sovvertire l'ordine costituzionale[69]. Ciò vale anche per interessi inediti, emersi nella realtà sociale, attinenti a posizioni inviolabili della persona[70] e alla sua dignità, che vengano individuati in via interpretativa, mediante una lettura aperta dell'art. 2 Cost.[71], cui aderiscono espressamente le Sezioni Unite sopra citate.

La conclusione, accolta più o meno unanimemente, è che la categoria dei diritti inviolabili sia dotata di capacità espansiva autopoietica, per cui nuovi interessi possono essere tutelati, ma soltanto se trovino un riscontro positivo o comunque presentino una matrice comune alle situazioni giuridiche relative alla persona menzionate espressamente in Costituzione[72].

L'individuazione di questo criterio consente di ridurre il margine di discrezionalità dell'interprete, prevenendo arbitrii e abusi da parte di quest'ultimo e garantendo maggiore certezza e prevedibilità delle soluzioni adottate. Le nuove situazioni giuridiche non rappresentano altro che nuovi profili di interessi contemplati già dalla Costituzione, il ruolo dell'interprete è il loro adeguamento alle esigenze di tutela espresse nel caso concreto o anche "l'inveramento del valore costituzionale nel fatto"[73].

Da tali considerazioni sembrerebbe la stessa giurisprudenza l'antidoto[74]

l'art. 2 Cost.

[68] Non sufficiente per E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 283. C'è chi ritiene, invece, che la tutela potrebbe essere efficace se si riconoscesse al risarcimento anche una funzione sanzionatoria-deterrente, ammettendo cioè i cd. danni punitivi, A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale*, cit., 306. Non si concorda con tale impostazione dal momento che, come evidenziato da Cass. Civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, per quanto non incompatibili in termini assoluti con il nostro sistema, i danni cd. punitivi sono ammessi solo in base di una legge che li contempli, ex artt. 25, comma 2 Cost, 7 CEDU e 23 Cost., non si vede quindi come possa il giudice, riconosciuta la rilevanza costituzionale di una situazione giuridica legislativamente inedita, poi associarvi una tutela di questo tipo.

[69] La Corte Costituzionale - anche se ad essere precisi discorre di "diritti fondamentali" e non di "diritti inviolabili" - ha adoperato tale impostazione per la cd. teoria dei controlimiti, che limita l'incidenza e la prevalenza dell'ordinamento europeo sull'ordinamento interno (C. cost. 18 dicembre 1973, n. 183, considerato in diritto n. 9).

[70] Cass. Civ. Sez. Un., 11 novembre 2018, n.26972, punto n. 2. 14.

[71] Sul dibattito relativo alla lettura aperta o chiusa dell'art. 2 Cost., *ex multis* a favore della prima: G. BARBERA, *Art. 2*, in Commentario alla Costituzione; *contra*: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Come evidenziato in dottrina, il problema dell'accoglimento di una lettura aperta "incondizionata" si pone perché il riconoscimento di un nuovo diritto corrisponde sempre all'insorgenza di correlativi obblighi a carico di altri, senza alcun aggancio testuale in Costituzione: E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, Annali VII, 2014, p. 354; R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 86.

[72] E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, cit.

[73] R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa*, cit., p. 301.

[74] G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2018, p. 330.

all'attivismo giurisdizionale che, in casi limite, ha destato il sospetto di una illegittima usurpazione nelle scelte in materia di diritti, al di fuori del circuito democratico, con esautoramento del Parlamento, e al di fuori del controllo di costituzionalità.

Il ruolo cruciale del giudice comune non deve sorprendere: la stessa Corte Costituzionale ne ha valorizzato l'attività interpretativa; ancora prima, essa ha evidenziato che in situazioni di carenza legislativa spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei diritti costituzionali coinvolti nel caso concreto, fermo restando che, in generale, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio rientri primariamente tra le valutazioni riservate al legislatore[75].

Un'impostazione di questo tipo, in cui l'organo di legittimità costituzionale investe il giudice affinché selezioni e bilanci i contrapposti interessi del caso concreto, è coerente con un ordinamento in cui quest'ultimo è giudice dei diritti individuali[76] che sentenzia sulla base della domanda del singolo, mentre la Corte Costituzionale è giudice delle leggi che si pronuncia su ricorso incidentale – fermi restando gli effetti connessi al requisito della rilevanza – senza perdersi in questioni di "micro-conflittualità giudiziaria"[77].

A tal proposito, comunque non possono trascurarsi le preoccupazioni di chi[78] vede in un uso disinvolto del testo costituzionale il pericolo di mettere in discussione i fondamenti del nostro sistema accentrato di giustizia costituzionale, sebbene sia innegabile che diversi sono gli strumenti, gli scopi e gli esiti delle attività dei due organi, come concepiti dai Costituenti. L'eliminazione dall'ordinamento di una specifica interpretazione con efficacia *erga omnes*, mediante la dichiarazione della parziale illegittimità della legge impugnata, ma più in generale la perdita di vigenza di una disposizione richiederà sempre un intervento ablativo dell'organo di costituzionalità, in coerenza con un sistema di tipo accentrato; esso non riguarda direttamente la regolazione del caso concreto, ma attiene alla coerenza strutturale dell'ordinamento giuridico, che per l'appunto non interessa il giudice di merito, ma il giudice delle leggi.

Con il tempo, la Corte Costituzionale mostra una maggiore consapevolezza rispetto a tali profili: pur avendo promosso – a tratti forzato – il rapporto diretto dei giudici di merito con il testo costituzionale, delegando loro il bilanciamento di interessi, ha rivendicato per sé un ruolo centrale nel sistema di giustizia costituzionale in materia di diritti della persona, anche quando debba scrutinarsi la disposizione interna alla luce del diritto dell'Unione Europea[79],

[75] È quanto si legge in C. cost. 26 settembre 1998, n. 347, considerato in diritto n. 4.
[76] Come sostiene R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti?*, cit., p. 634.
[77] A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale*, cit., p. 12.
[78] E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 274 e ss.
[79] C. cost., 14 dicembre 2017, n. 269, considerato in diritto n. 5.2 e C. cost. 21 febbraio 2019, n.

rispetto al quale era stato riconosciuto il potere diffuso di disapplicazione della norma interna contrastante.

6. La regola del caso: combinazione o bilanciamento

Dalla rassegna giurisprudenziale condotta con riferimento alle clausole generali e all'illecito civile, in taluni casi è emersa la confusione terminologica che spesso connota la ricostruzione del ragionamento seguito dall'interprete, parlandosi indistintamente di interpretazione conforme e applicazione diretta di norme costituzionali. Occorre quindi definire la prima e indagarne i rapporti con la seconda, per quanto entrambe possano considerarsi forme di attuazione della Costituzione e quindi risvolti dello stesso fenomeno.

L'obbligo di interpretazione conforme è l'obbligo in virtù del quale, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il giudice deve tentare di ricavare dalla disposizione un significato compatibile con la Costituzione. Traducendo il tutto in termini matematici, è possibile costruire una relazione con i termini (a) giudice – (b) legge – (c) Costituzione, nella quale (a) è soggetto a (b) per espressa previsione dell'art. 101, comma 2 Cost.; (b) a sua volta è soggetto a (c). Per la proprietà transitiva, ne deriverà quindi che (a) sarà anche soggetto a (c).

Il riferimento giurisprudenziale fondamentale del citato obbligo è la sentenza di inammissibilità n. 356 del 1996, con cui la Corte afferma che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali"[80].

Già precedentemente, tuttavia, era stato evidenziato che le questioni interpretative costituiscono mezzo e non fine[81] del giudizio di costituzionalità, tant'è che la stessa Corte inizia ad avvalersi delle sentenze interpretative per mettere in comunicazione il mondo della legalità legale – presieduto dai giudici comuni – e quello della legalità costituzionale[82] – presieduto dalla Corte Costituzionale, evitando inutili incidenti di costituzionalità. Con il tempo, a tali sentenze si affiancano quelle di inammissibilità, con cui viene censurato l'operato dell'interprete che non abbia tentato l'interpretazione conforme prima di sollevare la questione.

Proprio per le peculiarità di tale obbligo, di cui mancano riferimenti

20, considerato in diritto 2.1; sulle diverse sfumature delle due pronunce: T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte Costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi*, 3/2020, p. 131 e 132.

[80] C. cost., 22 ottobre 1996, n. 356, considerato in diritto n. 4.

[81] C. cost. 5 luglio 1956, n. 19, per cui: "in tale sede la esatta interpretazione deve essere mezzo al fine, ma non può costituire l'oggetto principale della pronuncia".

[82] E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione*, cit., p. 7

specifici nel diritto positivo, esso è stato inteso diversamente in dottrina: c'è chi lo ha classificato come terza condizione per sollevare la questione[83], che si aggiunge alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza; altri, invece, lo hanno collocato nell'ambito della valutazione della non manifesta infondatezza[84], che da mera delibazione si converte in un giudizio di legittimità che doppia quello della Corte Costituzionale (anche se con esiti diversi rispetto a quest'ultimo); infine, c'è chi lo ha inquadrato nell'ambito dell'attività ermeneutica ordinaria svolta dall'interprete[85], che potrà adire la Corte Costituzionale solo quando la disposizione non si presti a una lettura costituzionalmente conforme[86]; più precisamente, da alcuni è stato evidenziato che l'impossibilità di interpretazione conforme rappresenta il presupposto stesso perché di dubbio[87] di legittimità possa parlarsi, si tratterebbe, quindi, di una valutazione precedente a quella richiesta dall'art. 23 della l. 11 marzo 1953 n. 87.

In tempi più recenti, è mutata la prospettiva, tant'è che taluni parlano di "rovesciamento" del canone[88]: dopo aver responsabilizzato i giudici di merito, sanzionandoli con l'inammissibilità della questione a fronte della possibilità di un'interpretazione conforme, la Corte rimodula l'obbligo in esame. In particolare, pur preservando la scelta del giudice di sollevare comunque la questione di legittimità quando disponga di un'alternativa, (ri)colloca sotto la propria lente la verifica dell'esistenza e della legittimità dell'opzione interpretativa scartata[89]. Spingendosi oltre, la Corte completa – o forse corregge – la regola enunciata nella sentenza 356 del 1996, imponendo il proprio scrutinio anche sulla mera percorribilità della soluzione che non ha convinto il giudice *a quo*[90]. Tale

[83] R. ROMBOLI, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione "adeguatrice" e l'applicazione diretta)*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del seminario di Palermo 28 -29 maggio 1998*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 202. Cfr. anche: A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 183.

[84] G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, 155.

[85] R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, cit., p. 219. Sostiene la tesi del criterio sistematico, considerandola ipotesi fisiologica dell'ordinamento anche A. ANZON, *"Diffusione" del controllo di costituzionalità o "diffusione" del potere*, cit., p. 380.

[86] M. R. MORELLI, *Il ruolo del giudice tra interpretazione adeguatrice e corretto accesso al giudizio incidentale costituzionale*, in *Corr. giur.*, 11/1994, p. 1398, che valorizza l'utilizzo del criterio gerarchico nella ricostruzione dei rapporti tra Costituzione e legge.

[87] M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 44, nota n. 43; quest'ultimo, inoltre, ricostruisce i rapporti tra Costituzione e legge non tanto in termini di rapporto gerarchico, quanto assiologico, che opera solo sul piano ermeneutico, senza incidere sulla validità delle norme.

[88] S. STAIANO, *Corte Costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi*, 3/2021, p. 104.

[89] C. cost., 5 novembre 2015, n. 221, considerato in diritto n. 3.3.

[90] C. cost. 24 febbraio 2017, n. 42, considerato in diritto n. 2.2.

impostazione è ripresa successivamente[91]: nonostante la possibilità di un'interpretazione conforme, il giudice che la ritenga impraticabile o non condivisibile deve comunque ricorrere alla Corte Costituzionale, l'unica cui spetta di vagliare la disposizione.

Una volta inquadrato anche il canone dell'interpretazione conforme e percorso brevemente la differente incidenza dello stesso sull'attività ermeneutica del giudice, occorre tracciarne la distinzione rispetto all'applicazione diretta: con il primo esiste una disposizione di legge applicabile al caso concreto, che l'interprete deve osservare; con la seconda, invece, manca proprio un riferimento legislativo, per cui il giudice attinge direttamente alla Costituzione per individuare la regola del caso concreto.

Il discorso sull'interpretazione conforme per cui la Costituzione entra nel materiale normativo in base al quale deve svolgersi l'esegesi della disposizione e che implica un rapporto diretto del giudice comune con la Costituzione può traslarsi all'applicazione diretta: anche in quest'ultimo caso l'interprete non può orientare la propria decisione senza tener conto (anche) dei precetti costituzionali, con la differenza che la regola non deriva dalla legge interpretata alla luce della Costituzione, ma viene costruita esclusivamente con quest'ultima. Volendo riprendere la relazione matematica sopra esposta, mancherà l'elemento (b), per cui i rapporti tra (a) giudice e (c) Costituzione potranno ricostruirsi non tanto con la regola transitiva, ma in termini diretti come soggezione di (a) a (c), grazie al riconoscimento di forza normativa propria alla Costituzione.

In pratica: se l'interprete deve rispondere alle parti e individuare la regola del caso coerente col sistema, per rimediare alle lacune legislative dovrà valorizzare l'intero bagaglio normativo di cui dispone, soprattutto quello che si colloca ad un livello superiore e che lo orienta anche quando vuoti legislativi non ci sono. Non sarebbe coerente con l'obbligo di interpretazione conforme, o più in generale con il riconoscimento della forza normativa della Costituzione, negarne l'applicazione diretta nel caso concreto[92], solo per il timore di abusi dell'interprete, come già dimostrato.

A chiusura delle considerazioni esposte, si evidenzia che c'è chi[93] ha ricostruito i rapporti tra interpretazione conforme e applicazione diretta in termini dinamici e strettamente connessi, fissando come momento cruciale dell'attività

[91] C. cost., 18 luglio 2019, n. 189, considerato in diritto n. 9.1; C. cost., 5 febbraio 2020, n. 11, considerato in diritto n. 3.3.

[92] Ecco perché c'è chi ritiene che la cd. *Drittwirkung* rappresenti solo un falso problema, dal momento che a tutti, soggetti pubblici e privati, si impongono le norme costituzionali, v. R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, cit., p. 70.

[93] O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 420 e ss.

dell'interprete la saldatura di elementi normativi, cd. normogenesi. Essa presuppone lo sforzo da parte dell'organo giudicante di conciliare i significati enucleabili dalla legge ordinaria con i significati derivanti dalla disposizione costituzionale, a sua volta testo da interpretare[94].

Con l'interpretazione conforme sarà possibile saldare le norme di rango differente, creando una nuova norma, che regolerà il caso concreto; solo ove tale operazione fallisca o non convinca il giudice di merito, sarà necessario adire la Corte Costituzionale per la rimozione di quella disposizione ordinaria i cui significati non sono compatibili con il livello gerarchico superiore; si tratta di un meccanismo imprescindibile perché esso rappresenta il punto di equilibrio del sistema ed evita di sconfinare in un eccesso di "diffusione"[95]. Nell'ipotesi di applicazione diretta, invece, gli elementi normativi si desumono direttamente dal testo costituzionale: in questo caso prevale il bilanciamento tra contrapposti interessi - tutti di rilievo costituzionale e non composti dalla legge ordinaria – alla combinazione di significati.

È quanto emerso nelle vicende sopra analizzate: quando la legge non ha già regolato il caso concreto, in assenza di elementi normativi da cui ricavare la decisione coerente con la Costituzione (interpretazione conforme), il giudice dovrà necessariamente soppesare gli interessi costituzionali sottesi alla vicenda concreta e trovare egli stesso, come avrebbe fatto il legislatore sul piano generale e astratto, il corretto bilanciamento.

7. Conclusioni

Si ritorna qui al problema accennato in premessa e che è emerso a più riprese nel corso della trattazione: non sempre è netta la distinzione dei momenti che concorrono al ragionamento dell'interprete[96], ne deriva quindi la difficoltà di intendere in senso univoco l'espressione "applicazione diretta", "può essere che la norma Costituzione costituisce fonte immediata della regola del caso concreto; può essere che essa intervenga nella costruzione della premessa maggiore del ragionamento del giudice guidando in senso costituzionale l'interpretazione della legge da applicare; può essere che serva ad invalidare la

[94] Segue tale impostazione anche R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione,* cit., p. 14. *Contra*: A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come meta criterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 499 e M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., p. 69.

[95] M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"* in *Foro amm.*, suppl. 7–8/2007, p. 93 e ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé". Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. Soc.*, 4/2018, p. 649.

[96] F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione*, cit., p. 19 e ss.

disposizione contrastante (e non componibile in via ermeneutica), salvo poi risolvere il problema di reperire la norma del caso (per *analogia legis*, per *analogia juris*, in via equitativa ecc.)"[97].

L'unica certezza è che la Costituzione sia un dato imprescindibile per rispondere a un'istanza concreta, cui è sotteso un interesse che riflette i diritti inviolabili della persona: le norme costituzionali rientrano nel materiale normativo che il giudice deve utilizzare per riconoscere, rafforzare o estendere la tutela della parte che ha instaurato il giudizio.

Tirando le fila di questo contributo, le preoccupazioni avanzate da taluni si collocano sui possibili squilibri nell'ordinamento delineato dai Costituenti, in particolare su due diversi fronti: rispetto al ruolo della Corte Costituzionale e rispetto al ruolo del Parlamento. Per quanto fondate, esse sembrerebbero superabili, cogliendo la complessità dei rapporti tra funzioni.

In primo luogo, non si vede come possa venire esautorato il ruolo proprio della Corte Costituzionale da un'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali, con conseguente trasformazione del sistema accentrato in uno di tipo diffuso, giacché nessun giudice dispone del potere di annullamento *erga omnes* delle disposizioni che contrastino con la Costituzione. Pur utilizzando direttamente la Costituzione, nessun giudice potrà sottrarsi all'obbligo di cui all'art. 101, comma 2 Cost, pertanto due sono le alternative: se c'è una disposizione di legge dovrà applicarla, a meno che essa non sia incostituzionale, caso in cui dovrà sollevare l'incidente di costituzionalità[98]; se la materia è inedita, invece, potrà ricostruire la regola del caso per rispondere alla domanda di parte, valorizzando anche le norme costituzionali. Depongono in tal senso le pronunce con cui la Corte, anziché accogliere la questione di legittimità costituzionale, o invita il giudice a reinterpretare la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale (come avviene nelle ipotesi di inammissibilità per omessa interpretazione conforme) o recepisce soluzioni già fatte proprie dalla giurisprudenza (rigettando il ricorso per infondatezza).

Non si può negare che l'accentuazione degli elementi di diffusione connaturati al sistema rechi degli inconvenienti: da un lato, l'interpretazione conforme e l'applicazione diretta favoriscono soluzioni immediate per il caso concreto; dall'altro, rischiano di determinare incertezza e imprevedibilità delle stesse, nonché disparità di trattamento rispetto a situazioni identiche. L'interpretazione conforme senza adire la Corte Costituzionale non elimina definitivamente le interpretazioni illegittime alternative, alle quali altre autorità potrebbero accedere; inoltre, non può garantirsi sempre l'omogeneità degli

[97] R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione*, cit., p. 14.

[98] R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 4/2016, p. 6.

orientamenti, per cui le soluzioni finirebbero per dipendere dalla sensibilità di ciascun interprete. Su quest'ultimo profilo, tuttavia, c'è chi ha evidenziato come la stessa giurisprudenza, attribuendo rilevanza al precedente in materia di diritti fondamentali, abbia saputo fornire una soluzione al problema della certezza degli esiti dell'attività dell'interprete, perseguendo uno "stabile assetto interpretativo"[99].

È probabile che proprio il rischio in esame abbia spinto la Corte a rimarcare la centralità del proprio ruolo all'interno del sistema rispetto ad entrambi gli istituti esaminati: nella sua rinnovata ricerca di legittimazione ha sottolineato la necessità di soluzioni *erga omnes* - ad essa riservate - spesso decidendo anche oltre i limiti dalla stessa fissati precedentemente rispetto all'attività legislativa. È quanto emerge, per esempio, in ambito penale, in cui si assiste al superamento della dottrina delle cd. rime obbligate, con creazione di norme da parte della Corte per far fronte all'inerzia del legislatore. È evidente che in tale settore il principio di legalità e i suoi corollari, impediscono di appellarsi a forme di applicazione diretta della Costituzione che sarebbero sovversive: la creazione di norme da parte dell'autorità giudiziaria, anche ove necessaria a decidere il caso concreto, sarebbe intollerabile; a ciò si aggiunge l'opportunità di una valutazione generale e più autorevole rispetto a quella del singolo giudice, limitata sempre al giudizio di merito. Si innesta, quindi, un diverso problema che non interessa direttamente l'autorità giudiziaria, ma attiene alla natura della Corte Costituzionale, nello specifico rispetto alle prerogative del legislatore, e riguarda la possibilità di includere nella funzione di garanzia costituzionale anche l'esercizio di un'attività paralegislativa.

La tendenza al ri-accentramento non sminuisce l'autorità giudiziaria, anzi potrebbero permanere i dubbi manifestati sul rischio di un eccesso di diffusione nel sistema: perché si attivi l'incidente di costituzionalità occorre sempre un'ordinanza di rimessione del giudice, il quale ritenga di non disporre dei mezzi adeguati a risolvere la questione. Allo stesso modo, l'applicazione in concreto dell'interpretazione proposta dalla Corte Costituzionale – ciò vale nel caso di rigetto e sopravvivenza della disposizione allo scrutinio – dipende sempre dai giudici comuni, oltre che dalla persuasività delle motivazioni delle decisioni dell'organo di costituzionalità. Alla fine, sembrerebbe che il processo di ri-accentramento attivato dalla Corte si alimenti comunque tramite l'autorità giudiziaria - sebbene sollecitata e indirizzata attraverso le decisioni emesse

[99] Le parole sono riprese da C. cost. 26 marzo 2015, n. 49; sull'antinomia certezza del diritto – applicazione giudiziaria della Costituzione: G. GEMMA, *Applicazione giudiziaria della Costituzione e certezza del diritto*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 472 e ss.; sulla soluzione elaborata in giurisprudenza: C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2019, p. 562.

all'esito del giudizio costituzionale.

Tale considerazione sposta l'attenzione su un altro profilo: l'estensione e le caratteristiche della funzione giurisdizionale dipendono dal ruolo svolto dalla Corte Costituzionale; in particolare, è decisivo capire chi sia il "giudice dei diritti" all'interno del sistema. La scelta di fondo sembra essere chiara: l'autorità giudiziaria deve occuparsi della garanzia dei diritti nel caso concreto, applicando la legge, che rappresenta lo strumento con cui il legislatore si occupa dell'esplicazione degli stessi. È chiaro, tuttavia, che nella prassi il modello non sempre è facilmente perseguibile, principalmente per il malfunzionamento e il ritardo del Parlamento[100]. La Corte Costituzionale interverrebbe solo in via residuale laddove il giudice non possa o riesca tramite l'interpretazione della legge a fornire alcuna tutela, nel solco di un'inerzia legislativa, con una pronuncia additiva, o nel caso di un irragionevole bilanciamento tra contrapposti interessi, con un intervento caducatorio o correttivo.

Anche rispetto al ruolo del Parlamento non può farsi a meno di evidenziare la diversità degli strumenti del giudice comune: nonostante la valorizzazione di stabili assetti interpretativi, le soluzioni elaborate per risolvere casi concreti non hanno la forza di innovare l'ordinamento nelle stesse modalità con cui è possibile mediante l'introduzione di una legge. In più, per il singolo interprete c'è sempre la possibilità di discostarsi dal precedente con adeguata motivazione; se non fosse così d'altronde non si porrebbe proprio il problema di certezza del diritto sopra prospettato. Coglie nel segno chi, consapevole del superamento del monopolio del legislatore nell'attuazione della Costituzione, descrive la complessità dei rapporti tra le due funzioni in termini piramidali: al vertice, si colloca la norma fondamentale; alla base, si affiancano funzione legislativa e giurisdizionale[101], ispirate dalla Costituzione, che quindi contribuiscono ad attuare.

Potrebbe leggersi il rapporto tra giurisdizione, legislazione e garanzia costituzionale mediante la lente del principio di leale – e virtuosa – collaborazione, recentemente richiamato nei rapporti tra la Corte Costituzionale e le altre istituzioni[102]. Per come è configurato l'intero sistema, a prescindere dalle deviazioni emerse nella prassi, non può negarsi che il contributo della giurisprudenza nell'individuare e definire situazioni giuridiche, inedite per la legge, ma meritevoli di tutela, appare indispensabile, perché soltanto nelle aule di tribunale, laboratorio cui contribuisce anche l'avvocato[103], esse possono trovare per

[100] Questo profilo è affrontato diffusamente in: R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, cit., p. 633 e ss., che individua anche le ulteriori deviazioni dal modello.

[101] M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici davanti alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, p. 15.

[102] M. CARTABIA, *Relazione del presidente sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, disponibile all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, p. 6 e ss.

[103] G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl*, 1/2017, p. 35.

la prima volta compiutamente attenzione; non a caso, il legislatore, spesso, si limita a recepire e a meglio precisare soluzioni già emerse nella pratica. Alla fine, poi, anche quando sembra essere messo in discussione il ruolo del Parlamento o quando pare che il giudice si sia spinto oltre quelle situazioni connotate da inviolabilità, è proprio l'intervento della Corte Costituzionale a riportare in asse l'intero sistema frenando il giudice e richiamando l'attenzione del legislatore[104].

A tanto va aggiunto che la tendenza è verso la creazione di una sinergia e di una coerenza tra i diversi organi, la cui funzione sia l'attuazione dei valori costituzionali, con reciproco condizionamento: dove non arriva il legislatore interviene, anticipandolo, il giudice, se i mezzi a sua disposizione glielo consentono; diversamente, si rivolgerà alla Corte Costituzionale, che ha dimostrato la capacità di individuare di volta in volta gli strumenti necessari a sollecitare l'intervento del Parlamento, in prima battuta[105]; poi, quelli volti a soddisfare direttamente un'esigenza di tutela, mutando veste e in sostanza, decidendo anche il caso concreto.

[104] *Ex multis*: C. cost., 4 novembre 2020 n. 230, considerato in diritto n. 8.
[105] Come avvenuto con C. cost. 27 ottobre 2018, n. 207 e C. cost., 9 giugno 2020 n. 132.

SISTEMA DELLE FONTI E NUOVE TECNOLOGIE. LE RAGIONI DI UNA RICERCA DI DIRITTO COSTITUZIONALE, TRA FORMA DI STATO E FORMA DI GOVERNO[*]

ANDREA SIMONCINI[**]

Sommario

1. Il potere tecnologico e il suo carattere costituzionale. – 2. Come regolare il nuovo potere? Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo. – 3. Il ruolo delle autorità indipendenti: nuove ragioni per la loro costituzionalizzazione.

Abstract

With the emergence of the technological revolution, the centres of law production and the subjects called upon to implement or monitor compliance with it multiplied. With one consequence: the transfiguration of the system of sources, the form of state and form of government change. In other words, the relationship between authority and freedom and the forms of distribution of public power changed, with a renewed prominence of independent authorities.

Suggerimento di citazione

A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione introduttiva tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: andrea.simoncini@unifi.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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 potere tecnologico e il suo carattere costituzionale

Risale all'inizio del mese di agosto la notizia di un attacco senza precedenti al sistema informatico della Regione Lazio. In quel frangente sono rimasti bloccati per alcuni giorni i servizi del sistema sanitario regionale, il tutto in piena emergenza connessa alla pandemia mondiale di Covid-Sars[1].

Questa notizia di cronaca è solo una delle ultime in ordine di tempo a testimonianza di un fenomeno crescente e conosciuto come *cyber-crime*, termine entrato ormai nel lessico ordinario tanto che l'Enciclopedia Treccani lo ha inserito nel suo dizionario *online* con questa definizione: "*Reato nel quale la condotta o l'oggetto materiale del crimine sono correlati a un sistema informatico o telematico, ovvero perpetrato utilizzando un tale sistema o colpendolo (rispettivamente, si parla di computer as a tool e computer as a target)*"[2].

La diffusione travolgente delle nuove tecnologie nel settore dell'informazione e delle comunicazioni (le cosiddette ICT[3]) sta facendo sì che questi strumenti stiano diventando letteralmente indispensabili per lo svolgimento delle nostre attività. Dalle funzioni più semplici legate alle preferenze della singola persona, a quelle più complesse riguardanti la gestione di interessi e funzioni collettive, fino al governo di intere popolazioni, un numero sempre maggiore di funzioni (pubbliche e private) sono realizzate attraverso mezzi tecnologici.

In effetti, questa considerazione, in sé, potrebbe non avere nulla di sorprendente.

Tutta l'evoluzione umana e le condizioni di vita nelle quali attualmente ci troviamo sono frutto di una costante relazione tra l'umano e la tecnologia[4].

La caratteristica che rende, però, peculiare il tempo che viviamo, riguarda, da un lato, il *tipo* di cultura tecnica impiegata – quella nata a seguito della cosiddetta rivoluzione cibernetica[5] – cultura che implica *intrinsecamente* un

[1] Ne dà conto il sito web della Regione Lazio, identificando come data quella del 30 luglio 2021: https://www.regione.lazio.it/notizie/attacco-hacker.

[2] La voce è inserita nel *Lessico del XXI secolo* dell'Enciclopedia. Cfr. https://www.treccani.it/enciclopedia/cybercrime_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/#:~:text=cybercrime%20s.,e%20computer%20as%20a%20target).

[3] Ovvero tecnologie, di uso generale, riguardanti i sistemi integrati di telecomunicazione, che a partire dagli anni Novanta del secolo scorso hanno posto le basi per la Quarta Rivoluzione industriale. Cfr. K. SCHWAB, P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, Monaco, 2016; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

[4] Cfr. l'intervista a Carlo Sini "La cosa in sé: una superstizione moderna" in http://www.inattuale.paolocalabro.info/2012/03/la-cosa-in-se-una-superstizione-moderna.html, ultima consultazione 04/02/2019); G. BUCCELLATI, *All'origine della politica. La formazione e la crescita dello Stato in Siro-Mesopotamia*, Milano, 2013; A. LEROI-GOURHAN, *Evoluzione e tecniche*, Milano, 1993.

[5] N. WIENER, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, 1948; Cfr. anche V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Milano, 1968; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto,* n. 1/2019, 63 ss.

riflesso sull'ordine politico[6]; dall'altro, la *trasversalità* di questa strumentazione tecnologica che, producendo decisioni[7] – e non solo *mezzi* per eseguire decisioni – può applicarsi a qualsiasi ambito della esistenza umana.

Ad acutizzare questo quadro già estremamente significativo, è intervenuta la pandemia da Covid-19 che nel 2020 ha colpito il mondo accentuando ancor più visibilmente questa già evidente forma di dipendenza tecnologica.

Moltissime dotazioni tecnologiche oggi rappresentano l'architettura indispensabile di servizi di interesse pubblico generale: si pensi, all'esempio già citato del servizio sanitario regionale, ma altrettanto potremmo dire per la gestione delle telecomunicazioni, dell'energia[8], dei trasporti[9], dei sistemi giudiziari[10], degli apparati militari[11]; ma ancor più profonda è la dipendenza tecnologica del sistema economico, sia nella dimensione produttiva (la cosiddetta industria 4.0) sia nei servizi (nei settori creditizio, finanziario, assicurativo), tanto da aver suggerito la nota definizione di "capitalismo di sorveglianza"[12].

La ragione profonda della diffusione esponenziale di queste tecnologie è complessa ed eccede sicuramente lo scopo di queste brevi note introduttive; in sintesi, qui possiamo limitarci ad osservare che essa va ricercata in due dimensioni: quella della *velocità* e della *convenienza*.

[6] H. MARCUSE, *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*, con introduzione di Douglas Kellner, II ed., Boston, 1991, 3 ss., dove afferma: «una confortevole, levigata, ragionevole, democratica non-libertà, prevale nella civiltà industriale avanzata, segno di progresso tecnico. In verità, che cosa potrebbe essere più razionale della soppressione dell'individualità nel corso della meccanizzazione di attività socialmente necessarie ma faticose (…). Che questo ordine tecnologico comporti anche un coordinamento politico ed intellettuale è uno sviluppo che si può rimpiangere, ma che è tuttavia promettente» (nostra la traduzione).

[7] La definizione contenuta all'art. 3, par. 1, n. 1, della Proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 recita: ""sistema di intelligenza artificiale" (sistema di IA): un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o *decisioni* che influenzano gli ambienti con cui interagiscono" (nostro il corsivo).

[8] Si veda l'attacco *hacker* sferrato il 7 maggio 2021 alla *Colonial Pipeline*, oleodotto di quasi 9.000 chilometri che trasporta 3 milioni di barili di carburante al giorno da Houston a New York. Vd. https://www.nytimes.com/2021/05/14/us/politics/pipeline-hack.html.

[9] Si pensi all'uso di sistemi di intelligenza artificiale nel settore dei trasporti, nei servizi di volo o nel settore nautico.

[10] Per una valutazione dell'impatto delle nuove tecnologie digitali sul processo si veda E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, in corso di pubblicazione nel volume degli atti del convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa dal titolo "*Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*" (Genova 18-19 giugno 2021).

Il riferimento è, in particolare al processo telematico introdotto nella giustizia civile e amministrativa, nonché a quello di prossima introduzione nella giustizia penale.

[11] Cfr. C. CUCCO, D.MAURI, *Omicidi mirati a mezzo drone: brevi riflessioni a margine del caso "Lo Porto" tra diritto penale e diritto internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 5/2018, 65 ss.

[12] S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019, *passim*.

Oggi, grazie a sistemi di computazione sempre più sofisticati (la nuova frontiera è rappresentata dai computer quantistici) è possibile far circolare ed elaborare quantità ma viste prima di informazioni. Esiste una vera e propria legge empirica[13] secondo la quale ogni diciotto mesi la complessità e le performance dei microprocessori (alla base dei computer) raddoppia.

Ovviamente questo dato di fatto consente un vantaggio incomparabile in termini di efficienza rispetto alla variabile sinora ritenuta indipendente nelle funzioni umane: quella temporale.

Poter compiere la stessa quantità di operazioni in tempi sempre più ridotti è diventato un indicatore certo della efficienza di un sistema.

La seconda dimensione è quella della *convenienza* pratica.

L'automazione dei processi decisionali, da quelli più semplici (come cercare il tragitto più breve per raggiungere una località in auto), a quelli più complessi (stabilire se una persona che ha commesso un reato, lo ricommetterà), solleva gli esseri umani da un'attività estremamente complessa e costosa: quella di riflettere, ragionare, valutare e decidere; attività che, in certe situazioni, oltre ad essere impegnativa, può diventare anche rischiosa, se nelle decisioni sono coinvolti profili di responsabilità[14].

Di qui l'ulteriore spinta alla diffusione di queste tecnologie sia tra le attività di natura pubblica che privata.

Ovviamente, come accade spesso, quando questi sistemi funzionano, non ce ne accorgiamo; semplicemente, in maniera consapevole o meno, li utilizziamo e ce ne avvantaggiamo; ma quando qualcuno di questi apparati tecnologici s'inceppa, mal funziona o, addirittura, viene sabotato, allora ci accorgiamo della loro esistenza. Ed in queste situazioni ci rendiamo conto del vero e proprio *potere* che questi dispositivi esercitano sulle nostre vite. Solo in queste situazioni realizziamo le conseguenze che possono derivare dall'avere o meno accesso a questi mezzi[15], ovvero quali effetti negativi possono derivare per la nostra vita se questi strumenti non funzionano correttamente ovvero se sono usati intenzionalmente in maniera lesiva.

Il dato, comunque, da cui partire, è che ci troviamo dinanzi ad una nuova forma di *potere*, intendendo con questo termine la capacità, che può essere di

[13] È la cosiddetta *Legge di Moore*. Si veda la Voce nell'Enciclopedia britannica, al seguente *link*: https://www.britannica.com/technology/Moores-law.

[14] Vari sono sul punto i contributi contenuti in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020.

[15] Sia consentito rinviare a A. SIMONCINI, *L'uso delle tecnologie nella pandemia e le nuove diseguaglianze*, in L. VIOLANTE-A. PAJNO, *Biopolitica, pandemia e democrazia.* Rule of law *nella società digitale*, Bologna, 2021, pp. 225 ss.

natura pubblica o privata, di produrre unilateralmente effetti rilevanti nella sfera giuridica di un soggetto[16].

Effetti che possono essere liberamente voluti o accettati dal soggetto stesso, oppure subìti; effetti che possono ampliare la sua sfera di libera autodeterminazione ovvero restringerla.

Una cosa, comunque, è certa: oggi questi apparati tecnologici possono contribuire alla realizzazione e all'ampliamento delle libertà fondamentali della persona, ovvero, per la stessa potenza "pratica", possono causare gravissime lesioni o restrizioni[17]. È il carattere "ambiguo" della modernità che Zygmunt Bauman ha da tempo messo in luce[18].

2. Come regolare il nuovo potere? Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo

Un potere dalle caratteristiche siffatte chiama direttamente in causa il diritto costituzionale.

Il costituzionalismo, infatti, quantomeno nella sua versione moderna[19], nasce proprio con lo scopo di porre un limite giuridico ai poteri (dapprima quelli privati[20] e poi anche quelli pubblici[21]) al fine di proteggere in maniera effettiva i diritti e le libertà fondamentali della persona.

Il diritto – quello costituzionale in particolare – ha da sempre trovato nella *normazione* lo strumento principale per fissare tali limiti, ovverosia, per creare un ordine legale al quale ricondurre i rapporti di natura giuridica che si vengono a creare all'interno di un determinato contesto sociale.

Per tale ragione, dinanzi all' "erompere" di questi nuovi poteri[22], oggi si ripropone una grande questione di natura costituzionale: *quali* fonti normative utilizzare e *che tipo* di regolazione può efficacemente delimitare l'esercizio del nuovo potere tecnologico, in particolare quando esso coinvolge le libertà o i diritti delle persone.

[16] Sulla distinzione tra le categorie di potere e potestà nel diritto pubblico e nel diritto privato, cfr. A. LENER, *Potere*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, 1985, pp. 610 ss. Il tema è trattato altresì nel saggio di E. CREMONA presente in questo *Speciale*.

[17] Ampiamente sul tema, H.-W. MICKLITZ, O. POLLICINO, A. REICHMAN, A. SIMONCINI, G. SARTOR, G. DE GREGORIO, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, in corso di pubblicazione per i tipi di Cambridge University Press.

[18] Z. BAUMAN, *Modernità e ambivalenza*, Bollati Boringhieri, -Bari, 2010.

[19] Sul tema si veda il classico B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, trad. it. e cura di L. Arnaudo, Macerata, 2001.

[20] Il cosiddetto primo costituzionalismo nasce per limitare i poteri del re. Si prenda per tutti ad esempio l'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione".

[21] Il cosiddetto secondo costituzionalismo, quello novecentesco, nasce invece per limitare il potere dello Stato. Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

[22] L'espressione ricorre nei saggi di CREMONA e TARLI BARBIERI presenti in questo *Speciale*.

La risposta a questa domanda richiede una ricerca di diritto costituzionale che si deve articolare in due momenti tra loro legati da una euristica che, come si vedrà, non potrà che essere multidisciplinare.

In un primo momento, occorrerà porsi dinanzi al dato fenomenico, studiandone i caratteri propri e le forme di interferenza che esso sviluppa rispetto alle libertà fondamentali.

In un secondo momento, invece, si dovranno studiare quali mezzi giuridici siano i più adeguati ed efficaci per "dare una regola" a questi dispositivi tecnici.

La suddivisione in queste due fasi, evidentemente, ha, in questa sede, uno scopo puramente descrittivo, volto a chiarire il percorso analitico da seguire. In realtà, in una ricerca del genere le due fasi non potranno che avere uno sviluppo sincrono ed integrato: la comprensione del fenomeno, pur avendo carattere tecnologico, non potrà che avvenire rispondendo alle domande di natura valutativa proprie della ricerca giuridica, così come la proposta di strumenti normativi non potrà che parlare il linguaggio proprio della tecnica se vorrà essere compresa.

In questo senso uno studio del genere presuppone quello che altrove ho definito un diritto costituzionale "ibrido" capace, cioè di utilizzare diverse forme di propulsione e di utilizzare un linguaggio ed un metodo di analisi comprensibili sia dal regolatore che dal regolato[23].

Questa duplice natura di una ricerca che intenda definire le fonti normative per i nuovi poteri tecnologici, come dicevo, ha una natura "intrinsecamente" costituzionale.

Per un verso, infatti, essa attiene alla dimensione della forma di stato, intesa come la risoluzione che un dato ordinamento costituzionale dà alla tensione tra autorità e libertà[24].

Come abbiamo ricordato, queste nuovi sistemi tecnici, possono produrre delle compressioni delle libertà fondamentali di natura del tutto nuova.

Nella prima stagione delle costituzioni ottocentesche, la lesione delle libertà fondamentali veniva essenzialmente dal potere privato, fisico, militare del Re. Nella seconda stagione delle costituzioni post-belliche della metà del Novecento, il potere contro cui proteggere le libertà era quello pubblico, legale dello Stato. Ciò che comunque accomunava il costituzionalismo dei secoli XIX e XX era la necessità di combattere costrizioni ed impedimento di natura *esterna* alla volontà, che limitavano, direttamente o indirettamente, l'espressione della libertà di ciascuno.

Il potere tecnologico nel XXI secolo ha un carattere del tutto nuovo.

[23] In A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale…*, cit., 87.

[24] Per tutti, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2020, 19 ss.

Il modo attraverso il quale esso interferisce, fino, in certi casi, ad annullare la libertà, è del tutto differente dalle forme precedenti.

Da un lato, una quota sempre più crescente della popolazione mondiale oggi accede alle informazioni di cui ha bisogno nella vita pratica attraverso piattaforme tecnologiche. Si sta consolidando, dunque, una forma di *dipendenza informativa* dalla tecnologia sempre più significativa, saltando, molto spesso, le agenzie educative che hanno lo scopo di aiutare le persone a sviluppare un proprio senso critico responsabile nell'uso di tali informazioni.

Dall'altro, è altrettanto in aumento l'uso di tecnologie di nuova concezione (in particolare i sistemi di cosiddetta "intelligenza artificiale") per sostituire gli esseri umani nelle loro decisioni. Abbiamo già detto di come la convenienza pratica e l'efficienza soprattutto in termini di rapidità delle decisioni automatizzate, stia facendo crescere queste forme di supporto tecnologico alla attività deliberativa.

In conclusione, quindi, sia perché forniscono le informazioni necessarie per decidere, sia perché in altri casi, del tutto sostituiscono le decisioni del soggetto, queste nuove tecnologie finiscono per comprimere la libertà umana, per così dire, *dall'interno* della volontà e non più solo dall'esterno.

A tale scenario in trasformazione, va poi aggiunta una ulteriore considerazione che riguarda la dimensione economica dei soggetti – normalmente industriali - che oggi producono e commerciano questi prodotti o servizi tecnologici capaci di interferire con le nostre libertà.

Stiamo parlando dei principali player economico-finanziari del nostro pianeta, in grado di aggregare capitali e risorse economiche di gran lunga superiori a quelle di molti stati del mondo. Circostanza, questa, che deve indurre una attenta ulteriore riflessione sulla natura ancora (solo) privata di queste società[25].

Si tratta, quindi, di una ricerca che – soprattutto nella sua prima fase analitico-descrittiva – si inserisce appieno nel solco di quella dimensione che la teoria costituzionale considera il tema della *forma di stato*.

Ma porsi la domanda sulle possibili forme di limitazione normativa di questo fenomeno, aggiunge alla dimensione della forma di stato anche quella della f*orma di governo*, intesa come la distribuzione fondamentale dei poteri pubblici all'interno di un dato assetto costituzionale.

È ormai un dato pacifico che tra forma di governo e sistema delle fonti esista una profonda relazione.

Oltre alle riflessioni della dottrina, la stessa Corte costituzionale ha ormai espressamente ribadito che "*è opinione largamente condivisa che l'assetto delle*

[25] M. SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, su www.politico.eu, 25 marzo 2020; W. LIU, *Coronavirus has made Amazon a public utility so we should treat it like one*, su *The Guardian*, 17 aprile 2020.

fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali. Negli Stati che s'ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell'amministrazione alla legge, l'adozione delle norme primarie spetta agli organi o all'organo il cui potere deriva direttamente dal popolo"[26].

È, perciò evidente che, in sistemi costituzionali a forma di governo "parlamentare" quali il nostro, il compito della normazione deve spettare innanzitutto, ed in prima battuta almeno, agli organi il cui potere deriva direttamente dal popolo.

Ma, anche in questo caso, come nella dimensione della forma di stato, le caratteristiche proprie del potere tecnologico che vogliamo studiare sono tali da mettere in crisi questa tradizionale attribuzione.

La normazione primaria "classica" - per intenderci quella che passa attraverso lo strumento parlamentare legislativo e a cui si possono affiancare in vario modo i poteri legislativi del governo, oggi risulta essere molto spesso inadeguata ed insufficiente a creare quell'ordine giuridico che i principi costituzionali richiedono.

Non è un caso proprio che nell'area tecnologica stiamo vedendo fiorire negli ultimi decenni strumenti normativi di nuova generazione, quali, ad esempio, la cosiddetta *soft-law* ovvero l'adozione di codici etici o di di linee guida, fonti sicuramente di efficacia diversa rispetto alle fonti primarie tipiche dello strumentario costituzionale. La stessa recentissima proposta di regolazione dell'Intelligenza Artificiale presentata dalla Commissione europea (il c.d. *AI Act*) sceglie come opzione regolativa il cosiddetto "*risk-based approach*", assetto, com'è noto, ispirato a forme di regolazione del tutto differenti dalla normazione ordinaria.

Tutto questo perché la regolazione della tecnologia sempre più spesso richiede una anticipazione rispetto agli eventi che siamo abituati a regolare. Nel senso che, in molti casi, quando una certa soluzione tecnologica è già stata adottata o realizzata, diviene molto difficile condizionarne – o impedirne – l'uso attraverso norme e sanzioni di natura pubblica.

Occorre sempre più anticipare la protezione dei beni giuridici allo stesso design tecnologico (protection by design) ovvero rendere il rispetto delle norme incorporato nelle opzioni by default delle stesse soluzioni tecnologiche.

Tutto questo richiede, per chi deve scrivere questo tipo di norme, un tasso di conoscenze tecniche ovvero il possesso di una quantità di informazioni che i classici procedimenti di regolazione centrati sull'organo rappresentativo della sovranità popolare non hanno.

[26] Corte cost., sent. n. 171 del 2007.

Di qui la consapevolezza che questa parte della ricerca non può che coinvolgere anche la dimensione della forma di governo.

3. Il ruolo delle autorità indipendenti: nuove ragioni per la loro costituzionalizzazione

Proprio all'intersezione di queste due dimensioni costituzionali che ho richiamato, si inseriscono i contributi che seguono. È indubbio, infatti, che oggi le cosiddette Autorità amministrative indipendenti siano chiamate a svolgere un ruolo di crescente protagonismo nella regolazione delle applicazioni pratiche dei sistemi tecnologici.

Il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, solo per citarne alcune, sono sempre più frequentemente chiamate dalla normativa europea e dalla legislazione interna a verificare il rispetto delle norme riguardanti le tecnologie di cui siamo parlando. E ciò con strumenti di *enforcement* spesso inediti.

Lo fanno emergere con chiarezza i contributi che seguono di Valentina Pagnanelli e di Costanza Masciotta, che analizzano gli atti del Garante italiano e dell'*European Data Protection Supervisor* spaziando dal settore pubblico al settore privato; quelli di Matteo Giannelli e di Edoardo Caterina, che fanno luce sul delicatissimo problema della qualità dell'informazione *online* e della tutela del pluralismo, e quello di Elia Cremona, che rileva le numerose incertezze del diritto antitrust di fronte all'erompere dei (non più) nuovi monopolisti del mercato digitale.

Ma vi sono interi settori che ancora sfuggono alle maglie della regolazione algoritmica: si pensi al settore bancario, di cui si occupa il contributo di Filippo Bagni, o quello assicurativo. O ancora al regime di sostanziale libero mercato previsto per i dati non personali dal Regolamento UE 2018/1807, come rileva il contributo di Stefano Torregiani.

È dunque, quello della regolazione attraverso le *Autority*, un paesaggio estremamente variegato, nel quale, ad un tempo, si moltiplicano i centri di produzione del diritto ed i soggetti chiamati a darvi attuazione o a sorvegliarne il rispetto.

In questo settore appare, dunque, chiara quella trasformazione del sistema delle fonti imposta dall'avvento del paradigma tecnologico ed il suo impatto sulla forma di stato e sulla forma di governo.

È evidente, infatti, che attraverso questi nuovi "regolatori" si definisce un *certo* limite alla interferenza della tecnologia sulle libertà fondamentali e, allo stesso tempo, si fissa un *certo* assetto nella distribuzione del potere di regolazione pubblica; assetto in cui le autorità indipendenti acquisiscono un ruolo affatto peculiare e che deve essere attentamente approfondito.

In tale direzione, il crescente ricorso a questi soggetti per la regolazione attuativa di un settore cruciale e prospetticamente decisivo come quello tecnologico suggerisce di riaprire la mai sopita discussione a riguardo della loro costituzionalizzazione. È, infatti, la Costituzione il luogo più appropriato in cui il tema della forma di stato e quello della forma di governo trovano una consapevole composizione. In modo tale da evitare, come accade spesso, che tale delicatissimo snodo sia affidato a scelte contingenti ovvero dettate dalla pressione dell'emergenze.

I contributi che proponiamo, quindi, sono un primo passo in direzione di quella ricerca di diritto costituzionale sul sistema delle fonti e le nuove tecnologie che abbiamo descritto e che riteniamo ancor più necessario portare a compimento dopo questo primo *incipit*.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2021

PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E USO DEGLI ALGORITMI. INDAGINE A PARTIRE DALLA PRASSI: LA DIMENSIONE EUROPEA*

COSTANZA MASCIOTTA**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le linee guida sul processo decisionale automatizzato: un'importante specificazione dei diritti degli interessati. – 3. L'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS e le criticità espresse rispetto al Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale. – 4. L'*opinion* dell'EDPS sul *Digital Services Act* richiede maggiori garanzie dinanzi all'uso di mezzi automatizzati. – 5. I principi fondamentali in materia di IA e alcune raccomandazioni per il futuro: il report della CNIL sull'intelligenza artificiale come volano per una futura regolazione giuridica. – 6. Casi problematici in tema di decisioni algoritmiche: l'APB e la mancanza di un intervento umano. – 7. Parcoursup e il parere favorevole della CNIL sul suo funzionamento. – 8. Il riconoscimento facciale al vaglio della CNIL: elementi di continuità con la posizione dell'EDPS. – 9. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay hereto aims at outlining useful guidelines for future regulation of algorithms and artificial intelligence, starting from the analysis of some reference acts from independent authorities guaranteeing the protection of personal data in the European sphere, furthermore looking at the contribution they have provided to the regulatory framework and assessing whether the indications provided by them on the subject have been incorporated in the regulations proposed by the European political institutions.
Some acts of the European Data Protection Supervisor (EDPS) and the Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) will be analyzed, such as EDPS opinion n. 4/2020 on the white paper of the European Commission concerning AI, the EDPS opinion on the proposal for the Digital Services Act regulation, the CNIL report on ethical issues raised by AI and some decisions of the French National Commission with reference to algorithmic decisions and the use of facial recognition devices: these are acts which have played a key role in the creation of a new "European algorithmic Constitutionalism".

Suggerimento di citazione

C. MASCIOTTA, *Protezione dei dati personali e uso degli algoritmi. Indagine a partire dalla prassi: la dimensione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: costanza.masciotta@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

La società in cui viviamo è attualmente dipendente dai dati e dalle tecnologie digitali, come ha dimostrato anche la contingente situazione pandemica: non possiamo rinunciare all'intermediazione delle *ICT*, quindi, il tema della regolazione della società dei dati e delle tecnologie su di essi fondate si impone in tutta la sua cogenza.

In questa dimensione il piano della tutela dei diritti fondamentali e quello delle istanze economiche di mercato si intersecano reciprocamente[1]: nel contesto eurounitario emerge con forza l'esigenza di un bilanciamento tra tali esigenze in modo da realizzare una correzione del mercato in senso conforme ai diritti fondamentali dell'individuo. Si è, così, assistito all'affermazione della protezione dei dati personali come diritto della persona *ex* art. 8 Carta di Nizza, art. 16 TFUE e successivamente nel regolamento GDPR. In tale contesto i dati rappresentano il motore dei sistemi algoritmici e dell'intelligenza artificiale i quali attraverso la loro elaborazione riescono a raggiungere determinate previsioni o addirittura decisioni. Dati, algoritmi e IA costituiscono i lineamenti di una "rivoluzione digitale" dinanzi alla quale occorre un approccio tale da garantire sia la massima protezione della persona che la circolazione libera e sicura dei dati[2]. L'erompere di questa rivoluzione digitale rovescia paradigmi consolidati e richiede talora all'ordinamento di usare strumenti "vecchi" per finalità nuove[3]: le decisioni algoritmiche, quindi, costituiscono un fenomeno che da un lato richiede di rivedere categorie giuridiche tradizionali, come lo stesso concetto di fonte del diritto, ma dall'altro non deve indurre a ritenere che i fondamenti ordinamentali consolidati siano del tutto superati[4]. Si tratta, all'evidenza, di una realtà ancora fluida che talvolta il diritto stenta a regolare per la velocità delle trasformazioni conseguenti all'innovazione tecnologica e al progresso scientifico. La domanda di fondo è fino a che punto l'impiego dell'IA può rappresentare un supporto, una implementazione per la sfera delle libertà della persona e quando, invece, può divenire un rischio, una limitazione di tale sfera[5]. Solo il costituzionalismo, chiamato a porre limiti al potere a garanzia della persona umana, può tentare di dare una risposta a tale quesito di fondo e l'erompere di questa rivoluzione digitale sta aprendo la via ad una nuova stagione del costituzionalismo[6], fondata su presupposti nuovi che mira a rafforzare gli strumenti giuridici tradizionali, prendendo atto delle trasformazioni che la società algoritmica determina sulla sfera fisica, psichica e

[1] Come ben evidenzia C. COLAPIETRO, in questo fascicolo.
[2] Cfr. C. COLAPIETRO, *ult. cit*.
[3] Sul punto cfr. anche G. TARLI BARBIERI ed E. CREMONA, in questo fascicolo.
[4] Cfr. G. TARLI BARBIERI, *ult. cit*.
[5] Profili evidenziati anche da E. CHELI, in questo fascicolo.
[6] Cfr. E. CHELI, *ult. cit*.

relazionale della persona. Compito del diritto è guidare le trasformazioni digitali per arricchire le libertà tradizionali anch'esse in trasformazione, riequilibrando il sistema dei poteri e delle libertà nella cornice di questa rivoluzione digitale.

Il quadro giuridico di riferimento in ordine all'impiego degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale è piuttosto complesso ed è costituito da una serie di atti vigenti (primo fra tutti il GDPR) e *in fieri* quali le proposte di regolamento adottate dalla Commissione europea in riferimento all'intelligenza artificiale, al *Governance Act*, al *Digital Services Act* e al *Digital Market Act*. A dare attuazione ai principi normativi contribuiscono sia le autorità indipendenti nazionali ed europee sia le autorità giudiziarie che insieme concorrono a chiarire il quadro normativo europeo di tutela dinanzi all'uso di tali tecnologie.

In questo contesto accanto alla funzione fondamentale affidata alle autorità politiche emerge l'importante ruolo svolto, appunto, dalle Autorità indipendenti (AAI), organi dotati di ampie funzioni di vigilanza in settori "tecnologicamente sensibili" come la *privacy*, caratterizzati dall'esercizio di numerosi diritti fondamentali[7]. Le AAI non godono di una legittimazione democratica diretta e non rientrano nel circuito politico tradizionale e l'analisi del loro ruolo di regolazione è particolarmente utile in quanto assumono decisioni che presentano una elevata complessità tecnica, esercitano un potere qualitativamente diverso dai poteri tradizionali dello Stato e hanno a disposizione uno strumentario rapido, flessibile e tecnico per la tutela dei diritti fondamentali della persona[8]. Inoltre, tra i vantaggi di affidare la regolazione di settori tecnologicamente sensibili alle AAI vi è quello di poter favorire meccanismi più efficienti di auto- e co-regolazione[9] e per questo tali autorità offrono un punto di vista qualificato per studiare i processi di regolazione inerenti alle nuove tecnologie.

Tali autorità da anni svolgono un'importante funzione di difesa delle libertà della persona sia a livello europeo che nazionale. L'attribuzione di potere a tali autorità è finalizzata alle istanze che emergono dal settore da regolare, pertanto,

[7] Sul ruolo delle Autorità amministrative indipendenti specialmente in tema di contrasto alla disinformazione in rete cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, 19 ss.

[8] Come rilevato anche da E. CHELI, *ult. cit*.

[9] Su quale sia il "dosaggio" di autonormazione, *soft law*, *hard law* e *co-regulation* migliore per intervenire si possono vedere le considerazioni di D. DE GRAZIA, *Il governo di Internet*, FrancoAngeli, Milano, 2010, 272 ss.; M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012, 19 ss.; T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, 59 ss.; P. COSTANZO, *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su Internet*, in P. PASSAGLIA, D. POLETTI (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, Pisa University Press, Pisa, 2017, 17 ss. e, più di recente, G. DE MINICO, *Libertà in Rete. Libertà dalla Rete*, Giappichelli, Torino, 2020, 263 ss. e G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, 401 ss.

le regole sono ricavate dall'oggetto della regolazione e la regolazione dello specifico segmento di mercato è spesso partecipata dagli operatori economici, con conseguente osmosi tra settore pubblico e privato. Si assiste, inoltre, ad una regolazione integrata che chiama in causa molteplici livelli di governo, quello unionale e al suo interno quello delle autorità indipendenti europee e quello statale, in un intreccio di competenze[10].

Le autorità indipendenti garanti della protezione dei dati personali nella dimensione europea hanno un duplice ruolo fondamentale: forniscono un contributo significativo per la corretta interpretazione e attuazione degli atti normativi esistenti e danno indicazioni utili delle quali potrà tenere conto il legislatore europeo nel disciplinare gli algoritmi e l'intelligenza artificiale.

La presente attività di indagine mira a delineare degli orientamenti e degli indirizzi utili ai fini della futura regolazione di tali tecnologie, a partire dall'analisi degli atti di riferimento di alcune autorità indipendenti nella dimensione europea, guardando, altresì, al contributo da esse dato al quadro normativo di riferimento e valutando se le indicazioni da esse fornite in materia siano state recepite nelle proposte di regolamento adottate dagli organi politici europei.

L'analisi è condotta sulla base degli atti reperibili nei siti internet delle autorità indipendenti preposte alla garanzia dei dati personali e di alcune piattaforme quali la *Digital Clearing House*, una piattaforma *online* che facilita la cooperazione, il dialogo e lo scambio di migliori pratiche tra autorità di regolamentazione, responsabili politici, ricercatori e altri *stakeholders*.

Dalla indagine sono emersi alcuni atti di riferimento per la regolazione delle decisioni algoritmiche[11] e dell'intelligenza artificiale[12]: tali atti si distinguono

[10] Profili evidenziati anche da G. TARLI BARBIERI, *ult. cit*.

[11] Per un approfondimento generale sull'uso di algoritmi e il loro impatto cfr. S.C. OLHEDE, P. J. WOLFE, *The Growing Ubiquity of Algorithms in Society: Implications, Impacts and Innovations* (2018) 376 *Philos. TR Soc.* A 1; S. VALENTINE, *Impoverished Algorithms: Misguided Governments, Flawed Technologies, and Social Control* (2019) 46 *Fordham Urb. Law J.* 364, 370-93; K. CRAWFORD, J. SCHULTZ, *AI Systems as State Actors* (2019) 119 *Columbia Law Rev.* 7, 1941-72; G. SARTOR, *Human rights and information technologies*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook on the Law and Regulation of Technology*, Oxford University Press, Oxford, 2016; M. HILDEBRANDT, *Algorithmic regulation and the rule of law* (2018) 376 *Philosophical transactions of the Royal Society A,* 2128 ss.; K. YEUNG, *Algorithmic regulation: a critical interrogation* (2018) 12 *Regulation & Governance,* 505-23.

[12] L'IA può essere definita come «La scienza del fare fare alle macchine cose che richiederebbero intelligenza se fatte da uomini» (Marvin Minsky). Per una definizione di IA in dottrina cfr. B. MARR, *The Key Definitions of Artificial Intelligence (AI) that Explain Its Importance*, Forbes (February 14, 2018), www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/14/the-key-definitions-of-artificial-intelligence-ai-that-explain- its-importance/#15081bd34f5d; F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*, Study for the Council of Europe (2018), https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision- making/1680925d73; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI* (2019) 2 *Colum. Bus. Law Rev.* 494; A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale*, Presses universitaires de France, Paris, 2018. Cfr. sul tema anche A.

per la rilevanza dei principi in essi espressi, oltrechè per l'autorevolezza della autorità di provenienza e per i profili problematici da essi desumibili.

In particolare risultano di fondamentale rilievo alcuni atti dell'*European Data Protection Supervisor* (EDPS) e della *Commission nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL): l'EDPS, come noto, è l'autorità indipendente per la protezione dei dati dell'Unione europea, chiamata a monitorare e garantire la protezione dei dati personali e della *privacy* quando le istituzioni e gli organi dell'UE trattano le informazioni personali e fornisce pareri alle istituzioni e agli organi dell'UE su tutte le questioni relative al trattamento dei dati personali, rappresenta, pertanto, un importante "anello di trasmissione" del diritto unionale nella dimensione nazionale[13].

La CNIL, *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, è, invece, l'autorità garante francese in materia di protezione dei dati personali.

Proprio in riferimento ad IA e processo decisionale automatizzato sono particolarmente interessanti ai fini della indagine le linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione, adottate dal gruppo di lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati[14], l'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS sul libro bianco della Commissione europea concernente l'IA, l'*opinion* dell'EDPS sulla proposta di regolamento *Digital Services Act*, il report della CNIL su questioni etiche sollevate dall'IA e alcune decisioni della Commissione nazionale francese su casi problematici che si sono verificati in riferimento a decisioni algoritmiche e all'utilizzo di dispositivi di riconoscimento facciale.

2. Le linee guida sul processo decisionale automatizzato: un'importante specificazione dei diritti degli interessati

Il tema del trattamento automatizzato dei dati ha origine risalente: nell'ambito del Consiglio d'Europa, come noto, è stata adottata la Convenzione di

SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, 63 ss.; ID., *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini, Pisa, 2020, 61 ss.; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 1/2019; G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale,* Giappichelli, Torino, 2016; con particolare riguardo alle disfunzioni indotte dall'IA, compresi i rischi della profilazione e delle decisioni automatiche cfr. F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020. Sul ripensamento delle categorie umane cui l'IA obbliga il diritto cfr. C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019. Sull'impatto rispetto al concetto di sovranità cfr. A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier, Firenze, 2017, 19 ss.

[13] Cfr. sul punto anche G. TARLI BARBIERI, *ult. cit*.

[14] Article 29 Data Protect Working Party, *Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679*.

Strasburgo, considerata una delle prime fonti in materia di protezione dei dati. I principi in essa sanciti fanno parte del patrimonio europeo in materia di dati personali, essendo stati prima incorporati nella cd. "direttiva madre" e poi confermati nel GDPR[15]. Già l'art. 15 della direttiva 95/46 prevedeva il diritto di non essere sottoposto ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati[16]. La tutela è stata poi rafforzata grazie all'art. 22 GDPR e il quadro è divenuto ancor più nitido grazie alle Linee guida del gruppo di lavoro articolo 29 sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679. Il gruppo di lavoro è stato istituito in virtù dell'articolo 29 della direttiva 95/46/CE ed è un organo consultivo dell'UE per la protezione dei dati personali. Tali linee guida sono particolarmente utili in quanto mirano a chiarire le disposizioni del reg. 2016/679 introdotte per far fronte ai rischi derivanti dalla profilazione[17] e dal processo decisionale automatizzato[18]. Le linee guide costituiscono un punto di riferimento fondamentale in materia, perché forniscono innanzitutto una previa definizione di profilazione e processo decisionale automatizzato, cercando di rispondere a un profilo problematico che emerge da molti atti in materia, ovvero la previsione di definizioni chiare e univoche per la regolazione e, in secondo luogo, contengono delle raccomandazioni concrete che possono essere utili ai fini della regolazione delle decisioni algoritmiche.

Dal punto di vista definitorio la profilazione è intesa come qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali, consistente nell'utilizzo di tali dati per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi,

[15] Come evidenziato da C. COLAPIETRO, *ult. cit*.

[16] Sul punto cfr. anche C. COLAPIETRO, *ult. cit*

[17] Sulla profilazione cfr. F. BOSCO, N. CREEMERS, V. FERRARIS, D. GUAGNIN, B.J. KOOPS, *Profiling technologies and fundamental rights and values: regulatory challenges and perspectives from European Data Protection Authorities*, in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT (a cura di), *Reforming European data protection law*, Springer Science, Dordrecht, 2015. Si veda anche M. HILDEBRANDT, *Profiling and AML*, in K. RANNENBERG, D. ROYER, A. DEUKER (a cura di), *The Future of Identity in the Information Society. Challenges and Opportunities*, Springer, Dordrecht, 2009.

[18] Sul tema, in generale, cfr. O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona: il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/670*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 773 ss.; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e normativa privacy: commentario al regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, decreto di armonizzazione- codice privacy – D. Lgs. n. 196/2003*, Wolters Kluwer, 2018, 219 ss. Nel dibattito internazionale cfr. E. PEHRSSON, *The meaning of the GDPR Article 22*, European Union Law Working Papers n. 31, Stanford-Vienna Transatlantic technology law forum, 2018; S. WACHTER, *Normative challenges of identification in the internet of things: privacy, profiling, discrimination, and the GDPR* (2018) 34 *Computer Law & Security Review* 3, 436-449.

l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona. Le linee guida spiegano che la profilazione consiste, quindi, nella raccolta di informazioni su una persona (o un gruppo di persone) e nella valutazione delle loro caratteristiche o dei loro modelli di comportamento al fine di includerli in una determinata categoria o gruppo, in particolare per analizzare e/o fare previsioni. Il processo decisionale automatizzato ha, invece, una portata diversa da quella della profilazione, a cui può sovrapporsi parzialmente o da cui può derivare. Sempre dal punto di vista definitorio il processo decisionale esclusivamente automatizzato consiste nella capacità di prendere decisioni impiegando mezzi tecnologici senza coinvolgimento umano. Le decisioni automatizzate possono essere prese ricorrendo o meno alla profilazione, la quale a sua volta può essere svolta senza che vengano prese decisioni automatizzate.

Si possono, quindi, distinguere: i) profilazione generale; ii) processo decisionale (umano) basato sulla profilazione; iii) decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici o incide in modo analogo significativamente sull'interessato (articolo 22, paragrafo 1 GDPR).

Come spiegano le linee guida alcune disposizioni del GDPR si applicano a tutte le profilazioni e a tutti i processi decisionali automatizzati: ad esempio l'articolo 5, paragrafo 1, lettera a) GDPR - liceità, correttezza e trasparenza del trattamento dei dati; l'articolo 5, paragrafo 1, lettera b) - limitazione della finalità; l'articolo 5, paragrafo 1, lettera c) - la minimizzazione dei dati; l'articolo 5, paragrafo 1, lettera d) - esattezza dei dati in tutte le fasi del processo di profilazione; l'articolo 5, paragrafo 1, lettera e) - limitazione della conservazione.

Anche il Garante *Privacy* italiano ha affermato la necessità di garantire i principi europei di esattezza, integrità, aggiornamento del dato, minimizzazione, proporzionalità, liceità, proprio nello spirito più autentico del GDPR.

Per quanto attiene ai diritti degli interessati le linee guida precisano che essi possono essere esercitati nei confronti del titolare del trattamento che crea il profilo e del titolare del trattamento che prende una decisione automatizzata su un interessato con o senza intervento umano, qualora tali soggetti non coincidano.

Tra tali diritti assume particolare rilievo il diritto di accesso: l'articolo 15 GDPR conferisce all'interessato il diritto di ottenere informazioni dettagliate sui dati personali utilizzati per la profilazione, ivi comprese le categorie di dati impiegati per creare un profilo. In particolare, il titolare del trattamento deve rendere disponibili i dati utilizzati come *input* per creare il profilo e consentire l'accesso alle informazioni sul profilo.

Occorre considerare che i dati di *input* potrebbero essere inesatti o irrilevanti oppure avulsi dal contesto, o l'algoritmo utilizzato per individuare le correlazioni potrebbe presentare lacune e in tali casi opera il diritto di rettifica di

cui all'articolo 16 GDPR. I diritti di rettifica e di cancellazione (art. 17 GDPR) si applicano tanto ai "dati personali di input" (i dati personali utilizzati per creare il profilo) quanto ai "dati di output" (il profilo stesso o il "punteggio" assegnato alla persona fisica).

In tale prospettiva assumono particolare rilievo ai fini della indagine le raccomandazioni finali contenute nelle linee guida a proposito del diritto di rettifica, secondo le quali il titolare del trattamento dovrebbe consentire agli interessati di aggiornare o modificare eventuali inesattezze presenti nei dati o nel profilo. Le raccomandazioni suggeriscono una modalità operativa concreta per dare attuazione al diritto di rettifica: il titolare del trattamento potrebbe prendere in considerazione la possibilità di introdurre strumenti di gestione delle preferenze *online*, ad esempio un *dashboard* per la protezione dei dati, permettendo così agli interessati di gestire l'uso delle loro informazioni, di modificare, aggiornare i loro dettagli personali e rivedere o modificare il loro profilo per correggere eventuali inesattezze.

Le linee guida sono, inoltre, particolarmente interessanti là dove si soffermano sulla spiegazione delle disposizioni relative a decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato di cui all'articolo 22 GDPR: secondo tale disposizione l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Secondo le linee guida il termine "diritto" contenuto nella disposizione non significa che l'articolo 22, paragrafo 1, si applica soltanto se invocato attivamente dall'interessato: l'articolo 22 stabilisce un divieto generale nei confronti del processo decisionale basato unicamente sul trattamento automatizzato e tale divieto si applica indipendentemente dal fatto che l'interessato intraprenda un'azione in merito al trattamento dei propri dati personali. In sintesi, l'articolo 22 GDPR stabilisce che: i) di norma, esiste un divieto generale all'adozione di decisioni completamente automatizzate relative alle persone fisiche, compresa la profilazione, che hanno un effetto giuridico o che incidono in modo analogo significativamente; ii) esistono eccezioni alla regola; iii) laddove si applichi una di tali eccezioni, devono essere adottate misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

L'articolo 22, paragrafo 1 GDPR si riferisce a decisioni "basate unicamente" sul trattamento automatizzato: ciò significa che non vi è alcun coinvolgimento umano nel processo decisionale. Se un essere umano riesamina il risultato del processo automatizzato e tiene conto di altri fattori nel prendere la decisione finale, tale decisione non sarà "basata unicamente" sul trattamento automatizzato.

Il regolamento non definisce, invece, i concetti di "effetto giuridico" o "effetti in modo analogo significativi", tuttavia secondo le linee guida un "effetto giuridico" richiede che la decisione basata unicamente su un trattamento automatico incida sui diritti giuridici di una persona, quali la libertà di associarsi, di votare nel contesto di un'elezione o di intraprendere azioni legali. Un effetto giuridico può, altresì, essere qualcosa che influisce sullo *status* giuridico di una persona o sui suoi diritti ai sensi di un contratto (ad es. le decisioni automatizzate su una persona fisica che portano alla cancellazione di un contratto o alla concessione o alla negazione del diritto a una particolare prestazione sociale).

L'art. 22, parag. 1 GDPR prevede, quindi, un divieto generale a meno che non si applichi una delle eccezioni di cui all'articolo 22, paragrafo 2, nel contesto delle quali la decisione: a) è necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto; b) è autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; o c) si basa sul consenso esplicito dell'interessato. La portata applicativa di tali eccezioni è potenzialmente molto ampia e in una futura prospettiva regolatoria potrebbe essere necessaria una loro definizione in termini restrittivi per garantire maggior effettività al divieto generale.

La parte più significativa delle linee guida concerne i diritti dell'interessato rispetto al trattamento di cui all'art. 22 GDPR, in particolare il diritto di essere informato: l'articolo 13, paragrafo 2, lettera f), e l'articolo 14, paragrafo 2, lettera g), impongono al titolare del trattamento di fornire informazioni specifiche e facilmente accessibili sul processo decisionale automatizzato basato esclusivamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione. Il titolare del trattamento deve comunicare all'interessato l'esistenza di processi decisionali automatizzati, fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, spiegare l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento.

Un profilo di particolare interesse ai fini della indagine consta proprio nella precisa presa di posizione del gruppo di lavoro articolo 29 in ordine alla logica utilizzata: il titolare del trattamento deve fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, ma non necessariamente una spiegazione matematica complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo. Come vedremo, anche la CNIL assume una posizione analoga in ordine alle informazioni sulla logica utilizzata, ritenendo non necessario l'accesso diretto al codice sorgente.

Molto significative sono anche le raccomandazioni finali contenute nelle linee guida in ordine al diritto ad essere informato: il titolare del trattamento dovrebbe fornire informazioni all'interessato, su, ad esempio, categorie di dati che sono state o saranno utilizzate nella profilazione o nel processo decisionale, motivi per i quali tali categorie sono considerate pertinenti, modalità di creazione del profilo utilizzato nel processo decisionale automatizzato, motivi per

i quali tale profilo è pertinente per il processo decisionale automatizzato e modalità di utilizzo del profilo ai fini di una decisione riguardante l'interessato.

Inoltre, nei casi in cui una decisione è necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto o basata sul consenso esplicito, il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

Come spiegano le linee guida, l'intervento umano è un aspetto fondamentale: qualsiasi riesame dovrebbe essere effettuato da una persona che dispone dell'autorità e della competenza adeguate per modificare la decisione e il responsabile di tale riesame dovrebbe effettuare una valutazione approfondita di tutti i dati pertinenti, comprese eventuali informazioni aggiuntive fornite dall'interessato. Il considerando 71 GDPR precisa che in ogni caso le garanzie adeguate dovrebbero comprendere anche la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, il diritto di *ottenere una spiegazione della decisione* conseguita dopo tale valutazione[19] e di contestare la decisione. Da ciò emerge la necessità di trasparenza del trattamento: l'interessato sarà in grado di contestare una decisione o esprimere il proprio parere soltanto se comprende pienamente come è stata presa la decisione e su quali basi.

Anche il Garante *privacy* italiano ha da anni avuto ben chiaro il rischio rappresentato dalla esposizione delle persone fisiche a processi di decisione automatizzata basati sulla lettura algoritmica anche di metadati[20]. In particolare, il Garante italiano ha riconosciuto che il trattamento automatizzato deve essere sindacabile, non può rappresentare la modalità esclusiva di trattamento dei dati personali dell'interessato, specialmente quando le decisioni della macchina sono rilevanti per la vita del soggetto e incidono sulla sua sfera privata. Per questo il titolare che preveda di adottare un sistema di trattamento basato sull'IA dovrà assicurare la possibilità di ricorrere contro la decisione, interagendo con un operatore umano, garantendo l'effettivo esercizio dei diritti *ex* artt. 15-23 GDPR.

Occorre osservare che un profilo problematico delle linee guida consta nel fatto che il diritto di ottenere una spiegazione della decisione rimane indefinito

[19] Sul punto cfr. M. E. KAMINSKI, *The right to explanation, Explained* (2019) 34 *Berkeley Tech. L. J.* 189; B. CASEY, A. FARHANGI, R. VOGL, *Rethinking explainable machines: the GDPR's' "right to explanation". Debate and the rise of algorithmic audits in enterprise* (2019) 34 *Berkeley Tech. L. J.*, 143.

[20] Ci sono state decisioni interessanti del Garante *Privacy* italiano ad esempio sul redditometro, in particolare concernenti algoritmi di IA che consistevano in trattamenti automatizzati di dati personali presenti nell'anagrafe tributaria al fine di selezionare i contribuenti da sottoporre ad accertamento e rideterminare il reddito.

e la sua specificazione e cogenza resta una delle grandi sfide sollevate dalla società algoritmica.

Con particolare riguardo alla comprensibilità delle decisioni algoritmiche e alla spiegabilità dei processi decisionali che avvengono nella "*black box*" è in corso un ampio dibattito riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio "*right to an explanation*". Tale concetto può assumere diversi connotati a seconda dell'oggetto cui si riferisce e del momento temporale in cui viene fornita la spiegazione. In riferimento all'oggetto si può distinguere la *explanation* riferibile al funzionamento del sistema, quindi, al meccanismo decisionale nel suo complesso, e la spiegazione relativa a decisioni specifiche, quindi, alle ragioni che hanno condotto alla singola decisione. In base al criterio temporale, invece, la distinzione riguarda l'*explanation ex ante* ed *ex post*: mentre la prima può essere riferita solo al funzionamento complessivo del sistema, la seconda può riguardare sia l'intera struttura decisionale sia le singole e specifiche decisioni[21].

In un'ottica *de iure condendo* è proprio quest'ultima nozione che dovrebbe integrare un *right to an explanation,* poiché la comprensibilità e spiegabilità della decisione sono elementi necessari per la tutela del diritto alla protezione dei dati personali. L'effettiva garanzia della dignità della persona nella odierna società digitale non può inverarsi senza una corretta informazione all'interessato sul trattamento dei suoi dati e vengono, così, in rilievo gli obblighi informativi derivanti dagli artt. 13 e 14 GDPR che, insieme all'art. 15 GDPR relativo al diritto di accedere ai propri dati, sono stati considerati la "Magna Charta" del diritto dell'interessato di essere informato e di controllare la legittimità del trattamento[22].

Nell'ottica della costruzione di un nuovo costituzionalismo della società algoritmica il diritto alla comprensione delle ragioni di una determinata decisione, adottata con il supporto di/o da un sistema automatizzato, rappresenta uno dei "nuovi" e fondamentali diritti da tutelare, soprattutto quando sono in gioco decisioni adottate da pubblici poteri.

Un ulteriore profilo problematico delle linee guida riguarda i controlli sui sistemi algoritmici, poiché ivi si afferma che i sistemi che verificano gli algoritmi e i riesami periodici dell'esattezza e della pertinenza del processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, sono ulteriori misure utili. In realtà, là dove è previsto l'uso di algoritmi, i sistemi di verifica e controllo periodico del loro funzionamento sono misure non solo utili, ma necessarie e indefettibili anche per prevenire errori, inesattezze o discriminazioni, non soltanto in fase di progettazione, ma continuativamente durante l'applicazione e l'esito di tali

[21] Sul punto cfr. C. COLAPIETRO, in questo fascicolo, § 2.
[22] Cfr. C. COLAPIETRO, *ult. cit*.

verifiche dovrebbe andare ad alimentare nuovamente la progettazione del sistema.

Un profilo problematico del GDPR che si ripercuote inevitabilmente anche sulle linee guida riguarda, inoltre, la tutela dei minori: l'articolo 22 GDPR di per sé non opera alcuna distinzione in merito al fatto che il trattamento riguardi adulti o minori. Tuttavia, il considerando 71 afferma che le decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti giuridici o in modo analogo significativi non dovrebbero riguardare minori. Dato che tale formulazione non si riflette, però, nell'articolato del regolamento, il gruppo di lavoro non ritiene che ciò rappresenti un divieto assoluto di questo tipo di trattamento in relazione ai minori.

In una prospettiva *de iure condendo* sarebbe necessario prevedere la portata delle eccezioni al principio generale in termini restrittivi, onde garantire l'effettività del principio medesimo, con particolare riguardo a gruppi vulnerabili come i minori.

Infine, in un'ottica di *accountability* le linee guida evidenziano l'importanza della valutazione di impatto sulla protezione dei dati, in quanto strumento essenziale per la responsabilizzazione: essa consente al titolare del trattamento di valutare i rischi connessi al processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione e permette di evidenziare che sono state messe in atto misure adeguate per affrontare tali rischi nel rispetto del regolamento. Come vedremo l'importanza della valutazione d'impatto è sottolineata anche dall'EDPS nella *opinion* sul Libro bianco della Commissione europea sull'IA ed è in linea anche con l'orientamento del Garante *Privacy* italiano, rappresentando un presupposto indefettibile per ogni futura regolazione delle decisioni algoritmiche. Come evidenzia l'articolo 35, paragrafo 3, lettera a) GDPR, il titolare del trattamento deve effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati in caso di una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche. Pertanto, tale disposizione si applica sia a un processo decisionale che abbia effetti giuridici o in modo analogo significativi che non è un processo decisionale interamente automatizzato, sia a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato di cui all'articolo 22, paragrafo 1 GDPR.

Alla luce delle linee guida si possono, quindi, individuare dei primi orientamenti utili ai fini della regolazione delle decisioni algoritmiche: dall'importanza di dare definizioni chiare e univoche di termini fondamentali in questa materia (i.e. profilazione, processo decisionale automatizzato), alla modalità per declinare alcuni diritti dell'interessato rispetto al trattamento di cui all'art. 22 GDPR, come il diritto di rettifica o a essere informato anche in

ordine alla logica utilizzata, all'importanza della valutazione di impatto sulla protezione dei dati. Le linee guida fanno, altresì, emergere alcuni profili problematici come la definizione del diritto ad una spiegazione della decisione, la necessità di prevedere sistemi di verifica periodici del funzionamento degli algoritmi utilizzati durante tutto il loro ciclo di vita e la definizione di una tutela specifica dei minori in quanto gruppo vulnerabile.

3. L'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS e le criticità espresse rispetto al Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale

Nel quadro europeo di regolazione delle tecnologie di intelligenza artificiale assume particolare rilievo l'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS del 29 giugno 2020 sul Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale "Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia", pubblicato il 19 febbraio 2020. L'*opinion* presenta il punto di vista dell'EDPS sul Libro bianco nel suo insieme, nonché su alcuni aspetti specifici come l'approccio ivi proposto basato sul rischio e l'implementazione della regolamentazione sull'intelligenza artificiale. L'obiettivo delle raccomandazioni contenute nell'*opinion* è chiarire e sviluppare ulteriormente le garanzie e i controlli relativi alla protezione dei dati personali, tenendo conto del contesto specifico dell'IA.

Tale *opinion* deve essere letta anche alla luce della recente proposta della Commissione europea di un regolamento per l'intelligenza artificiale, "*Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*", pubblicata lo scorso 21 aprile[23] che rappresenta il proseguo del libro bianco sull'IA e, quindi, anche della *opinion* dell'EDPS. Tale proposta per la prima volta fissa una cornice forte in materia e si basa sulla suddivisione all'interno dell'IA dei trattamenti per fasce di rischio ed è utile valutare se tale approccio regolatorio si ponga o meno in linea di continuità con le raccomandazioni dell'EDPS sul tema.

Dal punto di vista dell'ambito applicativo di una futura regolazione dei sistemi di intelligenza artificiale l'EDPS nella *opinion* raccomanda chiaramente che qualsiasi nuovo quadro normativo si applichi sia agli Stati membri dell'UE che alle istituzioni, agli uffici, agli organi e alle agenzie dell'UE, profilo questo recepito nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale.

Alcuni profili di criticità rispetto al Libro bianco sono espressi dall'EDPS per quanto attiene al fondamentale problema definitorio: il termine IA deve

[23] Si precisa che nel corso della pubblicazione del presente contributo è stata adottata l'EDPB-EDPS *Joint Opinion* n. 5/2021 *on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, consultabile su *www.edps.europa.eu.* In dottrina sulla proposta cfr. A. PAJNO, *Introduzione allo studio della proposta della Commissione europea di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo *www.astrid-online.it*, n.12/2021.

«essere chiaramente definito ai fini di qualsiasi possibile futura iniziativa politica» e, tuttavia, il Libro bianco presenta più di una definizione e non ne abbraccia chiaramente nessuna. In tal senso la proposta di regolamento sull'IA sembra rispondere a tale sollecitazione, fornendo una chiara definizione di intelligenza artificiale.

L'EDPS concorda, invece, con l'approccio presentato nel Libro bianco in base al quale per i sistemi di IA operanti nell'UE «è fondamentale che le norme dell'UE siano rispettate da tutti gli attori ... indipendentemente dal fatto che abbiano sede nell'UE o meno», in quanto ciò è coerente con l'approccio del legislatore europeo scelto per la protezione dei dati personali, in particolare con il GDPR.

Un altro profilo sul quale pone particolare attenzione l'EDPS è l'impatto collettivo dei sistemi di IA: le norme sulla protezione dei dati sono progettate per proteggere principalmente le persone e potrebbero non essere adatte per affrontare i rischi per gruppi di individui. L'EDPS, pertanto, raccomanda che qualsiasi disciplina giuridica relativa all'IA sia concepita per proteggere da qualsiasi impatto negativo non solo gli individui, ma anche la collettività e la società nel suo insieme, perché è evidente che le decisioni algoritmiche coinvolgono sia diritti di singoli sia di gruppi. A questo proposito si potrebbe pensare in una prospettiva *de iure condendo* a modelli di *governance* inclusiva che conferiscano potere alle organizzazioni che rappresentano la società civile (ad esempio ONG e associazioni senza scopo di lucro) in modo che esse possano anche aiutare a valutare l'impatto delle applicazioni di IA su collettività specifiche e sulla società.

Il Libro bianco afferma, inoltre, che quando il sistema di IA "impara" mentre è in funzione «il risultato non potrebbe essere previsto o anticipato in fase di progettazione e i rischi non deriveranno da un difetto nella progettazione originale del sistema ma piuttosto dagli impatti pratici delle correlazioni o dei modelli che il sistema identifica in un set di dati di grandi dimensioni». L'EDPS non è d'accordo con questa valutazione: la progettazione delle applicazioni di intelligenza artificiale dovrebbe tenere conto del potenziale pregiudizio/discriminazione[24] nei dati di addestramento e nei dati operativi. Il *bias* può e deve essere misurato e corretto durante il funzionamento delle applicazioni di IA come può essere misurato e corretto durante il loro sviluppo[25].

[24] Sul problema della discriminazione nell'uso degli algoritmi cfr. R. NUNN, *Discrimination in the Age of Algorithms*, in W. BARFIELD (eds.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, 182 ss.; S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact* (2016) 104 *Calif. Law Rev.*, 671; T. Z. ZARSKY, *Understanding Discrimination in the Scored Society* (2014) 89 *Wash. Law Rev.*, 1375; R. WILLIAMS, *Rethinking Deference for Algorithmic Decision-Making*, Oxford Legal Studies Research Paper n. 7/2019, 30 ss.

[25] In dottrina sulla integrazione *by design* dei principi costituzionali nel momento della progettazione delle applicazioni di IA cfr., *ex multis*, G. BUCHOLTZ, *Artificial Intelligence and Legal Tech:*

Un ulteriore profilo di criticità rispetto al Libro bianco riguarda l'approccio per la valutazione del livello di rischio dei sistemi di IA: la proposta del Libro bianco è quella di aggiungere alcuni requisiti legali per le applicazioni di IA "ad alto rischio", in conformità con i due criteri cumulativi di 1) settore ad alto rischio e 2) di impatto dell'applicazione di IA. L'EDPS ritiene che l'approccio per determinare il livello di rischio dell'uso delle applicazioni di intelligenza artificiale dovrebbe essere più solido: i criteri per determinare il livello di rischio dovrebbero riflettere le linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati e dovrebbero, quindi, includere attività di valutazione o punteggio, processo decisionale automatizzato con rilevanti effetti giuridici, monitoraggio sistematico, dati sensibili, dati trattati su larga scala, dati relativi a soggetti vulnerabili, trasferimento di dati oltre confine al di fuori dell'Unione Europea. Inoltre, i rischi dovrebbero essere determinati tenendo conto di criteri oggettivi specifici come la natura dei dati personali (es. sensibili o meno), la categoria di interessati (es. minore), il numero di interessati, lo scopo del trattamento, la gravità e la probabilità che si verifichino impatti sui diritti e sulle libertà dell'interessato.

Criticità sono espresse anche in riferimento alla nozione di "rischio di impatto" contenuta nel Libro bianco: oltre all'"impatto sulle parti interessate", l'EDPS ritiene che la valutazione del livello di rischio di un determinato uso dell'IA dovrebbe essere basata anche su considerazioni sociali più ampie, compreso l'impatto sul processo democratico[26], sul giusto processo e sulla *rule of law*. Sul punto la *Proposal for a Regulation on a European approach for Artificial Intelligence* sembra recepire tale sollecitazione là dove prevede al Considerando 40 che «Certain AI systems intended for [...] democratic processes should be classified as high-risk, considering their potentially significant impact on democracy, rule of law, individual freedoms».

Challenges to the Rule of Law, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (eds.), *Regulating artificial intelligence*, Springer, Berlin, 2020, 176 ss., part. 191 ss.

[26] In dottrina si interrogano sugli effetti distorsivi che l'applicazione dell'IA alla comunicazione politica è in grado di produrre sulla costruzione del consenso, *ex multis*, P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, 10 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2/2019, 214; F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica*, cit.,101 ss.; nonché A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit., 94 che fanno l'esempio degli *backers* russi che, attraverso la creazione di falsi *accounts* Facebook, «hanno interferito con i risultati del referendum sulla Brexit o delle elezioni presidenziali americane». Per un'ampia disamina degli effetti dell'IA sulla decisione politica cfr. A. CARDONE, "*Decisione algoritmica" vs. decisione politica?*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021. Sugli effetti del ricorso agli algoritmi rispetto al processo di produzione del diritto politico e sulla analisi della prassi anche di diritto comparato cfr. il contributo dello stesso Autore in questo fascicolo, dal quale emerge che l'uso di algoritmi incide su almeno tre distinti livelli: il livello del procedimento legislativo, delle strategie dei gruppi e dei partiti in Parlamento e della formazione dell'opinione pubblica.

L'approccio fondato sulle applicazioni "ad alto rischio" è, tuttavia, criticato dall'EDPS, poiché non riflette l'impostazione precauzionale adottata dall'Unione Europea nella legislazione sulla protezione dei dati personali: il Libro bianco sembra adottare un approccio "tutto o niente", proponendo che solo le applicazioni di IA ad alto rischio siano soggette a specifici obblighi aggiuntivi.

L'EDPS suggerisce, invece, che se la Commissione proponesse un nuovo quadro normativo specifico per l'IA, un certo numero di garanzie ragionevoli dovrebbe applicarsi a tutti i sistemi di IA, indipendentemente dal livello di rischio, come l'adozione di misure tecniche e organizzative completamente trasparenti sugli obiettivi, l'uso e la progettazione dei sistemi algoritmici, la garanzia della robustezza del sistema di IA, o meccanismi trasparenti di responsabilità, ricorso e controllo indipendente. L'EDPS ritiene che requisiti normativi come l'assenza di discriminazione o la robustezza e l'accuratezza dell'IA siano così fondamentali che dovrebbero essere applicati a qualsiasi sistema di IA, non solo a quelli "ad alto rischio".

Da questo punto di vista, però, la recente proposta di regolamento sull'IA sembra rimanere ancorata al requisito dell'alto rischio, introducendo un elenco di pratiche di intelligenza artificiale vietate (i.e i sistemi che consentono alle autorità pubbliche di attribuire un "punteggio sociale") e individuando gli specifici settori "ad alto rischio" cui si riferiscono gran parte delle disposizioni del regolamento. Secondo la proposta soltanto i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio devono essere progettati e sviluppati in modo tale da raggiungere, alla luce dello scopo previsto, un livello appropriato di accuratezza, robustezza e sicurezza informatica e funzionare in modo coerente sotto tali aspetti per tutto il loro ciclo di vita.

Più che un Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, quello proposto dalla Commissione sembra un Regolamento "sulle intelligenze artificiali ad alto rischio": il testo non si occupa tanto di regolare in maniera trasversale l'uso dell'IA, ma si concentra, invece, su una serie di specifiche tecnologie considerate ad alto rischio. In questo senso, l'impatto del Regolamento, laddove dovesse essere mantenuto il testo proposto dalla Commissione, potrebbe avere effetti intersettoriali più limitati rispetto, per esempio, al GDPR.

Un altro aspetto fondamentale ai fini della futura regolazione dell'IA concerne la valutazione di impatto: la *Data Protection Impact Assessment* prevista dall'articolo 35 del GDPR è uno strumento fondamentale per la gestione dei rischi per i diritti e le libertà delle persone e l'EDPS si rammarica che il Libro bianco non menzioni esplicitamente le DPIA, nonostante il suo impegno a ridurre al minimo i rischi posti dall'intelligenza artificiale. La DPIA richiede una valutazione della necessità e della proporzionalità del trattamento: occorre, quindi, dimostrare che l'utilizzo dell'IA è effettivamente lo strumento più adatto per raggiungere l'obiettivo di una specifica attività di trattamento dei

dati e la valutazione della proporzionalità dovrebbe tenere conto di una serie di fattori, in particolare l'interesse dei responsabili del trattamento dei dati, i diritti e le libertà delle persone, le ragionevoli aspettative degli individui e lo scopo del trattamento dei dati.

L'EDPS suggerisce, pertanto, che un futuro quadro giuridico preveda il requisito di una valutazione d'impatto per qualsiasi utilizzo di sistemi di IA[27]. Tale profilo è stato solo parzialmente recepito nella proposta di regolamento della Commissione che richiede di svolgere una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, ai sensi dell'art. 35 GDPR, solo per i sistemi di intelligenza artificiale ritenuti ad alto rischio, così come prevede solo limitatamente a tali sistemi un *risk management system*, ossia un sistema che comprenda l'identificazione e analisi dei rischi noti e prevedibili associati a ciascun sistema di IA ad alto rischio, la stima e la valutazione dei pericoli che possono emergere quando il sistema è utilizzato e l'adozione di idonee *risk management measures*. Si tratta, pertanto, di misure di garanzia la cui prescrizione è problematicamente limitata ai sistemi ad alto rischio in parte discostandosi da quanto richiesto dall'EDPS.

Uno dei profili problematici che emergono dall'*opinion* consta, altresì, nell'opacità dei sistemi di intelligenza artificiale, in particolare a causa dell'effetto "*black box*"[28]: l'opacità è correlata all'incapacità umana di spiegare il ragionamento alla base della decisione delle applicazioni di IA. L'EDPS suggerisce, pertanto, che procedure trasparenti di verifica e controllo nel contesto delle valutazioni di conformità preliminari dovrebbero far parte di qualsiasi applicazione di IA che tratta dati personali: rendere pubblicamente disponibili tali procedure garantirebbe che le autorità di vigilanza possano svolgere i propri compiti, aumentando anche la fiducia degli utenti nelle applicazioni di IA.

Occorre, però, considerare che l'applicazione del principio di trasparenza all'algoritmo cela in sé una sorta di paradosso: rimuovere ogni opacità sul modo in cui tali sistemi funzionano riporta l'uomo in una posizione di comando, ma le macchine sono progettate da soggetti che intendono sfruttare proprio tale asimmetria informativa, poiché dalla opacità possono trarre un vantaggio economico[29]. Pertanto, per superare l'*impasse* si dovrebbe percorrere una soluzione mediana che permetta di spiegare il processo seguito dalla macchina, la logica del trattamento, chiarendo in modo semplice e diretto agli interessati il perché delle decisioni che li riguardano, dando loro anche la

[27] Sul punto cfr. H. L. JANSSEN, *An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making* (2020) 10 *International Data Privacy Law* 1, 76-106, https://doi.org/10.1093/idpl/ipz028.

[28] Circa l'espressione «*black box*» cfr. F. PASQUALE, *The black box society: the secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

[29] Come evidenziato anche da C. COLAPIETRO, in questo fascicolo.

possibilità contestarle, senza però svelare i segreti della macchina. Tra le modalità di spiegazione attraverso le quali accrescere la possibilità di interpretare le singole decisioni assunte sulla base di sistemi di *machine learning*, una metodologia potrebbe consistere nella adozione di prove controfattuali al fine di dare una spiegazione del processo senza svelare i segreti della macchina[30]. Data la complessità di alcuni algoritmi caratterizzati da milioni di variabili non è facile spiegare il perché di una decisione né comprendere la logica interna, pertanto, occorre un approccio funzionale: fornire un minimo di informazioni relative alla capacità di orientare la decisione, potendo, così, mostrare come tale decisione sia basata su certi dati, senza richiedere che gli interessati comprendano nello specifico la logica interna del modello. Tale soluzione potrebbe rendere accessibili e comprensibili anche le decisioni della pubblica amministrazione senza svelare i segreti della macchina.

In ordine al profilo della trasparenza la proposta di regolamento sull'IA prevede ancora una volta precisi e stringenti obblighi limitatamente ai sistemi ad alto rischio: all'art. 13 si dice che tali sistemi «devono essere progettati e sviluppati in modo da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo in modo appropriato». Ne deriva l'obbligo di accompagnare a tali sistemi delle istruzioni per l'uso che includano informazioni concise, complete, corrette, chiare, pertinenti, accessibili e comprensibili per gli utenti (ad es. informazioni sulle caratteristiche, sulle capacità e sui limiti delle prestazioni del sistema di IA ad alto rischio, tra cui il livello di accuratezza, robustezza e cibersicurezza rispetto al quale il sistema è stato testato e convalidato). Per quanto attiene agli "altri" sistemi di IA, non ad alto rischio, si prevede soltanto che quelli destinati a interagire con persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone siano informate che stanno interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti ovvio dalle circostanze e dal contesto di utilizzo. Tale obbligo va incontro, però, ad una serie di eccezioni dalla portata potenzialmente molto ampia: esso non si applica comunque ai sistemi autorizzati per legge a rilevare, prevenire, indagare e perseguire reati, a meno che tali sistemi non siano a disposizione del pubblico per segnalare un reato. Inoltre, in caso di sistemi di riconoscimento delle emozioni o di categorizzazione biometrica occorre informare del funzionamento del sistema le persone fisiche ad esso esposte e per i sistemi di IA che generano o manipolano immagini,

[30] Sul punto cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, reperibile in *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063289*. Cfr. anche M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, 35.

audio o video si deve comunicare che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente. Si tratta, quindi, di prescrizioni sulla trasparenza particolarmente stringenti limitatamente ai sistemi ad alto rischio, con conseguenti problemi di garanzia per quanto attiene agli "altri" sistemi di IA.

Alla luce della *opinion* dell'EDPS si possono, quindi, ricavare degli orientamenti utili ai fini della futura regolazione delle decisioni algoritmiche e dei sistemi di IA, anche nell'ottica di "perfezionare" la recente proposta di regolamento della Commissione in materia: qualsiasi nuovo quadro normativo si dovrebbe applicare sia agli Stati membri dell'UE che alle istituzioni, agli uffici, agli organi e alle agenzie dell'UE, dovrebbe essere progettato per proteggere da qualsiasi impatto negativo non solo sugli individui, ma anche sulle comunità e sulla società nel suo complesso, dovrebbe prevedere uno schema di classificazione dei rischi solido e articolato, fondato sulle linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati, assicurando che qualsiasi danno potenziale significativo posto dalle applicazioni di IA sia accompagnato da adeguate misure di mitigazione e, soprattutto, dovrebbe includere una valutazione di impatto e un certo numero di garanzie minime ragionevoli per tutti i sistemi di IA, non soltanto per quelli ad alto rischio.

4. L'*opinion* dell'EDPS sul *Digital Services Act* richiede maggiori garanzie dinanzi all'uso di mezzi automatizzati

A livello unionale si sta formando un quadro normativo composito nel tentativo di disciplinare con una struttura "a mosaico" le piattaforme digitali: sono state introdotte normative settoriali adeguate all'evoluzione tecnologica (i.e. direttiva *copyright*, direttiva sui servizi media audiovisivi, regolamento *Platform to business*) e allo stesso tempo si stanno prevedendo norme trasversali come il *Digital Services Act*, chiamato a colmare le lacune regolatorie delle normative settoriali.

Nel contesto di "*actification*" che sta animando il diritto unionale nella creazione di un nuovo "ecosistema normativo" si colloca, appunto, la proposta di regolamento europeo presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2020 in materia di regolamentazione dei servizi digitali e responsabilità delle piattaforme, denominata "*Digital Services Act*", animata da una logica di trasparenza, *accountability* e proporzionalità. Tale proposta prevede una responsabilità graduata per le piattaforme, sulla scia del GDPR, con regole tanto più prescrittive a seconda delle potenzialità lesive dei diritti in gioco, tenendo conto delle possibilità di differenziazione. La proposta mira a introdurre un regime di maggior responsabilità per le piattaforme attraverso una regolazione "a gradoni" per cui al crescere della loro dimensione cresce anche il *set* di meccanismi e *remedies* che possono essere applicati.

Il Regolamento proposto mira a ridefinire la disciplina applicabile alle piattaforme *online*, modificando la Direttiva 31/2000 ed introducendo nuove disposizioni in materia di trasparenza, obblighi informativi e, appunto, *accountability*. La scelta dello strumento regolamentare anzichè della direttiva, peraltro, dimostra l'intenzione della Commissione UE di creare un ecosistema omogeneo e condiviso a livello unionale dinanzi alla pulsione dei vari Stati membri a intervenire in modo autonomo, con l'obiettivo di evitare il frazionamento del mercato.

Ai fini della presente indagine tale proposta assume rilievo là dove contiene specifici obblighi di trasparenza a carico delle piattaforme in caso di utilizzo di sistemi automatizzati e della profilazione, aspetti sui quali è intervenuto l'EDPS con un'*opinion* che richiede misure aggiuntive di garanzia per gli utenti in caso di utilizzo di mezzi automatizzati.

La proposta di regolamento prevede, in particolare, precise regole sulla moderazione dei contenuti e obblighi di trasparenza informativa a carico delle piattaforme, chiamate a spiegare come vengono mostrate le pubblicità e i contenuti raccomandati, come vengono rimossi i contenuti e a informare l'utente circa il funzionamento di meccanismi che consentono la visualizzazione di un certo contenuto pubblicitario raccomandato sulla base della profilazione. In particolare, si prevede che nelle condizioni generali i prestatori di servizi includano informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi, tra le quali le procedure, le misure, gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana[31].

Un'altra previsione significativa riguarda i prestatori di servizi di *hosting:* qualora tali soggetti decidano di rimuovere contenuti dovranno informare il destinatario della decisione, fornendo una motivazione chiara e specifica che contenga, ove opportuno, informazioni sugli strumenti automatizzati usati per adottare la decisione. Inoltre, a norma dell'art. 23 della proposta, le piattaforme *online* devono comunicare informazioni su qualsiasi uso di strumenti automatizzati per la moderazione dei contenuti, comprese la descrizione delle finalità, gli indicatori di accuratezza degli strumenti automatizzati nel perseguimento di tali fini e le garanzie applicate.

L'*opinion* dell'EDPS del 10 febbraio 2021 sul *Digital Services Act* ha indubbiamente accolto con favore la proposta della Commissione, compreso il fatto che essa integra e non sostituisce le tutele offerte dal GDPR; l'EDPS ha, inoltre, sostenuto l'obiettivo della Commissione di promuovere un ambiente *online* trasparente e sicuro, definendo in particolare obblighi e responsabilità delle piattaforme *online*.

[31] Cfr. art. 12 della proposta in oggetto.

L'EDPS ricorda, in linea con l'*opinion* n. 4/2020, che alcune attività nel contesto delle piattaforme *online* presentano rischi crescenti non solo per i diritti degli individui, ma per la società nel suo insieme, ciò è tanto più evidente per le piattaforme di grandi dimensioni e ben si riflette nella considerazione che esse dovrebbero sostenere *standard* più elevati di *due diligence*, proporzionati al loro impatto sulla società.

Sebbene la proposta di regolamento includa una serie di misure di mitigazione del rischio l'EDPS ha, però, raccomandato garanzie aggiuntive per tutelare gli interessati, in particolare in caso di pubblicità *online*, moderazione dei contenuti e sistemi di raccomandazione.

Conformemente ai requisiti di minimizzazione dei dati personali e protezione dei dati *by design* e *by default*, secondo l'EDPS la moderazione dei contenuti dovrebbe, per quanto possibile, non comportare alcun trattamento di dati personali. Laddove tale trattamento sia indispensabile dovrebbe riguardare solo i dati necessari per la specifica finalità, applicando tutti gli altri principi del Regolamento (UE) 2016/679.

Nella medesima ottica, nonché al fine di garantire il principio della certezza del diritto, l'*Act* dovrebbe specificare in quali circostanze l'esigenza di contrastare eventuali fenomeni illegali possa legittimare il trattamento dei dati personali e, soprattutto, dovrebbe precisare al ricorrere di quali condizioni potrebbe legittimarsi l'utilizzo di sistemi automatizzati in relazione alle medesime finalità; un utilizzo che, ribadisce l'EDPS, deve essere svolto garantendo il rispetto delle prescrizioni di cui al GDPR in materia di processi decisionali automatizzati. In assenza di ulteriori garanzie, vi è il rischio che la proposta contribuisca indirettamente al trattamento dei dati personali non proporzionato alle finalità perseguite, poiché non qualifica le tipologie di contenuto illegale che possono effettivamente giustificare l'uso di tecniche di rilevamento automatizzato che comportano il trattamento dei dati personali. A seconda delle categorie di dati elaborati e della natura del trattamento, la moderazione automatizzata dei contenuti può avere un impatto significativo sia sul diritto alla libertà di espressione che sul diritto alla protezione dei dati.

L'EDPS sostiene, invece, favorevolmente gli obblighi informativi contenuti nell'articolo 12, paragrafo 1 della proposta, nella misura in cui intendono aumentare ulteriormente la trasparenza delle pratiche di moderazione dei contenuti, nonchè gli obblighi di report sulla trasparenza di cui all'art. 13 e all'art. 23, paragrafo 1, lettera c), secondo i quali il report deve includere anche informazioni su «qualsiasi uso fatto di mezzi automatizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi una specifica delle finalità precise, indicatori dell'accuratezza dei mezzi automatizzati nell'adempimento di tali finalità ed eventuali garanzie applicate». L'EDPS guarda, altresì, favorevolmente alla previsione

che piattaforme *online* molto grandi siano sottoposte ad *audit* esterni e indipendenti e pubblichino i relativi *reports* di *audit* e valutazione dei rischi.

Con particolare riguardo alla notifica all'*hosting provider* circa la presenza di contenuti illegali e all'utilizzo di mezzi automatizzati per elaborare o prendere decisioni in merito alle notifiche ricevute, l'EDPS accoglie con favore la previsione secondo cui i prestatori di servizi di *hosting* devono fornire, «ove applicabile, informazioni sull'uso fatto di mezzi automatizzati per prendere la decisione» e significativamente questo requisito si applica in situazioni in cui le decisioni non sono prese esclusivamente sulla base di mezzi automatizzati e/o non comportano la profilazione. Tuttavia, per rafforzare la trasparenza, l'EDPS raccomanda di modificare la proposta per affermare in modo inequivocabile che dovrebbero in ogni caso essere fornite le informazioni sui mezzi automatizzati utilizzati per l'individuazione e l'identificazione di contenuti illegali, indipendentemente dal fatto che la decisione successiva abbia comportato l'uso di mezzi automatizzati o meno. In particolare, occorre rafforzare i requisiti di trasparenza, specificando le informazioni da fornire alle persone interessate: le piattaforme *online* che utilizzano mezzi automatizzati per la moderazione dei contenuti o il processo decisionale dovrebbero almeno informare le persone interessate circa la procedura seguita, la tecnologia utilizzata e i criteri e le motivazioni a sostegno della decisione.

Si specifica, inoltre, nella *opinion* che la moderazione dei contenuti non deve comportare il monitoraggio o la profilazione del comportamento delle persone, a meno che il fornitore non possa dimostrare, sulla base di una valutazione del rischio, che tali misure sono strettamente necessarie per mitigare i rischi sistemici identificati nella proposta (ie. diffusione di contenuti illegali; effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali; manipolazione intenzionale del servizio).

La proposta di regolamento richiede, altresì, che le piattaforme *online* prevedano un sistema interno di gestione dei reclami contro le decisioni delle piattaforme di rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni o di sospendere o interrompere la fornitura del servizio e le piattaforme devono garantire che le decisioni in merito a tali reclami non siano prese esclusivamente sulla base di mezzi automatizzati. L'EDPS sostiene tale previsione, ma raccomanda di introdurre una garanzia simile in relazione a tutti i fornitori di servizi di *hosting*, non solo alle piattaforme *online*, ogni volta che il rilevamento e l'identificazione di contenuti illegali comporta il trattamento di dati personali.

Inoltre, l'EDPS raccomanda di specificare che le misure di moderazione dei contenuti devono essere "necessarie" oltre che "proporzionate" alle finalità perseguite, che siano il più mirate possibile e progettate in conformità a principi quali la minimizzazione dei dati: per quanto possibile, nessun dato personale dovrebbe essere elaborato durante la moderazione dei contenuti.

Anche da questa *opinion* emerge, inoltre, l'importanza di una valutazione di impatto: l'EDPS raccomanda di richiedere a tutte le piattaforme *online* che utilizzano strumenti automatizzati di moderazione dei contenuti di pubblicare la DPIA risultante o almeno i rischi identificati e le misure di mitigazione associate.

Per quanto concerne la pubblicità mirata, invece, l'EDPS sostiene fermamente le disposizioni della proposta sugli obblighi informativi che mirano a fornire una maggiore trasparenza e, quindi, responsabilità in modo complementare alla legislazione sulla protezione dei dati.

Considerata, però, la moltitudine di rischi associati alla pubblicità mirata *online*, l'EDPS esorta il legislatore a prendere in considerazione norme aggiuntive che vadano oltre la trasparenza, prevedendo misure ulteriori, quali ad esempio l'introduzione graduale di un divieto di pubblicità mirata basata sul monitoraggio pervasivo, la previsione di restrizioni in ordine alle categorie di dati che possono essere trattati a fini mirati e alle categorie di dati che possono essere comunicate agli inserzionisti.

L'EDPS, inoltre, rileva che la maggior parte, ma non tutta, la pubblicità *online* è gestita automaticamente e raccomanda di aggiungere agli obblighi di trasparenza già previsti nella proposta una nuova voce per informare gli interessati se l'annuncio pubblicitario è stato selezionato utilizzando un sistema automatizzato e, in tal caso, informare sull'identità della persona fisica o giuridica responsabile del sistema.

Da ultimo, l'EDPS ricorda che i sistemi di raccomandazione possono avere un impatto significativo sulla capacità dei destinatari di interagire con le informazioni *online* e possono anche svolgere un ruolo importante nell'amplificazione di determinati messaggi, nella diffusione virale delle informazioni e nella stimolazione del comportamento *online*.

Conformemente ai requisiti di *data protection by design* e *by default* l'EDPS precisa che tali sistemi dovrebbero di *default* non essere basati sulla profilazione e occorre garantire misure ulteriori di trasparenza, assicurando che gli utenti mantengano il controllo sulle proprie scelte.

Per migliorare la trasparenza e il controllo degli utenti, l'EDPS raccomanda di includere nella proposta di regolamento per le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi una serie di requisiti aggiuntivi: indicare il fatto che la piattaforma utilizza un sistema di raccomandazione e offrire controlli con le opzioni disponibili in modo facile da usare; informare l'utente della piattaforma se il sistema di raccomandazione è automatizzato e, in tal caso, comunicare l'identità della persona fisica o giuridica responsabile del sistema; consentire agli interessati di visualizzare, in modo intuitivo, qualsiasi profilo utilizzato per curare i contenuti della piattaforma; consentire ai destinatari del servizio di personalizzare i sistemi di raccomandazione sulla base di criteri quali ad

esempio il tempo, i temi di interesse e fornire agli utenti un'opzione facilmente accessibile per eliminare qualsiasi profilo utilizzato per curare il contenuto che vedono.

L'EDPS accoglie, invece, con favore l'inclusione nella proposta di regolamento sia dei rischi sistemici per i diritti individuali che per gli interessi della società, ma esorta il legislatore a chiarire ulteriormente cosa siano i "rischi sistemici" e i "danni per la società", suggerendo di ricomprendere eventuali effetti negativi attuali o prevedibili sulla protezione della salute pubblica, dei minori, del discorso civico, o effetti relativi ai processi elettorali e alla sicurezza pubblica, in particolare in relazione al rischio di manipolazione intenzionale del servizio, anche mediante lo sfruttamento automatizzato del servizio stesso.

L'EDPS ritiene, infine, che l'*Act* dovrebbe garantire una cooperazione istituzionalizzata e strutturata tra le autorità di controllo competenti nel contesto del mercato digitale, comprese le autorità per la protezione dei dati, dei consumatori e le autorità garanti della concorrenza. Occorre assicurare la complementarità nella sorveglianza e nella supervisione delle piattaforme *online* e di altri fornitori di servizi di *hosting,* al fine di mitigare i rischi di indebita interferenza con i diritti fondamentali, ma anche per aumentare la trasparenza e la responsabilità degli attori coinvolti. L'EDPS raccomanda, quindi, che la proposta individui una base giuridica esplicita per la cooperazione tra le autorità competenti, nonché preveda una cooperazione istituzionalizzata e strutturata e faccia esplicito riferimento alle autorità coinvolte, identificando le circostanze in cui tale cooperazione dovrebbe svolgersi. L'EDPS raccomanda, inoltre, misure precise per migliorare la "*governance* digitale": occorre garantire che anche i coordinatori dei servizi digitali e la Commissione abbiano il potere e il dovere di consultare le autorità competenti, comprese le autorità di protezione dei dati, nel contesto delle loro indagini e valutazioni della conformità con la proposta di regolamento, in una sorta di "regolazione integrata" del mercato digitale[32]. Inoltre, la cooperazione dovrebbe riguardare a titolo esemplificativo l'identificazione e valutazione dei rischi sistemici più importanti e ricorrenti, nonché le migliori pratiche per mitigare tali rischi, i codici di condotta per i diversi tipi di contenuti illegali e per la pubblicità *online*.

L'*opinion* è, quindi, molto chiara nell'indicare al legislatore europeo la via per rafforzare le garanzie a favore degli interessati là dove siano impiegati mezzi automatizzati per la pubblicità mirata, la moderazione dei contenuti e i sistemi di raccomandazione. Occorrono ulteriori misure non soltanto in punto di trasparenza, bensì anche nella previsione normativa chiara delle ipotesi che

[32] L'EDPS raccomanda, inoltre, di chiarire che le autorità di controllo competenti ai sensi della proposta dovrebbero essere in grado di fornire alle autorità di controllo competenti ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 tutte le informazioni ottenute nel contesto di eventuali *audit* e indagini relative al trattamento dei dati personali, includendo una base giuridica esplicita in tal senso.

consentono di impiegare processi automatizzati e il trattamento dei dati personali per rilevare, identificare e fronteggiare i contenuti illegali, secondo il principio di stretta necessità della profilazione a tal fine. La moderazione dei contenuti dovrebbe, per quanto possibile, non comportare alcun trattamento di dati personali e qualsiasi fornitore di servizi di *hosting* che utilizzi mezzi automatizzati di moderazione dei contenuti dovrebbe garantire che tali strumenti non producano risultati discriminatori o ingiustificati. Le misure di moderazione dovrebbero essere necessarie, oltrechè proporzionate ai fini perseguiti e occorre, altresì, rafforzare i requisiti di trasparenza della proposta, specificando ulteriormente le informazioni da fornire alle persone interessate, in particolare in caso di utilizzo di mezzi automatizzati per la moderazione dei contenuti.

L'EDPS, inoltre, indica misure concrete che vadano oltre la trasparenza in caso di pubblicità mirata, compresa un'eliminazione graduale che porti al divieto di pubblicità mirata sulla base del tracciamento pervasivo e la considerazione di limitazioni in relazione alle categorie di dati che possono essere elaborate a fini mirati e che possono essere comunicate agli inserzionisti, nonché l'informazione agli interessati se l'annuncio pubblicitario è stato selezionato utilizzando un sistema automatizzato.

Del pari i sistemi di raccomandazione dovrebbero di *default* non essere basati sulla profilazione e le informazioni riguardanti il ruolo e il funzionamento di tali sistemi dovrebbero essere presentate in un modo facilmente accessibile, chiaro e conciso.

L'EDPS indica, inoltre, misure specifiche per le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, in particolare obblighi informativi se il meccanismo di raccomandazione è un sistema decisionale automatizzato e richiede di consentire agli interessati di visualizzare, in modo intuitivo, i profili utilizzati per curare i contenuti della piattaforma o di fornire agli utenti un'opzione facilmente accessibile per eliminare i profili utilizzati per curare il contenuto che vedono.

Infine, l'*Act* dovrebbe prevedere una cooperazione istituzionalizzata e strutturata tra le autorità di controllo competenti, incluse le autorità di protezione dei dati, identificando le circostanze in cui la cooperazione dovrebbe aver luogo, nell'ottica di un'"integrazione regolatoria" volta a garantire un maggior dialogo e una stretta interazione tra autorità di controllo competenti, verso la creazione di un "*network* di vigilanza" anche sulle decisioni algoritmiche delle grandi piattaforme *online*.

5. I principi fondamentali in materia di IA e alcune raccomandazioni per il futuro: il report della CNIL sull'intelligenza artificiale come volano per una futura regolazione giuridica

Nel dicembre 2017 la CNIL ha adottato un report "*How can humans keep the upper hand? Ethical matters raised by algorithms and artificial intelligence*" che assume particolare rilievo sia per il contenuto sostanziale che lo contraddistingue sia per le modalità di adozione. Rispetto al secondo profilo il report trae origine da un dibattito pubblico condotto dalla CNIL e tiene conto dei commenti e dei punti di vista espressi in più di quaranta eventi tenuti in tutta la Francia nell'arco di circa un anno. È stato, quindi, adottato un approccio inclusivo, partecipativo e decentralizzato che ha contribuito a migliorare la conoscenza della società francese sulle questioni sollevate dagli algoritmi e dall'IA.

Il report si concentra sull'intelligenza artificiale fondata sull'apprendimento automatico e individua una serie di problematiche con riguardo all'uso di algoritmi: in primo luogo, ci si chiede se le macchine autonome siano una minaccia al libero arbitrio e alla responsabilità. Una delle grandi sfide è come garantire che tali sistemi non "diluiscano" le responsabilità dei numerosi attori coinvolti nel processo algoritmico.

In secondo luogo, gli algoritmi e l'intelligenza artificiale possono creare pregiudizi, discriminazione o addirittura esclusione nei confronti di individui e gruppi di persone. Tutti gli algoritmi sono in un certo senso "distorti", in quanto sono sempre il riflesso - attraverso la loro configurazione e i criteri operativi, o attraverso i loro dati di *input* - di un insieme di scelte e valori sociali[33]. Secondo la CNIL è il *bias* generato dai dati di *input* che pone la sfida maggiore nell'attualità: occorre considerare che un *set* di dati può riprodurre discriminazioni o disuguaglianze preesistenti. La scelta dei dati di *input* da utilizzare per le fasi di formazione dell'algoritmo implica chiaramente l'adozione di decisioni che potrebbero avere conseguenze di vasta portata ed il problema è che spesso le stesse persone che curano i dati di *input* non sono consapevoli del possibile *bias*[34].

[33] Es. nel 2015, Google Foto, un *software* di riconoscimento facciale, ha suscitato scalpore quando due giovani afroamericani si sono resi conto che una delle loro foto era stata etichettata come "Gorilla". Questo problema tecnico può essere spiegato dal tipo di dati con cui l'algoritmo è stato addestrato a riconoscere le persone. In questo caso, è probabile che fosse principalmente - se non esclusivamente - addestrato con fotografie di persone bianche. Del pari possono essere create discriminazioni di genere: uno studio del 2015 ha mostrato che Adsense, il programma pubblicitario di Google, ha generato pregiudizi contro le donne. Utilizzando uno strumento chiamato Adfisher, i ricercatori hanno creato 17.000 profili e simulato la loro navigazione sul *Web* per condurre una serie di esperimenti. Ciò che hanno scoperto è che le donne avevano molte meno probabilità di visualizzare annunci di lavoro per posizioni altamente pagate rispetto agli uomini, per livelli simili di qualifiche ed esperienza.

[34] In dottrina sul tema dell'*algorithmic bias* cfr. D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems. Automation and Machine Learning in the Public Administration*, in W. BARFIELD (eds.), *The*

Il report si occupa anche delle "*filter bubbles*"[35] e delle loro implicazioni sul pluralismo e sulla diversità culturale. Filtrando le informazioni in base alle caratteristiche dei profili utente, gli algoritmi stanno rafforzando le tendenze degli individui ad abbracciare solo quegli oggetti, persone, opinioni e culture che si conformano ai loro interessi. A livello individuale, infatti, il rischio è che ogni persona si veda associata a un *alter ego* digitale che è ricavato dai suoi dati personali, isolandolo all'interno di una bolla di raccomandazioni che è sempre conforme a questo profilo. A livello sociale, i diversi modi in cui gli individui sono "protetti dall'alterità", dalle opinioni diverse dalle proprie - in termini politici in particolare - potrebbero essere problematici per la qualità e la vitalità del dibattito pubblico, per la diversità delle informazioni, in generale per il buon funzionamento delle democrazie e non a caso il dibattito sulle *filter bubbles* e sui loro esiti politici ha avuto particolare importanza durante le elezioni presidenziali statunitensi del 2016 e il referendum sulla *Brexit* di pochi mesi prima.

A ciò la CNIL aggiunge la sfida della selezione dei dati utilizzati dall'IA: la posta in gioco è alta quando si tratta di scegliere i dati che saranno elaborati da un algoritmo ed ogni processo di selezione dovrebbe ricercare quantità, accuratezza e assenza di *bias*. La questione della qualità dei dati elaborati dagli algoritmi e dall'intelligenza artificiale è la più semplice: dati errati o semplicemente superati porteranno a errori o malfunzionamenti di gravità variabile a seconda del settore, dal mero invio di pubblicità mirata che non si abbina al profilo a una diagnosi medica errata.

Errori o distorsioni nei dati producono effetti sul modello decisionale finale e sullo sviluppo di un sistema decisionale algoritmico affidabile[36]. Lo stesso Consiglio di Stato italiano[37] ha osservato che occorre rettificare i dati in "ingresso" per evitare effetti discriminatori nell'*output* decisionale, operazione che richiede la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine.

Cambridge, cit., 280 ss.; K. HAO, *This Is How AI Bias Really Happens – and Why It's So Hard to Fix*, in *MIT Technology Review*, February 4, 2019; S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., 671; J. DUSTIN, *Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool that Showed Bias against Women*, in *Reuters*, October 11, 2018, *www.reuters.com*; T. SPEICHER, M. ALI, G. VENKATADRI, et al., *Potential for Discrimination in Online Targeted Advertising* (2018) 81 *Proc. Mach. Learn. Res.* 1.

[35] Sulle *"filtering bubbles"* cfr. S. FLAXMAN, S. GOEL, J.M. RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly*, March 2016, 298-320, consultabile su: https://doi.org/10.1093/poq/nfw006; E. PARISER, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Group, New York, 2011; C.R. SUNSTEIN, *#republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, 3 ss.

[36] Come evidenziato anche da C. COLAPIETRO, in questo fascicolo, § 3. Cfr. anche EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Data quality and artificial intelligence – mitigating bias and error to protect fundamental right*, 7 June 2019; INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Guidance on the AI auditing framework – Draft guidance for consultation*, 2020, 26 ss.

[37] Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 8472/2019.

È bene ricordare che obiettività e imparzialità sono doti che l'IA ancora non possiede, ma che potrebbe sviluppare se l'uomo si muoverà verso questa consapevolezza, intervenendo proprio sulla qualità dei dati. Il ricorso agli algoritmi, infatti, non garantisce *ex se* imparzialità della decisione né necessariamente la sua efficienza, poichè spesso i malfunzionamenti sono originati da dati di bassa qualità o da processi mal congeniati: occorre, quindi, garantire che i dati utilizzati siano il più possibile di buona qualità[38]. Lart. 5 GDPR prevede un principio fondamentale in materia, quello di esattezza dei dati personali[39]: l'importanza di tale principio nell'ambito di decisioni automatizzate è vitale, dal momento che dati viziati all'origine possono provocare previsioni errate relativamente a aspetti significativi della vita delle persone e decisioni inadeguate o incongrue.

Proprio in riferimento alla qualità dei dati occorre osservare che la proposta di regolamento sull'IA introduce dei profili di innovazione: per la prima volta è prevista una disciplina concreta della fase di *training* dei sistemi di *machine learning*, quindi, del momento in cui vengono usati i dati per costruire o validare algoritmi, prevedendo che i *set* di dati di addestramento devono essere «pertinenti, rappresentativi, esenti da errori e completi» e sarà interessante capire come verrà garantita effettività a tale disciplina.

Un'altra problematica che emerge dal report concerne l'identità umana dinanzi alla sfida dell'IA: l'idea di un'unicità umana irriducibile è messa in discussione dall'autonomia di tali sistemi, da un lato, e dalla crescente ibridazione degli esseri umani con le macchine, dall'altro. Innanzitutto, c'è la questione della "macchina etica": si indaga se sia possibile stabilire un quadro etico per la programmazione in una macchina. Per quanto attiene alla questione dell'ibridazione un confine poco chiaro è emerso nel contesto di alcuni tentativi nel campo della robotica, volti a dare ai robot l'aspetto di esseri umani e, inoltre, un intero campo di ricerca è orientato alla progettazione di robot empatici in grado di percepire le emozioni umane, analizzando ad esempio il volto o la voce, per adattare il loro comportamento all'umore dell'interlocutore. Ciò solleva la questione di dove stia il limite tra, da un lato, i benefici di una forma di IA capace di comprendere e adattarsi agli stati d'animo dei destinatari e, dall'altro, una forma di manipolazione che si basa sull'ingegneria tecnica che è in grado di sfruttare le vulnerabilità emotive.

[38] Cfr. C. COLAPIETRO, *ult. cit*.

[39] Sulla importanza del principio di esattezza dei dati con particolare riguardo all'utilizzo di sistemi di IA, cfr. G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018, 265 ss.; H. ZHU, E. MADNICK, Y.W. LEE, R.Y. WANG, *Data and Information Quality Research,* in H. TUCKER, T. GONZALEZ, A. TOPI (eds.), *Computing handbook*, 2014; J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, in *Computer und Recht* 2020, 73; sul punto anche il Garante per la protezione dei dati personali, cfr. provv. n. 515/2013.

Un ulteriore profilo problematico di grande rilievo evidenziato dalla CNIL consta nel fatto che la regolamentazione giuridica in materia attualmente riguarda gli effetti che gli algoritmi hanno sugli interessati - cioè da una prospettiva individuale - ma non fa menzione diretta di eventuali effetti collettivi: si pensi all'impatto che gli algoritmi utilizzati per il *marketing* elettorale possono avere sulla democrazia stessa. In tal caso sorgono problemi di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, ma anche questioni delicate di tenuta democratica e di "inquinamento" nei processi informativi dell'opinione pubblica[40].

L'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS si pone, pertanto, in linea di continuità con il report della CNIL nell'evidenziare l'importanza di una valutazione degli impatti collettivi dei sistemi di IA, ad esempio proprio con riguardo al principio democratico.

Nella prospettiva di una futura regolazione degli algoritmi e dell'IA un aspetto di particolare rilievo del report consta nei principi fondamentali ivi delineati per garantire che l'intelligenza artificiale sia al servizio degli esseri umani: il principio di *fairness*, di una *fair* IA e il principio di continua attenzione e vigilanza da applicare a ogni singolo *stakeholder* (*designer*, aziende, utenti finali) coinvolto in "catene algoritmiche".

Secondo la CNIL un algoritmo *fair* non dovrebbe finire per generare, replicare o aggravare alcuna forma di discriminazione, anche se ciò dovesse avvenire senza che i progettisti ne siano consapevoli. Il principio sostanziale di *fairness* degli algoritmi dovrebbe, inoltre, tener conto dell'idea di correttezza nei confronti degli utenti non solo come consumatori, ma anche come cittadini e anche nei confronti delle comunità che potrebbero essere influenzate da algoritmi, indipendentemente dal fatto che questi elaborino o meno dati personali.

L'altro principio fondamentale riguarda un'attenzione e vigilanza continuativa ed è un principio metodologico: la natura modificabile degli algoritmi di apprendimento automatico e il loro potenziale impatto aumentano l'imprevedibilità dei risultati. Promuovere un principio di attenzione e vigilanza continue potrebbe essere un modo per affrontare questa sfida, dovendo i progettisti e gli operatori di intelligenza artificiale tenere conto di questa nuova caratteristica. Un ulteriore scopo di tale principio sarebbe quello di compensare l'eccessiva fiducia e l'indebolimento della responsabilità che possono sorgere di fronte ai *black box algorithms*.

Tale principio dovrebbe riguardare i sistemi algoritmici, quindi, complesse e lunghe "catene algoritmiche" composte da una miriade di *stakeholders* (sviluppatori, utenti finali, aziende che raccolgono dati per scopi di *machine learning*, professionisti che svolgono il "processo di apprendimento", acquirenti di una soluzione di *machine learning* che intendono implementare): si tratta di

[40] Sul punto cfr. anche A. CARDONE, in questo fascicolo.

essere "*vigils*" *of digital society*. Questo principio deve essere inteso come una risposta concreta a tre sfide centrali che la società digitale deve affrontare: la natura mutevole e imprevedibile degli algoritmi nell'era del *machine learning*[41]; in secondo luogo la "*silo mentality*" che influenza l'organizzazione delle catene algoritmiche e porta ad azioni che si svolgono in isolamento, senza guardare agli impatti complessivi del sistema algoritmico ed il rischio che venga riposta un'eccessiva fiducia nelle macchine.

Ulteriori principi fondamentali individuati nel report sono il principio di esplicabilità o intellegibilità[42]: come evidenziato nelle linee guida del gruppo

[41] Il *machine learning* consente di svolgere compiti molto più complessi di un algoritmo convenzionale: Andrew Ng della Stanford University definisce l'apprendimento automatico come: «la scienza per far agire i computer senza essere programmati esplicitamente». L'intelligenza artificiale fondata sull'apprendimento automatico riguarda, quindi, algoritmi che sono stati specificatamente progettati affinché il loro comportamento possa evolversi nel tempo, sulla base dei dati di *input*. La dottrina sulla *governance* algoritmica con particolare riguardo al *machine learning* è sconfinata, cfr. *ex multiis* C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era* (2017) 105 *Geo. Law J*., 1147; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance* (2019) 71 *Admin. Law Rev*. 1. Per un'eccellente ricostruzione introduttiva del *machine learning* cfr. D. LEHR, P. OHM, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn about Machine Learning* (2017) 51 *UC Davis Law Rev*., 653; T. MILLS, *Machine Learning vs Artificial Intelligence: How Are They Different?*, in *Forbes*, June 11, 2018, www .forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different /#4b961f153521; C. KUMAR GN, *Artificial Intelligence vs Machine Learning*, in *Medium*, September 1, 2018, https://medium.com/@chethankumargn/artificial-intelligence-vs-machine-learning-3c599637ecdd; M.I. JORDAN, T.M. MITCHELL, *Machine Learning: Trends, Perspectives, and Prospects* (2015) 349 *Science*, 255; H. SURDEN, *Machine Learning and Law* (2014) 89 *Wash. Law Rev*., 87.

[42] Sulla trasparenza degli algoritmi occorre evidenziare che in Francia una autorità indipendente, il CSA (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*) si è vista conferire *ex lege* una funzione di garanzia in materia di trasparenza algoritmica. La legge di riferimento è la *loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*. L'art. 11 della legge prevede che gli operatori di piattaforme *online* attuano misure sulla trasparenza dei propri algoritmi; l'art. 14 specifica meglio i dati che tali piattaforme sono tenute a pubblicare relativamente all'impiego di algoritmi di raccomandazione, classificazione, reindirizzamento di contenuti informativi relativi a un dibattito di interesse generale. Il CSA vigila sulla applicazione della legge e gli operatori delle piattaforme sono tenuti a comunicare al medesimo quali misure abbiano preso per garantire la trasparenza degli algoritmi impiegati (cfr. art. 11, ultimo periodo). Molto interessante anche la *Recommandation n° 2019-03 du 15 mai 2019 du Conseil supérieur de l'audiovisuel aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations* del CSA, in particolare il punto 2 della Raccomandazione che è dedicato alla trasparenza degli algoritmi: «*Les utilisateurs doivent pouvoir exercer de manière éclairée leur esprit critique sur les contenus qui leur sont proposés par les plateformes en ligne. Ils doivent pouvoir accéder aux informations leur permettant de connaître et de comprendre les principes de fonctionnement des algorithmes qui régissent l'organisation, la sélection et l'ordonnancement de ces contenus*». Inoltre, il punto 7 della Raccomandazione prevede che gli operatori di piattaforme debbano trasmettere al CSA ogni anno, entro il 31 marzo, una dichiarazione in cui precisano «*les modalités de mise en œuvre de chacune des mesures prises en application de l'article 11 de la loi du 22 décembre 2018", telles qu'éclairées par la présente recommandation*». Sempre in base al punto 7, il CSA assume anche alcuni poteri ispettivi, potendo richiedere informazioni alle piattaforme in caso di episodi di manipolazione dell'informazione *online*. Il CSA, inoltre, pubblica ogni anno un bilancio basato sulle dichiarazioni degli operatori che sono state trasmesse ed è molto

articolo 29 secondo la CNIL piuttosto che avere accesso diretto al codice sorgente, ciò che importa è la capacità di comprendere la logica generale alla base del modo in cui funziona l'algoritmo, questa logica deve, quindi, essere spiegata a parole anziché in codice.

Infine, si afferma il principio dell'intervento umano nelle decisioni algoritmiche[43]: il principio che vieta qualsiasi processo decisionale che produca effetti giuridici su un soggetto interessato, se basato esclusivamente sul trattamento automatizzato dei dati personali è previsto dal GDPR, tuttavia, è privato di gran parte della sua sostanza a causa di eccezioni molto ampie, come evidenziato da tempo in dottrina[44]. Sul punto la proposta di regolamento europeo sull'IA prevede una "*human oversight*" che sembra avere, però, una portata sostanziale minore rispetto al più ampio "intervento umano" e comunque limita problematicamente, come già evidenziato, tale garanzia ai sistemi di IA ad alto rischio.

Nella prospettiva nazionale anche il Consiglio di Stato[45] ha posto in evidenza l'importanza del principio di non esclusività della decisione algoritmica, specificando che deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica secondo il modello *human in the loop* nel quale per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano.

In una prospettiva *de iure condendo* ai fini di una futura regolazione dell'IA assumono particolare rilievo anche le raccomandazioni finali espresse dalla CNIL, rivolte sia alle autorità pubbliche che alla società civile: è necessaria un'azione lungo tutta la catena algoritmica, dal progettista all'utente finale, attraverso i formatori dei sistemi e una gamma diversificata di azioni da parte dei vari *stakeholders*.

In primo luogo, occorre favorire l'educazione di tutti gli attori coinvolti nelle "catene algoritmiche" con riguardo ai profili etici sollevati dall'IA. I cittadini hanno un ruolo chiave, perché possono individuare eventuali abusi: consentire loro di capire queste nuove tecnologie in modo che possano usarle in modo sicuro, attivo e informato è importante. Occorre, quindi, sviluppare una

interessante il primo bilancio, pubblicato il 30 luglio 2020. Sul ruolo del CSA nel sistema francese e sul bilancio pubblicato nel 2020 cfr. il contributo di E. CATERINA, in questo fascicolo.

[43] Sull'idea di una "*collaborative intelligence*" cfr. H.J. WILSON, P.R. DAUGHERTY, *Collaborative intelligence: humans and AI are Joining forces*, in *Harvard Business Review*, July-August, 2018.

[44] Cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation* (2017) 7 *International Data Privacy Law* 2, 76 ss.

[45] Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 8472/2019, punto 15.2. In tale decisione il Consiglio di Stato si è soffermato anche sul principio della trasparenza «da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso».

"nuova alfabetizzazione digitale" dalla scuola primaria fino al livello universitario che includa una familiarità di base con gli algoritmi. È, inoltre, fondamentale che i progettisti di algoritmi (sviluppatori, programmatori, codificatori, *data scientists*, ingegneri) abbiano la massima consapevolezza possibile delle conseguenze etiche e sociali del loro lavoro: la formazione è un primo passo essenziale affinché tali soggetti siano in grado di cogliere le implicazioni a volte molto indirette della loro azione sia per gli individui che per la società, rendendoli così consapevoli delle proprie responsabilità e imparando a mostrare attenzione e vigilanza continue.

Un'altra importante raccomandazione consiste nel rendere comprensibili i sistemi algoritmici, rafforzando i diritti esistenti: un modo per affrontare la sfida sarebbe vincolare i responsabili del sistema all'obbligo (piuttosto che semplicemente laddove richiesto dagli interessati) di comunicare le informazioni in modo chiaro e comprensibile, in un modo che consenta di comprendere la logica coinvolta, anche per algoritmi che non elaborano i dati personali dei loro utenti, nella misura in cui possono avere impatti collettivi significativi. Sul punto la proposta di regolamento sull'IA parzialmente risponde alla sollecitazione, prevedendo che i sistemi di IA ad alto rischio siano progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'*output* del sistema e utilizzarlo adeguatamente e siano accompagnati da istruzioni per l'uso che comprendano informazioni concise, complete, corrette, chiare, pertinenti e comprensibili per gli utenti concernenti anche le caratteristiche, le capacità e i limiti delle prestazioni del sistema di IA.

Un'ulteriore importante raccomandazione della CNIL concerne il miglioramento della progettazione dei sistemi algoritmici per prevenire il *black box effect*: occorre lavorare sulla progettazione per contrastare la natura "simile a una scatola nera" che gli algoritmi possono assumere, presentandosi come sistemi imperscrutabili che mostrano risultati senza mettere in prospettiva i propri limiti o spiegare il modo in cui sono costruiti. A titolo esemplificativo si potrebbe pensare alla creazione di sistemi di visualizzazione che restituiscano un maggiore controllo agli utenti, dando loro informazioni migliori. A tal riguardo il concetto di "testabilità" potrebbe rappresentare un principio che governa la progettazione di sistemi algoritmici virtuosi, *user-friendly*: occorre consentire agli utenti di "testare" i sistemi, giocando con le loro impostazioni, ad esempio dando loro l'opportunità di eseguire un test, vedendo quali risultati vengono forniti per le diverse scelte prima di compiere le loro scelte finali.

Profili problematici sono, invece, sollevati dall'ulteriore raccomandazione della creazione di una piattaforma nazionale per controllare gli algoritmi, per verificare la conformità alla legge e la *fairness*.

Sul punto il report resta piuttosto vago per quanto attiene al soggetto legittimato a effettuare tali controlli: essi, secondo la CNIL, potrebbero essere eseguiti da un ente pubblico formato da esperti che monitorerebbe e testerebbe gli algoritmi, oppure un'altra soluzione potrebbe essere che le autorità pubbliche accreditino società private di *audit* sulla base di un quadro giuridico di riferimento.

Da questo punto di vista la prospettiva di affidare a terzi la valutazione della *fairness* degli algoritmi è di particolare interesse e per affrontare il problema del *black box effect* si potrebbe ipotizzare *de iure condendo* di richiedere almeno due pareri distinti ad imprese di *audit* che diano specifiche garanzie di indipendenza e imparzialità, con comprovata esperienza e competenza per valutare la *fairness* dell'algoritmo.

Da ultimo, un aspetto di particolare rilievo del report concerne l'implementazione dell'etica all'interno delle imprese, ad esempio creando comitati etici, diffondendo buone pratiche in ogni settore o rivedendo codici etici: una soluzione potrebbe essere la creazione di comitati etici all'interno delle aziende che utilizzano algoritmi con impatti di vasta portata.

Un profilo problematico del report consta, invece, nel fatto che la CNIL non specifica se per l'attuazione dei principi e delle raccomandazioni delineate si debba dare la precedenza alla legge o alle iniziative volontarie dei vari *stakeholders*. Il suggerimento della fonte più idonea a regolare i singoli aspetti e a dare attuazione alle raccomandazioni espresse avrebbe potuto fornire elementi di maggior chiarezza in una prospettiva *de iure condendo*.

Il report rappresenta, tuttavia, un importante volano per la regolazione giuridica dei sistemi di IA, là dove indica i principi fondamentali che dovrebbero disciplinare la materia e suggerisce una via per rafforzare i diritti degli interessati e arginare il *black box effect*, introducendo il principio di testabilità e prevedendo sistemi di *audit* della *fairness*.

6. Casi problematici in tema di decisioni algoritmiche: l'APB e la mancanza di un intervento umano

Tra i Paesi che hanno introdotto sistemi di decisione algoritmica nel settore pubblico, la Francia merita un'analisi particolarmente approfondita: dall'indagine della prassi in materia sono emersi due casi problematici, particolarmente significativi, concernenti proprio l'ordinamento giuridico francese.

Il primo caso ha riguardato la piattaforma di ammissione alle università francesi "*Admission Post-Bac*", utilizzata dal Ministero dell'istruzione per l'assegnazione di posti universitari. Nel 2009, il Governo francese ha lanciato, per la prima volta, questa piattaforma *online,* APB: un *software* che consente ai diplomati delle scuole superiori di cercare un posto in un programma

universitario. L'algoritmo APB combina le preferenze dei candidati con i requisiti dei programmi delle università[46] ed è stato progettato per applicare le regole e i criteri contenuti nel Codice francese dell'istruzione superiore, delegando al *software* ciò che in precedenza veniva svolto dai funzionari pubblici, per garantire un'applicazione uniforme e imparziale delle regole. Chiaramente, però, APB ha un impatto diretto sul futuro professionale e sulle opportunità degli studenti.

Tale dispositivo assume particolare rilievo ai fini della presente indagine, poiché la CNIL è intervenuta, demolendo punto per punto il funzionamento di APB nel 2017[47].

La Commissione ha ritenuto che l'APB avesse violato il divieto di emettere decisioni amministrative individuali basate unicamente sul trattamento automatizzato: la legge francese, infatti, non autorizza ad assegnare posti nelle università e nei programmi di formazione agli studenti senza alcun intervento umano.

In base a tale dispositivo ogni candidato poteva formulare fino a 24 preferenze sulla piattaforma e, una volta registrate, l'elaborazione automatizzata era realizzata per classificare i candidati. Un algoritmo stabiliva il profilo delle persone a partire da tre criteri di importanza decrescente, vale a dire la loro accademia di collegamento, l'ordine delle preferenze formulate e la loro situazione familiare.

Il trattamento permetteva, così, di indirizzare automaticamente ai candidati, a partire dalla classifica effettuata dall'algoritmo, una proposta di formazione senza che gli istituti di istruzione disponessero di un controllo sull'assegnazione finale proposta.

Nella Decisione 2017-053 del 30 agosto 2017 la CNIL ha constatato che nessuna informazione relativa al trattamento dei dati personali è presente sul sito, le informazioni relative in particolare ai destinatari dei dati non figurano nelle note legali del sito Internet e le risposte fornite ai candidati che contestano l'assegnazione proposta non fanno riferimento all'uso di un algoritmo per procedere alla classificazione. Secondo la CNIL, inoltre, risulta che nessun riesame della decisione finale presa sulla sola base del trattamento viene effettuato alla luce degli elementi forniti dai candidati che intendono contestare le decisioni prese nei loro confronti. Pertanto, le proposte di assegnazione a corsi di formazione nell'istruzione superiore vengono svolte sulla base di un'elaborazione completamente automatizzata e senza alcun intervento umano. Tali fatti

[46] Per un'ampia disamina del funzionamento di APB e della sua collocazione nel sistema educativo francese cfr. P.H. GUILLAUD, *Admission post-bac, cas d'école des algorithmes publics?*, in *internetactu.net*, 28.07.2017.

[47] CNIL, *Decision* No. 2017-053, *August* 30, 2017, www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?&id=CNILTEXT 000035647959.

costituiscono un inadempimento del quadro legislativo di riferimento, secondo il quale nessuna decisione che produca effetti giuridici nei confronti di una persona può essere presa sulla sola base di un trattamento automatizzato di dati inteso a definire il profilo dell'interessato o a valutare determinati aspetti della sua personalità.

La CNIL, come osservato, constata, inoltre, il mancato rispetto dell'obbligo di informare le persone: i candidati devono fornire un numero significativo di dati personali quali cognome, nome, data di nascita, paese di nascita, situazione familiare, ma non sono fornite informazioni relative in particolare all'identità del responsabile del trattamento, allo scopo del trattamento e ai diritti di cui dispongono le persone ai sensi della legge sulla protezione dei dati. Inoltre, le note legali del sito sono incomplete, in quanto non indicano i destinatari dei dati dei candidati e tali fatti costituiscono una violazione del quadro legislativo di riferimento.

Un altro inadempimento constatato dalla CNIL concerne il diritto di accesso: se i candidati chiedono i motivi di un rifiuto di assegnazione al termine della procedura prevista dal trattamento, nessuna informazione relativa all'uso di un algoritmo e al suo funzionamento per la classificazione e l'assegnazione (in particolare il metodo che ha permesso di sviluppare l'algoritmo, il suo tasso di errore o il punteggio ottenuto dal candidato) è fornita ai candidati. Questi fatti costituiscono una violazione dell'articolo 39-I-5 della legge del 6 gennaio 1978 come modificata, secondo il quale ogni persona fisica ha il diritto di interrogare il responsabile del trattamento al fine di ottenere le informazioni che consentano di conoscere la logica alla base del trattamento automatizzato in caso di decisioni prese in base ad esso che producano effetti giuridici nei confronti dell'interessato.

Da tale caso problematico si possono, quindi, trarre orientamenti particolarmente utili in ordine alla regolazione delle decisioni algoritmiche: decisioni che producono effetti giuridici rilevanti sulle persone non dovrebbero basarsi sul solo trattamento automatizzato di dati e occorre che l'intervento umano tenga conto delle osservazioni delle persone interessate. Occorre, inoltre, garantire l'informazione degli interessati, con particolare riguardo all'identità del responsabile del trattamento, alle finalità del trattamento, ai diritti delle persone, indicando i destinatari ai quali i dati sono trasmessi e occorre, altresì, attuare un'efficace procedura per il trattamento delle richieste di diritto di accesso, garantendo la trasmissione di informazioni che consentano di conoscere e contestare la logica sottostante al trattamento.

7. Parcoursup e il parere favorevole della CNIL sul suo funzionamento

A seguito di questa decisione *tranchant* della CNIL, il Governo francese ha istituito una nuova piattaforma denominata Parcoursup[48] che ha, invece, ricevuto un parere favorevole dalla Commissione nazionale[49]. Parcoursup assegna automaticamente gli studenti agli istituti di istruzione superiore, ma si è previsto un certo grado di intervento umano[50]. Gli studenti registrano le università e/o i programmi di formazione sulla piattaforma Parcoursup e li classificano in ordine di preferenza e priorità. L'università, quindi, classifica le domande secondo i propri criteri interni e, infine, il sistema fornisce le proposte ottimali ai candidati, tenendo conto delle preferenze dell'università e dello studente.

La Deliberazione della CNIL n. 2018-119 del 22 marzo 2018 è relativa ad una richiesta di parere da parte del Ministro dell'istruzione superiore in merito al decreto che autorizza il trattamento di dati personali denominato Parcoursup. Sul funzionamento del dispositivo la CNIL spiega che esso opera in tre fasi: la raccolta delle preferenze, la loro classificazione e l'assegnazione dei candidati nelle formazioni di insegnamento superiore. I candidati si collegano alla piattaforma Parcoursup per esprimere le loro preferenze, in secondo luogo, gli istituti di istruzione superiore accedono ai dati e alle informazioni relative ai candidati che fanno domanda per uno dei corsi di formazione offerti. Alla luce di queste informazioni gli istituti di istruzione superiore forniscono un parere sulla piattaforma su ciascuna delle domande ricevute. In terzo luogo, Parcoursup consente, grazie ad un algoritmo, la gestione delle risposte ai candidati secondo i pareri formulati dagli istituti di istruzione superiore e, a differenza del sistema APB, la graduatoria può essere modificata dal Rettore dell'Accademia.

In merito alle garanzie apprestate da Parcoursup la CNIL rileva diversi elementi relativi alla trasparenza e all'intervento umano: per quanto attiene al primo profilo, secondo la CNIL informazioni sull'elaborazione algoritmica più accessibili e intellegibili del solo codice sorgente sono fornite ai candidati, ciò che costituisce un passo avanti rispetto al precedente sistema di preregistrazione.

Tuttavia, nella decisione, la Commissione non indica quali siano le informazioni sull'elaborazione algoritmica fornite ai candidati e permangono, pertanto, problemi di trasparenza in ordine alla logica alla base della decisione algoritmica. Inoltre, la CNIL valuta positivamente il fatto che a valle del processo di

[48] *Arre^te´, January* 19, 2018 *autorisant la mise en œuvre d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé «Parcoursup»*, www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do? cidTexte=JORFTEXT000036520954&categorieLien=id.

[49] CNIL, *Decision* No. 2018-119, *March* 22, 2018.

[50] Sulle differenze tra i due sistemi cfr. R. GRIBONVAL, *D'APB à Parcoursup: quelles méthodes d'affectation post-bac?*, in *interstices.info*, 2.2.2021. Cfr. anche M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement* (2017) 69 *Fla. Law Rev.*, 181.

assegnazione dei candidati, un comitato etico e scientifico ha il compito di garantire il "rispetto dei principi giuridici ed etici" su cui si basa la piattaforma Parcoursup: il comitato formula eventuali proposte atte a migliorare la trasparenza delle procedure e la loro buona comprensione da parte dei candidati.

La CNIL si concentra, però, più analiticamente sul profilo dell'intervento umano, rilevando che il dispositivo consente tale intervento sotto due aspetti: da un lato, è prevista la possibilità per un candidato di far valere, a determinate condizioni, circostanze eccezionali relative alla sua condizione di salute, disabilità, o oneri familiari e ciò può portare al riesame della sua domanda e, dall'altro, è prevista la possibilità di avviare un dialogo con il Rettore in caso di assenza di una proposta di assegnazione, al fine di vedersi proporre l'iscrizione in una formazione il più vicino possibile ai desideri espressi. Alla luce di questi elementi, la CNIL ritiene che il trattamento attuato dal Ministero dell'istruzione superiore sia conforme al quadro legislativo di riferimento, poichè tale sistema, considerato nel suo insieme, dovrebbe consentire che la decisione di assegnazione non venga presa sulla sola base del trattamento automatizzato.

Per quanto attiene ai dati trattati in Parcoursup vengono registrati i dati relativi alla formazione dei candidati, al loro *curriculum vitae* e al progetto formativo. Osserva la CNIL che gli istituti di istruzione superiore devono disporre di informazioni quali, in particolare, i risultati scolastici per valutare la necessità di proporre un sistema di sostegno educativo o la coerenza di una domanda rispetto alle aspettative richieste per una determinata formazione: alla luce di questi elementi la CNIL ritiene che la raccolta di queste informazioni sia giustificata e legittima[51].

La Commissione si sofferma, inoltre, sull'individuazione dei destinatari di Parcoursup, previsti dall'articolo 3 del progetto di decreto: accedono ad esempio a Parcoursup i soggetti autorizzati della Direzione dell'Istruzione Superiore e dell'Inserimento Professionale (DGESIP) e della Direzione Generale dell'Istruzione Scolastica del Ministero della istruzione nazionale (DGESCO). Nella misura in cui i candidati che devono ricorrere alla procedura di preregistrazione nazionale sono molto numerosi, la CNIL ritiene che non sia eccessivo

[51] Per quanto attiene ai periodi di conservazione dei dati, la bozza di decreto prevede che i dati registrati in Parcoursup siano conservati per un periodo massimo di due anni e poi inseriti in una banca dati di archivio intermedio per ulteriori quattro anni. Per quanto riguarda la durata di due anni, il Ministero ha indicato che essa dovrebbe consentire a un candidato che non sia riuscito a iscriversi a un corso di formazione o che volesse riorientarsi dopo un primo anno in una formazione di istruzione superiore, di riutilizzare i dati già inseriti. Per quanto concerne, invece, la conservazione in archivi intermedi, il Ministero ha indicato che, una volta inserite in questa banca dati, le informazioni relative all'identità e all'indirizzo dei candidati sono cancellate, quindi, fatta salva questa effettiva cancellazione e tenuto conto della natura indirettamente identificativa dei dati memorizzati, la CNIL considera tali dati pseudonimizzati e ritiene che i periodi di conservazione siano giustificati rispetto alle finalità perseguite dal trattamento.

che così tanti dipendenti, dell'amministrazione centrale e dei servizi decentrati, accedano ai dati dei candidati[52].

Per quanto attiene, infine, ai diritti delle persone interessate, l'articolo 5 del progetto di decreto esclude il diritto di opposizione: questa esclusione secondo la CNIL è conforme alla legge e si comprende nella misura in cui la preregistrazione *online* è obbligatoria ai sensi del Codice dell'istruzione.

Per quanto attiene al diritto di accesso, invece, la CNIL si limita a ricordare che nella misura in cui il trattamento utilizza un algoritmo di attribuzione, tale diritto implica di fornire tutti gli elementi che permettono di comprendere la logica alla base dell'algoritmo. Un profilo problematico della deliberazione consta, però, proprio nel fatto che la CNIL non indica quali informazioni siano fornite al fine di garantire l'esplicabilità dell'algoritmo, permanendo, quindi, problemi di trasparenza in ordine alla logica utilizzata[53].

Alla luce dei due casi esaminati emergono, quindi, alcuni profili problematici: entrambi i sistemi, APB e Parcoursup, sollevano preoccupazioni circa l'opacità in cui operano e, quindi, sulle regole e i criteri che vengono di fatto applicati per assegnare gli studenti a specifici programmi di formazione. Tali dispositivi portano, inoltre, in primo piano questioni relative al livello desiderabile di automazione nella pubblica amministrazione[54] e alla necessità di

[52] Ad accedere a Parcoursup è anche il personale degli istituti in cui vengono formati i candidati e quelli degli istituti di istruzione superiore in cui i candidati hanno espresso le proprie preferenze. Nella misura in cui tali soggetti devono rispettivamente fornire informazioni riguardanti il candidato e decidere sulle candidature, dopo averle esaminate, la CNIL ritiene che tali accessi siano giustificati.

[53] Anche sulla sicurezza dei dati e sulla tracciabilità delle azioni il parere è positivo: in primo luogo, la CNIL raccomanda che le autorizzazioni di accesso siano concesse per un periodo fisso e limitato, vengano rimosse non appena un utente non è più autorizzato e che venga eseguita regolarmente una revisione di tutte le autorizzazioni concesse. La CNIL ricorda che l'elaborazione di Parcoursup si basa su un'architettura *client-server* e avvengono numerosi scambi di dati tramite canali di comunicazione cifrati che garantiscono l'autenticazione della fonte e del destinatario. In alcuni casi, è possibile risalire alle informazioni tramite posta elettronica: la CNIL raccomanda che il contenuto e gli allegati dei messaggi vengano cifrati, utilizzando un algoritmo all'avanguardia. L'accesso al sito Parcoursup, inoltre, avviene tramite protocollo HTTPS che garantisce la riservatezza dei dati scambiati nonché l'autenticazione del responsabile del trattamento. La Commissione osserva che sono implementati meccanismi di controllo per garantire l'integrità dei dati trattati, l'accesso remoto è protetto tramite una VPN crittografata e una forte autenticazione dell'utente. Aggiornamenti *software* vengono installati regolarmente e vengono eseguiti *backup* giornalieri. La CNIL ritiene, quindi, che le misure descritte rispettino il requisito di sicurezza previsto dall'articolo 34 della legge del 6 gennaio 1978 e successive modifiche.

[54] Sul tema del *machine learning* nella pubblica amministrazione cfr. D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 273 ss.; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by* robot, cit., 1161 ss. Sull'impatto delle tecnologie digitali rispetto alle funzioni pubbliche cfr. C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Proceduralism and authomation: challanges to the values of Administrative Law*, in A. FISHER, J. KING, A. YOUNG (eds.), *The Foundations and future of Public Law (in honour of Paul Craig)*, Oxford University Press, Oxford, 2019; B.W. WIRTZ, J.C. WEYERER, C. GEYER, *Artificial intelligence and the Public sector-Applications and challenges* (2019) 42 *International Journal of Public Administration* 7, 596-615. Su IA e procedimento amministrativo nella prospettiva nazionale cfr. L. VIOLA,

garantire che i sistemi di decisione algoritmica rimangano il più aperti e responsabili possibile. Da questo punto di vista sia il codice sorgente APB che quello di Parcoursup sono stati resi pubblici, tuttavia, ciò ha reso disponibile la parte algoritmica dello strumento, ma non tutte le informazioni necessarie per comprendere l'algoritmo e la logica utilizzata, permanendo, quindi, problemi di intellegibilità ed esplicabillità dell'algoritmo medesimo[55].

8. Il riconoscimento facciale al vaglio della CNIL: elementi di continuità con la posizione dell'EDPS

Il riconoscimento facciale è uno strumento definito dal *Data Protection Working Party* come «il trattamento automatico di immagini digitali contenenti volti di individui, per scopi di identificazione, autenticazione/verifica, o categorizzazione dei suddetti individui»[56]. Questa tecnologia appartiene alla più generale categoria della biometria, progettata al fine di raccogliere, trattare e conservare dati biometrici, soggetti a una disciplina speciale ai sensi del GDPR. I suoi possibili utilizzi sono molteplici: dalla sicurezza al *marketing*, al controllo sociale, all'identificazione. Si tratta di un *software* probabilistico, ciò implica la produzione di un risultato elaborato a livello statistico e non incontrovertibile. Un sostanziale limite è il grado di errore che questo tipo di tecnologia può produrre, come nel caso di *screening* di volti femminili o di colore[57]. Nonostante le problematiche correlate al suo impiego, tanto a livello pubblico quanto a livello privato si sono verificati diversi tentativi di sperimentazione del suo utilizzo.

La CNIL è intervenuta in un caso relativo al progetto di sperimentazione di dispositivi per la scansione facciale degli studenti agli ingressi delle scuole superiori Les Eucalyptus di Nizza e Ampère di Marsiglia. Nell'ottobre 2019, l'ufficio scolastico delle Provincie di Marsiglia e Nizza ha firmato una *partnership*

L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte, in *Foro Amm.*, n. 9/2018, 1598 ss. Sui problemi costituzionali connessi all'amministrazione algoritmica cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, 1149 ss.

[55] In tal senso anche D. RESTREPO AMARILES, *Algorithmic Decision Systems*, cit., 286 ss.; J.A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, et al., *Accountable Algorithms*, cit., 633.

[56] Tale definizione proviene dall'Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion n. 2/2012 on facial recognition in online and mobile services*, Brussels, 22 *March* 2012, 2. Per un'ampia disamina della regolazione del riconoscimento facciale cfr. il recente contributo di G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

[57] Sul punto cfr. l'analisi di J.G. CAVAZOS, P.J. PHILLIPS, C.D. CASTILLO, A. J. O'TOOLE, *Accuracy Comparison Across Face Recognition Algorithms: Where Are We on Measuring Race Bias?*, in *IEEE Transactions on Biometrics, Behavior, and Identity Science*, n. 3/2021, 101-111. Si veda, inoltre, R. SINGH, A. AGARWAL, M. SINGH, S. NAGPAL, M. VATSA, *On the Robustness of Face Recognition Algorithms Against Attacks and Bias*, in *AAAI Conference on Artificial Intelligence*, 2020, 13583-13589.

con *Cisco International Limited* con l'intento di installare i suddetti dispositivi nelle due scuole superiori delle rispettive città, allo scopo di identificare gli studenti.

La CNIL ha ricevuto dalla regione una richiesta di parere sulla sperimentazione del "portale virtuale" per il controllo degli accessi mediante riconoscimento facciale all'ingresso di tali due scuole superiori della regione.

Questo sistema doveva riguardare solo gli studenti che avessero precedentemente acconsentito ed essere testato per un intero anno scolastico, con lo scopo di assistere gli agenti incaricati del controllo degli accessi alle scuole superiori al fine di prevenire intrusioni, furti di identità e ridurre la durata di questi controlli.

La Commissione ha riconosciuto che il dispositivo è contrario ai fondamentali principi di proporzionalità e minimizzazione dei dati, stabiliti dal Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR): la CNIL ha evidenziato che il riconoscimento facciale è una tecnologia particolarmente invasiva e non proporzionale allo scopo per cui se ne è progettato l'utilizzo[58], ritenendo che il controllo della presenza degli studenti potesse essere effettuato con delle modalità meno lesive della loro *privacy*. Secondo la CNIL questo dispositivo riguardante gli alunni, per lo più minorenni, con l'unico scopo di facilitare e garantire l'accesso non è né necessario né proporzionato rispetto ai suddetti obiettivi. L'esigenza di garantire e razionalizzare l'ingresso nelle scuole poteva essere raggiunta con mezzi molto meno invasivi, come il dispiegamento di agenti di sorveglianza aggiuntivi o il controllo del *badge*. La Commissione ha ricordato che il trattamento dei dati biometrici è particolarmente delicato, giustificando una maggiore protezione delle persone: in particolare, i dispositivi di riconoscimento facciale sono invasivi, presentano gravi rischi per la vita privata e le libertà individuali degli interessati[59] ed è anche probabile che creino

[58] Cfr. CNIL, *Expérimentation de la reconnaissance faciale dans deux lycées: la CNIL précise sa position*, 29 ottobre 2019, in https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position. Sul punto, si veda L. KAYALI, *French privacy watchdog says facial recognition trial in high schools is illegal*, in *Politico*, 29 ottobre 2019, https://www.politico.eu/article/french-privacy-watchdog-says-facial-recognition-trial-in-high-schools-is-illegal-privacy/.

[59] Simile considerazione è espressa nella decisione del 20 agosto 2019 della autorità di controllo svedese per la protezione dei dati che ha condannato una scuola a una multa di 200000 SEK (circa 18.500 euro). La scuola aveva testato il riconoscimento facciale per tre settimane per sostituire il sistema di appello degli studenti. L'istituto non aveva precedentemente consultato l'autorità di controllo, né effettuato uno studio d'impatto preliminare. Nell'ambito di questo esperimento, la scuola aveva ottenuto il consenso di 22 studenti. A tal proposito, l'autorità ha ritenuto che il consenso non fosse la base corretta per la liceità del trattamento a causa dell'evidente squilibrio tra l'interessato e il responsabile del trattamento. L'autorità, come la CNIL, conclude che il riconoscimento facciale è un trattamento particolarmente sensibile e che questo dispositivo potrebbe violare gli articoli 5 e 9 del GDPR se l'istituzione decidesse di continuare l'esperimento. In un altro caso molto recente del febbraio 2021, l'autorità svedese per la protezione della *privacy* ha, inoltre, rilevato che l'autorità di polizia

un senso di sorveglianza rafforzata. Questi rischi aumentano quando i dispositivi di riconoscimento facciale vengono applicati ai minori che sono oggetto di una protezione speciale nella legislazione nazionale ed europea. In questo contesto e in presenza di mezzi alternativi meno invasivi, l'uso di un dispositivo di riconoscimento facciale per controllare l'accesso a una scuola superiore appare sproporzionato. La CNIL conclude, quindi, che un tale dispositivo non può essere implementato e spetta alla regione e alle scuole interessate, responsabili del dispositivo, trarne le relative conseguenze.

L'*avis* della CNIL è, quindi, un monito severo e si incentra sui principi di necessità e proporzionalità della misura rispetto agli scopi perseguiti, oggetto di uno *strict scrutiny* quando sono in gioco i minori. Si tratta di principi fondamentali come riconosciuto anche dal Comitato della Convenzione 108 nelle Linee guida sul riconoscimento facciale: il trattamento dei dati deve essere proporzionato, in termini di impatto sui diritti e sulle libertà delle persone, rispetto all'obiettivo che persegue e riguardare esclusivamente i dati "necessari" per raggiungerlo.

Sebbene la CNIL avesse giudicato negativamente l'iniziativa, la decisione è, comunque, ricaduta nelle mani dell'ufficio scolastico che ha rinviato la richiesta all'autorità regionale la quale ha autorizzato il progetto di sorveglianza, classificandolo come "sperimentale". Successivamente alcune associazioni hanno depositato un ricorso amministrativo per chiedere l'annullamento della delibera regionale che autorizzava l'attuazione della sperimentazione. Nel febbraio 2020 il Tribunale Amministrativo di Marsiglia[60] si è, infine, pronunciato in favore dei ricorrenti, soffermandosi su diversi aspetti, *in primis*, la violazione del GDPR tramite l'installazione di tali dispositivi, in quanto lesivi dell'art. 9 del Regolamento. Gli studenti, difatti, non potevano in alcun modo fornire un libero consenso al trattamento dei loro dati biometrici, vista la relazione di autorità con le amministrazioni scolastiche. Inoltre, la Corte ha richiamato la posizione espressa dalla CNIL, ribadendo come il riconoscimento facciale non

svedese ha elaborato dati personali in violazione del *Criminal Data Act* svedese quando ha utilizzato *Clearview AI* per identificare le persone. L'autorità ha concluso che la polizia non ha adempiuto ai propri obblighi di responsabile del trattamento dei dati per una serie di *account* per quanto riguarda l'uso di *Clearview AI* e non ha attuato misure organizzative sufficienti per garantire e dimostrare che il trattamento dei dati personali in questo caso era stato effettuato in conformità con il *Criminal Data Act*. Quando ha utilizzato *Clearview AI* la polizia ha elaborato illegalmente dati biometrici per il riconoscimento facciale e non è riuscita a condurre una valutazione dell'impatto sulla protezione dei dati. L'autorità ha imposto una sanzione amministrativa per violazione del *Criminal Data Act*, inoltre, ha ordinato alla polizia di rafforzare la formazione dei propri dipendenti al fine di evitare qualsiasi trattamento futuro dei dati personali in violazione delle norme e dei regolamenti sulla protezione dei dati.

[60] *Trib. Adm. de Marseille*, n. 1901249, 3 febbraio 2020. Il testo può essere consultato al link che segue: https://www.laquadrature.net/wp-content/uploads/sites/8/2020/02/1090394890_1901249.pdf. A commento cfr. F. PAOLUCCI, *Riconoscimento facciale a scuola: il caso francese*, in *iusinitinere*, 8.12.2020.

possa essere considerato una modalità proporzionale e necessaria per controllare l'accesso degli studenti all'edificio scolastico, rappresentando, altresì, una grave violazione dei diritti fondamentali degli individui coinvolti: posizione aggravata dal fatto che questi ultimi fossero per la maggior parte minori. Tali diritti sono la tutela della *privacy*, rafforzata dai principi di proporzionalità e necessità del trattamento, ed il diritto all'istruzione. Il Tribunale ha, quindi, dato seguito alla deliberazione della CNIL, ritenendo che l'utilizzo di sistemi connotati da forte invasività, quali quelli di riconoscimento facciale, sarebbe del tutto sproporzionato rispetto alla finalità di controllare gli accessi in un liceo e ha, dunque, invitato l'ufficio scolastico a prendere in considerazione modalità meno invasive per raggiungere il medesimo scopo, come controlli tramite *badge*. Qualsiasi uso di questa tecnologia, sebbene in via sperimentale, come sottolineato anche dalla CNIL, deve essere rispettoso dei principi posti dalla normativa a tutela dei dati personali, *in primis* dei principi di proporzionalità e necessità: il Tribunale ha, dunque, annullato la delibera regionale.

Anche le *Guidelines* n. 3/2019 «*on processing of personal data through video devices*» adottate dall'EDPB evidenziano che l'uso intensivo di dispositivi video ha forti implicazioni per la protezione dei dati e l'enorme quantità di dati generati, unita a nuovi strumenti tecnici per sfruttare le immagini, aumenta il rischio di utilizzo secondario. Come evidenziato anche dalla CNIL, l'EDPB mette in luce i rischi legati al possibile malfunzionamento di questi dispositivi e al *bias* che possono produrre. Alcuni studi hanno evidenziato che il *software* utilizzato per l'identificazione, il riconoscimento e l'analisi del viso funziona in modo diverso in base all'età, al sesso e all'etnia della persona, pertanto, il *bias* è uno dei principali problemi connessi a tali dispositivi[61]. I responsabili del trattamento devono valutare regolarmente la rilevanza di tali metodi di identificazione e vigilare sulle garanzie necessarie. Sulla stessa linea d'onda della CNIL, l'EDPB mette in luce l'importanza dei principi di proporzionalità e necessità, sottolineando che «*video surveillance is not by default a necessity when there are other means to achieve the underlying purpose*».

Poco dopo il caso dei licei francesi, nel novembre 2019, la CNIL ha espresso la propria posizione sul riconoscimento facciale[62] con una dichiarazione che mette in evidenza come tale tecnologia richieda scelte politiche precise su come conciliare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali con gli imperativi della sicurezza o questioni economiche e sulla opportunità di determinare quando il riconoscimento facciale è necessario in una società democratica e

[61] Un settore in cui la discriminazione algoritmica è molto rilevante è proprio quello della intelligenza artificiale applicata al riconoscimento facciale: si vedano i risultati del progetto "*gender shades*" promosso dal MIT disponibili su *http://gendershades.org/*.

[62] CNIL, *Reconnaissance faciale: pour un débat à la hauteur des enjeux*, 15 novembre 2019, consultabile su https://www.cnil.fr/fr/reconnaissance-faciale-pour-un-debat-la-hauteur-des-enjeux.

quando non lo è. La scelta politica non dovrebbe essere dettata puramente e semplicemente dalle possibilità tecniche: il ruolo del politico è quello di determinare, tra i possibili utilizzi di queste tecnologie, quelli realmente desiderabili. Il contributo della CNIL su questo tema persegue diversi obiettivi: *in primis*, fronteggiare il problema definitorio[63], presentando, tecnicamente, cos'è il riconoscimento facciale e a cosa serve. Questa tecnica biometrica di riconoscimento automatizzato, basata sulle caratteristiche del viso, non va confusa con altre tecniche di elaborazione delle immagini (ad esempio, con dispositivi "video intelligenti" che consentono di rilevare eventi o emozioni senza riconoscere, però, gli individui). Evidenzia, inoltre, la CNIL che dietro al riconoscimento facciale c'è un'ampia varietà di possibili utilizzi che vanno dallo sblocco di uno *smartphone* al riconoscimento di una persona ricercata dalla polizia in mezzo alla folla e questi usi sollevano problematiche diverse, soprattutto in termini di controllo delle persone sui propri dati, del loro margine di iniziativa nell'utilizzo della tecnologia e delle conseguenze che ne derivano: è, quindi necessario ragionare caso per caso. Per determinare se il trattamento dei dati personali è legale, è necessario partire dalla sua finalità: è solo per uno scopo specifico che si può valutare se i dati sono pertinenti, proporzionati, se i periodi di conservazione sono appropriati e se la sicurezza è adeguata.

La CNIL cerca, inoltre, di evidenziare i rischi tecnologici, etici e sociali associati a questa tecnologia, legati alla natura biometrica del riconoscimento facciale: i dati biometrici sono dati "sensibili" ai sensi della legislazione sulla protezione dei dati, hanno la particolarità di consentire l'identificazione dell'interessato in qualsiasi momento sulla base di una realtà biologica, permanente nel tempo. A differenza di una *password* o di un identificativo, i dati biometrici non sono, quindi, modificabili in caso di compromissione (smarrimento, intrusione nel sistema): non sono revocabili e qualsiasi appropriazione indebita o abuso di questi dati pone, quindi, rischi sostanziali significativi per la persona da cui provengono (i.e. blocco del suo accesso a servizi o luoghi, furto della sua identità a fini criminali). Suggerisce la CNIL che la memorizzazione dei dati biometrici su un supporto individuale tenuto dall'utente dovrebbe essere sempre privilegiata rispetto alle soluzioni di archiviazione centrale, al fine di

[63] La CNIL definisce il riconoscimento facciale come una tecnologia biometrica per il riconoscimento dei volti, una tecnica informatica e probabilistica che riconosce automaticamente una persona in base al suo volto, al fine di autenticarla o identificarla e colloca il riconoscimento facciale all'interno della categoria più ampia delle tecniche biometriche. Il riconoscimento facciale può svolgere due funzioni distinte: l'autenticazione per verificare che una persona sia chi dice di essere e l'identificazione per trovare un soggetto all'interno di un gruppo di individui, in un luogo, un'immagine o un *database*. In entrambi i casi, le tecniche di riconoscimento facciale si basano su una stima della corrispondenza tra i modelli e sono, da questo punto di vista, probabilistiche: dal confronto si deduce una probabilità, più o meno forte, che la persona sia proprio quella che si cerca di autenticare o identificare; se questa probabilità supera una soglia determinata nel sistema, questo considererà che c'è una corrispondenza.

ridurre al minimo i rischi connessi: è solo in caso di assoluta necessità, in mancanza di alternative, che può essere preso in considerazione lo stoccaggio centralizzato, soggetto a severe misure di sicurezza.

Inoltre, il riconoscimento facciale si basa su stime statistiche della corrispondenza tra gli elementi confrontati, su una probabilità, e non su una certezza assoluta di corrispondenza, è quindi intrinsecamente fallibile e possono scaturire conseguenze molto importanti per le persone, laddove esse non siano ben riconosciute[64], o in caso di *bias* significativo (i.e. i tassi di errore commessi dagli algoritmi di riconoscimento facciale possono variare in base al sesso o al colore della pelle). Un altro problema è che questa tecnologia consente di elaborare i dati da remoto, senza contatto, anche all'insaputa delle persone, può consentire il monitoraggio in tempo reale dei movimenti di tutti, senza interazione con la persona e può, quindi, diventare uno strumento di sorveglianza indifferenziato, onnipresente e intrusivo, riducendo l'anonimato dei cittadini nello spazio pubblico[65]. La valutazione del rischio è, quindi, necessaria per determinare quali pericoli non sono accettabili in una società democratica e quali possono essere affrontati con adeguate garanzie.

La CNIL indica tre requisiti essenziali che devono guidare l'uso di tali dispositivi per garantire il rispetto dei principi di tutela della *privacy* dei cittadini e dei loro dati personali: in primo luogo, il riconoscimento facciale, sperimentale o meno, deve essere conforme al quadro europeo, al GDPR e alla direttiva «*police justice*». La CNIL ricorda il quadro normativo imposto ai dispositivi di riconoscimento facciale: la necessità deve essere stabilita caso per caso, occorre garantire un'elevata affidabilità nella verifica dell'identità delle persone, nonché la proporzionalità dei mezzi impiegati e la protezione speciale dei minori e delle persone vulnerabili. I principi di legittimità degli obiettivi perseguiti, di stretta necessità e proporzionalità sono requisiti insuperabili: il riconoscimento facciale non può essere legalmente utilizzato, anche su base sperimentale, se non si basa sulla necessità di garantire un elevato livello di affidabilità dell'autenticazione o dell'identificazione delle persone interessate e sulla dimostrazione dell'inadeguatezza di altri mezzi meno intrusivi.

[64] Il riconoscimento facciale, come altre tecniche della stessa natura, implica, quindi, necessariamente "falsi positivi" e "falsi negativi". A seconda della qualità e della configurazione del dispositivo, i tassi di falsi positivi e falsi negativi possono variare: la scelta degli operatori nella configurazione di questi sistemi è, quindi, di fondamentale importanza.

[65] Lo spazio pubblico è un luogo in cui vengono esercitate molte libertà individuali e collettive: il diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, ma anche la libertà di espressione e di riunione, il diritto di manifestare, la libertà di coscienza: la violazione dell'anonimato, da parte delle autorità pubbliche o di organizzazioni private, rischia, quindi, di mettere in discussione alcuni di questi principi fondamentali e deve essere oggetto di una riflessione approfondita secondo la CNIL.

Si tratta, appunto, dei medesimi principi affermati dalla CNIL con riferimento al caso concernente i dispositivi di controllo degli accessi degli alunni nelle scuole[66].

In secondo luogo, occorre che il rispetto delle persone sia posto al centro di tali sistemi: dato l'impatto degli strumenti di riconoscimento facciale, il rispetto dei diritti delle persone deve essere centrale, ad esempio ottenendo il loro consenso, soprattutto nel contesto sperimentale, o garantendo loro il controllo sui propri dati e la trasparenza, fornendo informazioni chiare, comprensibili e facilmente accessibili. Devono essere garantiti i diritti di recedere dal sistema, di accedere alle informazioni e di ricorrere all'intervento umano in caso di controllo automatico.

Il terzo requisito essenziale consiste nell'adozione di un approccio autenticamente sperimentale: ciò implica in particolare una limitazione nel tempo e nello spazio di tali dispositivi, un'identificazione esatta degli obiettivi perseguiti e delle loro probabilità di successo, la definizione precisa dei loro metodi di valutazione che devono essere rigorosi, basati sul contraddittorio, multidisciplinari ed eseguiti entro un ragionevole lasso di tempo: un vero e proprio approccio sperimentale consentirà di testare e perfezionare soluzioni tecniche che rispettano il quadro normativo di riferimento[67].

Occorre osservare che anche l'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS è in linea con la presa di posizione della CNIL in materia. L'EDPS si sofferma sui rischi per i diritti fondamentali determinati dall'identificazione biometrica remota (RBI) e in particolare su due questioni sollevate da tali sistemi: l'identificazione (distante, scalabile e talvolta nascosta) degli individui e l'elaborazione (distante,

[66] La CNIL ricorda, appunto, che certi usi sono proibiti, come recentemente indicato per l'implementazione di sistemi di identificazione mediante riconoscimento facciale dei bambini allo scopo di controllare l'accesso alle scuole, poiché gli obiettivi di garantire e razionalizzare gli ingressi in tali istituti possono essere raggiunti con mezzi altrettanto efficaci e molto meno invadenti in termini di *privacy* e libertà individuali e tenendo conto della protezione speciale di cui dovrebbero godere i minori.

[67] Infine, la CNIL precisa la propria posizione, il proprio ruolo nella regolazione del riconoscimento facciale: è dotata dal diritto europeo e nazionale di funzioni consultive, in particolare per le autorità pubbliche, e di controllo del rispetto della legge. Per fare ciò dovrà garantire in ogni fase il rispetto delle regole specifiche stabilite dall'attuale quadro normativo per il trattamento dei dati biometrici che, quindi, si applicano a qualsiasi dispositivo di riconoscimento facciale: rigorose eccezioni al principio del divieto del trattamento di tali dati, la natura libera e informata del consenso delle persone, l'esecuzione di un'analisi di impatto prima dell'attuazione di tale trattamento al fine di limitare i rischi. La CNIL intende svolgere pienamente il suo ruolo rispetto a questa tecnologia, in particolare fornendo consulenza indipendente, contribuendo, nell'ambito delle sue competenze, alla valutazione di questi dispositivi ed esercitando, se occorre, poteri di indagine. La CNIL potrà consigliare le autorità pubbliche a monte su qualsiasi quadro sperimentale e dovrebbe essere consultata su qualsiasi progetto legislativo o regolamentare adottato per consentire o facilitare eventuali sperimentazioni; potrebbe anche essere consultata preventivamente e sistematicamente sui casi concreti di sperimentazione previsti, al fine di garantire che i progetti siano conformi al quadro giuridico sperimentale.

scalabile e talvolta nascosta) dei loro dati biometrici. Anche l'EDPS, come la CNIL, evidenzia i rischi posti per i diritti e le libertà degli individui da sistemi come il riconoscimento facciale dal vivo in luoghi pubblici e sottolinea la necessità di identificare adeguatamente tali pericoli e mitigarli. In linea con quanto affermato dalla CNIL alcuni dei rischi derivano dal fatto che i sistemi RBI sono nascosti, spesso vengono presentati come semplici "esperimenti", ma potrebbero facilmente essere trasformati in complessi di sorveglianza onnipresenti e pervasivi. Una volta che l'infrastruttura che supporta l'RBI è in atto, inoltre, può essere facilmente utilizzata per altri scopi ("*function creep*") e tali *function creeps* dovrebbero, quindi, essere adeguatamente affrontati in qualsiasi regolamentazione sull'intelligenza artificiale. Come evidenziato dalla CNIL, inoltre, è della massima importanza valutare se la tecnologia è necessaria e proporzionata nella situazione rilevante in cui verrà impiegata[68].

In linea con tali orientamenti della CNIL e dell'EDPS occorre osservare che nella proposta di regolamento sull'IA i sistemi di identificazione biometrica remota sono soggetti a requisiti rigorosi come, appunto, i principi di stretta necessità e proporzionalità. Con particolare riferimento all'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, tale uso è vietato a meno che e nella misura in cui esso sia strettamente necessario per la persecuzione di una serie di obiettivi di sicurezza pubblica e prevenzione della criminalità e deve rispettare le garanzie e le condizioni necessarie e proporzionate in relazione all'uso, in particolare per quanto riguarda i limiti temporali, personali e geografici, previa autorizzazione di un'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa indipendente dello Stato membro in cui deve avvenire l'uso.

Alla luce del caso concernente i due licei francesi, della dichiarazione della CNIL sul riconoscimento facciale e della *opinion* dell'EDPS emerge, pertanto, una "via" per la regolazione dei dispositivi di riconoscimento facciale che la proposta di regolamento europeo sull'IA sembra seguire: una via basata sui principi di stretta necessità e proporzionalità del trattamento rispetto agli obiettivi perseguiti, su una limitazione nel tempo, su un approccio precauzionale e sperimentale rispetto all'uso di tale tecnologia, improntato alla massima tutela dei diritti fondamentali. Il riconoscimento facciale può essere utilizzato, anche su base sperimentale, solo se si basa sulla necessità di garantire un elevato livello di affidabilità dell'autenticazione o dell'identificazione delle persone interessate e sulla dimostrazione dell'inadeguatezza di altri mezzi meno intrusivi.

[68] L'EDPS sostiene, inoltre, l'idea di una moratoria sull'applicazione nell'UE del riconoscimento automatizzato negli spazi pubblici delle caratteristiche umane, non solo dei volti ma anche dell'andatura, delle impronte digitali, del DNA, della voce, di altri segnali biometrici o comportamentali, in modo che possa aver luogo un dibattito informato e democratico sul tema.

9. Considerazioni conclusive

Nella costruzione di questo nuovo "costituzionalismo algoritmico europeo" gli atti e i casi problematici analizzati consentono di individuare alcuni indirizzi utili per la definizione di una "legalità algoritmica", quindi, per la regolazione delle decisioni algoritmiche e dell'IA: le linee di fondo di questo nuovo costituzionalismo emergono dai principi volti a garantire la trasparenza degli algoritmi e la loro controllabilità. Tali principi sono affidati non soltanto all'applicazione giurisdizionale, ma anche alla attività delle autorità amministrative indipendenti nella dimensione europea in ragione della loro natura, in quanto soggetti chiamati a fronteggiare l'innovazione tecnologica e legati sia al contesto nazionale sia a quello sovranazionale, veri e propri "organi di trasmissione" del diritto europeo negli ordinamenti interni[69].

In tale contesto le autorità indipendenti in materia di protezione dei dati nella dimensione europea svolgono un importante ruolo nel chiarire la portata della disciplina vigente e nel formulare indirizzi utili per il legislatore europeo e l'EDPS, in particolare, sembra orientare anche le autorità nazionali nella prospettiva di un'attuazione uniforme del quadro normativo europeo.

Dagli atti esaminati emerge, innanzitutto, l'importanza di prevedere definizioni chiare e univoche di IA, algoritmo, *machine learning*, profilazione, processo decisionale automatizzato. Da questo punto di vista le linee guida del gruppo articolo 29 forniscono definizioni chiare di processo decisionale automatizzato e profilazione e sono, altresì, molto utili per declinare i diritti dell'interessato rispetto al trattamento di cui all'art. 22 GDPR, in particolare il diritto ad essere informato e alla rettifica.

Dalla indagine emerge, altresì, la necessità di prevedere sistemi di verifica del funzionamento degli algoritmi utilizzati e una definizione chiara dell'ambito applicativo di un nuovo quadro giuridico per l'IA (cfr. *opinion* n. 4/2020).

Come evidenziato sia dall'EDPS sia dalla CNIL, inoltre, un futuro quadro per l'IA dovrebbe guardare anche ad una valutazione degli impatti collettivi di tali sistemi e non soltanto alle loro implicazioni in una prospettiva individuale. In particolare, i due aspetti degli effetti dell'IA sulle decisioni individuali e sulle decisioni generali e astratte sono strettamente collegati tra loro e ciò incide anche sul ruolo delle autorità garanti nella regolazione delle decisioni algoritmiche[70]. Muovendo dal presupposto che gli effetti degli algoritmi non si esauriscono sul piano dei diritti individuali, ma incidono ad esempio anche sulla tenuta della forma di stato democratica, ne discende il ruolo fondamentale dei sistemi di regolazione di tipo "misto", di co-regolazione, perché in grado di coniugare da un lato la responsabilizzazione dei gestori delle piattaforme

[69] In tal senso cfr. anche E. CHELI, *ult. cit.* e G. TARLI BARBIERI, *ult. cit.*

[70] Come ben evidenzia A. CARDONE, *ult. cit.*

rispetto alla protezione dei diritti individuali e dall'altro il controllo pubblicistico sanzionatorio anche a presidio delle conseguenze che le violazioni di diritti individuali possono avere su interessi generali della collettività come la democraticità dell'ordinamento[71]. La disciplina legislativa può porre degli argini la cui violazione deve poter essere sanzionata da parte delle autorità garanti proprio perché sono in gioco non soltanto diritti individuali, ma anche istanze generali come la tenuta della forma di stato democratica.

Ciò che emerge, inoltre, dalla *opinion* dell'EDPS sul libro bianco della Commissione europea è la necessità di un approccio solido per delineare il livello di rischio dei sistemi di IA, secondo i criteri previsti nelle linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati, con particolare riguardo ad attività di valutazione o punteggio, monitoraggio sistematico, dati sensibili, dati relativi a soggetti vulnerabili.

In una prospettiva *de iure condendo* sembra auspicabile anche la previsione di garanzie minime e di una valutazione d'impatto per tutte le applicazioni di IA a prescindere dal livello di rischio: la valutazione di impatto dovrebbe includere una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli individui ed è, quindi, un mezzo utile per anticipare eventuali effetti discriminatori. Tra le garanzie minime da apprestare si potrebbero prevedere misure tecniche e organizzative trasparenti sugli obiettivi, l'uso e la progettazione di sistemi algoritmici e la garanzia della loro robustezza. La previsione di garanzie minime per tutte le applicazioni di IA a prescindere dal livello di rischio non sembra, però, recepita nella proposta di regolamento sull'IA che prevede una serie di garanzie dettagliate limitatamente ai sistemi di IA ad alto rischio.

Nella prospettiva di una futura regolazione occorre, inoltre, rafforzare la tutela degli interessati là dove siano impiegati mezzi automatizzati per la pubblicità mirata *online*, la moderazione dei contenuti e i sistemi di raccomandazione. Oltre alle misure volte a garantire la trasparenza, è necessaria anche una previsione normativa chiara delle ipotesi che consentono di impiegare processi automatizzati e il trattamento dei dati personali per rilevare, identificare e fronteggiare contenuti illegali, secondo il principio di stretta necessità della profilazione a tal fine. La moderazione dei contenuti dovrebbe, per quanto possibile, non comportare alcun trattamento di dati personali e le misure di moderazione dovrebbero essere necessarie oltrechè proporzionate ai fini perseguiti.

L'EDPS ha, inoltre, indicato misure concrete che vadano oltre la trasparenza in caso di pubblicità mirata, compreso un graduale divieto di pubblicità mirata sulla base del tracciamento pervasivo e la considerazione di limitazioni in relazione alle categorie di dati che possono essere elaborate a fini mirati e che possono essere comunicate agli inserzionisti, nonché l'informazione agli

[71] In tal senso cfr. le riflessioni di A. CARDONE, *ult. cit*.

interessati se l'annuncio pubblicitario è stato selezionato utilizzando un sistema automatizzato. Del pari i sistemi di raccomandazione dovrebbero di *default* non essere basati sulla profilazione e dovrebbero essere previsti stringenti obblighi informativi nel caso in cui il meccanismo di raccomandazione sia un sistema decisionale automatizzato.

Dal report della CNIL si possono, inoltre, desumere i principi fondamentali che dovrebbero regolare la materia: il principio di una *fair* IA che in una prospettiva *de iure condendo* potrebbe essere garantito mediante la previsione di due distinti pareri di valutazione della *fairness* dell'algoritmo da parte di società di *audit* che diano adeguate garanzie di imparzialità e indipendenza per fronteggiare il "*black box effect*"; il principio dell'attenzione e vigilanza continue e dell'intellegibilità dell'algoritmo in forza del quale la logica deve essere spiegata a parole anziché in codice e il principio dell'intervento umano sul quale si sono incentrate le decisioni della CNIL su alcuni casi problematici analizzati. Infine, alcune raccomandazioni potrebbero essere utili per la futura regolazione dell'IA: favorire l'educazione di tutti i soggetti coinvolti in catene algoritmiche sui profili etici sollevati dall'IA; rendere più comprensibili i sistemi algoritmici, vincolando i responsabili all'obbligo di comunicare informazioni in un modo che consenta di comprendere la logica coinvolta, anche per algoritmi che non elaborano dati personali, nella misura in cui possono avere impatti collettivi significativi; migliorare la progettazione di tali sistemi, introducendo il fondamentale principio di testabilità ed, infine, rafforzare l'etica nelle imprese, ad esempio creando comitati etici all'interno delle aziende che utilizzano algoritmi con impatti di vasta portata. Occorre, altresì, osservare che l'esigenza di garantire la trasparenza dei sistemi di IA, posta in evidenza dalla CNIL, sembra essere stata in parte recepita dal legislatore europeo nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale là dove è prevista una disciplina dettagliata degli obblighi di trasparenza anche se limitatamente ai sistemi ad alto rischio: gli indirizzi della autorità francese sono stati in parte ascoltati dal legislatore europeo in punto di trasparenza dei sistemi di intelligenza artificiale.

Sul riconoscimento facciale la CNIL è, inoltre, molto chiara nel dire che tali dispositivi devono essere conformi al quadro europeo e, in particolare, al principio di necessità da valutare caso per caso, alla proporzionalità dei mezzi impiegati e alla protezione speciale dei minori e delle persone vulnerabili. In linea con l'*opinion* n. 4/2020 dell'EDPS, i principi di legittimità degli obiettivi perseguiti, di proporzionalità e di necessità del trattamento sono ritenuti requisiti indefettibili: il riconoscimento facciale non può essere utilizzato, anche su base sperimentale, se non si fonda sulla necessità di garantire un elevato livello di affidabilità dell'autenticazione o dell'identificazione delle persone interessate e sulla dimostrazione dell'inadeguatezza di altri mezzi meno intrusivi. Inoltre, occorre che il rispetto delle persone e dei loro diritti sia posto al centro di tali

dispositivi, ad esempio ottenendo il loro consenso, soprattutto nel contesto sperimentale, o garantendo loro il controllo sui propri dati e la trasparenza, ed è, altresì, necessario un approccio sperimentale che implica, in particolare, una limitazione nel tempo e nello spazio di tali dispositivi, un'identificazione esatta degli obiettivi perseguiti e delle loro probabilità di successo e la definizione precisa dei loro metodi di valutazione.

Si tratta all'evidenza di orientamenti utili e molto precisi, desumibili da "atti" spesso formalmente non vincolanti di autorità indipendenti garanti della protezione dei dati personali nella dimensione europea: tali autorità stanno indicando una via per la futura regolazione giuridica dell'IA e delle decisioni algoritmiche e stanno, quindi, assumendo un fondamentale ruolo di "guida" e "pungolo" verso il legislatore nazionale ed europeo per rafforzare i diritti, le libertà individuali e collettive dinanzi all'uso delle nuove tecnologie.

DECISIONI ALGORITMICHE E TUTELA DEI DATI PERSONALI. RIFLESSIONI INTORNO AL RUOLO DEL GARANTE*

VALENTINA PAGNANELLI**

Sommario

Premessa. Un'indagine a partire dalla prassi. – 1. Quali algoritmi? L'oggetto della ricerca. – 2. Il Garante e l'uso degli algoritmi nel settore privato: dalla identificazione alla analisi biometrica "anonima". – 3. Il Garante e l'uso degli algoritmi nel settore pubblico: dalla sorveglianza mirata alla "sorveglianza universale". – 4. Spunti di riflessione sul ruolo costituzionale del Garante nella regolazione delle decisioni algoritmiche.

Abstract

Moving from the results of a research on the provisions of the Italian Data Protection Authority regarding
algorithmic decisions, the paper offers some reflections on the constitutional role of the DPA in the governance of the digital society, characterized by Big Data and the development of Artificial Intelligence techniques. In the conclusions, the contribution questions the relations of the DPA with other European and national Authorities intended to regulate Artificial Intelligence and cyber security.

Suggerimento di citazione

V. PAGNANELLI, *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Dottoranda in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: valentina.pagnanelli@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Un'indagine a partire dalla prassi

Questo contributo reca i risultati di un'indagine sull'attività di regolazione del Garante per la protezione dei dati personali in materia di decisioni algoritmiche. I documenti qui richiamati rappresentano solo un esiguo campione rispetto alla vastissima produzione dell'Autorità, che percorrendo i decenni ha spaziato tra le innumerevoli declinazioni pratiche dei trattamenti automatizzati di dati personali.

Prima di procedere all'esposizione dei risultati della ricerca è necessario fare una premessa *terminologica:* poiché i trattamenti automatizzati di dati personali sono connotati da una rilevantissima componente tecnologica, soggetta a sviluppi costanti e rapidissimi, gli attori pubblici e privati coinvolti nel contraddittorio con il Garante hanno utilizzato ed utilizzano, nel riferirsi a singole fattispecie, un lessico vario e variabile.

L'indagine svolta ha tenuto conto di questa complessità tecnologica e, a volte, terminologica[1]. Di conseguenza l'individuazione dei provvedimenti rilevanti per la ricerca è avvenuta compiendo di volta in volta un raffronto tra le modalità descrittive dei singoli trattamenti esaminati e lo schema di analisi che si può dedurre dalla normativa rilevante e dal fondamentale contributo interpretativo ed integrativo che ci è fornito dalle Linee guida del Gruppo di lavoro Articolo 29[2].

1. Quali algoritmi? L'oggetto della ricerca

Le decisioni individuali automatizzate erano già regolate nella Direttiva n. 95/46 in materia di protezione dei dati personali[3], nel Codice della privacy italiano[4] e prima ancora nella legge n. 675 del 1996[5], seppure in termini non

[1] Termini quali *algoritmo, decisione algoritmica, decisione automatizzata, profilazione, Intelligenza artificiale, cibernetica et similia* sono talvolta utilizzati in modo intercambiabile, per riferirsi a singoli trattamenti di dati, piuttosto che a software, devices, motori di ricerca, tecnologie di riconoscimento biometrico e così via. Questi termini sono stati inseriti come parole-chiave nel motore di ricerca presente nel sito istituzionale del Garante per la protezione dei dati personali per l'individuazione dei documenti rilevanti ai fini della *survey*.

[2] Sul Gruppo di lavoro Articolo 29 ved. https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_it .

[3] *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.*

[4] D. lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, *Codice in materia di protezione dei dati personali*.

[5] L'articolo 14 del Codice della privacy, già articolo 17 della legge 675/1996, stabiliva al primo comma: «*Nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato*». E' interessante notare come Giovanni Buttarelli, commentando la versione più risalente della norma (l'articolo 17 della legge del 1995, rubricato «*Limiti all'utilizzabilità di dati personali*»), evidenziava come non si dovesse rinunciare ad incrementare l'uso dell'informatica a scopo decisionale: «*La legge richiede più semplicemente, che i trattamenti*

perfettamente sovrapponibili alla disciplina dettata dal Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali[6]. Oggi l'articolo 22 del GDPR reca la disciplina dei trattamenti di dati personali effettuati con l'utilizzo di algoritmi[7], mentre le Linee guida che il Gruppo di lavoro Articolo 29 ha pubblicato nel 2018 (WP 251 rev.01)[8] costituiscono un ottimo ausilio per meglio comprendere le differenze tra le modalità con cui i trattamenti automatizzati di dati possono avvenire, e per valutare quali di questi ricadano appunto nel campo di applicazione del GDPR.

***

L'articolo 22 del GDPR pone un divieto generale all'adozione di decisioni completamente automatizzate che producano effetti giuridici o impattino comunque in modo significativo nella sfera personale degli interessati. Al divieto segue l'enunciazione delle eccezioni che, corredate da misure appropriate per tutelare diritti, libertà e interessi legittimi degli interessati, rendono leciti i trattamenti altrimenti vietati. Si tratta delle ipotesi di conclusione o esecuzione di un contratto, consenso esplicito dell'interessato e di trattamenti previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro.

Le fattispecie di trattamento delineate dalla norma sono due: il trattamento automatizzato e la profilazione. Nelle citate Linee guida del Gruppo Art. 29 questa distinzione è illustrata molto chiaramente: *"Il processo decisionale automatizzato ha una portata diversa da quella della profilazione, a cui può sovrapporsi parzialmente o da cui può derivare. […] Le decisioni automatizzate possono essere prese ricorrendo o meno alla profilazione, la quale a sua volta può essere svolta senza che vengano prese decisioni automatizzate. Tuttavia, la profilazione e il processo decisionale automatizzato non sono necessariamente attività separate. Qualcosa che inizia come un semplice processo decisionale automatizzato*

che determinano riflessi diretti sull'identità personale non comportino un'abdicazione in favore delle proprietà cognitive e "decisorie" dell'elaboratore», cfr. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella Società dell'Informazione*, Milano, 1997, 341 ss..

[6] *Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati).*

[7] Tra i commenti all'art. 22 del Regolamento europeo n. 2016/679 si vedano, ex plurimis G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, 219 ss.; L. BOLOGNINI L., E. PELINO, *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, 181 ss.; G. FINOCCHIARO (opera diretta da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, 458 ss..

[8] Gruppo di lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679*, consultabili al link https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053

potrebbe diventare un processo basato sulla profilazione, a seconda delle modalità di utilizzo dei dati[9]".

La profilazione, per essere tale, deve consistere in una forma di trattamento automatizzato di dati personali e deve implicare una valutazione di aspetti personali dell'interessato al fine di analizzarlo o fare previsioni su di esso. Il Gruppo Articolo 29 precisa che una semplice classificazione di persone basata su caratteristiche note quali età, sesso e altezza con finalità statistiche e non valutative delle caratteristiche personali dei soggetti coinvolti non costituisce profilazione[10].

Inoltre, la tutela prevista dall'art. 22 riguarda esclusivamente le decisioni automatizzate che abbiano un *impatto grave* sugli individui (quelli che sono definiti *effetti significativi* nella dicitura della Direttiva 95/46), come la cancellazione di un contratto, la perdita di una prestazione sociale o sanitaria, la negazione della cittadinanza piuttosto che l'accesso al credito o all'istruzione[11].

Il divieto posto dal GDPR riguarda quindi i trattamenti che incidono significativamente sulla sfera giuridica dell'interessato. È appena il caso di ricordare che i trattamenti decisionali automatizzati, quando ammessi in base alle eccezioni previste dalla norma, debbano rispettare tutte le regole del Regolamento, *in primis* i principi previsti dall'art. 5 (liceità, trasparenza, minimizzazione, limitazione delle finalità e della conservazione, esattezza[12]).

Di fronte alla produzione alluvionale di provvedimenti che, sotto diversi profili, hanno affrontato l'uso degli algoritmi, al termine del percorso sono stati selezionati documenti da cui emerge l'attenta opera di analisi svolta dal Garante sui singoli trattamenti. Proprio l'accurato esame delle caratteristiche specifiche di ogni fattispecie ha permesso di ricondurre ciascuna di esse entro gli schemi cristallizzati nelle disposizioni normative, anche con notevole approfondimento tecnico e tecnologico oltre che giuridico.

E' bene a tal proposito evidenziare come solo raramente, nel decidere in merito a trattamenti automatizzati di dati personali, l'Autorità si riferisca alle norme specifiche che nell'ordinamento dell'Unione europea e in quello nazionale disciplinano i trattamenti decisionali automatizzati e pongono diritti / divieti; piuttosto, più frequentemente è possibile riscontrare riferimenti ai principi generali della materia[13], agli strumenti di *soft law*, quali le Linee guida e ai

[9] Ibidem, 8.

[10] Ibidem, 7.

[11] Ibidem, 23.

[12] Sui principi fondamentali del trattamento ved. G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy, cit.,* 49 ss..

[13] Sul ricorso, nelle decisioni del Garante, ai tradizionali principi elaborati nell'ambito della disciplina sulla protezione dei dati personali, piuttosto che ai singoli diritti e libertà che rileverebbero nel caso concreto cfr. M.S. ESPOSITO, *L'impatto del trattamento sui diritti e le libertà delle persone fisiche: una valutazione alla luce della giurisprudenza delle autorità garanti italiana e spagnola*, in A.

provvedimenti relativi a casi esaminati in precedenza. Come vedremo, i riferimenti all'art. 22 sono rarissimi.

Moltissimi sono i provvedimenti del Garante che riguardano trattamenti automatizzati che hanno effetti significativi sugli interessati: dallo spam mirato descritto nelle Linee guida del 2013 (docweb n. 2542348[14]), alla sanzione comminata all'INPS per la mancanza di informativa e consenso nell'utilizzo del *data mining* per profilare i lavoratori assenti per malattia (docweb n. 9078812 del 29/11/2018[15]), dai ricorsi per la cancellazione / rettifica dei c.d. *snippet* elaborati dagli algoritmi dei motori di ricerca (docweb n. 3736353 del 18/12/2014[16], docweb n. 5890115 del 27/10/2016[17]), all'audizione parlamentare sulle *fake news* in cui il Presidente dell'Autorità Soro, ammonendo sulla distinzione tra libertà di espressione e amplificazione algoritmica promuove un uso della tecnica in funzione di promozione, anziché di limitazione dei diritti (Audizione del 03/03/2020[18]).

Come si vedrà meglio tra poco, i provvedimenti adottati dal Garante in merito a trattamenti effettuati nel settore privato e in ambito pubblico sono difficilmente paragonabili. Vi è da dire che i titolari del trattamento nel settore pubblico molto spesso non godono degli stessi mezzi tecnici, tecnologici e organizzativi che i titolari privati possono dispiegare per perseguire le proprie finalità. Ma ciò che più di ogni altra cosa differenzia il settore pubblico da quello privato sono le regole e i limiti specifici che sono posti dalla normativa.

Innanzitutto gli articoli 6 e 9 del Regolamento n. 2016/679 com'è noto elencano le basi giuridiche che rendono leciti i trattamenti dei dati personali comuni e di quelli appartenenti alle c.d. categorie particolari. L'articolo 6 paragrafo 1 lettere c) ed e) stabilisce che sono leciti i trattamenti svolti per

MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 219 ss.

[14] Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam* - 4 luglio 2013, docweb n. 2542348, reperibili al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2542348

[15] Garante per la protezione dei dati personali, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Istituto Nazionale Previdenza Sociale (INPS)* - 29 novembre 2018, docweb n. 9078812, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9078812

[16] Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento del 18 dicembre 2014*, docweb n. 3736353, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3736353

[17] Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento del 27 ottobre 2016*, docweb n. 5890115, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5890115

18 Garante per la protezione dei dati personali, *Audizione informale del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 1056 e abb., recanti istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulla diffusione intenzionale, seriale e massiva di informazioni false (cosiddette fake news)* – 3 marzo 2020, docweb n. 9283850 reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9283850 .

adempiere un obbligo legale, o per dare esecuzione ad un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. L'articolo 9 paragrafo 2 lettera g) invece reca un'ipotesi di eccezione al divieto generale di trattamento di categorie particolari di dati, quando il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante, è proporzionato rispetto alla finalità perseguita, rispetta il diritto alla protezione dei dati personali e prevede misure specifiche a tutela dei diritti fondamentali degli interessati.

Diverse norme del Regolamento europeo fanno espresso rimando alla potestà normativa degli Stati membri per la specificazione del contenuto delle prescrizioni. Potestà che è stata esercitata attraverso la modifica del Codice della privacy ad opera del D. lgs. n. 101 del 2018 (*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE 2016/679*).

Il Decreto n. 101, modificando sensibilmente il Codice della privacy, ha introdotto alcune specificazioni ed integrazioni riguardanti il settore pubblico[19], ad esempio, l'art. 2-*ter,* l'art. 2-*sexies* e l'art. 2-*octies* del Codice privacy novellato.

L'art. 2-*ter* individua la base giuridica per il trattamento dei dati comuni in ambito pubblico, precisando che tale base potrà essere costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento. L'art. 2-*sexies* elenca le materie di interesse pubblico rilevante ai fini della applicazione dell'art. 9, par. 2, lett. g), specificando che i trattamenti di categorie particolari di dati personali necessari per motivi di interesse pubblico rilevante sono ammessi se previsti dal diritto dell'Unione o da norme di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento che debbono specificare i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili, il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato. L'articolo 2-*octies* prevede che, fatto salvo quanto previsto dal D. lgs. 51/2018[20], il trattamento di dati relativi a condanne penali e a reati o connesse misure di sicurezza che non avviene sotto il controllo dell'autorità pubblica, è consentito solo se autorizzato da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, che prevedano garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati.

[19] Si veda per un commento F. MODAFFERI, *Il regime particolare dei trattamenti dati effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in F. PIZZETTI, *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, Torino, 2021, 366 ss.

[20] Attuativo della Direttiva 2016/680 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché' alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio

Come anticipato, le disposizioni appena richiamate dimostrano che le autorità pubbliche e gli organismi di diritto pubblico sono sottoposti a vincoli molto più stringenti rispetto a quanto avvenga per i titolari del trattamento privati. La differenza si riflette anche nei provvedimenti del Garante, che deve utilizzare parametri diversi nel giudicare la legittimità dei trattamenti sottoposti al suo vaglio, e decidere sulla base della rispondenza del trattamento delineato a tutte le regole poste dalla normativa europea e nazionale. Come si vedrà più avanti, trattamenti apparentemente simili potranno essere giudicati coerenti con il sistema di tutela dei dati personali oppure no.

2. Il Garante e l'uso degli algoritmi nel settore privato: dalla identificazione alla analisi biometrica "anonima"

La rassegna dei provvedimenti del Garante in materia di decisioni algoritmiche non può che iniziare con un richiamo alla copiosa produzione relativa ai trattamenti automatizzati finalizzati all'identificazione di persone fisiche, per consentire alle stesse di accedere a banche o ad aree particolari dei loro luoghi di lavoro[21]. Questo tipo di esame, pur non rappresentando, a rigore, un processo decisionale automatizzato che abbia effetti rilevanti sull'interessato, quanto piuttosto un procedimento di identificazione, costituisce cionondimeno il primo passo di una lunga attività del Garante che si muove spesso sul confine tra le due tipologie di trattamento automatizzato, ove peraltro la valutazione sulla esistenza o meno di una *decisione* è tutt'altro che scontata[22].

In sede di verifica preliminare il Garante ha più volte autorizzato l'utilizzo di sistemi di identificazione basati sul trattamento di dati biometrici (come l'impronta digitale o la geometria della mano). Questo tipo di trattamenti ha ottenuto il via libera dell'Autorità ogniqualvolta il titolare avesse predisposto misure idonee, tali da garantire al contempo la risposta alle esigenze di

[21] Si vedano in proposito le *Linee guida del Garante per la protezione dei dati personali in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica* del 12 novembre 2014, docweb n. 3563006, reperibili al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3563006 .

[22] Si pensi agli algoritmi utilizzati dai Social network e all'influenza che questi possono avere nel condizionare le scelte e la formazione delle opinioni degli utenti. A tale proposito l'Interim report sui Big Data pubblicato da Agcom nel 2018 ricorda come gli algoritmi siano «*determinanti nel definire le modalità di consumo informativo degli utenti, e assumono un valore significativo anche dal lato dell'offerta nell'orientare il successo di talune notizie (ed editori) rispetto ad altre e nel determinare le scelte di editori e giornalisti*». Relativamente all'influenza dei Social network sull'opinione pubblica il report conclude affermando che «*l'esposizione a messaggi informativi piuttosto che ad altri sulle piattaforme online, rispetto alla quale i big data raccolti risultano decisivi, non soltanto incide sulle percezioni degli utenti, ma è in grado di riflettersi sulla formazione delle opinioni degli stessi per poi tradursi in scelte e azioni concrete, incluse quelle determinanti per gli esiti elettorali*», cfr. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, *Big Data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, 2018. Ved. anche Amnesty International: *Surveillance Giants: how the business model of Google and Facebook threatens human rights*, 2019.

sicurezza e la tutela dei dati personali. Generalmente si trattava di sistemi in cui, mediante un algoritmo, i dati biometrici venivano trasformati in una sequenza numerica e inseriti in una *smart card* in possesso del solo interessato (tra le altre decisioni, docweb n. 1306098 del 15/06/2006[23], n. 1835792 del 10/06/2011[24], n. 2710934 del 19/09/2012[25] e sulla lettura della geometria della mano n. 2354574 del 10/01/2013[26]).

In questo specifico ambito di intervento del Garante, riveste particolare interesse la verifica preliminare all'esito della quale l'Autorità ha ammesso un trattamento consistente nella analisi comportamentale *on-line* dei clienti di un servizio di *home banking*, al fine di scongiurare, o di ridurre, il rischio di frodi informatiche (docweb n. 5252271 del 09/06/2016[27]). Il trattamento si basava sulla progressiva creazione di un *profilo comportamentale* del cliente, che veniva tradotto, dopo l'analisi di successive sessioni di navigazione, in un punteggio. Tale punteggio risultava dalla applicazione di calcoli probabilistici e algoritmi di autoapprendimento a parametri quali le traiettorie effettuate con il mouse, le azioni eseguite, la velocità di digitazione sulla tastiera. Uno scostamento tra il punteggio del cliente e quello di un eventuale criminale informatico avrebbe a quel punto avviato una procedura di controllo e blocco di intrusioni indebite. L'Autorità ha ritenuto che il trattamento fosse lecito e proporzionato, e rispondente al principio di necessità. Anche in questo caso la valutazione ha riguardato il bilanciamento tra le misure di tutela adottate e le finalità di sicurezza e prevenzione delle frodi perseguite attraverso il trattamento.

La modalità appena descritta di verifica dell'identità dell'utente attraverso la profilazione dei suoi comportamenti quando esso è collegato in rete richiama la proposta fatta di recente dal Garante privacy al social network Tik-Tok, a seguito delle vicende di cronaca riguardanti le conseguenze drammatiche dell'accesso a questi canali di comunicazione da parte di bambini. L'Autorità

[23] Garante per la protezione dei dati personali, *Verifica preliminare: uso della biometria per identificazione del personale nelle banche* - 15 giugno 2006, docweb n. 1306098, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1306098

[24] Garante per la protezione dei dati personali, *Trattamento di dati biometrici ricavati dalla lettura delle impronte digitali* - Verifica preliminare - 10 giugno 2011, docweb n. 1835792, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1835792

[25] Garante per la protezione dei dati personali, *Sistema per l'accesso della clientela in modalità self service, 24 ore su 24, alle cassette di sicurezza, con trattamento di dati biometrici* - Verifica preliminare richiesta da Credito Lombardo Veneto S.p.A. - 19 settembre 2013, docweb n. 2710934, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2710934

[26] Garante per la protezione dei dati personali, *Sistema di rilevazione di dati biometrici dei lavoratori basato sulla lettura della geometria della mano* - 10 gennaio 2013, docweb n. 2354574, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2354574

[27] Garante per la protezione dei dati personali, Verifica preliminare. *Trattamento di dati personali e biometrici basato sull'analisi comportamentale dei clienti di una banca in occasione della loro navigazione nell'area privata del sito web* - 9 giugno 2016, docweb n. 5252271, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5252271

ha proposto a Tik-Tok di rafforzare i controlli sull'età effettiva degli utenti anche attraverso lo sviluppo di algoritmi di *age verification*, basati sull'analisi dell'interazione dell'utente con l'applicazione e con il device, per una verifica "predittiva" non già dell'identità dell'utente, bensì della sua età[28].

La dichiarata disponibilità del social network cinese a sviluppare algoritmi "non identificativi" conferma una tendenza degli operatori del settore privato ad adeguarsi alla normativa in materia di protezione dati e ad accogliere le indicazioni dell'Autorità garante, a cui pare corrispondere un'apertura del Garante ad un dialogo costruttivo e basato su approfondite analisi degli aspetti tecnologici dei trattamenti in esame.

Due interessanti esempi di questa tendenza risalgono al 2018.

Il primo riguarda la verifica preliminare avente ad oggetto il rilevamento di immagini in punti diversi all'interno dell'Aeroporto di Roma-Fiumicino, al fine di monitorare il tempo di permanenza dei passeggeri all'interno della struttura e la durata delle code. Questa misurazione avveniva attraverso il riconoscimento facciale e il successivo confronto del *template* rilevato in due zone diverse dell'Aeroporto[29] (docweb n. 8789277 del 15/03/2018[30]).

In questo caso il Garante ha autorizzato il trattamento dopo aver verificato che esso è basato su un *software* di riconoscimento facciale che codifica le immagini immediatamente dopo la loro acquisizione e crea un *template* biometrico non riconducibile alla persona e non associabile alla carta d'imbarco. Il Garante, dunque, all'esito dell'esame ha ritenuto che il trattamento sottoposto al suo scrutinio fosse lecito e proporzionato rispetto alle finalità perseguite, specialmente alla luce delle misure di mitigazione del rischio predisposte, quali

[28] Si vedano gli interventi del componente dell'Autorità garante Guido Scorza del 24 e 25 gennaio 2021: https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9526211; https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9526029

[29] Per un approfondimento sulle tecnologie di riconoscimento facciale si veda G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021. In particolare, sulla rilevanza del principio di minimizzazione nella costruzione del *template* biometrico, ved. 174: «*Le dimensioni dei modelli biometrici e la quantità dei dati contenuti, da una parte, devono essere sufficientemente ampie da rendere il template utile alle finalità di trattamento e permettere di garantire la sicurezza dei dati, evitando il rischio di sovrapposizione tra dati biometrici diversi o di sostituzione di identità, come avverrebbe nel caso di modelli troppo poco accurati; dall'altra, le dimensioni del template devono essere sufficientemente ristrette, per mantenere l'univocità della costruzione del modello e non consentire di risalire ai dati biometrici raccolti dai quali esso è stato costruito*»

[30] Garante per la protezione dei dati personali, Verifica preliminare. *Sistema di rilevazione delle immagini dotato di un software che permette il riconoscimento della persona (morfologia del volto)* - 15 marzo 2018, docweb n. 8789277, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/8789277

la cancellazione automatica delle immagini appena dopo la creazione del *template*[31] e l'uso dei soli dati relativi a persone non identificabili.

Un profilo ancora differente ed ulteriormente evolutivo viene affrontato con il provvedimento relativo ai c.d. *Totem*, le colonnine pubblicitarie installate presso la Stazione Centrale di Milano, e finalizzate all'analisi dell'*audience* pubblicitaria. Queste colonnine effettuano dei trattamenti che consentono di determinare il tempo di permanenza di un volto davanti allo schermo, il sesso, l'età e l'espressione facciale dello spettatore.

All'esito dell'istruttoria su questo trattamento, il Garante ne ha ammesso la prosecuzione basandosi sulla differenza tra algoritmi di *face recognition* e algoritmi di *face detection*, poichè le immagini dei volti vengono memorizzate solo per pochi istanti, mentre l'analisi statistica che viene effettuata a partire da tali rilevazioni è anonimizzata. Il Garante ha ammesso la prosecuzione del trattamento, impartendo delle prescrizioni relative alla informativa semplificata e al monitoraggio periodico dello stato dei dispositivi.

L'Autorità ha basato la decisione anche sulla considerazione che "*l'impiego di software di elaborazione in grado di estrapolare dati di tipo statistico dalle immagini riprese in modo pressochè immediato, senza elaborazioni biometriche né registrazioni di immagini, né accessi live, valgono a far ritenere che siano previste adeguate cautele affinchè non siano messi a rischio i diritti e le libertà fondamentali, nonché la dignità e la riservatezza degli interessati*". Il Garante inoltre ha autorizzato questo trattamento in assenza di consenso, data la difficoltà oggettiva della sua acquisizione, indicando la finalità di *marketing* come requisito alternativo (cfr. docweb n. 7496252 del 26/01/2018[32]).

Dalla lettura di questa prima serie di provvedimenti emerge una evoluzione che a partire dall'autorizzazione all'utilizzo di algoritmi di riconoscimento biometrico, attraverso l'esame di modalità di trattamento dei dati biometrici sempre meno invasive della privacy, giunge al paradosso della analisi biometrica anonima, una *profilazione senza identificazione*.

Il settore privato, grazie ad evidenti investimenti nello sviluppo di tecnologie rispettose della protezione dati, e privo dei vincoli cui è invece sottoposta l'attività del settore pubblico, ha dunque trovato in alcuni casi, come quelli proposti, la via per superare il vaglio del Garante.

[31] Sulla necessità della cancellazione dei dati biometrici "grezzi" generati nel procedimento di acquisizione dell'immagine e creazione del template si veda G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale,* cit., 177.

[32] Garante per la protezione dei dati personali, *Installazione di apparati promozionali del tipo "digital signage" (definiti anche Totem) presso una stazione ferroviaria* - 21 dicembre 2017, docweb n. 7496252, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7496252

Nel settore pubblico invece sembrerebbe emergere una tendenza all'utilizzo sempre più consistente delle decisioni algoritmiche e della profilazione seppure nella temporanea assenza di basi giuridiche e di garanzie per gli interessati. In questo ambito l'attività del Garante pare così essere più spesso caratterizzata dal richiamo alla corretta e completa applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

3. Il Garante e l'uso degli algoritmi nel settore pubblico: dalla sorveglianza mirata alla "sorveglianza universale"

Come accennato poc'anzi, l'utilizzo degli algoritmi nel settore pubblico è evoluto nel tempo verso una sempre più stringente tendenza alla profilazione del cittadino/contribuente/lavoratore/utente del Servizio Sanitario Nazionale, per le più svariate finalità. Questa tendenza ad un controllo più pervasivo, da realizzarsi grazie alle potenzialità dei trattamenti automatizzati, ha costretto l'Autorità ad incrementare la sua attività di sorveglianza e consulenza e in alcuni casi ad utilizzare i suoi poteri sanzionatori.

Sul versante delle attività di contrasto alla evasione fiscale, è nota, nei suoi termini generali, la vicenda che ha riguardato il c.d. *Redditometro*. In questo caso l'utilizzo di algoritmi da parte dell'Agenzia delle Entrate era finalizzato in primo luogo a selezionare i contribuenti da sottoporre ad accertamento e rideterminazione del reddito sulla base di informazioni provenienti da diverse fonti (dati conferiti dal contribuente, comunicazioni obbligatorie di operatori telefonici ed assicurazioni, specifiche campagne di controllo), e successivamente ad attribuire al contribuente un profilo cui imputare spese presunte. Tale profilo sarebbe stato elaborato sulla base di informazioni quali la residenza in una determinata zona geografica, o l'appartenenza ad una specifica tipologia di famiglia. Relativamente ai profili che rilevano in questa dissertazione, nel parere del 21/11/2013 (docweb n. 2765110[33]) l'Autorità ha prescritto all'Agenzia delle Entrate di adottare tutte le garanzie necessarie a tutelare i contribuenti rispetto ai trattamenti automatizzati e alla loro profilazione, primariamente per quanto riguarda la qualità dei dati utilizzati nella attribuzione del profilo.

Sempre sulla qualità dei dati vertono le indicazioni fornite dall'Autorità alla Agenzia delle Entrate nel 2019 e relative ad un sistema di analisi del rischio di evasione fiscale basato sul trattamento automatizzato di dati provenienti dall'Archivio dei rapporti finanziari e di ulteriori informazioni presenti

[33] Garante per la protezione dei dati personali, *Redditometro: le garanzie dell'Autorità a seguito della verifica preliminare sul trattamento di dati personali effettuato dall'Agenzia delle entrate* - 21 novembre 2013, docweb n. 2765110, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2765110

nell'Anagrafe tributaria per l'individuazione di profili di evasione rilevanti. In questo parere compare il riferimento all'intervento umano nel trattamento decisionale automatizzato. Infatti il Garante invita l'Agenzia delle Entrate a modificare lo schema di provvedimento sottoposto al suo esame, e a richiamare espressamente le garanzie per gli interessati, tra cui la "*puntuale valutazione della coerenza complessiva della posizione di ciascun contribuente selezionato da parte di operatori qualificati appartenenti alle Direzioni provinciali, appositamente istruiti […]*" (cfr. docweb n. 9106329 del 14/03/2019[34]).

È completamente assente l'intervento umano nel trattamento delineato dalla Provincia Autonoma di Trento nell'ambito della erogazione di interventi di sostegno economico-finanziario (concessione e determinazione di contributi, sussidi, sovvenzioni ed altre forme di vantaggi economici) (cfr. docweb n. 9480921 del 15/10/2020[35]). Nella norma sottoposta al vaglio dell'Autorità è previsto infatti che "*qualora la relativa attività istruttoria si sostanzi nel mero accertamento dei requisiti e nel calcolo dell'ammontare da corrispondere in base a fattori predeterminati con legge o con delibera*" l'amministrazione possa avvalersi di "*sistemi, anche totalmente automatizzati, la cui logica algoritmica sia periodicamente verificata allo scopo di minimizzare il rischio di errori, distorsioni o discriminazioni di sorta*". La Provincia Autonoma di Trento sottolinea nella relazione illustrativa che si tratta di una attività sostanzialmente priva di discrezionalità amministrativa. Anche in questo caso però la presenza di un operatore è prevista tra le garanzie: la formula algoritmica utilizzata sarà resa pienamente conoscibile agli interessati in modo che gli stessi possano se del caso contestare la decisione e chiedere l'intervento umano.

Pur richiedendo un rafforzamento delle misure a tutela degli interessati, il Garante ha espresso in questo caso parere favorevole al trattamento decisionale completamente automatizzato predisposto dalla Provincia Autonoma di Trento, in quanto esso reca tutte le garanzie richieste dal Regolamento in presenza di decisioni algoritmiche.

[34] Garante per la protezione dei dati personali, *Parere sul provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate recante "Disposizioni di attuazione dell'articolo 11, comma 4, del DL 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e successive modificazioni. Analisi del rischio di evasione. Estensione all'anno 2014-2015 della sperimentazione della procedura di selezione basata sull'utilizzo delle informazioni comunicate all'Archivio dei rapporti finanziari* - 14 marzo 2019, docweb n. 9106329, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9106329

[35] Garante per la protezione dei dati personali, *Parere favorevole sullo schema di norma predisposta dalla Provincia Autonoma di Trento in materia di trattamenti che implicano decisioni integralmente automatizzate* - 15 ottobre 2020, docweb n. 9480921, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9480921

Il 5 marzo 2020 il Garante ha reso un importante parere al Consiglio di Stato (docweb n. 9304455[36] del 5 marzo 2020). A sua volta il Ministero della Salute si era rivolto ai Giudici di Palazzo Spada per chiedere un parere relativo all'utilizzo di nuove modalità di ripartizione del fondo sanitario tra le Regioni e il Consiglio di Stato ha ritenuto di coinvolgere per competenza l'Autorità garante. Il Ministero della Salute proponeva un sistema di ripartizione del FSN basato su una interconnessione tra i flussi amministrativi attivi presso il Ministero e, successivamente, un incrocio di tali flussi con le informazioni reddituali provenienti dall'Anagrafe tributaria, dai registri di mortalità, dall'ISTAT, oltre che i codici di esenzione per patologia. I profili risultanti da queste elaborazioni avrebbero consentito di procedere ad una *stratificazione* degli utenti del Servizio Sanitario Nazionale in base allo stato di salute individuale e alla situazione economica. Questa stratificazione avrebbe portato alla creazione di raggruppamenti per malattie croniche e per status sociale legato al reddito individuale.

In questo caso il Garante sottolinea la necessità di effettuare un attento bilanciamento tra interesse pubblico rilevante e tutela dei dati personali. Riconducendo esplicitamente il trattamento delineato dal Ministero della Salute alla definizione di profilazione contenuta nel GDPR, il Garante richiama la sentenza del Consiglio di Stato n. 8472 del 2019 in cui i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato come dal diritto sovranazionale emergano tre principi che debbono essere applicati in presenza di decisioni automatizzate. Si tratta del principio di conoscibilità, ovvero la possibilità di conoscere l'esistenza di processi automatizzati riferiti alla propria persona e di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata dagli algoritmi, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e infine il principio di non discriminazione algoritmica "*secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti*".

[36] Garante per la protezione dei dati personali, *Parere al Consiglio di Stato sulle nuove modalità di ripartizione del fondo sanitario tra le regioni proposte dal Ministero della salute e basate sulla stratificazione della popolazione* - 5 marzo 2020, docweb n. 9304455, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9304455

Il Garante conclude rilevando che al momento non sussiste una base giuridica per interconnettere i flussi informativi sanitari del Ministero della Salute e per acquisire categorie particolari di dati da altre Amministrazioni pubbliche, e che non si rinviene una base giuridica neppure per la delineata attività di stratificazione di tutti gli utenti del SSN.

Concludiamo anche la rassegna relativa agli interventi di regolazione del Garante nel settore pubblico con due pronunce relative alle tecnologie di riconoscimento facciale.

Con provvedimento del 25 marzo 2021 (docweb n. 9575877 del 25/03/2021[37]) l'Autorità si è pronunciata sul c.d. *sistema SARI Real Time*, che ove fosse stato utilizzato, avrebbe consentito di analizzare in tempo reale i volti ripresi da telecamere installate in aree geografiche predeterminate, confrontandoli con una banca dati predefinita (*watch-list*) contenente un massimo di 10.000 volti. Il sistema, sottoposto alla valutazione dell'Autorità dal Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza, attraverso un algoritmo di riconoscimento facciale avrebbe individuato corrispondenze tra i volti e avrebbe di conseguenza generato un *alert* per richiamare l'attenzione degli operatori sul *match* tra il soggetto ripreso e uno dei profili contenuti nell'archivio di riferimento.

Il Garante nell'esprimere un parere su tale proposta ha chiarito che "*il sistema in argomento realizza un trattamento automatizzato su larga scala che può riguardare, tra l'altro, anche coloro che siano presenti a manifestazioni politiche e sociali, che non sono oggetto di "attenzione" da parte delle forze di polizia; ancorchè la valutazione d'impatto indica che i dati di questi ultimi sarebbero immediatamente cancellati, nondimeno l'identificazione di una persona in luogo pubblico comporta il trattamento biometrico di tutte le persone che circolano nello spazio pubblico monitorato al fine di generare i modelli di tutti per confrontarli con quelli delle persone incluse nella "watch-list*". Nell'ordinamento italiano mancano disposizioni normative specifiche che consentano tale tipo di trattamento che per le sue caratteristiche determina una forte interferenza con la vita privata delle persone interessate, pertanto il Garante esprime parere negativo rispetto al trattamento sottoposto al suo vaglio. Molto significativo appare il passaggio del provvedimento in cui l'Autorità sottolinea come con il trattamento biometrico di tutte le persone che circolano in uno spazio pubblico si determini "*una evoluzione della natura stessa dell'attività di sorveglianza, passando dalla sorveglianza mirata di alcuni individui alla possibilità di sorveglianza universale allo scopo di identificare alcuni individui*". Infatti, l'impiego di

[37] Garante per la protezione dei dati personali, *Parere sul sistema Sari Real Time* - 25 marzo 2021, docweb n. 9575877, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9575877

tecnologie di riconoscimento facciale per finalità di prevenzione e repressione dei reati dovrebbe avvenire solo ove strettamente necessario, in modo proporzionato alle finalità e con le dovute garanzie[38].

L'assenza di una specifica previsione normativa sulla raccolta dei dati biometrici è il rilievo su cui si basa anche l'ingiunzione al Comune di Como del 26/02/2020 (docweb n. 9309458[39]), con la quale il Garante si è espresso negativamente rispetto alla sperimentazione di un sistema di videosorveglianza con funzioni di riconoscimento facciale con la finalità di ausilio alla Polizia locale nella individuazione di persone oggetto di indagine o scomparse, o situazioni potenzialmente pericolose.

Il mancato rispetto del principio di proporzionalità, piuttosto che la mancanza di una base giuridica adeguata, o addirittura la compressione ingiustificata di un diritto fondamentale quale la tutela della vita privata sono le motivazioni per cui il Garante si è espresso, nei casi citati, sfavorevolmente rispetto a trattamenti di dati personali proposti da attori pubblici. Alla luce dei provvedimenti richiamati appare ancora più evidente quanto rilevino i vincoli posti ai titolari del trattamento pubblici, che frequentemente nel sottoporre al Garante la proposta di una nuova tecnologia o di un nuovo trattamento automatizzato di dati personali incontrano, prima di ogni altro, il limite della mancanza di una base giuridica adeguata.

Ne sia una riprova il fatto che la Provincia Autonoma di Trento ha ricevuto parere favorevole, pure in presenza di un trattamento decisionale completamente automatizzato. Ciò si è verificato innanzitutto in quanto il trattamento proposto dall'ente locale è previsto da una norma di legge primaria, che contiene tutte le misure a garanzia degli interessati. Non così, per esempio, nel caso della proposta del Ministero della Salute rispetto alla stratificazione degli utenti del Servizio Sanitario Nazionale in base alla situazione clinica ed economica, in quanto mancava una base giuridica per il trattamento.

Significativo appare anche il confronto tra le decisioni riguardanti i trattamenti di riconoscimento facciale su larga scala nel settore privato e in quello pubblico. Rispetto ai due casi relativi al settore privato, cioè la creazione di *template anonimi* presso l'Aeroporto di Roma-Fiumicino e la *profilazione senza*

[38] La proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale presentata dalla Commissione (di cui si dirà *infra*) pone l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto tra le pratiche vietate, salvo poi porre eccezioni e condizioni che sembrerebbero attenuare di molto la portata del divieto. Cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale (Legge sull'Intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final*, art. 5 par. 1 lett. d, parr. 2,3,4.

[39] Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento del 26 febbraio 2020*, docweb n. 9309458, reperibile al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9309458

identificazione realizzata attraverso i Totem pubblicitari della Stazione Centrale di Milano, il *sistema SARI Real Time* non supera il vaglio del Garante. A ben vedere, i presupposti del trattamento in questo ultimo caso sono totalmente differenti rispetto ai primi due citati. Essendo un trattamento posto in essere da una autorità pubblica, l'esame ha valutato la presenza di una base giuridica specifica (necessità di una norma di legge primaria), la qualità del titolare (il Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza), le finalità del trattamento (prevenzione e repressione dei reati), la tipologia degli interessati (sorveglianza universale di tutti gli individui, anche non attenzionati), la tipologia del trattamento e dei dati trattati (realizzazione di *template* biometrici in tempo reale e confronto con una banca dati), concludendo per la inammissibilità del trattamento così progettato.

4. Spunti di riflessione sul ruolo *costituzionale* del Garante nella regolazione delle decisioni algoritmiche

Ci si interroga ormai da diversi anni sulle potenzialità e sui limiti dell'uso degli algoritmi in tutti i settori della società[40]. E come sappiamo ad alcune delle più evidenti problematiche costituzionali legate all'utilizzo delle decisioni algoritmiche che hanno effetti significativi sugli individui ha tentato di rispondere il Regolamento europeo n. 2016/679. I principi di conoscibilità e di comprensibilità degli algoritmi, il principio di non esclusività della decisione algoritmica, infine il principio di non discriminazione algoritmica[41] possono essere tratti dalla lettura degli articoli 13, 14 e 22 del GDPR, oltre che del Considerando 71[42].

Molti casi giurisprudenziali nazionali ed esteri hanno consentito di portare la riflessione oltre la teoria, verificando quanto gli effetti concreti di una decisione algoritmica incostituzionale, ingiusta, discriminatoria, sbagliata possano essere gravi[43].

[40] Ex plurimis, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, II, giugno 2019, 198 ss.

[41] Imprescindibili i contributi di A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, giugno 2019, 86 ss., e A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 63 ss.

[42] Infatti il principio di non discriminazione algoritmica, insieme con il *right to an explanation* e al divieto assoluto di decisioni algoritmiche riguardanti i minori, pur essendo presenti nel Considerando 71, non sono riprodotti nel testo del Regolamento. Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., in particolare il passaggio (84) in cui a proposito della non discriminazione algoritmica si parla di un principio fondamentale *«"latente" nella trama normativa del diritto euro-nazionale»*

[43] Si pensi al celeberrimo caso *Loomis* (*State v. Loomis*, 881 N.W.2d, Wis. 2016) sull'utilizzo nei procedimenti penali di un *software* in grado di prevedere il rischio di recidiva e la pericolosità sociale dell'imputato, la cui logica di funzionamento era però protetta dai diritti di proprietà intellettuale. Nella giurisprudenza amministrativa italiana, tra le altre: Consiglio di Stato (Sez. VI) n. 2270 dell'8

Per di più, ormai non ci si chiede più se un algoritmo di Intelligenza artificiale discrimina, ma piuttosto come lo fa, ai danni di chi, in base a che cosa[44], e gli strumenti posti in mano all'interessato per *difendersi* dalle decisioni algoritmiche sbagliate non sembrano sufficienti, specialmente alla luce dei sempre nuovi meccanismi di profilazione, realizzati attraverso la creazione di *cluster*[45], in cui perdono di efficacia gli strumenti giuridici di tutela basati sul rapporto interessato / titolare del trattamento.

Sempre più si verifica una tipologia di discriminazione algoritmica che può essere definita come *profilazione passiva*, in cui ciò che viene profilato è un contesto, più che un singolo individuo. Dalla osservazione di quante più persone che si muovono all'interno dello stesso contesto, e dei loro comportamenti, sarà possibile desumere – prevedere – il comportamento di singoli individui non profilati personalmente ma ricondotti per mezzo di altre correlazioni a quel determinato *cluster*.

In particolare, come D'Acquisto spiega magistralmente[46], le nuove tipologie di profilazione basate sui Big Data sono incentrate su due presupposti: il volume dei dati e la loro varietà. Il volume interessa sino ad una certa misura, poiché le informazioni sulle abitudini passate di un soggetto servono a confermare uno stereotipo ma non aiutano a prevedere il comportamento futuro. A questo punto entra in gioco la varietà dei dati. Il modo migliore per prevedere

aprile 2019 e n. 8472 del 13 dicembre 2019. Entrambe le decisioni hanno origine dalla riorganizzazione del corpo docente sul territorio nazionale, per la realizzazione del piano straordinario di cui alla l. 107/2015, per cui il Ministero dell'Istruzione aveva deciso di servirsi di un *software* in base al quale le assegnazioni degli insegnanti erano state effettuate mediante un algoritmo di cui erano sconosciute le concrete modalità di funzionamento. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, con sentenza del 24 marzo 2021 n, 14381 la Corte di Cassazione, Sez. I civ., si è pronunciata su ricorso del Garante per la protezione dei dati personali in merito alla attività di una piattaforma *web* di *rating* reputazionale, stabilendo che il consenso dell'utente al trattamento dei propri dati personali al fine della determinazione del proprio profilo reputazionale non possa dirsi validamente espresso in mancanza di trasparenza sul funzionamento dell'algoritmo di *rating*: *«E non può logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi conoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati».*

[44] C. NARDOCCI, *Intelligenza Artificiale e discriminazioni*, presentato al Convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa" *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, 18 e 19 giugno 2021 e pubblicato in versione provvisoria nel sito dell'Associazione Gruppo di Pisa, 12.

[45] «*Nella maggior parte dei casi, inoltre, l'obiettivo principale dell'analisi non è più il singolo e la profilazione dello stesso sulla base dei suoi comportamenti, quanto, piuttosto, la società nel suo insieme o determinate comunità sociali e gruppi di individui. I software per l'analisi dei Big Data vengono, infatti, per lo più impiegati per individuare caratteristiche comuni, preferenze o abitudini di una determinata collettività, al fine di predirne i futuri comportamenti ovvero di adottare decisioni che interessano tutta la comunità considerata*», M.S.ESPOSITO, *L'impatto del trattamento sui diritti e le libertà delle persone fisiche*, cit., 220.

[46] G. D'ACQUISTO, *Nuovi tipi di profilazione, ecco i rischi privacy: servono tutele più ampie*, in *AgendaDigitale*, 19 aprile 2019.

una condotta infatti è osservare quante più persone possibili e integrare il profilo parziale dell'una con il profilo parziale dell'altra, piuttosto che continuare ad accumulare dati su un solo soggetto.

In questi termini, la *clusterizzazione* esce completamente dalla sfera di controllo (e dalle possibilità di difesa) dell'interessato. Essere o non essere profilato all'interno di un gruppo, essere o non essere una minoranza discriminata, non dipende da fattori e scelte personali ma da calcoli, previsioni, in definitiva da algoritmi.

Di fronte a questo scenario inquietante e alla comparsa tipologie di discriminazioni algoritmiche sempre nuove, con conseguente aumento dei rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il Garante per la protezione dei dati personali potrebbe farsi custode e promotore del rispetto dei principi fondamentali nell'uso degli algoritmi, tutelando così gli interessi non solo dei singoli interessati al trattamento, ma dell'intera collettività, ed evitando che si realizzi il *medioevo digitale* ben delineato da Mantelero[47].

Solo l'*expertise* dell'Autorità di controllo infatti potrebbe garantire una comprensione elevatissima delle questioni tecniche e tecnologiche sottese all'utilizzo degli algoritmi e al contempo potrebbe assicurare il rispetto dei principi fondamentali e dei diritti delle persone fisiche destinatarie delle decisioni algoritmiche: in definitiva il Garante effettuerebbe un controllo di costituzionalità tecnico e giuridico per individuare e correggere gli algoritmi incostituzionali[48].

I poteri che il Regolamento europeo e il Codice della Privacy novellato assegnano al Garante gli consentirebbero di agire in questa direzione.

Ci si riferisce alla significativa estensione dei poteri di *soft law* attribuiti alle Autorità di controllo dal Regolamento europeo n. 2016/679. Poteri che sono stati ampliati grazie al Decreto n. 101/2018 e alla novella al Codice della privacy. Le norme che hanno introdotto tali rilevanti novità sono l'art. 2-*quater* relativo alle regole deontologiche, l'art. 2-*septies* sulle misure di garanzia per il trattamento dei dati biometrici, genetici e relativi allo stato di salute, e l'art. 2-

[47] *«[…] un tempo "il singolo, all'atto della nascita, era collocato in una determinata casta sociale, cui erano collegati diritti e doveri, - si pensi alla posizione del 'servo' nel Medioevo, di nobile, di ecclesiastico, di militare, di reniter". Solo con il tempo, con l'evolvere della società e della cultura giuridica, il singolo è uscito dalla folla indistinta e si è affrancato da uno status che lo connotava in maniera spesso permanente. Rispetto a questo scenario di evoluzione storica del rapporto fra individuo e classificazioni sociali, i nuovi modelli algoritmici creano una sorta di nuovo medioevo digitale. Riemerge il rischio di una società connotata da una segmentazione per caste, ove lo status non è però dato dalla nascita o dall'appartenenza a classificazioni sociali tradizionali (quelle su cui vigilano le norme in materia di non-discriminazione), ma da algoritmi e dai valori di coloro che li generano»,* A. MANTELERO, *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 302.

[48] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale, cit.*

quinquiesdecies che sulla base dell'art. 36 par. 5 del GDPR disciplina i provvedimenti di carattere generale relativi a trattamenti che comportano rischi elevati per l'esecuzione di compiti di interesse pubblico[49]. Ciascuna di queste norme attribuisce al Garante poteri regolatori di assoluto rilievo. Basti ricordare che il rispetto delle regole deontologiche di cui all'art. 2-*quater* è condizione essenziale per la correttezza e liceità dei trattamenti dei dati personali.

A norma dell'art. 2-*septies* par. 5 le misure di garanzia individuano «*le misure di sicurezza, ivi comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonomizzazione, le misure di minimizzazione, le specifiche modalità per l'accesso selettivo ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati»,* cioè regolano aspetti di dettaglio dei trattamenti, di fatto creando un *sotto-apparato regolatorio*[50].

L'art. 2-*quinquiesdecies* sembra reintrodurre l'istituto delle autorizzazioni preventive, consentendo al Garante di intervenire, d'ufficio, con provvedimenti di carattere generale volti a prescrivere misure ed accorgimenti a tutela dell'interessato, anch'esse vincolanti per il titolare.

Accanto ai poteri di *soft law*, il ruolo di vigilanza e regolazione del Garante può sostanziarsi anche attraverso specifici *poteri* che il GDPR attribuisce alle Autorità di controllo, tra cui quello di ottenere dal titolare o dal responsabile del trattamento l'accesso a tutte le informazioni necessarie per l'esecuzione dei suoi compiti[51]. Una interpretazione estensiva di questa disposizione potrebbe legittimare indagini molto penetranti su ogni aspetto della tutela dei dati personali.

I compiti del Garante, infatti, comprendono la sorveglianza sull'applicazione del Regolamento e la possibilità di svolgere indagini al fine di individuare eventuali violazioni. Non a caso nell'articolato la trattazione dei reclami e le attività di indagine sono elencati sotto punti separati. Dunque il Garante potrebbe richiedere ai titolari di fornire informazioni sul trattamento dei dati personali, anche finalizzate a conoscere la logica sottesa agli algoritmi, e a comprendere come determinate pratiche di Intelligenza Artificiale possano incidere significativamente nella sfera giuridica delle persone fisiche, anche e soprattutto quando queste non possono essere qualificate come interessati, in ragione del fatto che, come descritto in precedenza, vi potrebbe essere una

[49] Ved. F. PIZZETTI, *GDPR e Intelligenza Artificiale. Codici di condotta, certificazioni, sigilli, marchi e altri poteri di soft law previsti dalle leggi nazionali di adeguamento: strumenti essenziali per favorire una applicazione proattiva del Regolamento europeo nell'epoca della IA*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 79.

[50] Ibidem, 126.

[51] Art. 58 par. 1 lett. e del GDPR.

scissione tra il soggetto i cui dati vengono analizzati e il soggetto destinatario di una decisione algoritmica.

La *toolbox* del Garante, delineata nel GDPR e nel Codice novellato, è ulteriormente arricchita dallo strategico potere consultivo sulla normativa primaria previsto dall'art. 58 par. 3 lett. b del GDPR[52]. Il Garante ora può di sua iniziativa, o a richiesta, rilasciare pareri al Parlamento, al Governo o ad altri organismi ed istituzioni su questioni riguardanti la protezione dei dati personali.

Attraverso i pareri sulla normativa primaria l'Autorità può segnalare in anticipo eventuali criticità delle disposizioni, consentendo al legislatore di apportare i correttivi necessari al fine di garantire il pieno rispetto delle regole della protezione dati e quindi dei diritti e delle libertà degli interessati, anticipando il vaglio al momento della predisposizione degli atti normativi e regolamentari[53].

Vi sono questioni di assoluta delicatezza e complessità, che difficilmente possono essere affrontate a livello politico o di legislazione primaria. In questo senso il ruolo che al Garante viene assegnato dal Regolamento e dal Codice della privacy sulla elaborazione di pareri obbligatori sulla normativa primaria è decisamente strategico. La stretta collaborazione con il legislatore e con l'esecutivo appare la via più efficace per garantire che le norme prodotte rispondano ai requisiti di tutela dei dati personali, e quindi, ai principi fondamentali di cui si è detto, dal momento della progettazione. A ben vedere dunque la collaborazione tra Garante e legislatore altro non è che la forma più alta e ben riuscita di tutela dei dati personali *by design*.

[52] La Direttiva 95/46 prevedeva che le Autorità di controllo fossero consultate solamente in merito alle misure regolamentari o amministrative relative alla tutela dei diritti e delle libertà della persona con riguardo al trattamento dei dati personali (art. 28 par. 2).

[53] F. MODAFFERI, *Il regime particolare dei trattamenti dati effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in F. PIZZETTI, *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e Codice novellato*, Torino, 2021, 372. Il Garante per la protezione dei dati personali ha accolto molto favorevolmente le nuove attribuzioni relative ai poteri sulla normativa primaria. Già nel Discorso per la Relazione annuale 2018 il presidente si era espresso in questi termini: «*Il parere obbligatorio del Garante sulla normativa primaria si è dimostrato, in questo primo anno di applicazione, un passaggio essenziale per delineare il miglior equilibrio possibile tra la protezione dati e gli altri diritti e interessi di rilevanza costituzionale, nel rispetto del canone di proporzionalità, valorizzato di recente dalla stessa Consulta in relazione alla trasparenza. Il dialogo tra Garante e legislatore ha spesso consentito apprezzabili miglioramenti dei testi, come nel caso del reddito di cittadinanza. Maggiori resistenze si sono invece riscontrate, ad esempio, rispetto all'introduzione generalizzata dei controlli biometrici per i dipendenti pubblici. È auspicabile che la sottovalutazione dei principi di proporzionalità e minimizzazione dei dati, riscontrata rispetto a tali provvedimenti, lasci spazio in futuro a un supplemento di riflessione, sottraendo temi così rilevanti all'enfasi della politica di parte e al conseguente rischio di norme meramente simboliche*». Anche il documento di *Obiettivi programmatici e linee di priorità dell'Autorità per l'anno 2021* contiene un riferimento alla crescente attività di redazione di pareri obbligatori sulla normativa primaria, cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Obiettivi programmatici e Linee di priorita' dell'Autorita' per l'anno 2021*, docweb n. 9539607, reperibili al link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9539607.

Di più. I meccanismi di raccordo del Garante con le altre autorità di controllo, oltre che con il Comitato europeo per la tutela dei dati personali[54] consentiranno, se ben utilizzati, di avere un costate *double-check* e una verifica dell'aderenza della legislazione italiana all'*acquis* europeo in materia di protezione dati personali, scongiurando la possibilità di essere destinatari di procedure d'infrazione o pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

***

A fronte delle idee esplorative appena delineate sul ruolo costituzionale del Garante come custode dei diritti fondamentali, è bene prima di concludere evidenziare come lo scenario entro il quale l'Autorità si muove potrebbe essere presto occupato anche da altri attori, con ruoli che probabilmente si intersecheranno con quello del Garante.

Mi riferisco in particolare al Comitato europeo per l'Intelligenza artificiale, previsto dalla proposta di Regolamento europeo in materia di Intelligenza artificiale[55]. Il Comitato sarà presieduto dalla Commissione e costituito allo scopo di fornire alla stessa consulenza e assistenza al fine di agevolare la cooperazione tra e con le Autorità nazionali di controllo per le materie disciplinate dal Regolamento, la applicazione uniforme della normativa nel territorio dell'Unione, e per «*coordinare e contribuire agli orientamenti e all'analisi della Commissione, delle autorità nazionali di controllo e di altre autorità competenti sulle questioni emergenti nel mercato interno in relazione alle materie disciplinate dal presente regolamento*»[56].

[54] Mi riferisco ai meccanismi di coesione e coerenza di cui al Capo VII del GDPR ed in particolare alla funzione di raccordo tra le Autorità di controllo che viene attribuita al Comitato europeo per la protezione dei dati, che tra l'altro: promuove la cooperazione e l'effettivo scambio di informazioni e prassi tra le Autorità di controllo, promuove programmi comuni di formazione e scambio di personale tra le stesse, promuove lo scambio di conoscenze e documentazione sulla legislazione e sulle prassi in materia di protezione dei dati tra autorità di controllo di tutto il mondo (cfr. art. 70, par. 1 lett. u,v,w del GDPR.

[55] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale (Legge sull'Intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final, consultabile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN . Per una sintesi del contenuto ved. L. TOSONI, *Intelligenza artificiale, i punti chiave del regolamento europeo*, in *AgendaDigitale*, 21 aprile 2021.

[56] Cfr. Art. 56 della Proposta.

Rileva, a parere di chi scrive, l'indicazione nella disposizione del *mercato interno* come area di intervento del Comitato. Il focus è dunque dichiaratamente quello del mercato, piuttosto che la tutela dei diritti[57].

L'articolo 59 stabilisce che ogni Stato membro possa istituire o designare autorità nazionali competenti[58] per l'applicazione del Regolamento, mentre l'art. 57 delinea la composizione del Comitato facendo un riferimento generico alle Autorità di controllo nazionali ed uno invece specifico e significativo alla presenza del Garante europeo per la protezione dei dati, in questo modo fornendo una indicazione precisa rispetto alla *intentio* del legislatore europeo[59].

Appare ad oggi un po' meno lineare il coordinamento dell'attività del Garante con quella dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, istituita con decreto-legge n. 82 del 14 giugno 2021[60]. Sebbene apparentemente il settore di competenza della neonata Agenzia sia, sulla carta, chiaramente differenziato rispetto al campo di azione del Garante privacy[61], non sembra difficile prevedere circostanze in cui le Autorità si troveranno in modo differente coinvolte[62].

In occasione della presentazione della Relazione 2019 sull'attività del Garante, il discorso del Presidente Soro toccava il tema della cybersecurity in questi termini: *«[…] la sicurezza dello spazio cibernetico implica anzitutto, inevitabilmente, la protezione dei dati e delle infrastrutture di cui è composto l'ecosistema digitale con i suoi vari snodi*». E ancora: «*Le implicazioni, in termini di sicurezza nazionale, di alcuni data breach dimostrano anche come la stretta*

[57] Sul passaggio, con la Proposta di Regolamento sull'AI, da anni di riflessione sulla "*Trustworthy AI*" ad una «*regolamentazione di tipo industriale*» ved. A. MANTELERO, *Sulle regole AI l'Europa sceglie un approccio "industriale"*: luci ed ombre, in *AgendaDigitale*, 27 aprile 2021. L'A. riflette sulla carenza, nella Proposta di Regolamento, di un quadro organico per la valutazione dell'impatto dell'Intelligenza artificiale sui diritti e le libertà fondamentali.

[58] «*Gli Stati membri garantiscono che le autorità nazionali competenti dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i loro compiti a norma del presente regolamento. In particolare, le autorità nazionali competenti dispongono di sufficiente personale permanentemente disponibile, le cui competenze e conoscenze comprendono una comprensione approfondita delle tecnologie, dei dati e del calcolo dei dati di intelligenza artificiale, dei diritti fondamentali, dei rischi per la salute e la sicurezza e una conoscenza delle norme e dei requisiti giuridici esistenti»,* art. 59 par. 4 della Proposta.

[59] In questa ottica appare significativo che il Garante per la protezione dei dati personali con Delibera del 27 maggio 2021, peraltro in continuità con quanto esposto nel documento di Obiettivi programmatici e linee di priorità per l'anno 2021 rispetto alla crescente rilevanza delle questioni implicanti l'utilizzo di sistemi di Intelligenza artificiale (ved. *Supra* nota 53), abbia istituito al proprio interno il *Dipartimento intelligenza artificiale.*

[60] Decreto-legge 14 giugno 2021, n. 82 *Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*.

[61] Cfr. art. 7 del D.L. n. 82/2021, *Funzioni dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*.

[62] A norma dell'art. 7 par. 1 lett. d del D.L. n. 82/2021 l'Agenzia diviene Autorità nazionale competente e punto di contatto unico in materia di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi, per le finalità di cui al decreto legislativo NIS, a tutela dell'unità giuridica dell'ordinamento, ed è competente all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dal medesimo decreto.

dipendenza della sicurezza della rete da chi ne gestisca i vari snodi e "canali" induca a ripensare il concetto di sovranità digitale. […] In un contesto in cui le tecnologie ICT sono divenute – sempre più chiaramente con la pandemia – la principale infrastruttura di ciascun Paese, assicurarne una regolazione sostenibile e adeguata, tale da garantire la sicurezza, indipendenza dai poteri privati, soggezione alla giurisdizione interna, diviene un obiettivo non più eludibile».

Il Decreto che istituisce l'Agenzia nazionale per la cybersecurity ha previsto che essa consulti e collabori con il Garante, nel rispetto delle sue competenze, anche in relazione agli incidenti che coinvolgono dati personali, e che i due enti possano stipulare appositi protocolli d'intenti per definire le modalità di collaborazione. Non resta che attendere per verificare quanto virtuosamente le Autorità riusciranno a coordinarsi.

Prima di chiudere questo contributo, mi pare opportuno ribadire che le sfere di competenza del Comitato per l'Intelligenza Artificiale, dell'Agenzia per la sicurezza cibernetica e del Garante privacy sono ben differenti: il Comitato nasce come supporto alla Commissione europea nello sviluppo dell'industria basata sull'Intelligenza Artificiale, l'Autorità per la cybersicurezza di occupa di sicurezza nazionale e il Garante per la protezione dei dati personali veglia sui diritti fondamentali.

A ben vedere, l'osservazione dei nuovi equilibri che si creeranno tra questi diversi attori della società algoritmica potrebbe offrire uno scorcio sugli obiettivi strategici, sul bilanciamento dei valori in gioco, in definitiva sul futuro dell'intera Unione.

L'auspicio è che con il moltiplicarsi di soggetti con poteri regolatori, di consulenza e di controllo non si ottenga, nel tentativo di meglio regolare e meglio tutelare, l'effetto contrario di aumentare e irrigidire le procedure, a scapito della efficienza del mercato unico, della sicurezza, e della tutela dei diritti.

L'IMPATTO DEI DATI NON PERSONALI SULLE DECISIONI ALGORITMICHE: LA PROSPETTIVA DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI EUROPEE*

STEFANO TORREGIANI**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Premessa: le principali questioni riguardanti il dato non personale. – 3. Gli interventi delle autorità amministrative indipendenti. – 3.1 Il primo argine: l'interpretazione del concetto di identificabilità. – 3.2 In cerca di una risposta per i nuovi quesiti posti dai Big Data. – 3.3 Prime osservazioni sull'opportunità di regolare la decisione algoritmica in Francia. – 3.4 L'approccio normativo nell'opinione della *Data Ethics Commission* tedesca . – 4. Osservazioni conclusive

Abstract

The ever-expanding power of algorithms designed to make decisions that significantly affect physical persons raises important questions regarding the way the law should protect individuals. The hegemonic capacity proven by the regulation on the processing of personal data, always considered the most suitable basis to legally frame automated decisions, has partly eclipsed other issues and legislations. This paper aims to examine the phenomenon of algorithmic decision-making through the lens of non-personal data by analyzing the documents of some of the European independent administrative authorities that focus on the issues stemming from the lacking attention paid to the strict relation between this type of data and algorithmic systems. Lastly, this work tries to detect the gaps of the legal framework and to understand how the European legislator could address the topic of the algorithmic decision-making in the next years.

Suggerimento di citazione

S. TORREGIANI, *L'impatto dei dati non personali sulle decisioni algoritmiche: la prospettiva delle autorità amministrative indipendenti europee,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Macerata.
Contatto: s.torregiani@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

La possibilità di demandare ad un'entità impersonale la facoltà di prendere decisioni capaci di incidere sulla sfera giuridica degli individui costituisce uno dei tratti caratteristici dell'era cibernetica,[1] dove la tecnologia e l'estrema fiducia che riponiamo in essa stanno relegando l'essere umano ad un ruolo sempre più marginale. In questo contesto, il tema della decisione algoritmica ha attirato l'interesse di giuristi spinti dal desiderio di trovare il corretto inquadramento giuridico dell'algoritmo. La poliedricità del fenomeno ha sollecitato a più riprese anche l'intervento di autorità amministrative indipendenti di ogni ordine e grado, costrette ad affrontare una sfida per la quale gli strumenti a disposizione non sempre si sono rivelati efficaci.

Il fatto che la disciplina relativa al trattamento dei dati personali sia sempre stata considerata – a ragione –[2] come la base più solida per fornire una risposta alle questioni sollevate dall'attuazione delle decisioni automatizzate ha in parte eclissato la rilevanza che fattispecie o discipline diverse potrebbero assumere in merito. Pertanto, il presente contributo mira ad esaminare il fenomeno della decisione algoritmica attraverso il prisma dei dati non personali, fattispecie opposta e residuale rispetto a quella dei dati personali, analizzando alcuni fra i documenti delle autorità amministrative indipendenti, nazionali e continentali, che hanno messo in risalto le questioni di diritto poste dalla normativa europea sui dati con riguardo al complesso mondo degli algoritmi.

Non essendo stato istituito un organo di controllo indipendente *ad hoc* dalla disciplina sui dati non personali recentemente varata,[3] i documenti selezionati consistono in opinioni o studi condotti da autorità indipendenti con competenze in settori come la protezione dei dati, la concorrenza o la comunicazione in cui le informazioni a carattere non personale svolgono una funzione chiave, pur rimanendo sullo sfondo. Al di là della forma, il contenuto dei testi proposti si rivela estremamente prezioso perché capace di mettere in luce in maniera ancor più chiara le lacune del nostro ordinamento in tema di decisioni algoritmiche e di offrire qualche suggerimento sulla strada che il legislatore potrebbe intraprendere per il prossimo futuro.

[1] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 63 ss.

[2] Per un approfondimento sulle disposizioni del Regolamento sulla protezione dei dati personali che regolano i processi decisionali automatizzati e la profilazione si veda: Article 29 Data Protection Working Party (WP29), "G*uidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*" (WP251).

[3] Il Regolamento (UE) 2018/1807, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, attribuisce compiti di monitoraggio del rispetto della disciplina principalmente alla Commissione europea.

2. Premessa: le principali questioni riguardanti il dato non personale

Prima di addentrarsi nell'analisi dei testi rilevanti, è opportuno delineare, per sommi capi, la fattispecie del dato non personale in linea con quanto stabilito dal quadro europeo e le principali questioni giuridiche ad esso collegate.

Dal punto di vista normativo, la prima fonte generale che ha fornito una definizione positiva è stata il Regolamento (UE) 2018/1807, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.[4] Sebbene speculari e residuali rispetto al GDPR,[5] le disposizioni che lo compongono non hanno predisposto un sistema paragonabile a quello in vigore per i dati personali, giacché mirano principalmente a favorire la libera circolazione delle informazioni non attinenti a persone fisiche per mezzo dell'imposizione di un divieto per gli Stati membri di introdurre o mantenere obblighi di localizzazione, ossia misure normative o prassi limitanti per il flusso di dati all'interno del territorio europeo.[6] Al di là di tale previsione – che costituisce il pilastro dell'intero impianto – il Regolamento è divenuto celebre principalmente per la definizione di dato non personale introdotta nell'ordinamento: in tale categoria rientrano tutti "i dati diversi dai dati personali definiti all'articolo 4, punto 1, del regolamento (UE) 2016/679".[7] La nozione fissata dal legislatore colpisce per la sua indeterminatezza e per le problematiche che ne conseguono, in quanto presuppone che l'altra categoria, quella dei dati personali, sia esente da difficoltà di tipo definitorio. Al contrario, come dimostrato anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea,[8] l'accertamento della qualifica personale dei dati è un compito tutt'altro che semplice, poiché ognuno di essi è composto da più elementi che concorrono congiuntamente a determinarne la natura.[9] Sicché, la scelta di optare per una definizione a carattere

[4] Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

[5] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

[6] Art. 4, par. 1, Regolamento (UE) 2018/1807: "Gli obblighi di localizzazione di dati sono vietati a meno che siano giustificati da motivi di sicurezza pubblica nel rispetto del principio di proporzionalità".

[7] Art. 3, punto 1, Regolamento (UE) 2018/1807.

[8] Corte di Giustizia UE, 19-10-2016, causa C-582/14, Patrick Breyer contro Bundesrepublik Deutschland.

[9] Il Gruppo di lavoro articolo 29 già nella vigenza della precedente disciplina aveva affermato che per stabilire se un dato debba considerarsi come personale è necessario prendere in considerazione ognuno dei quattro elementi indicati nella definizione: "qualsiasi informazione", "concernente", "identificata o identificabile", "persona fisica". Al riguardo, si veda il "Parere 4/2007 sul concetto di dati personali" (WP136).

negativo non può che tradursi in un difetto a monte del sistema, destinato poi a riverberarsi sull'intera disciplina dei dati, sia personali che non.[10]

La superficialità definitoria del testo del regolamento viene tamponata solo in parte dalla *Guidance* pubblicata dalla Commissione europea che, tramite alcuni chiarimenti interpretativi, aveva lo scopo di favorirne l'applicazione.[11] Difatti, la guida cerca di dare maggiore corpo alla nozione rispetto a quanto fatto dalle disposizioni normative,[12] e suddivide la fattispecie del dato non personale in due sub-categorie: da un lato, i dati che non sono mai stati riferiti ad una persona identificabile, spesso definiti "industriali" poiché attinenti a parametri tipici dell'industria o dell'ambiente; e, dall'altro, i dati anonimizzati, ossia quelli dai quali sono stati rimossi, attraverso una procedura di anonimizzazione, i fattori che permettevano l'identificazione del soggetto cui originariamente si riferivano. Seppur apprezzabile nello scopo, il lavoro della Commissione si arresta alla semplice menzione di queste fattispecie, senza scendere nel dettaglio delle questioni giuridiche che le concernono.

Per i dati anonimizzati, le problematiche nascono nella fase di transizione che porta al mutamento della loro natura, da personale a non personale, poiché possono residuare alcune "tracce di personalità" che aumentano il rischio che la persona fisica possa essere re-identificata. Al considerando 26, il GDPR esclude questo tipo di dati dal suo ambito di applicazione, ma, se si eccettua un generico riferimento ai mezzi di cui il titolare del trattamento o un terzo possono ragionevolmente avvalersi per identificare direttamente o indirettamente l'individuo, nulla prevede con riguardo alle procedure che concretamente possono garantire una corretta anonimizzazione.[13] La visione europea sul tema è ancora cristallizzata nell'opinione del Gruppo di lavoro articolo 29 che già a pochi anni di distanza dalla sua pubblicazione si è rivelata, in parte, anacronistica.[14] Il principio della irreversibilità assoluta della anonimizzazione

[10] Parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) sulla «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea» (2018/C 227/12).

[11] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union* (COM (2019) 250 final).

[12] Il considerando n. 9 del Regolamento (UE) 2018/1807 accenna solo brevemente ad alcune ipotesi di dati non personali senza procedere alla loro classificazione.

[13] Considerando n. 26, Regolamento (UE) 2016/679.

[14] Article 29 Data Protection Working Party (WP29), "Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques" (WP216). In questa opinione, il Gruppo afferma che una corretta procedura di anonimizzazione può considerarsi tale solamente se garantisce l'irreversibilità dell'operazione. È opportuno sottolineare che l'opinione del Gruppo di lavoro articolo 29 è stata espressa nel contesto della precedente direttiva ed in riferimento alle definizioni in essa contenute; a tale riguardo, si veda: R. HU, S. STALLA-BOURDILLON, M. YANG, V. SCHIAVO, V. SASSONE, *Bridging Policy, Regulation and Practice? A techno-legal Analysis of Three Types of Data in the GDPR*, in R. LEENES, R. VAN BRAKEL, S.

che traspare dal documento del Gruppo non sembra più appartenere all'epoca dei Big Data. I moderni algoritmi e la crescente disponibilità di dataset hanno aumentato considerevolmente le possibilità di re-identificare – anche involontariamente – le persone fisiche, rendendo quasi impossibile garantire con assoluta certezza l'irreversibilità del processo. Per tali ragioni, buona parte della dottrina spinge per un approccio più dinamico all'anonimizzazione, in ragione del quale si accetta che il rischio di re-identificazione non possa in nessun caso essere ridotto a zero e si stabilisce una soglia giuridica al di sotto della quale esso possa considerarsi tollerabile.[15]

L'altro punto che difetta di adeguato approfondimento da parte del legislatore, ma che già da tempo anima il dibattito tra giuristi ed economisti, concerne l'introduzione di un nuovo diritto di proprietà sui dati. La raccolta perpetua e massiva effettuata da onnipresenti sensori intelligenti ha aggiunto ulteriore complessità nella ricerca di uno strumento normativo capace di fornire garanzie adeguate a coloro che trattano le informazioni nel mondo digitale: se le caratteristiche tipiche dei dati, segnatamente, l'immaterialità, la non rivalità e l'escludibilità *de facto*, avevano già messo in crisi le tradizionali categorie giuridiche relative ai beni, ora appare ancora più arduo ricorrere a discipline di settore come quelle a tutela delle banche dati o dei segreti commerciali, il cui ambito di applicazione non sembra combaciare con il moderno sistema di raccolta ed elaborazione dei dati.[16] Tuttavia, al momento, tanto a livello istituzionale quanto dottrinale, sta acquisendo sempre maggiore credito la teoria secondo cui la previsione di un vero e proprio diritto di proprietà, inizialmente proposto allo scopo di offrire maggiori garanzie ai soggetti deboli coinvolti nella catena di trattamento dei dati,[17] si tramuterebbe in un indebito ostacolo alla libera circolazione delle informazioni e all'avanzamento della tecnologia.[18]

Un ultimo profilo che merita particolare attenzione per la sua intima connessione con il tema della decisione algoritmica riguarda gli insiemi di dati misti, ossia composti da dati sia personali che non personali. A tale riguardo, tanto il Regolamento 2018/1807 quanto la guida della Commissione riflettono in

GUTWIRTH, P. DE HERT (a cura di), *Data Protection and Privacy: The Age of Intelligent Machines*, Bloomsbury Publishing, 2017, 119 ss.

[15] S. STALLA-BOURDILLON-KNIGHT, *Anonymous data v. Personal Data – A false debate: an EU perspective on anonymization, pseudonymization and personal data*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2017, 284 ss.

[16] J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-13*, 2016, 1 ss.

[17] A. WIEBE, *Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, 1 ss.

[18] W. KERBER, *A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis*, *Joint Discussion Paper Series in Economics by the Universities of Aachen, Gießen, Göttingen, Kassel, Marburg, Siegen*, 2016.

maniera evidente il tipico approccio europeo che pervade l'intero ordinamento giuridico in materia di dati. L'articolo 2, paragrafo 2, dopo aver disposto che ogni categoria di dato ricade nella disciplina per esso prevista – inserendo, di fatto, un onere nascosto in capo al titolare di preventiva identificazione e successiva scissione dell'insieme –,[19] stabilisce che nelle ipotesi in cui gli insiemi siano "indissolubilmente legati", ossia che separare il dataset in due parti, una composta di dati personali e l'altra di dati non personali, risulterebbe impossibile o economicamente svantaggioso, si applicano le disposizioni del GDPR all'intero insieme, anche nel caso in cui i dati a carattere personale siano presenti solo in minima parte.[20] Una scelta così sbilanciata non fa altro che sminuire il valore del dato non personale, incentivando un approccio miope che getta ombra su una fattispecie fin troppo negletta nel panorama continentale.

In sostanza, si manifesta in modo evidente la tradizionale impostazione europea che pone il dato personale al centro della regolamentazione del mondo dei dati e che, per converso, non permette né di apprezzare pienamente la categoria del dato non personale, né di concentrarsi debitamente nella ricerca di soluzioni adeguate alle questioni anzidette. Ne deriva un ordinamento giuridico a doppia velocità dove due fattispecie che si pongono in continuità l'una con l'altra e che si influenzano vicendevolmente permangono in una situazione di squilibrio regolatorio che, in un momento storico dove l'utilizzo degli algoritmi ha gettato maggiore ombra sulla linea di confine che separa i dati non personali da quelli personali,[21] rischia di tradursi in un meccanismo inadeguato a far fronte alla complessità della società digitale.

3. Gli interventi delle autorità amministrative indipendenti

Alla luce di tale premessa, è possibile apprezzare la rilevanza dell'impatto che la regolamentazione bifronte predisposta dal legislatore continentale è in grado di avere in un contesto come quello dei sistemi algoritmici, dove i set di dati alla base della decisione finale racchiudono informazioni di svariata natura e provenienza. I documenti delle autorità amministrative indipendenti analizzati nel corso del presente lavoro sono stati prescelti proprio per la loro capacità di mettere in risalto le difficoltà che sorgono dinnanzi a questa aporia ordinamentale e per le soluzioni, *de jure condito* e *de jure condendo*, che sono state proposte per superarla. La sequenza con cui verranno presentati restituisce uno

[19] A tale proposito, sia consentito rinviare a: S. TORREGIANI, *Il dato non personale alla luce del Regolamento (UE). 2018/1807: tra anonimizzazione, ownership e Data by Design*, in *federalismi.it*, 2020, 317 ss.

[20] Comunicazione della Commissione, *Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union,* cit.

[21] S. FORGE, *Optimal Scope for Free-Flow of Non-Personal Data in Europe*, Briefing Requested by the IMCO committee, 2016.

spaccato interessante dell'evoluzione del contesto in cui operano i soggetti deputati al controllo del corretto utilizzo delle nuove tecnologie e riflette una crescente insofferenza di fronte alla parziale incompletezza dell'ordinamento giuridico attualmente vigente nell'Unione europea in riferimento alle dinamiche algoritmiche.

3.1 Il primo argine: l'interpretazione del concetto di identificabilità

Il primo documento che si intende presentare riproduce in maniera emblematica il modo in cui le autorità amministrative, ed in generale le istituzioni europee, affrontano i problemi di qualificazione dei dati nelle ipotesi in cui questa non dovesse risultare di immediata individuazione. A tale proposito, la disciplina continentale contempla uno strumento che allarga notevolmente la capacità di interpretazione estensiva degli organi di controllo: il concetto di "identificabilità".[22] Malgrado la maggiore complessità definitoria inaugurata dal GDPR, il quale ha aggiunto ulteriori sfumature alla nozione di dato personale, l'approccio binario presente nella vigenza della precedente disciplina costituisce ancora la struttura portante dell'impianto europeo: le informazioni che possono essere collegate, anche in via indiretta, ad una persona fisica sottostanno alle disposizioni del GDPR, indipendentemente dalla difficoltà e dal numero di passaggi necessari a risalire all'identità del *data subject*. In virtù di tale assunto, i dati che si riferiscono alla persona identificata e quelli che riguardano la persona identificabile sono equiparati dal punto di vista giuridico, nonostante nel secondo caso sia comunque presente un certo grado di de-identificazione.[23] Di fronte alla alternativa secca predisposta dal legislatore, l'interprete si è sempre schierato in favore di una lettura estensiva che ha nel tempo allargato notevolmente l'area del dato personale, estendendo le garanzie accordate all'individuo anche a scenari in cui il rischio di lesione del diritto fondamentale alla protezione delle proprie informazioni personali risulti minimo, se non addirittura nullo.[24]

Orbene, se l'identificabilità ricorre in tutte quelle ipotesi in cui il legame, non ancora noto, tra la persona fisica e l'informazione può essere scoperto

[22] Art. 4, punto 1), GDPR: "«dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale".

[23] M. HINTZE, *Viewing the GDPR through a de-identification lens: a tool for compliance, clarification, and consistency*, in *International Data Privacy Law*, Volume 8, Issue 1, 2018, 86 ss.

[24] C. FOGLIA, *Il dilemma (ancora aperto) dell'anonimizzazione e il ruolo della pseudonimizzazione nel GDPR*, in PANETTA R. (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. n. 101/2018*, 2019, 309 ss.

tramite i mezzi di cui il titolare del trattamento, o un terzo, può ragionevolmente avvalersi,[25] è evidente che nelle situazioni limite si amplificano le possibilità di dilatare in via esegetica il campo applicativo del regolamento. Quanto detto vale, *a fortiori*, nell'epoca della raccolta massiva ed indiscriminata di dati effettuata tramite sensori incorporati in dispositivi intelligenti, in virtù della quale ad informazioni di evidente carattere personale se ne aggiungono di ulteriori che non concernono in via diretta le persone fisiche, ma che, potenzialmente, potrebbero permettere l'identificazione con l'aiuto di altri dati in possesso del medesimo titolare del trattamento.[26]

In tal senso, il settore delle auto connesse, caratterizzato da intense attività di raccolta, elaborazione e trasmissione di dati di varia natura, offre una panoramica interessante del rilievo che assume lo strumento dell'identificabilità nelle mani del soggetto pubblico nell'assolvimento dei compiti di controllo del soggetto privato. Sin dalle prime fasi di sviluppo, le associazioni di settore che rappresentano i più importanti produttori di automobili in Europa si sono cimentate in una non semplice operazione di qualificazione dei dati trattati dai sensori integrati nei veicoli connessi.[27] Al netto di piccole differenze tassonomiche, tutti i documenti dimostrano particolare attenzione alle istanze relative alla tutela del diritto alla protezione dei dati personali e, per tali ragioni, sottolineano come questa categoria di dati possa comprendere tutte quelle informazioni che tramite altri indicatori permettono di risalire all'identità degli occupanti il veicolo. Tuttavia, dopo tale premessa, la classificazione degli altri dati, quelli non direttamente collegati con alcuna persona fisica ma la cui elaborazione è comunque necessaria a fornire i servizi generalmente previsti nel contratto di compravendita dell'automobile, sembra rispondere a logiche di ordine squisitamente tecnico, dove all'attenzione per la protezione dei dati personali fanno da contraltare interessi di carattere eminentemente industriale, come la proprietà, la segretezza e la sicurezza.[28]

Una diversa sensibilità giuridica si percepisce, invece, nella risposta proveniente dal lato pubblico, giacché gli organi di controllo preferiscono

[25] P. SCHWARTZ, D. SOLOVE, *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, in *New York University Law Review*, Vol. 86, 2011, 1814 ss.

[26] I. RUBINSTEIN, W. HARTZOG, *Anonymization and Risk*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2015, 703 ss.

[27] Verband der Automobilindustrie (VDA), *Access to the vehicle (and vehicle generated data)*, 2016, disponibile all'indirizzo: https://www.vda.de/en/topics/innovation-and-technology/network/access-to-the-vehicle.html; Society of Motor Manufacturers and Traders (SMMT), *Connected and Autonomous Vehicles – Position Paper*, February 2017, disponibile all'indirizzo: https://www.smmt.co.uk/wp-content/uploads/sites/2/SMMT-CAV-position-paper-final.pdf.

[28] Osborne Clarke Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB, *What EU legislation says about car data. Legal Memorandum on connected vehicles and data*, for Fédération Internationale de l'Automobile, 2017.

abbracciare una lettura che si allontana dalla presunzione relativa di non personalità del dato tecnico prospettata dalle associazioni di settore per determinati tipi di informazione. In tal senso, l'autorità di protezione dei dati personali della Repubblica federale tedesca (Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, BfDI)[29] e quella della Repubblica francese (Commission nationale de l'informatique et des libertés, CNIL)[30] prescindono dalla medesima "mappatura tecnica", per concentrarsi quasi esclusivamente sui profili di identificabilità che caratterizzano i dati trattati dal veicolo: la facilità con cui i titolari del trattamento possono collegare i dati tecnici al numero identificativo di chi possiede o conduce il veicolo non permette di addivenire ad una classificazione *ex ante* così netta, poiché si rischia di trarre in inganno e di condurre a semplificazioni aprioristiche che portano alla fuoriuscita dal perimetro del GDPR di informazioni che potrebbero permettere l'identificazione del *data subject* in maniera rapida e poco difficoltosa. A fronte di tali considerazioni, le autorità tendono probabilmente a sovrastimare il rischio che l'identità delle persone fisiche, sia a bordo che all'esterno del veicolo, possa essere svelata e, pertanto, estendono le tutele predisposte dalla disciplina dei dati a carattere personale anche a quei dati, ad esempio relativi all'usura o ai malfunzionamenti, che a prima vista potrebbero sembrare esclusivamente tecnici.

Questo meccanismo di difesa di stampo europeo tende ad espandere l'area del giuridicamente rilevante per diminuire i rischi di lesione della sfera individuale, ma, allo stesso tempo, comporta un aumento degli oneri gravanti sul titolare del trattamento e limita l'utilizzo di dati come *input* degli algoritmi, causando di fatto un rallentamento nell'analisi di dati e nella crescita industriale. Se per un verso questa scelta potrebbe far sentire più al sicuro il cittadino europeo, per un altro, le imprese continentali ne escono enormemente danneggiate rispetto alle concorrenti extracomunitarie. In tal senso, un termine di paragone interessante viene offerto dall'ordinamento statunitense, dove non è presente una tutela costituzionale dell'*informational privacy* come in Europa e dove la logica che informa la protezione dei dati si ispira a ragioni di tipo consumeristico.[31] Anche oltreoceano si è verificato un dibattito simile, benché in un settore parzialmente diverso, nell'ambito del quale ai cosiddetti *agricultural technology provider*, ossia le imprese che utilizzano gli algoritmi per analizzare dati agricoli e fornire indicazioni relative alla coltivazione, si

[29] *Joint statement of the conference of the independent data protection authorities of the Federal and State Governments of Germany and the German Association of the Automotive Industry (VDA), January* 26, 2016, disponibile all'indirizzo: https://www.lda.bayern.de/media/dsk_joint_statement_vda.pdf;

[30] CNIL, *Compliance package. Connected vehicles and personal data, October 2017 Edition*.

[31] L. MIGLIETTI, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, in *diritticomparati.it*, 2014, disponibile all'indirizzo: https://www.diritticomparati.it/profili-storico-comparativi-del-diritto-alla-privacy/

contrapponevano i coltivatori americani timorosi che i dati raccolti dai sensori incorporati nei macchinari agricoli intelligenti potessero finire nelle mani sbagliate e causare esternalità negative nei loro confronti, sia in termini di perdita di potere contrattuale che di scoperta di eventuali illeciti che avrebbero portato a provvedimenti sanzionatori.[32] Malgrado siano emerse anche considerazioni attinenti alla *privacy* dei soggetti coinvolti, la concezione restrittiva di dato personale diffusa negli Stati uniti ha indirizzato la discussione non tanto sulla qualificazione delle informazioni raccolte, quanto piuttosto sulle questioni inerenti alla loro proprietà ed al loro utilizzo.[33] La stessa soluzione di compromesso che è stata raggiunta tra le associazioni di rappresentanza degli agricoltori ed i principali *agricultural technology provider*, consistente in un accordo che stabilisce una serie di principi guida che definiscono in maniera più puntuale la cornice di trattamento di questo tipo di informazioni, si focalizza sui profili commerciali dell'analisi dei dati agricoli, senza soffermarsi sui rischi di identificabilità derivanti dal trattamento di tali dati.[34]

In considerazione di tale paragone, risulta del tutto evidente l'influenza che differenti esperienze e criteri possono avere nei confronti del circuito della decisione algoritmica: se l'impostazione restrittiva statunitense è in grado di fornire all'analisi algoritmica un paniere di *input* molto più ampio da cui attingere per il *training*, l'approccio "dato-personale-centrico" europeo, nell'intento di tutelare maggiormente i diritti fondamentali della persona fisica, rischia di frapporre nuovi ostacoli allo sviluppo dei sistemi algoritmici nel vecchio continente.[35]

3.2 In cerca di una risposta per i nuovi quesiti posti dai Big Data

Nell'ambito dell'analisi dei sistemi algoritmici, un settore che merita particolare considerazione è quello dei Big Data, oggetto di esame del secondo documento in discussione. Il cambio di rotta realizzatosi con l'arrivo dell'era dei Big Data risiede tutto nel passaggio dal precedente metodo logico-deduttivo, dove l'algoritmo trae delle conclusioni sulla base delle istruzioni che gli sono state fornite esclusivamente dall'essere umano, ad un nuovo approccio metodologico in cui attraverso l'osservazione dei dati è la macchina stessa ad apprendere e, in seguito, predire con una alta probabilità statistica il verificarsi di

[32] OECD, *Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies*, disponibile all'indirizzo: https://www.oecd.org/sti/enhancing-access-to-and-sharing-of-data-276aaca8-en.htm

[33] M. SYKUTA, *Big Data in Agriculture: Property Rights, Privacy and Competition in Ag Data Services*, in *International Food and Agribusiness Management Review*, Special Issue, Vol. 19 Issue A, 2016, 57 ss.

[34] *Ag Data's Core Principles: The Privacy and Security Principles for Farm Data, Ag Data Transparent*, 2016, disponibile all'indirizzo: http://www.agdatatransparent.com/principles/

[35] P. SCHWARTZ, D. SOLOVE, *The PII Problem*, cit.

determinati scenari.[36] È stato inevitabile, pertanto, che il nuovo paradigma *data driven* si ripercuotesse sul valore che hanno i dati nella società odierna: anche dati prima privi di particolare valenza, ad esempio perché meri *by-product* di altri procedimenti di calcolo, ora acquistano un significato a sé stante, giacché è nell'individuazione di *pattern* che sfuggono alle capacità computazionali finora conosciute che si sostanzia la vera anima dell'analisi dei Big Data. Questa onda nuova ha riguardato tutti i dati che possono essere analizzati dagli algoritmi, dunque anche – *rectius*, soprattutto – quelli non personali, i quali contribuiscono in quota maggioritaria a comporre quello sterminato cluster di informazioni da cui la *data analytics* ricava la sua materia prima. Tuttavia, dal punto di vista della qualificazione normativa, l'accorpamento di moli di informazioni così vaste e le possibilità di re-identificazione assicurate dai nuovi strumenti tecnologici utilizzati per la loro gestione hanno acuito le problematiche di accertamento della natura dei dati, la quale si mostra sempre più mutevole e dinamica.[37]

Un preciso riconoscimento del ruolo ricoperto dai dati non personali nell'ambito di questa rivoluzione è ravvisabile nella "Indagine conoscitiva sui Big Data" del 2018, condotta congiuntamente da tre autorità italiane: il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).[38] Già nella parte introduttiva, lo studio, volto a definire il fenomeno dei Big Data ed a misurare il suo impatto sull'ecosistema digitale, sottolinea la centralità della distinzione tra le due categorie di dati nell'identificazione del regime giuridico applicabile.[39]

La visione che traspare dal rapporto nasce proprio dalle considerazioni svolte in merito allo sviluppo dell'analisi algoritmica. Secondo i garanti, il processo di estrazione di conoscenza reso possibile dalla mole di informazioni oggi a disposizione avviene tramite un approccio nuovo "che riconosce ai dati il ruolo di guida e agli algoritmi il compito di trovare modelli che la metodologia tradizionale forse solo a fatica potrebbe individuare".[40] Dunque, se in un primo momento i dati avevano acquisito un significato normativo in quanto collegati alla tutela di un diritto fondamentale,[41] ora assumono un valore nuovo ed

[36] A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, Fascicolo 1, 2019, 87 ss.

[37] Consiglio d'Europa, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 2017.

[38] AGCM, AGCOM, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui big data*, 2018, disponibile a: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf

[39] *Ibid*., 8-10.

[40] *Ibid*., 17.

[41] In particolare, i dati personali avevano ottenuto maggiore significato normativo a seguito del riconoscimento dello stesso rango dei trattai istitutivi dell'Unione europea della Carta dei diritti

ulteriore che non concerne direttamente la dimensione della tutela personale, ma che attiene allo sviluppo di algoritmi i cui *output* possono comunque produrre un effetto considerevole sulla sfera giuridica dell'individuo. Alla luce di tali osservazioni, i garanti dedicano i successivi paragrafi all'individuazione delle principali sfide che questo cambio di paradigma pone e, stante l'affanno nel trovare soluzioni percorribili *de jure condito*, si spingono a proporre alcune alternative agli schemi classici finora utilizzati, troppo spesso non adeguati a governare una realtà così complessa come quella dei Big Data.

Innanzitutto, il documento affronta il tema dell'anonimizzazione come possibile soluzione di compromesso tra la tutela della persona fisica e l'esigenza di enti pubblici e privati di avere accesso ai dati per analizzarli ed orientare le proprie strategie. In particolare, le autorità esaminano le argomentazioni di quella parte della dottrina e dell'industria che erge l'anonimizzazione a via maestra per garantire l'equilibrio tra interessi contrapposti, sulla base della logica secondo cui gli operatori del settore digitale, specialmente nell'ambito del *marketing*, non sono interessati ad identificare la persona alla quale originariamente i dati si riferivano, ma, diversamente, a creare dei "tipi-ideali" di individuo, all'interno dei quali possano rientrare soggetti con preferenze e usi simili.[42] Tuttavia, le stesse autorità manifestano più di una perplessità al riguardo dal punto di vista giuridico, giacché descrivere le attività di profilazione eseguite dal titolare del trattamento come via d'uscita dall'osservanza degli obblighi giuridici posti a tutela delle persone fisiche si rivelerebbe contrario alla *ratio* che ispira l'intero Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali.[43] Pertanto, la costruzione di modelli ideali elaborati per mezzo di procedure di anonimizzazione non implica una automatica fuoriuscita dall'ambito della disciplina sulla protezione dei dati personali, tanto più se si considera che proprio l'utilizzo intensivo degli algoritmi ha pregiudicato ulteriormente l'irreversibilità dei processi di anonimizzazione.[44] In ragione dei rischi di insuccesso connessi alle procedure di de-identificazione, le autorità sembrano riconoscere, tra le righe, che la mancanza di un sistema di regole omogeneo che definisca in maniera più chiara le misure tecniche e giuridiche, anche settoriali, per pervenire ad una effettiva anonimizzazione abbia un costo oneroso per il nostro ordinamento. Un passo in avanti in questa direzione non andrebbe solamente a beneficio della protezione dei dati personali, ma, per riprendere le parole delle

fondamentali dell'Unione europea, e dell'introduzione dell'art. 16 TFUE. A tale riguardo, si veda: G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*, Springer, Cham, Law, Governance and Technology Series, 2014.

[42] AGCM, AGCOM, Garante, *Indagine conoscitiva sui big data*, cit., 23-25.

[43] R. HU ET AL., *Bridging Policy, Regulation and Practice?*, cit.

[44] P. SCHWARTZ, D. SOLOVE, *The PII Problem*, cit.

autorità, si rivelerebbe essenziale "anche nell'ottica di coerenza con la strategia nazionale di sicurezza cibernetica".[45]

Un altro aspetto su cui si sofferma l'indagine dei garanti concerne la parziale dissonanza presente tra alcuni dei cardini della disciplina europea, il cui baricentro è pesantemente spostato verso il lato personale dei dati e verso la fase anteriore del trattamento, e le dinamiche dei Big Data, dove tanto la natura delle informazioni quanto le finalità del trattamento sono difficilmente identificabili *ex ante*.[46] Sfortunatamente, una volta individuato il problema, le autorità non riescono a tracciare una strada che permetta di superare in modo soddisfacente le problematicità introdotte dalla duplice qualificazione normativa delle informazioni. Se in un primo momento, si ribadisce la necessità di identificare la natura del dato in via preliminare, ossia prima dell'inserimento nell'algoritmo, per conoscere il regime giuridico rilevante, successivamente, quando si tenta di definire le modalità attraverso cui procedere ad una chiara distinzione, il documento si limita ad un generico richiamo alle migliori prassi in materia di anonimizzazione, oppure a provvedimenti o orientamenti – non meglio precisati – delle autorità nazionali ed europee, di fatto soprassedendo alla soluzione di una questione di enorme impellenza.[47]

Invero, a riconferma delle difficoltà insite nella ricerca di una soluzione adeguata, in un passaggio dell'indagine che riprende quanto dichiarato nell'Interim Report elaborato dall'AGCOM nella fase preparatoria,[48] le autorità arrivano ad ipotizzare un aggiornamento del quadro regolamentare tramite una normativa in materia di dati che non si basi sulla attuale classificazione binaria, ma che, al fine di ovviare alle complicazioni inerenti alle operazioni di distinzione, miri "a proteggere i dati da un punto di vista generale".[49] Questa idea di superare la divisione tra dato personale e non personale, non dissimile da quanto prospettato anche in altre sedi del contesto europeo,[50] oltre che mostrare l'insofferenza degli stessi organi regolatori di fronte ad una distinzione spesso inafferrabile, potrebbe costituire la base per un eventuale sviluppo di un filone di pensiero destinato ad attirare maggiori sostenitori negli anni a venire; anche se, per il momento, appare improbabile che il legislatore torni sui propri passi per rimettere mano a testi normativi piuttosto recenti.

[45] AGCM, AGCOM, Garante, *Indagine conoscitiva sui big data*, cit., 117.

[46] *Ibid*., 25-26.

[47] *Ibid*., 8-10.

[48] Big data Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS, AGCOM, 2018.

[49] AGCM, AGCOM, Garante, *Indagine conoscitiva sui big data*, cit., 45-46.

[50] Parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) sulla "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - Linee guida sul regolamento relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea" adottato il 25 settembre 2019.

3.3 Prime osservazioni sull'opportunità di regolare la decisione algoritmica in Francia

Fra i documenti espressamente dedicati allo studio degli effetti che la decisione algoritmica può produrre sulla sfera giuridica individuale, sono stati selezionati quelli in cui le autorità amministrative indipendenti dimostrano maggiore consapevolezza dell'incidenza che la fattispecie dei dati non personali può avere in questo ambito. Particolarmente interessante in tal senso è il rapporto elaborato dalla CNIL nel 2017, dove, a seguito di una consultazione pubblica, l'autorità francese tenta di rispondere agli interrogativi sollevati dalla diffusione dell'utilizzo degli algoritmi a fini decisionali o consultivi ed elabora alcune raccomandazioni etico-giuridiche aventi lo scopo di garantire la salvaguardia dei diritti e delle libertà degli individui.[51]

In esito all'analisi relativa all'inquadramento giuridico, fra le numerose normative che, direttamente o indirettamente, condizionano l'utilizzo degli algoritmi, il documento si pone sulla stessa linea della dottrina maggioritaria e si focalizza sulla disciplina che ha l'impatto più significativo, quella relativa al trattamento dei dati personali, sia nazionale che europea. Effettivamente, non potrebbe essere altrimenti atteso che il regolamento europeo e le normative nazionali che ne sono derivate contengono disposizioni di principio appositamente introdotte al fine di disciplinare le decisioni basate sul trattamento automatizzato dei dati a carattere personale.[52] Nello specifico, fra le norme centrali che meritano di essere richiamate, vi sono, dal punto di vista generale, i principi che reggono il trattamento delle informazioni personali e che si applicano a qualsiasi tipo di trattamento, dunque, anche a quello algoritmico,[53] mentre, scendendo nel dettaglio, spiccano il diritto di essere informati circa l'esistenza di un processo decisionale automatizzato,[54] ed il divieto generale – tra l'altro, derogato da numerose eccezioni – di adottare una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che incida significativamente su una persona fisica.[55]

D'altro canto, malgrado le guarentigie predisposte dal GDPR siano comunque da apprezzare in qualità di primo baluardo a difesa della sfera individuale dell'essere umano, limitare l'analisi alla sola disciplina relativa ai dati a carattere personale restituisce una visione alquanto parziale delle modalità attraverso cui l'impianto continentale cerca di regolare il vasto campo della decisione

[51] CNIL, *How can humans keep the upper hand? The ethical matters raised by algorithms and artificial intelligence*, 2017.

[52] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit.

[53] Artt. da 5 a 11, GDPR.

[54] Art. 15, par. 1, lett. h), GDPR.

[55] Art. 22, GDPR.

algoritmica e non permette di individuare i punti deboli del sistema.[56] Consapevole di ciò, nel prosieguo della disamina l'autorità francese localizza alcune dimensioni tipiche della decisione automatizzata che non sono state prese in debita considerazione dal legislatore. In primo luogo, il garante si concentra sull'assenza di previsioni generali applicabili a quegli algoritmi che elaborano solamente dati non personali e che possono ugualmente incidere sui diritti degli individui. A tale proposito, entra in gioco il concetto di scala di applicazione della decisione frutto di un trattamento automatizzato: la stessa scelta presa in ragione delle risultanze fornite da un algoritmo attraverso l'analisi di dati non personali non genera, di regola, particolari conseguenze se viene riservata ad un ambito piuttosto circoscritto, ma può avere ripercussioni travolgenti nel caso in cui venisse applicata su scala più ampia, ad esempio, all'intera popolazione di un Paese.[57] D'altronde, ricadute altrettanto rilevanti di questa tipologia di decisioni possono aversi anche nelle ipotesi in cui il destinatario sia un singolo individuo. Basti pensare, a tale riguardo, alle decisioni prese dagli algoritmi incorporati nelle automobili a guida autonoma basate sulle condizioni della strada, sul meteo e sui movimenti degli altri veicoli o al calcolo delle quantità di prodotti da utilizzare nell'agricoltura di precisione: un errore di valutazione da parte della macchina porterebbe ad effetti dannosi potenzialmente molto gravi.[58] A questa prima dimensione se ne collega una seconda, anch'essa priva di adeguata copertura giuridica, che riguarda i casi in cui i destinatari delle decisioni algoritmiche non siano i singoli individui, ma intere comunità. Difatti, benché sia stato chiarito dalla dottrina che il GDPR trova applicazione in tutte quelle ipotesi in cui, benché basata su una profilazione di gruppo, la decisione sia diretta ad incidere in maniera significativa sulla sfera giuridica di un individuo,[59] secondo l'autorità permangono alcuni dubbi nel caso in cui gli effetti si producano su di un insieme di soggetti complessivamente considerato,

[56] B. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, in *Computer law & security review* 27, 2011, 45 ss.

[57] L'autorità riprende un esempio elaborato da una ricercatrice americana, la quale ipotizza la progettazione di un algoritmo che, analizzando dati a carattere non personale, sia in grado di indicare il regime alimentare più salutare per i bambini di una famiglia. Tuttavia – prosegue l'autrice – nel caso in cui la medesima dieta risultante dal calcolo algoritmico fosse applicata, anziché a singole famiglie, a tutti gli studenti delle mense scolastiche degli Stati Uniti, si genererebbero effetti economici e sociali dirompenti sulla produzione, sui costi e sull'occupazione del settore agro-alimentare. A tal proposito, si veda: C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown, 2016.

[58] M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 11, Issue 1, 2020, 18 ss.

[59] G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, in JIPITEC, 2018, 3 ss.

senza che la dimensione del singolo assuma rilievo e senza, dunque, che le modalità di esercizio dei diritti che la normativa europea garantisce alla persona fisica siano sufficientemente chiare.[60]

Il merito di questo studio della CNIL risiede proprio nell'essere riuscito a cogliere, sebbene in maniera ancora piuttosto acerba, uno dei punti fondamentali della discussione inerente alla regolazione della decisione algoritmica. Il mancato apprezzamento da parte del legislatore delle lacune descritte pone l'individuo e la collettività in una posizione di netto svantaggio rispetto al soggetto decisore, sia esso un organo pubblico oppure privato. Trascurare i sistemi algoritmici che si nutrono di dati a carattere non personale significa impedire a coloro che ne subiscono gli effetti di esercitare alcuni dei diritti basilari dell'epoca della digitalizzazione, su tutti il diritto di accesso e il diritto alla cosiddetta "explainability", di fatto contravvenendo sia al principio di trasparenza che a quello di responsabilità.[61] Gli altri strumenti giuridici cui potrebbe ricorrere l'individuo leso dalla decisione algoritmica, fra i quali figurano il diritto di accesso del diritto amministrativo, le eccezioni in materia di diritto d'autore,[62] o persino la *privacy law* – intesa quale branca distinta rispetto al diritto alla protezione dei dati personali, poiché diretta a tutelare la vita privata come libertà negativa di impedire interferenze esterne –[63] mostrano comunque grandi limiti sia perché basati su particolari presupposti normativi non sempre sussistenti in questi casi, sia perché non sono stati originariamente concepiti come meccanismi di difesa dal trattamento automatizzato di informazioni.

Alla luce di tali considerazioni, l'autorità francese conclude con una serie di raccomandazioni che spaziano dall'opportunità di introdurre nuovi obblighi o divieti in capo ai *designer* ed agli utilizzatori degli algoritmi, all'implementazione di meccanismi di *auditing*, sino ad escluderne l'impiego in determinati settori in ragione della loro sensibilità. Tuttavia, la stessa CNIL si dimostra favorevole a colmare le lacune della disciplina attualmente in vigore per mezzo di un approccio misto che non si esaurisca esclusivamente nell'introduzione di un *corpus* di disposizioni a carattere vincolante, ma che sia capace di abbracciare anche soluzioni volontarie. L'obiettivo ultimo del metodo *bottom-up* sponsorizzato dal garante è quello di superare la cosiddetta "*silo mentality*" attraverso un percorso di formazione etica e di coinvolgimento di tutti i soggetti che operano nella catena di costruzione dell'algoritmo: chi progetta il

[60] CNIL, *How can humans keep the upper hand?,* cit., 46.

[61] M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions*, cit.

[62] G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making*, cit.

[63] M. ALMADA, M. DYMITRUK, *Privacy and Data Protection Constraints to Automated Decision-Making in the Judiciary*,in SSRN Electronic Journal, 2020.

codice, chi lo utilizza per decidere, fino ad arrivare a chi è destinato a subire gli effetti della decisione.[64]

3.4 L'approccio normativo nell'opinione della *Data Ethics Commission* tedesca

Un ulteriore passo in avanti, indice di una concezione più matura e consapevole dell'universo delle decisioni algoritmiche, è ravvisabile nell'ultimo documento esaminato. Da un punto di vista prettamente formale, esso non costituisce opera esclusiva di un'autorità amministrativa indipendente, ma è frutto del lavoro congiunto di esponenti provenienti dai settori accademico, amministrativo ed industriale, fra i quali figurano membri del garante per la protezione dei dati tedesco, sia federale che del Land dello Schleswig-Holstein.[65] Il gruppo, denominato *Data Ethics Commission* (*Datenethikkommission*), è stato istituito dal governo tedesco nel 2018 allo scopo di elaborare alcune proposte in riferimento ai principali quesiti etico-giuridici afferenti a tre macroaree: le decisioni algoritmiche, l'intelligenza artificiale ed i dati. Ciononostante, la Commissione ha ridotto le aree di intervento a due, sulla base dell'assunto secondo cui il settore dell'intelligenza artificiale altro non è che una delle diramazioni di cui si compone lo sterminato ambito dei sistemi algoritmici. Dunque, partendo da questa premessa, l'opinione si struttura in due parti: la prima dedicata alla fase degli *input*, quindi dei dati; la seconda concernente il sistema algoritmico in generale, ricomprendendo dunque sia la fase di calcolo che i successivi effetti.[66]

La Commissione dimostra piena contezza delle molteplici sfaccettature in cui si articola l'universo dei dati ed enuncia sin dal principio la centralità della *summa divisio* tra dati personali e non personali per la definizione del regime giuridico rilevante. Tuttavia, a differenza di quanto avviene negli altri documenti riportati, in questo caso le osservazioni degli autori non si esauriscono nell'enunciazione delle carenze dell'ordinamento, ma arrivano a proporre alcune regole concrete specificamente dedicate al versante dei dati non personali. A tale scopo, la Commissione formula alcuni suggerimenti interessanti come l'introduzione di una presunzione legale di non personalità del dato quando le

[64] CNIL, *How can humans keep the upper hand?*, cit., 61. In particolare, la "*silo mentality*" è definita come una delle tre principali sfide della società digitale, assieme all'imprevedibilità degli algoritmi ed alla eccessiva fiducia nelle macchine, e viene così descritta: "the silo mentality affect[s] the organisation of algorithmic chains, which leads to action being carried out in isolation, indifference to the overall impacts of the algorithmic system and diminishing accountability".

[65] Opinion of the Data Ethics Commission, 2019, disponibile all'indirizzo: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_EN.pdf?__blob=publicationFile&v=2#:~:text=In%20the%20opinion%20of%20the%20Data%20Ethics%20Commission%20such%20contributions,the%20part%20of%20other%20parties.

[66] *Ibid.*, 13.

procedure di anonimizzazione sono state condotte in conformità a standard riconosciuti, l'inserimento di apposite sanzioni penali per coloro che tentano la re-identificazione, la previsione espressa di "*data-specific rights of co-determination and participation*" a beneficio di coloro che hanno contribuito alla generazione dell'informazione – dai quali, tuttavia, viene espressamente escluso il diritto di proprietà – e, non da ultimo, il riconoscimento di un diritto alla protezione dei dati anche alle persone giuridiche, nell'ottica di tutela della sovranità digitale delle imprese del nostro continente.[67]

Il punto centrale del rapporto tra dati non personali e decisione algoritmica colto dalla Commissione in questa prima parte concerne la necessità di superare quell'approccio "libertario" in ragione del quale si ritiene possibile qualsiasi tipo di utilizzo dei dati una volta al di fuori dell'ambito di applicazione del GDPR. Tale impostazione, che sembra permeare tanto la prassi degli operatori di settore quanto il panorama legislativo, si rivela del tutto inadeguata in un momento storico in cui agli algoritmi viene garantito uno spazio sempre maggiore. Con particolare riguardo alle modalità di utilizzo dei dati di *input*, se è vero che i sistemi algoritmici riproducono i pregiudizi già presenti nell'insieme di dati di partenza, allora si rivela opportuno, se non addirittura necessario, dettare alcune regole in merito, fra l'altro, alla provenienza di tali dati, prestando particolare attenzione al fatto che l'impiego di dataset generati nel contesto di un determinato ambiente rischiano di produrre risultati inesatti e persino deleteri quando vengono utilizzati come risorsa per prendere decisioni in ambiti totalmente differenti.[68] Dunque, nella prospettiva della regolazione della decisione algoritmica, la struttura predisposta dal GDPR si dimostra inadeguata a prevenire ogni effetto discriminatorio possibile, poiché si focalizza principalmente sull'imposizione al titolare del trattamento dell'obbligo di fare ricorso a procedure sicure che rispettino i principi di esattezza e di minimizzazione, mentre non dedica opportuna attenzione a quali tipi di dati dovrebbero essere inclusi o esclusi al preciso scopo di prevenire tale discriminazione.[69] Difatti, come è stato correttamente osservato, sono proprio le proibizioni imposte dal Regolamento all'utilizzo di alcuni dati personali – su tutti, il divieto di utilizzo di categorie particolari di dati di cui all'art. 9 – che a volte rischiano di

[67] *Ibid*., 17, 79 ss. In tal caso, gli autori ipotizzano una sorta di parallelismo tra la disciplina dei dati personali e quella dei dati non personali, in particolare: "Digital self-determination in the data society also includes the self-determined economic exploitation of one's own data, and it includes self-determined management of non-personal data, such as non-personal data generated by one's own devices. The Data Ethics Commission takes the view that, in principle, a right to digital self-determination in the data society also applies to companies and legal entities and – at least to some extent – to groups of persons (collectives)".

[68] P. DE LAAT, *Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?*, in *Philos. Technol*. 31, 2018, 525 ss.

[69] G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making*, cit.

pregiudicare irrimediabilmente l'accuratezza e l'imparzialità della decisione algoritmica.[70]

Passando alla seconda parte dell'opinione, la Commissione, sulla base della premessa secondo cui gli algoritmi che processano solamente dati a carattere non personale possono produrre effetti altrettanto significativi nei confronti degli individui, si sofferma sulla necessità di considerare separatamente l'ambito del trattamento dei dati, da un lato, e quello della decisione algoritmica, dall'altro.[71] Di conseguenza, l'approccio improntato all'osservanza del fenomeno non solo nella prospettiva *ex ante* ma anche *ex post* suggerisce di procedere con una impostazione binaria dal punto di vista normativo, aggiungendo alla disciplina relativa al trattamento dei dati un nuovo regolamento europeo specificamente dedicato alla disciplina degli algoritmi. Il "*Regulation on Algorithmic Systems*" proposto dalla Commissione, consistente in un insieme di principi base applicabili orizzontalmente a tutte le normative di settore supplementari riguardanti decisioni automatizzate, poggia su un "*risk-adapted regulatory approach*" che, similmente a quanto fa il GDPR in riferimento ai dati personali,[72] prenda in considerazione qualsiasi rischio collegato all'utilizzo di sistemi algoritmici, comprendendo anche quelli derivanti dal trattamento di dati non personali. In termini normativi, la collocazione del fattore di rischio in uno dei cinque livelli previsti dalla proposta – sulla base della probabilità del verificarsi di un evento dannoso e della relativa gravità del danno – determina l'intensità delle limitazioni da applicare, le quali possono andare da restrizioni minime, fino alla proibizione, totale o parziale, della decisione algoritmica.[73] Oltretutto, l'elemento del rischio non esaurisce la sua rilevanza con riguardo al ventaglio di utilizzi giuridicamente consentiti, poiché è capace di incidere anche sul tipo di strumento prescelto per la regolamentazione: una probabilità particolarmente bassa che si verifichi un evento dannoso apre la strada a misure di *self-regulation* che mitigherebbero l'atteggiamento maggiormente prescrittivo dimostrato dalla Commissione tedesca.[74]

In sostanza, in base al presupposto secondo cui anche trattamenti di dati che non abbiano nessuna connessione con una persona fisica specifica possono produrre effetti significativi sulla sfera giuridica individuale, la Commissione si pone l'obiettivo di rivedere l'impianto regolamentare in vigore, attualmente costituito solo da un primo livello di protezione, il Regolamento sulla protezione dei dati personali, il quale, una volta superato, lascia gli interessati inermi

[70] B. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, cit.

[71] Opinion of the Data Ethics Commission, cit., 157 ss.

[72] S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di) *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet giuridica, 2017, 594 ss.

[73] Opinion of the Data Ethics Commission, cit., 173 ss.

[74] *Ibid*., 201-204.

di fronte alle conseguenze della decisione algoritmica. Malgrado l'assenza di violazioni al GDPR – o perché le sue disposizioni sono state rispettate o perché si è al di fuori del suo campo di applicazione – possono comunque aversi ripercussioni pregiudizievoli nei confronti delle quali i destinatari hanno ben pochi strumenti a disposizione per opporsi.[75] In siffatti casi, alcuni dei principi che dovrebbero, comunque, presidiare l'attuazione della decisione algoritmica rischiano di non reggere l'impatto con la potenza della tecnologia.[76] Il principio di non discriminazione non è esente da potenziali violazioni, giacché gli effetti discriminatori potrebbero accidentalmente derivare, oltre che dai dati di *input* utilizzati, anche dal modo in cui l'algoritmo ha imparato ad associarli nella fase di *learning*, secondo modalità spesso poco chiare alla mente umana.[77] Le medesime considerazioni valgono per il principio di trasparenza, i cui corollari relativi ai diritti di essere informati, di accesso e di ottenere una spiegazione cadono in un vuoto normativo quando si tratta di decisioni basate su dati puramente non personali.[78] In aggiunta, il pericolo di ingiusta lesione delle prerogative individuali viene amplificato enormemente dall'assenza di una specifica autorità di controllo deputata a monitorare il corretto utilizzo dei sistemi algoritmici e ad individuare eventuali responsabilità in caso di evento dannoso.[79] Perciò, la regolazione dei sistemi algoritmici dovrà riguardare sia il profilo relativo alle autorità di controllo, attraverso un allargamento delle competenze di quelle già esistenti o, persino, dando vita ad organi del tutto nuovi,[80] sia il problema della allocazione delle responsabilità per le imprese che operano nell'ambito delle tecnologie digitali.[81]

In definitiva, un'eventuale riforma dell'ordinamento europeo non dovrebbe limitarsi solamente ad una modifica della normativa in tema di trattamento dei dati atta a regolamentare anche l'utilizzo di quelli non personali (*data perspective*) ma dovrebbe incorporare, in chiave complementare, una disciplina incentrata sulla fase relativa agli effetti delle decisioni prodotte dall'algoritmo

[75] B. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, cit.

[76] A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale*, cit.

[77] B. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, cit.

[78] M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions*., cit.

[79] B. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, cit.

[80] Opinion of the Data Ethics Commission, cit., 198 ss.

[81] *Ibid*., 70-71. La Commissione fa riferimento alla "Corporate Digital Responsibility" (CDR), la quale viene descritta come "[…] the idea that companies, as manufacturers and operators of digital technologies, should each assume their own responsibility for the consequences of digitalisation. Like corporate social responsibility (CSR), CDR falls under the broader umbrella of corporate responsibility; in this case, the focus is on voluntary corporate activities in the digital sphere which go beyond what is currently prescribed by law, and which actively shape the digital world to the benefit of society in general, and of customers and employees in particular".

(*algorithms perspective*).[82] In questo senso, alla Commissione va riconosciuto il merito di aver identificato brillantemente queste due dimensioni che, essendo distinte e, al contempo, strettamente dipendenti, devono essere trattate in maniera separata, ma tenendo conto della loro influenza reciproca. Da un lato, la (parziale) assenza di regolamentazione per i dati a carattere non personale non consente di tutelare tutti i soggetti coinvolti nella catena di *governance* delle informazioni, specie le persone giuridiche, e ciò, nell'era della globalizzazione e della digitalizzazione, rischia di pregiudicare la sovranità digitale degli Stati membri e dell'Europa intera. Dall'altro lato, se l'ordinamento europeo vuole offrire una protezione integrale agli interessati non può focalizzarsi esclusivamente sulla fase anteriore di trattamento dei dati, ma deve predisporre un meccanismo di difesa nei confronti degli *output* dell'algoritmo, che permetta dunque di intervenire anche nei casi in cui, malgrado la disciplina sul trattamento dei dati sia stata rispettata, si siano prodotti effetti indesiderati e discriminatori.

4. Osservazioni conclusive

La multidimensionalità e l'interdisciplinarietà della decisione algoritmica sono fattori che contribuiscono a complicare i tentativi di inquadramento giuridico del fenomeno. Se il lavoro della dottrina si è finora focalizzato principalmente sulla disciplina relativa al trattamento dei dati a carattere personale in ragione di alcune delle più importanti disposizioni inserite nel GDPR con specifico riguardo alla fattispecie in discussione, osservare i sistemi algoritmici attraverso la lente della fattispecie dei dati non personali rappresenta un'interessante occasione per riflettere sulle lacune dell'impianto europeo e, al contempo, permette di avere contezza di quanto sia necessario perfezionare l'ordinamento a doppia velocità predisposto dal legislatore in materia di dati. Più precisamente, il presente contributo è stato redatto con l'intento di approfondire la prospettiva delle autorità amministrative indipendenti europee tramite lo studio di quei documenti che sono riusciti a mettere in risalto in maniera più nitida la stretta relazione che lega i dati non personali alla decisione algoritmica. Il percorso seguito mostra in maniera piuttosto evidente il passaggio dalla ricerca di soluzioni all'interno del diritto positivo alla proposta di nuovi strumenti normativi maggiormente corrispondenti alle nuove sfide poste dallo sviluppo tecnologico degli algoritmi. Se il concetto di identificabilità si è rivelato un mezzo utile in tutte quelle situazioni limite in cui la qualifica dell'informazione appare incerta, contemporaneamente, esso si caratterizza per alcuni effetti pregiudizievoli che sul lungo periodo rischiano di minare quelle politiche economiche dell'Unione europea volte a recuperare parte del potere perso nei confronti delle altre potenze mondiali, orientali ed occidentali. Inoltre, tanto in

[82] *Ibid.*, 77.

riferimento al versante dei Big Data quanto a quello dei sistemi algoritmici in generale, le autorità amministrative indipendenti si stanno allontanando progressivamente dalla *law in the books*, spesso poco consona alle dinamiche della digitalizzazione, per proiettarsi verso la *law in action*, con la proposizione di soluzioni capaci di riempire i vuoti esistenti tra disciplina giuridica vigente e realtà dei fatti. Le nuove regole riguardanti i procedimenti di anonimizzazione, la riforma relativa al trattamento dei dati non personali e la previsione di un regolamento *ad hoc* per i sistemi algoritmici sono tutti indicatori di una certa insofferenza patita dagli organi di controllo innanzi ad un fenomeno che muta così velocemente da rendere assai arduo assolvere ai doveri di monitoraggio tramite le regole statiche al momento applicabili.

Invero, è opportuno sottolineare a tal proposito come la proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale recentemente approvata dalla Commissione europea sembri muoversi in questa direzione. Sebbene il testo definitivo non vedrà la luce prima di alcuni anni, si percepisce aria di svolta in ambito continentale poiché la proposta, dedicando specifica attenzione alle fasi di progettazione e successiva immissione nel mercato dei sistemi di intelligenza artificiale, prescinde, per quanto possibile, dalla separazione tra dati personali e non personali. Difatti, le disposizioni che la compongono rappresentano il primo vero tentativo di risposta ad alcuni degli interrogativi sollevati nel corso del presente lavoro; segnatamente, la limitazione degli effetti lesivi dei diritti fondamentali derivanti dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale, l'obbligo di assicurare una alta qualità dei dataset utilizzati per il *training* e l'attribuzione di peculiari compiti di controllo ad autorità indipendenti.[83]

Facendo riserva di svolgere le opportune considerazioni quando la proposta terminerà il suo iter legislativo, è possibile sin da ora affermare che sussiste una certa convergenza di opinioni sulla necessità di agire in tema di intelligenza artificiale, anche se, peraltro, permane qualche dubbio in riferimento alla forma ed al contenuto che dovrebbe assumere tale intervento. Il dibattito fra i vari *stakeholder* sul rapporto tra lo spazio ricoperto dalla normazione per mezzo di una fonte di rango primario e quello lasciato a meccanismi di co-regolamentazione o auto-regolamentazione non è stato ancora totalmente superato. Pertanto, non sarà facile trovare un "equilibrio europeo", dove la spinta verso uno sviluppo tecnologico più celere non venga ottenuta a costo di sacrificare sia i valori fondamentali su cui è stato costruito l'ordinamento continentale sia la sovranità dei suoi Stati membri, mai così a rischio come oggi.

[83] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts, Brussels, COM(2021) 206 final.

Altrettanto delicate sono le questioni che emergono con riguardo alle modalità attraverso le quali regolamentare la decisione algoritmica. Una delle opzioni più popolari quando si tratta di tecnologia è quella che poggia sul *risked-based approach* e che, di conseguenza, struttura le regole su più livelli, rendendole più rigorose o più permissive a seconda della posizione occupata sulla scala del rischio.[84] Tuttavia, sebbene l'ipotesi potrebbe apparire *prima facie* ottimale, permane qualche perplessità quando si tenta di calare questo modello ideale nella realtà concreta dei diritti e degli interessi in gioco. In particolare, le scelte che dovranno prendersi con riguardo ai settori ad elevato rischio per le libertà degli individui o alle soglie al di sotto delle quali il rischio viene qualificato come giuridicamente accettabile implicano una graduazione di diritti e di libertà non prevista espressamente dal nostro diritto costituzionale. A questo punto è lecito domandarsi se la forza travolgente dell'algoritmo, che ha già trasformato in maniera radicale la società e l'economia, inaugurerà una stagione di cambiamenti anche per i sistemi costituzionali europei, secondo la logica per cui anche il diritto, al pari di qualsiasi altro organismo vivente, corre il pericolo di soccombere in caso di mancato adattamento ad una realtà circostante in perenne mutamento.[85]

[84] Anche la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale approvata dalla Commissione si fonda su questo approccio.

[85] A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale*, cit.

CIRCOLAZIONE DEI DATI, AUTOMATIZZAZIONE E REGOLAZIONE*

CARLO COLAPIETRO**

Sommario

1. Circolazione e protezione dei dati e la necessaria regolazione. – 2. Comprensibilità e legittimità nei trattamenti automatizzati. – 3. Qualità dei dati analizzati nell'ambito delle decisioni automatizzate.

Abstract

The worldwide circulation and constant exchange of personal data entails the need for rules that ensure a high degree of protection for the fundamental rights of the individual. Especially when the processing of personal data involves automated decisions. Particular principles and determined rules must be observed unequivocally in order to avoid discrimination, biases and possible abuses. In this respect, it should be noted that some GDPR rules offer promising starting points for new interpretations. However, the EU Regulation approach could present some significant limitations.

Suggerimento di citazione

C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione di discussione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi Roma Tre- Dipartimento di Giurisprudenza.

Contatto: carlo.colapietro@uniroma3.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Circolazione e protezione dei dati e la necessaria regolazione

In materia di regolazione delle decisioni algoritmiche[1] e del loro rapporto con la disciplina della protezione dei dati personali e, più in generale, con libera circolazione dei dati all'interno dell'Unione Europea[2], è opportuno formulare qualche considerazione preliminare di ordine generale.

Nell'attuale contesto, infatti, non è più possibile ragionare in termini di mera applicazione delle regole, ma è richiesto un appropriato cambiamento di mentalità, specialmente quando si tratta di dati personali. È necessario guardare ai fenomeni attraverso le lenti di una vera e propria cultura della *privacy*, che nel mondo digitale assume ancor di più la veste di un meta-diritto, il cui godimento è necessario al fine del godimento di tutti gli altri diritti[3].

[1] Per un'analisi a tutto campo sui problemi di regolazione connessi all'AI e, in particolare, alla tutela della *privacy* si veda F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018 e, da ultimo, G. D'ACQUISTO, *Intelligenza artificiale. Elementi*, Torino, 2021 (in corso di pubblicazione); sia, inoltre consentito rimandare a C. COLAPIETRO, *The impact of the information and technology revolution on constitutional rights with particular attention to personal data protection issues*, in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020; v. anche, A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2018, fasc. 4 – 5; sull'impiego degli algoritmi in settori determinati, quale ad esempio quello delle decisioni amministrative o giurisprudenziali, vedi R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2021, in particolare il saggio A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*; E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su "Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica" – Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Erik_Longo_-_La_giustizia_nell_era_digitale.pdf; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-la-decisione-robotica-e-il-giudice-amministrativo-28-agosto-2018*, 2018; D.-U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte,* in *Federalismi.it*, 7/2018; M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 3/2020.

[2] Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *Federalismi.it*, 21/2019; G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *Federalismi.it*, 21/2019; G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2020.

[3] Per un'analisi del diritto alla protezione dei dati personali quale garanzia presupposto degli altri diritti fondamentali sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *Il alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla* privacy*,* Napoli, 2018, pp. 21 ss. ed a C. COLAPIETRO, A. MORETTI. *L'intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *Biolaw Journal*, 3/2020, pp. 376 ss; oltre che a S. WACHTER, *Privacy: Primus Inter Pares — Privacy as a*

Occorre, infatti, considerare che quanto meno per quel che attiene al contesto italiano, europeo e, più in generale, occidentale, la società risulta essere totalmente dipendente dai dati e dalle tecnologie informatiche. La straordinaria situazione di pandemia tutt'ora in corso, del resto, dimostra con lapalissiana evidenza come l'intermediazione delle *Information and Communication Technology* (ICT) sia, del resto, indispensabile per poter dare una continuità anche alle più "normali" tra le attività quotidiane. Ancora, è stato evidenziato come la stessa vita umana si svolga in una dimensione *onlife*, espressione coniata dal filosofo Luciano Floridi attraverso la crasi tra le parole *online* e *life*, a significare la ormai pressoché completa integrazione tra il reale e il digitale[4]. Il digitale non è altro dall'uomo, ma, anzi, rappresenta la scena ove si svolgono vicende personali, sociali e politiche del duemila.

Nel documento *Strategia europea per i dati* del febbraio 2019[5], è stato calcolato che il volume globale dei dati trattati aumenterà, entro il 2025, fino all'impressionante cifra di 175 zettabyte, per un valore economico dei dati trattati nell'Unione corrispondente a 829 miliardi di euro, in un *business* che arriverà ad impiegare circa 11 milioni di professionisti dei dati. Il tema della regolazione si impone, quindi, in tutta la sua importanza.

Peraltro, si tenga presente che il piano della tutela dei diritti fondamentali e quello del perseguimento dell'efficienza economica del mercato non sono in contrasto tra loro, bensì si intersecano reciprocamente[6]. Proprio nel contesto eurounitario, del resto, la tutela dei diritti e il buon funzionamento del mercato risultano del tutto complementari generando una «integrazione positiva»[7]. In materia di dati personali, ciò risulta già dallo stesso titolo del Regolamento UE 2016/679 (c.d. GDPR), e cioè Regolamento relativo non solo «alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali», ma anche «alla libera circolazione di tali dati».

I confini all'interno dei quali i dati possono liberamente circolare sono, del resto, stati tracciati dall'affermazione della protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona nell'art. 8 della Carta di Nizza e nell'art. 16 TFUE e, successivamente, proprio dall'entrata in vigore del GDPR. Eppure,

Precondition for Self-Development, Personal Fulfilment and the Free Enjoyment of Fundamental Human Rights, 2017, reperibile in http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2903514.

[4] L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

[5] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Una strategia europea per i dati*, Bruxelles, 19.2.2020, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=IT

[6] Come a più riprese rilevato, specialmente da parte G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi.it*, 6/2019

[7] G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, cit., 10; V. KOSTA, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Oxford Portland, 2018.

tali confini sono stati talvolta considerati flessibili, come hanno dimostrato alcune recenti vicende giudiziarie che hanno portato alla luce un'intersezione anche con altre discipline. Proprio da ultimo, il 29 marzo 2021 per la precisione, la sez. VI del Consiglio di Stato – nella sentenza che ha definito il caso AGCM contro Facebook – ha affermato che «la disciplina della tutela della *privacy* e il Codice del consumo presentano ambiti operativi differenti e non contrastanti» e, pertanto, il regime sanzionatorio previsto dalle due discipline non è sovrapponibile, ma deve, anzi, considerarsi integrato[8].

Tralasciando in questa sede la qualificabilità dei dati come «*res extra commercium*» o meno, resta, però, il fatto che essi circolano e dunque ne è necessaria la regolazione. Ancor di più, in quanto oltre a circolare i dati rappresentano la materia prima per permettere il funzionamento dei sistemi algoritmici e delle tecnologie basate sull'intelligenza artificiale i quali, attraverso la loro analisi ed elaborazione, riescono a raggiungere determinati risultati, conclusioni o, addirittura, previsioni. Come il carbone e la macchina a vapore hanno rappresentato gli elementi essenziali della Prima rivoluzione industriale e il petrolio e il motore a scoppio quelli della Seconda rivoluzione industriale, i dati, gli algoritmi e l'Intelligenza artificiale rappresentano i fondamenti di quella che stiamo vivendo noi e che oggi è ancora nella sua fase iniziale[9].

Occorre, quindi, sviluppare un modo di pensare alla *privacy* e di approcciarsi ai dati personali tale da garantire sia il massimo livello di tutela per la persona umana che la circolazione libera e sicura dei dati personali, nel quadro della nuova economia digitale. Per quanto riguarda lo spazio giuridico ed economico europeo, il progresso segnato da questa evoluzione normativa, insieme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, garantisce il rispetto dei diritti, attraverso principi come l'*accountability*, la trasparenza, la limitazione delle finalità, la minimizzazione dei dati, e diritti come la cancellazione, l'oblio o la portabilità dei dati, e istituti come la *privacy by design e la privacy by default*.

Il quadro normativo riguardante la regolazione della circolazione e dell'utilizzo dei dati non si esaurisce certamente con il discorso relativo alla *privacy*. Difatti, l'Unione Europea è in procinto di varare una serie di riforme relative a diversi profili, come ad esempio il *Data Governance Act* (DGA), il *Digital Single Market Act* (DMA), il *Digital Services Act* (DSA), il Regolamento *E-Privacy*,

[8] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631.

[9] V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, Milano, 2013. Sulle possibilità tecniche offerte dai *Big Data*, cfr. H. V. JAGADISH, J. GEHRKE, A. LABRINDIS, Y. PAPAKOSTANTINOU, J. M. PATEL, R. RAMAKRISHNAN, C. SHAHABI, *Big Data and Its Technical Challenges*, in *Comunications of the ACM*, 2014; sui dati come risorsa si veda, inoltre, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, in *The Economist*, 6 maggio 2017; *Data is giving rise to a new economy*, in *The Economist*, 6 maggio 2017.

nonché il Regolamento su *European approach on Artificial intelligence*. Senza soffermarsi in questa sede sull'analisi di queste innovazioni normative – ancora allo stadio di proposta nel momento in cui si scrive – né sull'elencazione di altri interventi legislativi da parte dell'Unione, ciò che preme, invece, sottolineare è il fatto che il legislatore stia cercando di "rincorrere" il fenomeno tecnologico, mentre esso continua ad evolversi rapidamente, aprendo continuamente scenari nuovi in un territorio che sfugge sempre di più alle tradizionali categorie giuridiche[10].

Dal canto loro, anche le Autorità indipendenti stanno cercando di trovare nuove sinergie al fine di offrire punti di riferimento comuni. Stante la già menzionata intersezione tra i profili relativi alla protezione dei dati personali, la tutela della concorrenza e del mercato e le garanzie nelle comunicazioni, nel 2020 le tre Autorità hanno predisposto un'indagine congiunta sui *Big Data*[11], anche al fine di individuare dei punti di vista comune. Tuttavia, anche la strada della cooperazione tra le *Authorities* rischia di essere molto lunga e tortuosa e occorrerà del tempo affinché il lavoro condiviso possa cominciare a dare qualche frutto che possa giungere a maturazione.

Vi è poi il problema dell'impiego degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale, che sempre di più permettono di sfruttare l'immenso potenziale dei dati. Anche rispetto all'utilizzo di certe tecnologie, si versa ancora in uno stato embrionale e la parte di campo da esplorare è immensamente più vasta di quella già esplorata. Ciononostante, l'Unione Europea sta già mettendo a punto uno strumento normativo per regolare taluni aspetti del fenomeno, come dimostra la già richiamata proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale della Commissione Europea.

Ad ogni modo, c'è da dire che il tema dei trattamenti automatizzati dei dati ha, in realtà, origine "antica". Sono, infatti, ormai quarant'anni che nell'ambito del Consiglio d'Europa è stata adottata la Convenzione di Strasburgo (Convenzione n. 108/1981), la quale è, peraltro, tuttora in vigore[12]. Essa è considerata anche come una delle prime fonti in materia di protezione dei dati a livello

[10] Il rischio che oggigiorno gli atti normativi nascano già inidonei a rispondere al continuo mutamento tecnologico è messo molto bene in evidenza nell'efficace contributo di S. SCAGLIARINI, *Identità digitale e tutela della privacy*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su "Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica" – Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Simone_Scagliarini_-_Identita_digitale_e_tutela_della_privacy.pdf, pp. 46 ss.

[11] Cfr. *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020 in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

[12] Occorre segnalare che nel maggio del 2018 la Convenzione n. 108/1981 ha conosciuto un intervento di modernizzazione finalizzato ad armonizzare la Convenzione alle previsioni introdotte dal Regolamento UE 2016/679, acquisendo così la denominazione di Convenzione 108+.

europeo. I principi sanciti all'epoca dalla Convenzione[13], infatti, fanno ormai pienamente parte dell'*aquis* europeo in materia di dati personali, essendo stati, prima, incorporati nella c.d. "Direttiva madre" e, da ultimo, confermati nel Regolamento UE 2016/679.

Si deve, infatti, ricordare che già l'art. 15 della Direttiva n. 95/46/CE sanciva il diritto di ogni persona a non essere sottoposta a decisioni che producessero effetti giuridici o avessero effetti nei suoi confronti che fossero fondate esclusivamente sul trattamento automatizzato dei dati, a meno che tali decisioni non fossero prese nel contesto della conclusione o dell'esecuzione di un contratto o non fossero autorizzate dalla legge. Tuttavia, con il GDPR la tutela offerta alla persona fisica è stata rafforzata, grazie alla disciplina dell'art. 22, ed il quadro si è fatto più limpido anche grazie all'adozione di Linee guida da parte del WP29[14].

2. Comprensibilità e legittimità nei trattamenti automatizzati

Al giorno d'oggi, la logica da utilizzare nell'analisi del complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali[15] va ben oltre la serie di garanzie conoscitive approntate dal GDPR accanto al divieto di processi decisionali automatizzati di cui all'art. 22. Ed infatti, proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina[16], riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio *right to explanation* nel GDPR.

Ebbene, il concetto di *explanation* deve essere suddiviso in sottocategorie a seconda dell'oggetto della sua riferibilità e del momento temporale in cui viene fornita la spiegazione.

Con riguardo all'oggetto, occorre distinguere la *explanation* riferibile al *funzionamento del sistema*, cioè al meccanismo decisionale nel suo complesso, e la

[13] Tra i quali, per citarne qualcuno, liceità e correttezza del trattamento, qualità dei dati personali intesa come pertinenza, non eccedenza, adeguatezza ed esattezza, legalità del trattamento automatizzato, specificità e liceità delle finalità.

[14] Cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 e riviste il 6 febbraio 2018.

[15] A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona.* cit.; altri spunti anche in F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico,* cit.; E. CREMONA, *Un convegno su intelligenza artificiale e diritti fondamentali, in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2020.

[16] Si evidenzia la critica di S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 76 ss.; *contra* G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation* in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 224 ss; ma anche A. D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 233 ss; sembra superare il contrasto L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in *16 Duke Law & Technology Review*, 2017.

explanation relativa a delle *decisioni specifiche*, cioè alle ragioni e alle circostanze che hanno condotto alla singola decisione.

Alla stregua del criterio temporale, invece, la differenza si configura tra *explanation ex ante* ed *explanation ex post*. Chiaramente, se il primo può essere riferito solo al funzionamento complessivo del sistema, il *right to explanation ex post* può essere riferito sia all'intera struttura decisionale che alle singole decisioni specifiche e alle loro ragioni. Ed è proprio questo particolare tipo di *explanation* che secondo un'accreditata dottrina non è rinvenibile nel Regolamento[17].

Ciononostante, è bene tener presente che la "spiegabilità" e la conseguente "comprensibilità" sono, invece, degli elementi necessari, alla luce dell'evoluzione subita dal diritto alla *privacy*, dalla mera concezione di esclusione dall'informazione tipica del diritto alla riservatezza (*rectius*, dell'antico *right to be let alone*) al controllo sulle proprie informazioni[18].

Vengono così in rilievo gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14 del GDPR, nei quali è previsto che all'interessato debba essere data notizia del fatto che il trattamento dei dati sia effettuato in maniera automatizzata, con particolare riguardo al fatto che, in caso di trattamento interamente automatizzato, il titolare debba fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste da tale trattamento per l'interessato». Si tratta della nota *informativa privacy*. Queste norme, insieme anche all'art. 15 del GDPR – relativo al diritto ad accedere ai propri dati – sono state definite come la *Magna Charta* del diritto dell'interessato di essere informato e di controllare la legittimità del trattamento dei dati[19].

L'applicazione del principio di trasparenza all'algoritmo[20] nasconde, però, in sé un paradosso. Infatti, se «aprire le macchine e rimuovere ogni opacità […] sul modo in cui queste operano riporta naturalmente l'uomo in una posizione di comando», non si può però ignorare che le macchine sono progettate da soggetti che intendono sfruttare l'asimmetria informativa, in quanto «dall'iniziale opacità intendono trarre un vantaggio economico o di potenza

[17] Cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., p. 15.

[18] Efficacissima la ricostruzione di S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, pp. 207 ss., secondo cui si va «1) dal diritto d'esser lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano; 2) dalla *privacy* al diritto all'autodeterminazione informativa; 3) dalla *privacy* alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo». Si veda anche S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006,

[19] Cfr. FLORIAN SCHMIDT-WUDY, *DSGVO Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person*, in H. A. WOLFF, S. BRINK (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2016, Commentario *online*.

[20] Vedi, da ultimo, G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2021.

dal loro impiego»[21]. Anche a voler ammettere l'esistenza di un ipotetico principio di "pubblicità" dell'algoritmo, non vi sarebbe un significativo beneficio economico nel progettare algoritmi e mancherebbero incentivi allo sviluppo della qualità dei *software* progettati. Sul punto sono state avanzate varie tipologie di soluzioni, tutt'oggi però non ancora pienamente applicabili[22]. La migliore proposta formulata in dottrina per venire a capo del dilemma è quella soluzione mediana che permetta di spiegare il processo seguito dalla macchina (la mera "logica" del trattamento) senza svelarne i segreti: l'adozione della c.d. "prova controfattuale"[23].

È, inoltre, importante che si possa sempre far riferimento ad un responsabile umano, come ricordato recentemente anche dal Consiglio di Stato nella sent. n. 8472/2019, conformemente al modello definito HITL (*human in the loop*)[24]. Tale principio ha un'eco anche nel GDPR, nell'ambito proprio dell'art. 22, par. 1, il quale stabilisce che l'interessato abbia «il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato,

[21] G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, cit., pp. 290 ss.

[22] Si segnalano, in tal senso, alcuni metodi di "spiegazione" per accrescere la possibilità di interpretare le decisioni prese attraverso sistemi di *machine learning*, come il c.d. LIME e le sue varianti, in base al quale possono essere evidenziati i fattori principali del processo decisionale originario: v. sul punto M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, pp. 34-35.

[23] Sul punto v. S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, reperibile in *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063289*: gli Autori indicano come la proposizione «*You were denied a loan because your annual income was £30,000. If your income had been £45,000, you would have been offered a loan*» possa rappresentare un esempio di spiegazione controfattuale. Questa fornisce infatti un livello d'informazioni tali da consentire all'interessato di capire perché si sia giunto ad un determinato esito della decisione, senza tuttavia la necessità di dover comprendere ogni aspetto del processo algoritmico-decisionale compiuto. Cfr. altresì M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 35: «*From a computational point of view, apart from fixing a desired output, known black-box algorithms to compute counter-factual explanations consist in probing the inputs. For instance, the Growing Sphere method samples the inputs around the input for which a counterfactual explanation must be computed, while Watcher et al. sample the inputs with an optimisation procedure that allow to find a counterfactual explanation which minimises the difference with the input to be explained*».

[24] Si veda il punto 15.2 della sent. n. 8472/2019 del Consiglio di Stato: «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano». Al riguardo cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, pp. 79 ss. E M.L. JONES, *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood*, in *Social Studies of Sciences*, 2017, pp. 216 ss

compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»[25]. Tuttavia, tale divieto opera soltanto qualora la decisione sia basata unicamente sul trattamento automatizzato e, dunque, non vi sia intervento umano, nonché sia idonea a produrre effetti giuridici o a incidere significativamente sulla persona dell'interessato. Inoltre, lo stesso art. 22 prevede una serie di eccezioni, e cioè la decisione automatica deve essere: a) necessaria per concludere o eseguire un contratto, b) autorizzata dal diritto dell'Unione o di uno Stato membro, o c) basata sul consenso dell'interessato[26].

3. Qualità dei dati analizzati nell'ambito delle decisioni automatizzate

In questo contesto è opportuno, inoltre, distinguere tra dati personali e dati non personali, che, peraltro, non è affatto un'operazione scontata nella pratica perché è assai difficile dare forma al concetto di "identificabilità"[27]. Soprattutto, grazie alle nuove tecnologie e alla loro capacità di aggregare i dati, anche il dato apparentemente più anonimo e insignificante può, se opportunamente combinato con altri, diventare strategico nell'individuazione di una determinata persona.

A tal proposito, è necessario evidenziare un aspetto sul quale, a riguardo di dati anche non personali, è necessario fare maggiore chiarezza, e cioè quello relativo alla *qualità* dei dati impiegati nell'ambito delle decisioni algoritmiche. Infatti, errori o distorsioni nei dati producono effetti sul modello decisionale finale e lo sviluppo di un sistema decisionale algoritmico affidabile richiede, quindi, una base di dati qualitativamente validi[28].

[25] In merito al "diritto di non essere sottoposto" ci si è interrogati se, in concreto, dovesse configurarsi quale diritto di opposizione da far valere su impulso dell'interessato o se, al contrario, dovesse concretizzarsi in un divieto rivolto direttamente al titolare del trattamento. Sul punto è da ultimo intervenuto il WP29 chiarendo come la previsione dell'art. 22, par. 1 del GDPR contenga una proibizione diretta al titolare: cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 e riviste il 6 febbraio 2018.

[26] Nelle ipotesi di cui alle lett. a) e c), l'art. 22, par. 3 dispone che il titolare debba attuare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione». Cfr. P. SCHOLZ, *Artikel 22. Authomatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling*, in S. SIMITIS, G. HORNUNG, I. SPIECKER, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG. Großkommentar*, Baden-Baden, 201 pp.709 ss.

[27] Sulla nozione di persona identificata o identificabile si veda, ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, 20 giugno 2007, pp. 12 ss.

[28] Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Data quality and artificial intelligence – mitigating bias and error to protect fundamental right*, 7 June 2019; INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Guidance on the AI auditing framework – Draft guidance for consultation*, 2020, pp. 26 ss.

La stessa sentenza del Consiglio di Stato menzionata poc'anzi, facendo riferimento proprio al considerando 71, ha affermato che «occorrerebbe rettificare i dati in "ingresso" per evitare effetti discriminatori nell'*output* decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni»[29].

Del resto, la «correttezza formale non equivale a obiettività o imparzialità», caratteristiche non ancora proprie dell'Intelligenza artificiale, le quali però potrebbero essere sviluppate, qualora l'uomo decidesse di accompagnare «le macchine a questo genere di consapevolezza comportamentale, intervenendo proprio sulla qualità dei dati». L'efficienza e l'imparzialità delle decisioni, infatti, non sono garantite *tout court* dall'utilizzo di tecnologie algoritmiche. Talvolta capita che inefficienze e malfunzionamenti dell'algoritmo vengano prodotti «da dati di bassa qualità o da processi mal congegnati, piuttosto che da cause attribuibili a comportamenti della persona»[30].

Per ovviare al problema e garantire che i procedimenti algoritmici producano risultati corretti e coerenti è necessario inserire dei dati che siano di buona qualità. Tuttavia, al tal fine, è forse opportuno individuare anche degli standard tecnici per valutare e gestire la qualità dei dati, come ad esempio le ISO 8000. Del resto, in altre discipline già esiste un'ampia ricerca in tal senso e sono già stati approntati diversi quadri tecnici. Anche in questo campo, dunque, è ragionevole aspettarsi un progressivo accrescimento dell'importanza delle regole tecniche[31].

Al di là di questo, è interessante anche chiedersi quali potrebbero essere le eventuali conseguenze patologiche allorquando dati di qualità non adeguata conducano a decisioni algoritmiche errate o lesive. Nella prospettiva del diritto amministrativo potrebbe, ad esempio, qualificarsi come viziata da eccesso di potere la decisione algoritmica basata su dati di "cattiva" qualità, sia nella figura del difetto d'istruttoria che in quella del travisamento di fatti.

Pur non essendovi ancora precise norme o giurisprudenza al riguardo, un appiglio potrebbe essere ravvisato nel principio di esattezza dei dati di cui all'art. 5 GDPR, alla stregua del quale i dati personali che vengono trattati

[29] In materia di discriminazioni algoritmiche si veda *amplius* il recente contributo di C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su "Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica" – Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Costanza_Nardocci_-_Intelligenza_artificiale_e_discriminazioni.pdf; sullo stesso problema cfr. anche W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in *https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/* 2018.

[30] Cfr. G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 267 e 287.

[31] Vedi in proposito J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, in *Computer und Recht* 2020, p. 77-78.

devono essere «esatti e, se necessario, aggiornati» e devono essere, peraltro, «adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati»[32].

E sempre nel GDPR, può forse essere rinvenuta la chiave di volta per venire a capo del problema della qualità dei dati. Il ricorso a sistemi di certificazioni[33], previsti dagli artt. 42 e 43 GDPR, può infatti generare un maggiore affidamento in coloro che conferiscono i dati e, soprattutto, permettere a chi li tratta di dimostrare la propria *accountability*, in un meccanismo in cui alla fiducia degli interessati fa da specchio la responsabilità dei titolari del trattamento.

[32] Sulla rilevanza del principio di esattezza dei dati previsto nel GDPR, con particolare riguardo al *training* e all'utilizzo di sistemi artificiali, si veda G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., pp. 265 ss.; H. ZHU, E. MADNICK, Y. W. LEE, R. Y. WANG, *Data and Information Quality Research* in H. TUCKER, T. GONZALEZ, A. TOPI, *Computing handbook*, 2014; J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, cit., p. 73; sul punto anche il Garante per la protezione dei dati personali, cfr. provv. n. 515/2013, [doc. web n. 2765110].

[33] Sul tema delle certificazioni applicate alla disciplina sulla protezione dei dati si veda R. GIANNETTI, *La certificazione ai sensi del GDPR: standard per l'affidabilità del mercato data driven*, in L. BOLOGNINI (a cura di), *Privacy e libero mercato digitale*, Giuffré, 2021, pp. 217 ss; E. LACHAUD, *What GDPR tells about certification*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, vol. 38.

TRASPARENZA DELLA DECISIONE ALGORITMICA: QUALE RUOLO PER LE AUTORITÀ DI GARANZIA NELLE COMUNICAZIONI? UN QUADRO EUROPEO*

EDOARDO CATERINA**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Neutralità della rete e decisione algoritmica. – 3. Trasparenza algoritmica e lotta alla disinformazione in rete: quadro delle esperienze nazionali nella UE. – 3.1. L'esperienza francese del CSA. – 3.2. L'esperienza tedesca delle *Landesmedienanstalten.* – 4. Conclusioni: verso il regolamento UE sui servizi digitali.

Abstract

The paper analyses the role of independent European telecommunications authorities in the context of algorithmic accountability. It will also briefly illustrate which possible evolutions may result from the future Digital Services Act (DSA).

Suggerimento di citazione

E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale all'Università degli studi di Macerata
Contatto: edoardo.caterina@unimc.it

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2021

1. Introduzione

In questo contributo si cercherà in primo luogo di chiarire in che senso i problemi legati alla decisione algoritmica e alla *algorithmic accountability* siano di interesse (anche) per le autorità di garanzia per le comunicazioni[1]. L'indagine verterà sul quadro europeo, mentre per il ruolo specifico dell'AGCom in Italia si rinvia al contributo di Matteo Giannelli pubblicato in questa *Rivista*.

La domanda di partenza non è oziosa, dal momento che la tematica delle decisioni algoritmiche è stata soprattutto affrontata in chiave di tutela della concorrenza e del diritto alla riservatezza, con conseguente protagonismo delle autorità preposte all'antitrust e alla tutela della privacy. In materia di privacy si segnalano le disposizioni del GDPR in materia di processi decisionali automatizzati (cfr. art. 22 GDPR) le cui potenzialità con riferimento alla regolazione delle decisioni algoritmiche sono state diffusamente evidenziate in dottrina[2]. Per quanto attiene all'approccio antitrust alla regolazione algoritmica, esso si ritrova pienamente nel Regolamento UE 2019/1150 che affronta anche il tema della indicizzazione algoritmica in materia di piattaforme commerciali online[3]. La stessa AGCom nelle sue *Linee guida* emanate in seguito alla indagine conoscitiva sui *big data* ha implicitamente notato come il problema si ponesse in primo luogo sotto il punto di vista dell'*enforcement antitrust*, volto alla repressione dei "comportamenti abusivi dei grandi player dell'economia digitale e di intese restrittive della concorrenza, entrambi facilitati dallo sviluppo di nuovi software e algoritmi sofisticati"[4].

Ciò posto, la risposta sul potenziale ruolo delle autorità di garanzia delle telecomunicazioni sembra essere duplice e riflette il duplice compito che queste autorità possono essere chiamate a ricoprire. Da un lato vi è il problema infrastrutturale della gestione delle reti di telecomunicazione, dall'altro vi è il risvolto, costituzionalmente più interessante, che concerne la tutela del

[1] In generale sulla regolazione algoritmica: K. YEUNG, *Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation*, in *Regulation & Governance*, 2018 (12), 505 ss. (in part. sulla *algorithmic accountability*: 516 ss.).

[2] Per tutti: G. DE MINICO, *Internet: rules and anarchy. The test of algorithms*, in EAD., *Libertà* in *rete, libertà* dalla *rete*, Giappichelli, Torino 2020, 263 ss. (in part.: 282 ss.). Scettico sull'effettiva portata regolatoria dell'art. 22 GDPR: A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALLETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino 2020, 1 ss. (28 s.).

[3] Su questo aspetto in particolare del Regolamento si rinvia a: F. DI PORTO, M. ZUPPETTA, *Co-regulating algorithmic disclosure for digital platforms*, in *Policy and Society*, 29 ottobre 2020, online: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14494035.2020.1809052

[4] AGCom, *Indagine conoscitiva sui* big data, 2020, online: https://www.agcom.it/documents/10179/17633816/Documento+generico+10-02-2020+1581346981452/39c08bbe-1c02-43dc-bb8e-6d1cc9ec0fcf?version=1.0 Una prospettiva esclusivamente antitrust si ritrova nel *position paper* della autorità di regolazione olandese, la ACM: cfr. ACM, *Oversight of Algorithms*, 10 dicembre 2020, online: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf

pluralismo dell'informazione. In entrambi questi ambiti gli algoritmi possono risultare decisivi.

Come si evince anche dalla strategia del BEREC 2021-2025[5] l'intelligenza artificiale (IA) risulta, sempre di più uno strumento indispensabile alla gestione e ottimizzazione dei servizi a rete di telecomunicazione. Come si legge nel citato documento BEREC:

> "*AI-based systems are* (…) *of particular relevance to the telecommunications industry due to their potential for various stages of operations (network roll-out, network optimisation, transmission optimisation etc.), new services (new revenue streams or business models, different categories/classes of services), customer service (customer service enhanced by natural language processing), data management (collection, validation, analysis etc.) or security (fraud detection, cybersecurity etc.)*"[6].

Ciò è stato sottolineato anche dall'ARCEP, l'autorità di settore francese in materia di telecomunicazioni, in una sua nota dedicata all'IA[7]. Questa evoluzione tecnologica pare essere di per sé di interesse per le autorità di regolazione, se non altro per gli aspetti legati alla standardizzazione tecnica. Tuttavia, a suscitare maggiore interesse è un altro aspetto, quello legato alla preoccupazione di fondo che l'opacità della decisione algoritmica, specie quella risultante da meccanismi di *deep learning*, vada a minare la neutralità della rete: "*Sera-t-il possible de garantir que le trafic réseau géré dynamiquement par une intelligence artificielle respecte le principe de neutralité du net ?*" – si domanda l'ARCEP nella sua nota.

Il secondo aspetto riguarda invece la lotta alle *fake news* e, in generale, la garanzia di quello che in Italia la Corte costituzionale ha chiamato il "diritto ad essere informati", applicato alla dimensione dell'informazione online[8]. Come vedremo, questo ambito risulta quello oggetto di attenzione crescente e per cui vi sono maggiori prospettive di sviluppo. Tramontata la controversa

[5] il BEREC è l'organismo europeo che riunisce e coordina le varie autorità regolatorie nazionali in materia di telecomunicazioni.

BEREC, BoR (20) 108, *BEREC Strategy 2021-2025*, 11 giugno 2020, online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/annual_work_programmes/9281-berec-strategy-2021-2025

[6] *Ivi*, p. 5.

[7] ARCEP, *L'intelligence Artificielle dans les réseaux de télécommunicationsœ,* 14 gennaio 2020, online: https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/reseaux-du-futur-IA-dans-les-reseaux-janv2020.pdf

[8] La dottrina è quasi unanime nell'inquadrare la diffusione di notizie false alla stregua di una lesione del diritto a essere informati promanante dall'art. 21 Cost., ma va comunque osservato che ciò implica "una concezione funzionale della libertà di manifestazione del pensiero, secondo la quale quest'ultima dovrebbe essere garantita solo in quanto vera e pertanto nei limiti della sua utilità rispetto alla preservazione e al consolidamento delle strutture dello Stato democratico-costituzionale" (P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto costituzionale dell'informazione nell'era della convergenza*, Il Mulino, Bologna 2019, 256.).

idea di creare una "autorità pubblica per la verità"[9] , si va affermando l'opinione per cui le autorità pubbliche, e in particolar modo le autorità di garanzia per le comunicazioni, debbano quantomeno assicurarsi che gli algoritmi, e cioè quei meccanismi in base ai quali vengono oggi diffuse le notizie nello spazio di internet, siano il più possibile controllabili e prevedibili.

2. Neutralità della rete e decisione algoritmica

Venendo a una più dettagliata ricostruzione, occorrerà chiarire: 1) in che modo il principio di neutralità della rete rischi di venire intaccato dalle decisioni algoritmiche; 2) e quale possa essere il ruolo in questo contesto delle autorità nazionali di regolazione in materia di telecomunicazioni (ANR-com).

Con "neutralità della rete" si intende, in estrema sintesi, la "regola non scritta secondo la quale tutti i contenuti che viaggiano in rete circolano liberamente a prescindere dal loro autore/destinatario"[10]. La neutralità della rete ha molteplici implicazioni. Quella più immediata riguarda la sua funzione di garanzia della concorrenza, funzione di interesse per le autorità antitrust. Neutralità della rete significa tuttavia anche garanzia di un ambiente web trasparente e tutela della libertà di espressione in senso lato[11]. Come si vede, l'impiego degli algoritmi, anche se non espressamente menzionato nelle *linee guida BEREC*[12], rientra pienamente nel tema della neutralità della rete e dell'*open internet.* La neutralità della rete risulta necessaria non solo per salvaguardare il mercato da pratiche anticoncorrenziali, ma anche per presidiare i princìpi costituzionali del pluralismo informativo e della libertà di manifestazione del pensiero.

[9] Questa la proposta di: G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, 57 ss. (92 ss.). *Contra*: A. ZANON, *Fake News e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 1/2018.

[10] M. MENSI, *La neutralità della rete*, in ID., P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Wolters Kluwer 2018, 101 ss. Nella "Dichiarazione dei diritti in internet" la neutralità della rete è posta all'art. 4 che recita: "1. Ogni persona ha il diritto che i dati trasmessi e ricevuti in Internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone. 2. Il diritto ad un accesso neutrale ad Internet nella sua interezza è condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona.". Sulla Dichiarazione e il suo valore si veda: G. DE MINICO, *Internet: rules and anarchy.*, cit., 293 ss. In generale sulla neutralità della rete si veda anche la *Consultazione pubblica sulla neutralità della rete* tenuta dall'AGCom (40/11/CONS), online: https://www.agcom.it/documents/10179/1/document/15941f89-7f79-469f-b6bc-9cf447370903 e G. DE MINICO, *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo.it,* 1/2016, online: https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo_201601_553.pdf

[11] Così M. MENSI, *La neutralità della rete*, cit., 105.

[12] Cfr. BEREC, BoR (16) 127, *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, 30 agosto 2016, online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules

Svolta questa premessa, un modo per pregiudicare la neutralità della rete può essere dato proprio dall'impiego di algoritmi di controllo del traffico (*traffic control algorithms*)[13]. Questo aspetto infrastrutturale, di potenziale interesse per le ANR-com, non ha trovato tuttavia uno specifico sviluppo regolatorio nel contesto europeo. Come è stato notato, "le norme europee (…) mostrano un approccio alla *net neutrality* meno incisivo rispetto alle regole USA, carente di indicazioni applicative chiare e, dunque, meno efficace per le Telco europee rispetto alle loro omologhe statunitensi"[14].

Il principio generale e potenzialmente onnicomprensivo della neutralità della rete è stato invece sviluppato, con esiti molto interessanti, nell'ambito più specifico della garanzia del pluralismo informativo online che, come noto, dipende oggi in larga parte da "intermediari", operatori di piattaforme online che selezionano e suggeriscono contenuti (in primo luogo: Facebook e Google)[15].

3. Trasparenza algoritmica e lotta alla disinformazione in rete: il quadro delle esperienze nazionali nella UE

Il recente report dell'ERGA (organismo analogo al BEREC, ma che riunisce le autorità europee specificamente preposte al settore audiovisivo) sulla disinformazione online[16] sottolinea con forza il nesso tra "amplificazione algoritmica" e inquinamento della sfera pubblica online[17]. Nelle sue raccomandazioni finali si legge:

> *When defining disinformation and related concepts the act of automatic amplification techniques, should be addressed to acknowledge the role of online platforms in the dissemination of disinformation and mitigate the risks*

Dove con i termini "tecniche di amplificazione automatica" si fa proprio riferimento a tutti quegli algoritmi che creano "bolle" intorno agli utenti delle piattaforme e filtrano i contenuti a seconda delle preferenze già dimostrate, con le note conseguenze della creazione di cd. *echo chambers* e di un dibattito

[13] A ciò si fa riferimento pure nell'*Open internet order* della statunitense FCC (cfr. para. 85).

[14] M. MENSI, *La neutralità della rete*, cit., 128.

[15] In generale, sul ruolo delle piattaforme internet nell'attuale "discorso pubblico" e i connessi rischi della disinformazione online: M. MONTI, *Le* Internet platforms*, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 811 ss.

[16] ERGA, *Notions of Disinformation and Related Concepts*, 26 marzo 2021, online: https://ergaonline.eu/wp-content/uploads/2021/03/ERGA-SG2-Report-2020-Notions-of-disinformation-and-related-concepts-final.pdf

[17] Il rapporto tra algoritmi e diffusione di *fake news* è stato a più riprese sottolineato dalla dottrina italiana. Cfr. da ultimi: F. SAMMITO, G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'epoca di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021; G. MARCHETTI, *Le fake news e il ruolo degli algoritmi*, in *Media Laws*, 1/2020.

pubblico online viziato dal fenomeno del *confirmation bias*. Il nesso tra *fake news* e algoritmi è confermato anche dal *Codice di buone pratiche UE sulla disinformazione* del 2018[18] che pone tra i propri obiettivi anche una *disclosure* delle "informazioni generali" sugli algoritmi.

Ad oggi, le esperienze nazionali di maggior rilievo in questo ambito sono quella italiana, quella tedesca e quella francese[19].

L'AGCom si segnala quindi come una autorità particolarmente attiva in questo settore e la sua esperienza ha suscitato interesse sul piano internazionale. Oltre al già citato rapporto ERGA, va richiamato anche un recente studio sulla disinformazione online curato dalla autorità di settore britannica Ofcom[20] e in cui la AGCom è l'unica autorità straniera a venire presa come modello di riferimento insieme alla Commissione UE. Come già specificato, non è questa la sede per parlare dell'approccio AGCom, ma vale la pena di sottolineare come nel quadro europeo l'esperienza italiana abbia una grande rilevanza[21].

3.1 L'esperienza francese del CSA

La Francia è, ad oggi, l'unico paese UE in cui una autorità indipendente, il CSA (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*) si è vista conferire *ex lege* una funzione di garanzia in materia di trasparenza algoritmica.

La legge di riferimento è la *loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*[22]. L'art. 11 della legge obbliga gli "operatori di piattaforme online" anche a una "trasparenza degli algoritmi"; l'art. 14 specifica meglio i dati che tali piattaforme sono tenute a pubblicare

[18] Cfr. online: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation. Per un commento: M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *MediaLaws*, 1/2019, 320 ss.; ID., *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea (Code of practice on disinformation*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 282 ss.

[19] Così anche il citato report ERGA (cfr. nota *supra*). Si veda anche il rapporto del BEREC sulla economia dei dati: cfr. BEREC, BoR (19) 10, *BEREC Report on the Data Economy*, 13 giugno 2019, online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/8599-berec-report-on-the-data-economy

[20] Cfr. OFCOM, *Understanding online false information in the UK*, 27 gennaio 2021, https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0027/211986/understanding-online-false-information-uk.pdf

[21] Si vedano le conclusioni sulla esperienza italiana del citato rapporto BEREC sull'economia dei dati: "*In conclusion, the report illustrates a recommended policy approach by indicating the AGCOM Technical Roundtable to fight against online disinformation as a good practice in the paradigm shift: open the black box with analysis and surveys based also on information requested to online platforms, analyse newsfeed and recommendation algorithms, identify and bring out collective and shared solutions to the focused market problems, define ex ante rules within the operators*" (*BEREC Report on the Data Economy* , cit., 42).

[22] Sull'impianto complessivo di questa legge: R. RAMBAUD, *Lutter contre la manipulation de l'information*, in *L'Actualité juridique: Droit administratif (AJDA)*, 8/2019, 453 ss.

relativamente all'impiego di "algoritmi di raccomandazione, classificazione, reindirizzamento di contenuti informativi relativi a un dibattito di interesse generale". Il CSA è chiamato a vigilare sulla applicazione della legge in questione. In particolare, gli operatori delle piattaforme sono tenuti a comunicare al CSA quali misure abbiano preso per garantire la trasparenza degli algoritmi impiegati (cfr. art. 11, ultimo periodo).

Facendo seguito alla legge[23], il CSA ha emanato nel 2019 una "raccomandazione agli operatori di piattaforme online" "in materia di lotta alle false informazioni"[24]. Il punto 2 della Raccomandazione è dedicato alla "trasparenza degli algoritmi" e prevede che:

> *Les utilisateurs doivent pouvoir exercer de manière éclairée leur esprit critique sur les contenus qui leur sont proposés par les plateformes en ligne. Ils doivent pouvoir accéder aux informations leur permettant de connaître et de comprendre les principes de fonctionnement des algorithmes qui régissent l'organisation, la sélection et l'ordonnancement de ces contenus.*

A tal fine, il CSA incoraggia gli operatori a garantire a ciascun utente:

> *la traçabilité de ses données exploitées à des fins de recommandation et de hiérarchisation des contenus, qu'elles soient fournies sciemment ou collectées par l'opérateur de la plateforme en ligne ;*
>
> *une information claire, suffisamment précise et facilement accessible sur les critères ayant conduit à l'ordonnancement du contenu qui lui est proposé et le classement de ces critères selon leur poids dans l'algorithme;*
>
> *une information claire et précise sur sa faculté, si elle existe, de procéder à des réglages lui permettant de personnaliser le référencement et la recommandation des contenus ;*
>
> *une information claire et suffisamment précise sur les principaux changements opérés dans les algorithmes de référencement et de recommandation, ainsi que sur leurs effets ;*
>
> *un outil de communication accessible permettant l'interaction en temps réel entre lui et l'opérateur, et offrant à l'utilisateur la possibilité d'obtenir des informations personnalisées et précises sur le fonctionnement des algorithmes.*

Questa Raccomandazione non appare, a dispetto del *nomen*, un puro strumento *soft law*, dal momento che pone a carico degli operatori alcuni obblighi

[23] In particolare all'art. 12 della legge che ha novellato la *Loi Léotard* (*Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*) che ora all'art. 17-2, comma 2 prevede che il CSA: "*En cas de nécessité, il adresse, à ce titre, aux opérateurs de plateforme en ligne mentionnés au premier alinéa de l'article L. 163-1 du code électoral des recommandations visant à améliorer la lutte contre la diffusion de telles informations*".

[24] *Recommandation n° 2019-03 du 15 mai 2019 du Conseil supérieur de l'audiovisuel aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations.* Online: https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-reglementaires-du-CSA/Les-deliberations-et-recommandations-du-CSA/Recommandations-et-deliberations-du-CSA-relatives-a-d-autres-sujets/Recommandation-n-2019-03-du-15-mai-2019-du-Conseil-superieur-de-l-audiovisuel-aux-operateurs-de-plateforme-en-ligne-dans-le-cadre-du-devoir-de-cooperation-en-matiere-de-lutte-contre-la-diffusion-de-fausses-informations

ben precisi. Il punto 7 della Raccomandazione prevede che gli operatori di piattaforme debbano trasmettere al CSA ogni anno, entro il 31 marzo, una dichiarazione in cui precisano "*les modalités de mise en œuvre de chacune des mesures prises en application de l'article 11 de la loi du 22 décembre 2018", telles qu'éclairées par la présente recommandation*". La Raccomandazione quindi specifica quindi gli obblighi di comunicazione previsti dalla legge del 2018. Oltre a ciò, sempre in base al punto 7, il CSA assume anche alcuni (blandi) poteri ispettivi, potendo richiedere informazioni alle piattaforme in caso di episodi di manipolazione (o tentata manipolazione) dell'informazione online[25].

Ai sensi della legge del 2018[26], il CSA pubblica ogni anno un bilancio basato sulle dichiarazioni degli operatori di piattaforme che sono state trasmesse. Il primo bilancio è stato pubblicato il 30 luglio 2020[27]. La parte del bilancio dedicata alla "trasparenza degli algoritmi" è di estremo interesse. Il CSA, constato che tutti gli operatori (salvo due eccezioni marginali) fanno uso di algoritmi al fine di ordinare e selezionare i contenuti, anche al fine di prevenire la diffusione di *fake news*, si duole della "mancanza di precisione circa l'intellegibilità degli algoritmi" e della "non esaustività delle informazioni trasmesse". Molte piattaforme si sono infatti limitate a trasmettere le informazioni generali rese disponibili a tutti gli utenti. In aggiunta, l'Autorità nota come una istruttoria soddisfacente su questi dati richieda una comparazione tra informazioni fornite in modo omogeneo da tutti gli operatori: anche se alcuni operatori trasmettono informazioni più dettagliate, non è comunque possibile procedere a valutazioni consapevoli in mancanza dei dati relativi agli altri operatori. Nessun operatore, prosegue la relazione, ha fornito una lista completa degli algoritmi impiegati, "neppure limitata a una descrizione molto sintetica dei loro princìpi di funzionamento e degli obiettivi perseguiti". Era anche stata data la possibilità agli operatori di trasmettere una "versione confidenziale" della dichiarazione, in modo da garantire il riserbo circa i dettagli di funzionamento degli algoritmi e preservare così il modello di *business* delle piattaforme (basato, come noto, anche sugli algoritmi impiegati). Nessun operatore se ne è avvalso, fatta eccezione per *Dailymotion.*

[25] "*le Conseil se réserve par ailleurs la possibilité de demander toute information en cas de constat d'une manipulation ou d'une tentative de manipulation de l'information susceptible de troubler l'ordre public ou d'altérer la sincérité d'un des scrutins. Il invite par ailleurs les opérateurs de plateforme à faire preuve de la plus grande transparence à l'égard de leurs utilisateurs en cas de survenance d'un tel incident*".

[26] Cfr. art. 17-2, comma 4 della novellata *Loi Léotard*.

[27] CSA, *Lutte contre la diffusion de fausses informations sur les plateformes en ligne. n Bilan de l'application et de l'effectivité des mesures mises en œuvre par les opérateurs en 2019*, luglio 2020, online: https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Lutte-contre-les-infox-le-CSA-publie-son-premier-bilan

A conclusione di questa disamina, vengono formulate delle raccomandazioni più dettagliate circa la trasparenza degli algoritmi che, visto il loro grande interesse, non sarà fuori luogo riportare per esteso in questa sede:

> *1. Dans le cadre des futures déclarations, il souhaite que les opérateurs lui communiquent davantage d'éléments sur l'intelligibilité et la redevabilité, de leurs algorithmes d'organisation, de sélection et d'ordonnancement des contenus. Il les invite également à lui transmettre les principes de ces approches tout comme les listes des critères et données utilisés par ces algorithmes. Le CSA est conscient que le modèle d'affaires de certaines plateformes repose en grande partie sur la performance de leurs algorithmes. Pour autant, il estime qu'il leur est possible de fournir des éléments lui permettant de comprendre les principes de fonctionnement et les objectifs de certains d'entre eux sans dévoiler leur modèle d'affaires.*
>
> *2. Le CSA recommande une transparence accrue en matière de fonctionnement des algorithmes vis-à-vis des utilisateurs. Ces informations sont à ce stade fournies au sein de rubriques denses tels que les centres d'aide ou les politiques de confidentialité, ce qui n'en facilite pas toujours l'accessibilité et la compréhension. D'une manière générale, il considère que les opérateurs devraient être proactifs pour proposer ces informations nécessaires à la compréhension et à la bonne utilisation de leurs services.*
>
> *3. Le CSA recommande également une transparence accrue en matière de capacité de réglage des algorithmes par les utilisateurs de ces plateformes. Les réglages contextuels, qu'offrent déjà plusieurs opérateurs, permettent notamment d'améliorer ce niveau de transparence. Une attention doit également être portée à l'ergonomie afin de s'assurer que ce type de réglages est facilement accessible et ce en un minimum d'actions de la part de l'utilisateur. Le Conseil envisage de faire évoluer ces deux points dans le questionnaire qu'il adressera aux plateformes dans la perspective de l'élaboration du bilan d'application des mesures mises en place en 2020.*
>
> *4. Enfin, ainsi que l'ont souligné les membres du comité d'experts sur la désinformation en ligne, une analyse dynamique des pratiques des opérateurs semble montrer un recours grandissant aux algorithmes, notamment pour appuyer le travail de modération des contenus. Cette tendance aurait été amplifiée par les contraintes sanitaires liées à la COVID-19, qui ont conduit à un usage accru des systèmes automatisés. Le CSA invite les opérateurs à lui fournir toutes les informations utiles sur les rôles et degrés respectifs de la part de curation humaine et de celle des algorithmes dans la détection d'une part, et le traitement d'autre part, des fausses informations dans leur prochaine déclaration annuelle.*

Nel bilancio è possibile leggere anche una interessantissima sintesi delle misure di trasparenza algoritmica adottate da ciascuna piattaforma e ordinate in categorie: "approccio alla trasparenza degli operatori"; "tipi di algoritmi utilizzati dagli operatori"; "approcci algoritmici nella lotta alle false informazioni". Se ne può desumere quali operatori siano stati più virtuosi: ad esempio, *Linkedin* è la piattaforma che ha compiuto gli sforzi maggiori per spiegare il suo modello e ha anche fornito elementi tecnici; *Google* "ha fornito elementi di spiegazione interessanti" circa il funzionamento dei suoi algoritmi su *Youtube.*

3.2 L'esperienza tedesca delle *Landesmedienanstalten*

In Germania non si ha (ancora) una base legislativa così precisa in materia di "trasparenza algoritmica". Il problema delle *fake news* online è certamente

affrontato con zelo dal *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG)[28], ma l'impianto legislativo del NetzDG si appoggia sulla predisposizione di meccanismi adeguati di rimozione di contenuti illeciti in seguito a segnalazioni "manuali". La necessità di imporre trasparenza algoritmica alle piattaforme è andata affermandosi sempre più al centro del dibattito[29] ed è ora in corso di definizione un impianto legislativo che assomiglia per alcuni versi a quello francese. Uno dei propulsori di questo processo di regolazione è stato l'organismo che riunisce le 14 autorità di settore dei *Länder* che si occupano di regolazione dei media audiovisivi (l'analogo tedesco del CSA francese), la DLM (*Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten*). Nel suo *position paper* del 2018[30], si legge che "Per garantire il pluralismo delle opinioni, occorre elaborare regole per gli intermediari dell'informazione al fine di garantire la trasparenza e l'assenza di discriminazioni, nonché obblighi di informazione nei confronti delle autorità di vigilanza sui media dei *Länder* (*Landesmedienanstalten*)". Tra i "requisiti minimi" auspicati dalla DLM, vi è la trasparenza dei criteri impiegati dagli algoritmi per "suggerire" contenuti agli utenti, il divieto di "abusi discriminatori" e l'obbligo di comunicare all'autorità di settore il funzionamento dei vari meccanismi di selezione e filtro dei contenuti. La DLM in tal modo mira anche a evitare obblighi di pubblicazione degli algoritmi impiegati, dal momento che "i segreti commerciali devono essere preservati quali fulcro dell'attività economica di molti intermediari dell'informazione". Queste posizioni della DLM sono in gran parte riprese dalle riflessioni di un gruppo di lavoro sulla "regolazione degli intermediari" che aveva presentato il suo rapporto finale nel 2016[31].

Le raccomandazioni della DLM hanno avuto seguito nel nuovo *Medienstaatsvertrag* (MStV) del novembre 2020. Che cos'è il *Medienstaatsvertrag*? Il settore degli audiovisivi in Germania è di competenza dei *Länder*, e lo strumento giuridico per una regolazione uniforme al livello federale è quello dello *Staatsvertrag*, un accordo tra tutti i 16 *Länder* sulle linee guida da seguire nella regolazione dei media; accordo che deve essere attuato da ogni singolo *Land* con disposizioni di diritto interno. Il *Medienstaatsvertrag* dedica una apposita

[28] In italiano sul NetzDG si veda: M. MONTI, *La disinformazione online*…, cit., (in part. 295 s.).

[29] Da ultimo, si segnala lo studio pubblicato da DIE MEDIENANSTALTEN, *Typen von Desinformation und Misinformation*, settembre 2020, online: https://www.die-medienanstalten.de/publikationen/weitere-veroeffentlichungen/artikel?tx_news_pi1%5Bnews%5D=4859&cHash=97354e7f535acb7ffc8b058839960131

[30] DLM, *Notwendigkeit der Sicherung von Vielfalt im Internet – Regulierungsbedarf von Informationsintermediären*, online: https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Ueber_uns/Positionen/2018_04_19_Regulierungsbedarf_von_Informationsintermediaeren.pdf

[31] AG INTERMEDIÄRE DER BUND-LÄNDER-KOMMISSION, *Überlegungen der Medienanstalten zur Regulierung von Intermediären*, 12 aprile 2016, online: https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Ueber_uns/Positionen/2016_04_12_Medienanstalten_Ueberlegungen_Regulierung_Intermediaere.pdf

sottosezione agli "intermediari" (*Medienintermediäre*) (§§ 91-96) con cui mira a regolare le grandi piattaforme online. Sono di particolare interesse i paragrafi 93 e 94 che si occupano di trasparenza e di divieto di discriminazioni. Il § 93 I recita

> Al fine di garantire il pluralismo delle opinioni, i fornitori di servizi di intermediazione di media devono mantenere le seguenti informazioni facilmente reperibili, direttamente accessibili e costantemente disponibili:
> 1. I criteri in base ai quali viene deciso se un contenuto è accessibile a un intermediario dei media e se lo rimane;
> 2. I principali criteri di aggregazione, selezione e presentazione dei contenuti e la loro ponderazione, comprese le informazioni, in linguaggio comprensibile, sul funzionamento degli algoritmi utilizzati.[32]

Il paragrafo 94 invece recita:

> (1) Al fine di garantire il pluralismo delle opinioni, gli intermediari dei media non possono discriminare le offerte giornalistico-editoriali sulla cui accessibilità hanno un'influenza particolarmente elevata.
> (2) Sussiste una discriminazione ai sensi del comma 1 se, senza alcun motivo oggettivamente giustificato, i criteri da pubblicare ai sensi del § 93, commi da 1 a 3 sono sistematicamente derogati a favore o a scapito di una specifica offerta ovvero se i suddetti criteri direttamente ovvero indirettamente ostacolano sistematicamente e in modo iniquo le offerte.
> (3) Una violazione può essere fatta valere davanti all'autorità statale preposta alla regolazione dei media [*Landesmedienanstalt*] solo dal fornitore di contenuti giornalistico-editoriali interessato. In casi conclamati, la violazione può essere perseguita d'ufficio anche dall'autorità statale preposta alla regolazione dei media.[33]

Come si evince dalla lettura di queste disposizioni, le "AGCom dei *Länder*" assumono la funzione chiave di vigilare sui modi con cui gli algoritmi degli

[32] Testo originale: "*Anbieter von Medienintermediären haben zur Sicherung der Meinungsvielfalt nachfolgende Informationen leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:*
1. die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden,
2. die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache."

[33] Testo originale: "*(1) Zur Sicherung der Meinungsvielfalt dürfen Medienintermediäre journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit sie besonders hohen Einfluss haben, nicht diskriminieren.*
(2) Eine Diskriminierung im Sinne des Absatzes 1 liegt vor, wenn ohne sachlich gerechtfertigten Grund von den nach § 93 Abs. 1 bis 3 zu veröffentlichenden Kriterien zugunsten oder zulasten eines bestimmten Angebots systematisch abgewichen wird oder diese Kriterien Angebote unmittelbar oder mittelbar unbillig systematisch behindern.
(3) Ein Verstoß kann nur von dem betroffenen Anbieter journalistisch-redaktioneller Inhalte bei der zuständigen Landesmedienanstalt geltend gemacht werden. In offensichtlichen Fällen kann der Verstoß von der zuständigen Landesmedienanstalt auch von Amts wegen verfolgt werden."

"intermediari" selezionano e filtrano le notizie, con poteri sanzionatori in caso di discriminazioni ingiustificate. La applicazione e messa a punto di queste regole al livello dei *Länder* dovrà essere valutata con attenzione una volta che le disposizioni del MStV saranno attuate, alla luce della prassi delle varie autorità. Desta tuttavia perplessità la frammentazione di questa importante funzione di vigilanza; soprattutto se si considera che in molti *Länder* le piccole *Medienanstalten* non hanno capacità operative tali da fronteggiare colossi come Facebook e Google[34].

4. Conclusioni: verso il Regolamento UE sui servizi digitali

Il 15 dicembre 2020 la Commissione UE ha pubblicato la propria proposta di regolamento "relativo a un mercato unico dei servizi digitali"[35]. La proposta mira a regolare le attività delle piattaforme online sia al fine di prevenire condotte anticoncorrenziali, sia al fine di garantire il pluralismo informativo in rete. Quello della trasparenza algoritmica è un punto affrontato con particolare attenzione (si vedano i *considerando* 57-62). La proposta di regolamento configura, in sintesi, un sistema di "audit di algoritmi" interno delle piattaforme online "molto grandi" che sia sottoposto a periodiche verifiche di revisori esterni. In particolare, un ruolo primario è svolto dalla stessa Commissione e dalla figura, creata dal regolamento, del "coordinatore dei servizi digitali". Tale figura, che si colloca quasi come interfaccia tra Commissione e ANR, viene immaginata al fine di facilitare il coordinamento tra i vari soggetti coinvolti nella regolazione. La Commissione e il "coordinatore dei servizi digitali" possono, nel corso di ispezioni in loco (art. 54) o di azioni di monitoraggio (art. 57), ordinare a una piattaforma "molto grande" anche di fornire accesso ai suoi algoritmi.

In questo contesto, le ANR verrebbero incaricate, ai sensi dell'art. 38 della proposta, dell'applicazione e dell'esecuzione" del regolamento all'interno dello Stato membro. Ad ogni Stato membro starebbe il chiarire il ruolo del "coordinatore" e il suo rapporto con le autorità nazionali.

A fronte di ciò, l'ERGA in una sua recente "dichiarazione" sulla proposta[36], ha ritenuto necessari alcuni chiarimenti circa il ruolo delle ANR-com nel nuovo complesso disegno del regolamento dei servizi digitali. In primo luogo, la proposta non sembra definire con sufficiente chiarezza quali siano i poteri delle

[34] Ad esempio, l'autorità del Meclemburgo-Pomerania orientale può contare solo sue due persone addette alle funzioni di vigilanza. Cfr.: D. LAUFER, *Medienstaatsvertrag - Der lange Kampf gegen Desinformation,* in *Netzpolitik.org*, 30 ottobre 2020, online: https://netzpolitik.org/2020/medienstaatsvertrag-der-lange-kampf-gegen-desinformation/

[35] Per un primo commento in italiano: M. BASSINI, *L'Unione europea al grande passo: verso una regolazione di mercati e servizi digitali*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 224 ss.

[36] ERGA, *Erga Statement on The European Commission's Proposals for a 'Digital Services Act' (Dsa) and a 'Digital Markets Act' (Dma)*, 2021, online: https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/03/ERGA-DSA-DMA-Statement_29032021.pdf

ANR, soprattutto con riferimento alla attività di indagine e di raccolta delle prove. L'ERGA critica inoltre la figura del "coordinatore dei servizi digitali" che costituirebbe solo un ulteriore livello superfluo della *governance*, con rischi per la chiarezza del riparto delle competenze e per i costi da sostenere.

Il BEREC invece, prendendo anch'esso posizione sulla proposta, ha espresso il timore che essa, concentrandosi soprattutto sul problema degli algoritmi, abbia trascurato gli altri strumenti con cui i *digital gatekeepers* possono creare "bolle" intorno ai propri utenti[37].

In ogni caso, questa proposta di regolazione sembra porsi in continuità con le due esperienze nazionali che abbiamo esaminato, costituendone quasi una versione migliorata. L'impostazione di fondo sembra essere quella di andare oltre i vecchi moduli di auto-regolazione, ormai tenuti per insufficienti dall'unanimità dei commentatori. A tal fine, si impongono obblighi di comunicazione di dati alle piattaforme e si affida alle autorità di regolazione il compito di verificare il corretto impiego degli algoritmi. Si vuole così preservare sia il diritto degli utenti ad essere correttamente informati e a un ambiente web privo di manipolazioni, sia il diritto delle piattaforme di mantenere il segreto commerciale circa gli algoritmi alla base del loro modello di affari. Usando le categorie del diritto costituzionale italiano: un bilanciamento tra articolo 21 e articolo 41 della Costituzione. Fulcro di questo bilanciamento sono proprio le autorità di regolazione in materia di telecomunicazioni e audiovisivi che, con ogni probabilità, verrebbero designate dagli stati membri quali "coordinatori dei servizi digitali" (CSD). La bozza di Regolamento di fatti incentra il rapporto di co-regolazione tra piattaforme e CSD e lo basa sulla necessaria *disclosure* di alcune informazioni[38]. In questo schema duale sembrano tendenzialmente tagliati fuori altri soggetti come ad esempio gli editori e le testate giornalistiche, il cui ruolo è stato invece valorizzato, come visto, nel MStV tedesco. Anche in Italia la recente proposta di legge Magi[39] ha valorizzato il possibile ruolo proattivo di ricercatori, giornalisti e associazioni private nella "vigilanza algoritmica" (cfr. art. 4). Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una alternativa interessante se si tiene conto della limitatezza delle risorse attivabili da autorità indipendenti come

[37] Cfr. BEREC, BoR (21) 34 , *Draft BEREC Report on the ex ante regulation of digital gatekeepers*, 11 marzo 2021, online: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/9880-draft-berec-report-on-the-ex-ante-regulation-of-digital-gatekeepers "*BEREC believes that concerns related to self-preferencing go beyond the ranking of algorithms used by search engines and include more broadly default settings imposed by the gatekeeper that could affect the effective choice of end-users*".

[38] Su questa necessaria co-regolazione: F. DI PORTO, *Fake news, una possibile soluzione: algoritmi più trasparenti*, in *Agendadigitale.eu*, 26 gennaio 2018, online: https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/fake-news-possibile-soluzione-algoritmi-piu-trasparenti/

[39] A.C. 2009 (XVIII legislatura).

l'AGCom. Rimane in ogni caso il diritto dei singoli a presentare esposti e ricorsi presso i CSD (art. 43).

Il quadro della *governance* della trasparenza algoritmica risulta comunque vago e non è chiaro chi sarebbe in concreto il CSD italiano, se l'AGCom, un'altra autorità indipendente (AGCM, Garante Privacy) o ancora una nuova autorità appositamente istituita. A ciò si aggiunga che non è escluso che in futuro la competenza in materia si sposti verso apposite autorità preposte specificamente alla IA[40].

La proposta di Regolamento disciplina invece nel dettaglio i poteri del CSD in materia di trasparenza algoritmica e in questo sembra stare il maggiore miglioramento rispetto alle esperienze già avutesi al livello nazionale. In particolare si segnala la maggiore incisività dei poteri attribuiti alle autorità di settore che potranno effettuare anche vere e proprie ispezioni avvalendosi di esperti del settore. Resta il fatto che questi poteri gireranno a vuoto se ANR/ CSD non disporranno del *know how* tecnico e delle risorse necessarie per esercitare la propria attività di vigilanza. Da questo punto di vista sembrerebbe preferibile che la "vigilanza algoritmica" sia concentrata in un solo organo, indipendentemente dalla funzione che tale vigilanza verrebbe ad assumere, e non frammentata tra diverse autorità a seconda che si pongano problemi di protezione dei dati personali, di tutela della concorrenza ovvero di garanzia del pluralismo informativo.

In conclusione, la sfida va oltre quella regolazione in sé, ma riguarda anche il ruolo delle ANR: queste non solo diverranno, nel disegno della proposta di Regolamento, garanti della trasparenza della decisione algoritmica, ma saranno anche chiamate a coordinarsi sempre più strettamente all'interno di una *governance* multilivello dei servizi digitali.

In questo contesto, le autorità indipendenti nel settore delle telecomunicazioni si ritaglierebbero un ruolo di primo piano in quello che è stato enfaticamente chiamato il nuovo "costituzionalismo digitale" della UE[41].

Molti nodi rimangono da sciogliere, ma non si può dubitare che con la proposta di Regolamento si sia compiuto un ulteriore passo in avanti verso la creazione di un "network di vigilanza" sulla decisione algoritmica delle grandi piattaforme online, vigilanza improntata non solo alla logica antitrust, ma anche a quella della tutela del pluralismo informativo. Tra le varie ANR, quelle preposte

[40] Si pensi alla proposta di Regolamento sull'IA pubblicata dalla Commissione il 21 aprile del 2021 Cfr. *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence*, COM(2021) 206 final, online: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence. La proposta prevede l'istituzione di una autorità europea competente in materia di IA ("*European Artificial Intelligence Board*"; cfr. artt. 56-58) e la indicazione da parte degli Stati membri di autorità nazionali competenti in materia (cfr. art. 59).

[41] G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021; online: *https://doi.org/10.1093/icon/moab001*

alle comunicazioni nel settore audiovisivo (come AGCom in Italia, CSA in Francia e *Medienanstalten* in Germania) sembrano ad oggi quelle più qualificate a svolgere un simile compito. Si tratta di un processo finora solo avviato in alcuni paesi UE. In attesa del regolamento, la prassi di queste autorità nel prossimo periodo sarà cruciale nella definizione di questa nuova fisionomia.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2021

POTERI DELL'AGCOM E USO DEGLI ALGORITMI. TRA INNOVAZIONI TECNOLOGICHE ED EVOLUZIONI DEL QUADRO REGOLAMENTARE*

MATTEO GIANNELLI**

Sommario

1. Premessa. – 1.1 Tra analisi e indagini conoscitive: piattaforme digitali e sistema dell'informazione. – 1.2 Le modifiche al Regolamento dell'Autorità per la valorizzazione delle attività di analisi e di studio. – 2. AGCOM, trasparenza nella selezione dei contenuti, consapevolezza degli utenti circa i contenuti e le informazioni ricevute *online*. I limiti delle forme di auto-regolazione. – 3. Ambiti e strategie di intervento recenti: qualità dell'informazione, pluralismo e *Web Analytics*. - 4. Due casi di studio sul tema delle decisioni algoritmiche. - 4.1 (*segue*) Il divieto di pubblicità di giochi e scommesse e i servizi di indicizzazione e promozione di siti *web*. 4.2. (*segue*) l'atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione e la lettera per le piattaforme di condivisione con riferimento al tema Covid-19. – 5. La nuova consiliatura e le sfide della regolazione, tra pluralismo e innovazione tecnologica.

Abstract

The essay aims to analyse and describe the practice of decisions, studies and any other documentation that AGCOM has published on the subject of algorithmic decisions in recent years.
Through this analysis some observations will be made on the role that the Authority may play in the coming years in the regulation of phenomena linked to technological innovation.

Suggerimento di citazione

M. GIANNELLI, *Poteri dell'AGCOM e uso degli algoritmi. Tra innovazioni tecnologiche ed evoluzioni del quadro regolamentare,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Dottorando in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: matteo.giannelli@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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 presente contributo intende analizzare e descrivere la prassi relativa alla produzione di atti, decisioni, studi e ogni altra documentazione che negli ultimi anni l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha pubblicato sul tema delle "decisioni algoritmiche".

Rispetto alla notevole mole di provvedimenti del Garante della protezione dei dati personali[1], il numero di atti rilevanti è senza dubbio più limitato[2]: un fenomeno che ha molteplici ragioni tra cui l'impossibilità per i privati cittadini di adire direttamente l'Autorità. Ciò non toglie, tuttavia, che l'AGCOM abbia intrapreso alcune iniziative, in particolare di analisi e di studio[3], di rilievo primario – come testimoniato anche in documenti di autorità straniere[4] – e che la quarta consiliatura, iniziata nel settembre 2020, potrà rappresentare un punto di svolta per il ruolo e la posizione dell'Autorità nel sistema di regolazione del pluralismo e dei fenomeni di innovazione tecnologica[5].

Nell'era della convergenza e della rivoluzione digitale un punto di riferimento imprescindibile per l'analisi proposta è costituito dall'informazione *online*, in cui il tema della salvaguardia del pluralismo si presenta in forme nuove e più complesse, ponendo numerose sfide all'attenzione dell'Autorità[6].

La destrutturazione del sistema dell'informazione, la moltiplicazione delle *fake news* – o, meglio, di forme di disinformazione[7] – e il dilagare dei c.d.

[1] Su cui si rinvia al lavoro di V. PAGNANELLI *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante*, contenuto in questo *Speciale*.

[2] Una prima ricerca testuale effettuata tra gli atti e i provvedimenti dell'Autorità, https://www.agcom.it/atti-e-provvedimenti, restituisce solo tre atti in cui ricorrono i termini "algoritmico", "algoritmica" o "algoritmici" o le sue declinazioni. Sono, invece, circa 60 gli atti in cui compare il termine "algoritmo" o "algoritmi" (dato aggiornato al 1° luglio 2021).

[3] Si tratta di iniziative che, sin dall'inizio, hanno caratterizzato il modo di operare dell'Autorità, cfr. l'allegato A alla delibera 278/99/CONS, *Procedura per lo svolgimento di consultazioni pubbliche nell'ambito di ricerche e indagini conoscitive*.

[4] Cfr. il recente studio sulla disinformazione online curato dalla autorità di settore britannica Ofcom, OFCOM, *Understanding online false information in the UK*, 27 gennaio 2021, https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0027/211986/understanding-online-false-information-uk.pdf

[5] Sul punto v. *infra* § 5 e, per le tendenze in atto nel quadro europeo, il contributo di E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo*, contenuto in questo *Speciale*.

[6] Tra i molti cfr., fin da subito, E. CHELI, *Prefazione*, in MENSI., P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, IX ss., e P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Il Mulino, Bologna, 2019, 237 ss.

[7] Su questa precisazione terminologica cfr. il Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation della Commissione europea del gennaio 2018 dove in apertura si specifica che «The analysis presented in this Report starts from a shared understanding of disinformation as a phenomenon that goes well beyond the term "fake news". This term has been appropriated and used misleadingly by powerful actors to dismiss coverage that is simply found disagreeable. Disinformation as defined in this Report includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, present-ed and promoted to intentionally cause public harm or for profit».

discorsi d'odio (*hate speech*) rappresentano l'effetto più visibile della costruzione di Internet attraverso il ruolo di oligopoli che gestiscono l'informazione senza essere editori. Un processo circolare che si alimenta della difficile distinzione tra informazione e intrattenimento causata dalla struttura algoritmica della Rete[8].

Un cambio di paradigma che ha costretto la dottrina a interrogarsi sul ruolo della regolazione pubblica nel porre rimedio al dilagare della logica privatistica e mercantilistica che presiede alla gestione delle piattaforme *online* e dei *Social Networks*, attraverso cui si esplica la libertà di informazione e si realizza la comunicazione politica[9].

Si tratta di un processo di cui anche l'AGCOM, in quanto autorità "convergente", si è fatta carico intraprendendo un complesso percorso regolamentare che dalla auto-regolazione si sta rapidamente muovendo verso la co-regolamentazione, rappresentando in maniera del tutto emblematica le tendenze di sistema attualmente in atto.

In questa prospettiva, le funzioni di garanzia e regolazione dell'Autorità meritevoli di attenzione riguardano l'uso delle tecnologie digitali: dalla protezione dell'utente, e del cittadino, alla prevenzione e repressione dell'uso distorto dei dati e delle informazioni, fino al piano della definizione mercati.

L'Autorità, avvalendosi della lungimiranza della sua legge istitutiva, la legge Maccanico – che già assegnava al Consiglio il compito di «promuovere ricerche e studi in materia di innovazione tecnologica e di sviluppo nel settore delle comunicazioni e dei servizi multimediali» (art. 1, co. 6, lett. c), n. 3, l. n. 249 del 1997)[10] –, ha perseguito nel corso degli anni una «strategia basata su fatti, informazioni e competenze, orientata a conoscere a fondo i fenomeni su cui è chiamata a deliberare, garantendo al tempo stesso la promozione

[8] Più in generale si discorre del generale "superamento" della visione romantica della rete Internet nella premessa all'ultima edizione di R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, vi.

[9] Di recente su questi aspetti nella dottrina italiana A. CARDONE, "*Decisione algoritmica*" vs. *decisione politica.* A.I*., legge, democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 82 ss, e E. LONGO, *The Risks of Social Media Platforms for Democracy: A Call for a New Regulation*, in B. CUSTERS, E. FOSCH VILLARONGA, H. DRUKARCH (eds.), *Law & AI*, Information Technology and Law Series, Springer - T.M.C. Asser Press, in corso di pubblicazione. Imprenscindibile nella letturatura sul tema il riferimento all'opera di J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *University of California, Davis Law Review*, vol. 51(3), 2018, 1149 ss., spec. 1173, dove l'A. si sofferma sulla necessità di «new form of government speech regulation. I call it "new school" speech regulation, to distinguish it from earlier, "old school" speech regulation. Old school speech regulation primarily aims at speakers and publishers of content. […] New school speech regulation, by contrast, is not aimed at speakers or publishers; it is aimed at digital infrastructure».

[10] Si ricordi anche il punto n. 1 della medesima lettera dove si dispone che il Consiglio «segnala al Governo l'opportunità di interventi, anche legislativi, in relazione alle innovazioni tecnologiche ed all'evoluzione, sul piano interno ed internazionale, del settore delle comunicazioni».

dell'innovazione e della concorrenza, la salvaguardia del pluralismo dell'informazione e la tutela del cittadino», per utilizzare le parole di un'importante delibera sui cui si tornerà *infra*[11].

1.1 Tra analisi e indagini conoscitive: piattaforme digitali e sistema dell'informazione

Il punto di partenza della ricognizione proposta nel presente lavoro può esser individuato nell'indagine conoscitiva su *Piattaforme digitali e sistema dell'informazione*, avviata con la Delibera n. 309/16/CONS del 21 giugno 2016[12] e conclusasi con la Delibera n. 79/20/CONS del 27 febbraio 2020[13].

Nell'ambito di tale indagine è stato istituito, nel novembre 2017, un *Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*[14]. Si è trattato di un vero e proprio modello di cooperazione istituzionalizzata con le piattaforme, con lo scopo di promuovere l'autoregolamentazione di queste ultime per l'individuazione e il contrasto ai fenomeni di disinformazione *online*.[15].

Nell'ambito del *Tavolo* – a cui hanno preso parte, tra gli altri, Google, Facebook, Wikipedia, gruppi editoriali e associazioni di categoria[16] – sono state adottate le *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale 2018* (1 febbraio 2018), sulla cui base le piattaforme

[11] Cfr. par. 3. Si tratta dell'Allegato B) - *Indagine conoscitiva su piattaforme digitali e sistema dell'informazione - Documento di chiusura* alla Delibera n. 79/20/CONS del 27 febbraio 2020 - *Chiusura dell'indagine conoscitiva su "Piattaforme digitali e sistema dell'informazione", avviata con la delibera n. 309/16/CONS*.

[12] Delibera n. 309/16/CONS del 21 giugno 2016, *Avvio di una indagine conoscitiva su "Piattaforme digitali e sistema dell'informazione"*.

[13] Cfr. *supra* nota 2.

[14] Delibera n. 423/17/CONS del 6 novembre 2017, I*stituzione di un tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, con Allegato sulle modalità di funzionamento del Tavolo.

[15] La partecipazione al *Tavolo* era aperta a tutti i soggetti e le piattaforme interessate ai sensi della delibera istitutiva, cfr. art. 1, co. 2: «Al Tavolo, cui possono prendere parte tutti gli enti istituzionali e i soggetti pubblici o privati a vario titolo interessati, sono invitati a partecipare gli attori operanti nei mercati dell'informazione online e, in particolare, le maggiori piattaforme che offrono servizi di social network e motori di ricerca; gli editori di stampa e radiotelevisivi, inclusi quelli che si avvalgono di piattaforme distributive online; le associazioni delle imprese del settore dei media e dell'informazione».

[16] Cfr. Comunicato stampa AGCOM del 4 dicembre 2017 relativo alla prima riunione. Al tavolo tecnico hanno aderito: Google Italy, Facebook Italy, Fondazione Wikimedia Italia, Federazione Italiana Editori Giornali, Confindustria Radio Televisioni, Aeranti-Corallo, Web Radio Associate, Associazione Nazionale Editoria di Settore, Associazione Nazionale Stampa Online, RAI, RTI Mediaset, La7, Sky Italia, Ciaopeople, Pagella Politica, AGI, Adnkronos, Ordine Nazionale dei Giornalisti, Federazione Nazionale della Stampa Italiana, Unione Cattolica Stampa Italia, Utenti Pubblicità Associati, Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, Unione Nazionale Imprese di Comunicazione, Associazione Aziende di Comunicazione, IAB Italia, Netcomm, Guardia di Finanza -Nucleo Speciale per la Radiodiffusione e l'Editoria.

aderenti hanno messo a disposizione dei propri utenti alcuni strumenti di contrasto alla disinformazione online, tra cui la campagna informativa lanciata da *Facebook* sulle pagine dei propri utenti italiani per l'individuazione delle notizie false e le iniziative di *Google* nella promozione e valorizzazione del *fact-checking*[17]. Nelle Linee guida, inoltre, si auspicava l'applicazione dei principi di parità di trattamento della legge sulla *par condicio* anche alle piattaforme[18]: un invito a cui, tuttavia, non è seguito alcun esercizio dei poteri dell'Autorità, in assenza di un quadro regolamentare chiaro[19].

Successivamente, è stato redatto il primo rapporto tecnico sulle *Strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake* (9 novembre 2018) che ha offerto una dettagliata classificazione delle strategie di disinformazione online quale «fenomeno multiforme, per caratteristiche, soggetti coinvolti, motivazioni sottostanti, tecniche di comunicazione impiegate per comporre i contenuti *fake*, strumenti e tecnologie utilizzate, risorse investite».

Infine, occorre far menzione del *Rapporto sul consumo di informazione* del 19 febbraio 2018 in cui è stata introdotta la categoria analitica delle "fonti algoritmiche" (social network, motori di ricerca, aggregatori di notizie), come distinte dalle "fonti editoriali", in base alla circostanza che la mediazione, la gerarchia dei contenuti, fruita dall'utente è effettuata da un algoritmo e non in base ad una scelta editoriale[20].

Sempre in applicazione della citata delibera 309/16/CONS è stato istituito un coordinamento permanente con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il Garante per la protezione dei dati personali, in modo da superare la natura settoriale delle competenze e coniugare i poteri e gli istituti

[17] Sui meccanismi di moderazione dei contenuti operati dalle piattaforme e sulla scarsa efficacia dei codici di condotta cfr. l'importante lavoro di D. KAYE, *Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet* (2019), trad. it. F. Graziosi, *Libertà vigilata. La lotta per il controllo di Internet*, Treccani, Roma, 2021, in part. Cap. 3. Inoltre, nella dottrina italiana G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 204 ss., e, più di recente dello stesso A., *La* lex informatica, in questa *Rivista*, 1/2021, spec. 337 ss.

[18] Ad esempio, con riferimento ai messaggi pubblicitari i cui inserzionisti siano soggetti politici, era stata evidenziata la necessità che l'inserzionista indicasse la natura di "messaggio elettorale" di questi, specificando, altresì, il soggetto politico committente, conformemente a quanto già avviene per i messaggi politico-elettorali sulla stampa quotidiana e periodica *ex* art. 7 della legge 22 febbraio 2000, n. 28.

[19] Mancanza che risalta se raffrontata con gli interventi a tutela della par condicio *offline*, su cui vedi https://www.agcom.it/elezioni-politiche-e-regionali-4-marzo-2018 e la recente delibera n. 92/21/CONS del 11 marzo 2021 recante Atto di indirizzo sul rispetto dei principi a tutela della correttezza, completezza, imparzialità e pluralismo dell'informazione, adottata dopo la formazione del Governo Draghi, in considerazione dell'ampia maggioranza parlamentare che lo sostiene.

[20] Cfr. AGCOM, *Italiani alla fonte. Come, quanto e dove ci informiamo*, Egea, Milano, 2018.

anticoncentrazionistici, regolatori del pluralismo e di tutela della privacy[21]. In questo quadro si iscrive l'indagine conoscitiva sullo sviluppo dell'economia digitale e sui *big data*, avviata con la delibera n. 217/17/CONS del 30 maggio 2017, le cui rilevanti implicazioni si riflettono su numerosi ambiti tra i quali la tutela della privacy, la regolazione delle attività di informazione, la tutela del consumatore e della concorrenza[22].

Alla base di questo intervento vi era, e vi è tuttora, la consapevolezza che l'analisi sulle modalità di raccolta dei dati e, soprattutto, sulla loro gestione con la logica dei big data non potesse prescindere da un approfondimento dei diversi algoritmi utilizzati per estrarre e analizzare le informazioni. Con riferimento ai tradizionali ambiti di intervento dell' AGCOM, infatti, l'utilizzo da parte delle piattaforme dei dati personali come asset strategico e attraverso forme di profilazione e definizione di algoritmiche può incidere da un lato sul mantenimento della *net neutrality* tra operatori di rete e fornitori di contenuti, dall'altro, sulla pluralità e sulla diversità della rappresentazione di fatti e opinioni presso l'utente, alimentando camere di risonanza e false percezioni di determinati fenomeni[23].

L'indagine conoscitiva si è conclusa con la delibera n. 458/19/CONS del 27 novembre 2019[24], dopo aver approfondito, anche attraverso audizioni e richieste di informazioni ai soggetti coinvolti, i cambiamenti ascrivibili ai *big data* nei comportamenti degli utenti/consumatori che forniscono i dati, nelle scelte gestionali e strategiche delle aziende che li utilizzano e dei mercati in generale.

1.2 Le modifiche al Regolamento dell'Autorità per la valorizzazione delle attività di analisi e di studio

Le importanti attività di indagine avviate dall'Autorità nel corso degli ultimi anni hanno avuto l'obiettivo di colmare innanzitutto le asimmetrie informative

[21] È la strada indicata dalla nota decisione sul "caso Facebook" dell'Autorità Antitrust tedesca (*Bundeskartellamt*) del 6 febbraio del 2019, che ha applicato nell'ambito di un giudizio anticoncentrazionistico alcuni istituti tipici della tutela della privacy per giungere ad imporre al Social network alcune limitazioni nella raccolta dei dati personali.

[22] Delibera n. 217/17/CONS del 30 maggio 2017 - *Avvio di un'indagine conoscitiva sui big data*.

[23] Sulla neutralità della rete (terminologia che si fa risalire all'opera di T. WU, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2, 2003, 141 ss.) cfr. M. MENSI, *La neutralità della rete*, in ID., P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 101 ss. Inoltre F. DONATI, Net neutrality *e* zero rating *nel nuovo assetto delle comunicazioni elettroniche*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Firenze, 2017, 189 ss., e G. DE MINICO, Net neutrality *come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo.it,* 1/2016 (ora in EAD., *Libertà* in *Rete. Libertà* dalla *Rete*, Giappichelli, Torino, 2020, 173 ss.). Infine si veda anche la consultazione pubblica intrapresa dall'Autorità e conclusa con la delibera n. 714/11/CONS, *La neutralità della rete: pubblicazione delle risultanze della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 40/11/CONS*, e in particolare l'Allegato A.

[24] Delibera n. 458/19/CONS del 27 novembre 2019 - *Chiusura indagine conoscitiva sui big data*.

rispetto al mercato e di segnalare e proporre ai *policy maker* forme adeguate di evoluzione del quadro normativo[25]. Si tratta di atti che esprimono la consapevolezza che la regolazione richiede una dose di conoscenza tecnica che normalmente sfugge agli stessi regolatori. Per queste ragioni è importante menzionare la Delibera n. 95/19/CONS del 28 marzo 2019, recante *Modifiche al Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*, ispirata dall'intento di valorizzare le complesse attività di analisi e studio svolte dal Servizio economico-statistico, con cui si è previsto l'estensione di tali attività ai dati diffusi sulle piattaforme *online*. Il nuovo comma 1, lett. g), dell'art. 19-bis, che detta le competenze attribuite al Servizio richiamato, menziona, la «elaborazione di metodologie e di strumenti finalizzati alla verifica della qualità dell'informazione sulle piattaforme digitali e all'analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica, nonché dell'attendibilità e della trasparenza di sondaggi online e indici di ascolto online»[26].

Proprio grazie a tale novella l'Autorità ha potuto disporre, con l'Allegato B alla delibera 79/20/CONS, la realizzazione di un *sistema di monitoraggio continuativo della qualità dell'informazione online e analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica*, nonché un sistema di verifica e monitoraggio delle rilevazioni degli indici di ascolto online, su cui ci si soffermerà *infra* nel par. 3.

2. AGCOM, trasparenza nella selezione dei contenuti, consapevolezza degli utenti circa i contenuti e le informazioni ricevute *online*. I limiti delle forme di auto-regolazione

Sul fronte delle nuove forme di regolazione, negli ultimi anni l'Autorità ha inteso coinvolgere gli *stakeholders* nei percorsi regolamentari attraverso il ricorso a tavoli tecnici, in particolare sul tema della correttezza dell'informazione e sul rispetto del pluralismo sulle piattaforme online, nell'intento di disegnare forme di autoregolamentazione e co-regolamentazione e di individuare soluzioni innovative basate sulla conoscenza dei fenomeni.

Negli anni sono emerse le problematiche legate ai fenomeni alla auto-regolazione, cioè di quei meccanismi di produzione e implementazione delle regole giuridiche da parte di soggetti privati. Un approccio sul quale, già nel marzo 2010, l'allora Presidente dell'Autorità, Corrado Calabrò, poneva la propria attenzione in occasione dell'audizione, svolta di fronte alla Commissione Affari

[25] Sul punto cfr. anche A. MANGANELLI, *Le Autorità di regolazione nel settore delle comunicazioni*, in G. AVANZINI, G. MATUCCI, L. MUSSELLI (a cura di), *Informazione e media nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2019, 345 ss.

[26] Di recente occorre segnalare l'importante delibera n. 211/21/CONS del 24 giugno 2021 recante *Linee Guida per l'analisi della regolamentazione*, con cui l'Autorità ha definito i nuovi criteri sostanziali e procedurali per lo svolgimento dell'AIR. Sul punto per un primo commento cfr. la segnalazione di M. AVVISATI contenuta nella rubrica 2/2021 relativa all'AGCOM di questa *Rivista*.

costituzionali della Camera dei deputati nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti. In quella sede Calabrò, riflettendo sugli obiettivi imposti della *better regulation* definita dal Consiglio europeo nella cd. Agenda di Lisbona, in cui si lasciava spazio a tale forma, affermava: «il percorso di autoregolazione va sì favorito, ma deve esserne monitorata l'efficacia. Deve anche essere recepito attraverso l'intervento dell'autorità rafforzativo di un'intesa raggiunta a livello privatistico, per incardinarlo nell'impianto regolatorio e fargli acquistare cogenza sanzionabile»[27].

Nell'esperienza dell'Autorità, in primis in quella legata al *Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, sono stati verificati alcuni evidenti limiti di quelle forme di autoregolazione che non siano accompagnate da un'attenta verifica circa il ruolo della profilazione algoritmica nella selezione dei contenuti. In questa prospettiva, come evidenziato nel rapporto conclusivo dell'Indagine conoscitiva sui *big data*, sono «opportune iniziative legislative volte ad assicurare alle autorità indipendenti preposte alla tutela del pluralismo, poteri di *audit* e di *inspection* circa la profilazione algoritmica ai fini della selezione delle informazioni e dei contenuti, nonché in relazione agli esiti dell'applicazione delle policy e delle regole che le piattaforme digitali globali si sono date in tema di rimozione di informazioni false o di *hatespeech*. Manca, infatti, ad oggi, una reportistica verificabile di tali autonome iniziative»[28].

Con riferimento al tema dei discorsi d'odio (*hate speech*), a seguito della trasposizione della nuova Direttiva sui servizi media audiovisivi (2018/1808)[29], l'AGCOM applicherà anche alle piattaforme di *videosharing*[30] il proprio regolamento di cui alla Delibera 157/19/CONS del 15 maggio 2019[31]. È importante sottolineare come la direttiva incoraggi in primo luogo la co-regolazione in tale ambito ai fini dell'attuazione delle misure tecniche adeguate (art. 28 *ter*, par. 4[32]). Allo stesso modo il regolamento AGCOM dispone, all'art. 2, co. 3, che

[27] Il resoconto stenografico della seduta del 10 marzo 2010 è consultabile al link https://leg16.camera.it/461?stenog=/_dati/leg16/lavori/stencomm/01/indag/indipendenti/2010/0310&pagina=s010.

[28] Cfr. *supra* nota 20.

[29] Direttiva (Ue) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

[30] Cfr. art. 3, co. 1, lett. b), legge 22 aprile 2021, n. 53, *Legge di delegazione europea 2019-2020*, su cui si tornerà *infra* nel par. 5.

[31] Delibera n. 157/19/CONS del 15 maggio 2019, *Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all'hate speech*.

[32] Secondo cui: «Ai fini dell'attuazione delle misure di cui ai paragrafi 1 e 3 del presente articolo, gli Stati membri incoraggiano il ricorso alla coregolamentazione come disposto dall'articolo 4 bis,

l'Autorità promuove, mediante procedure di co-regolazione, l'adozione di misure volte a contrastare la diffusione in rete di tali contenuti[33].

La co-regolazione, come noto, costituisce un modo complementare di produrre diritto, allo scopo di garantire, sotto la supervisione degli organi politici, un più ampio livello di trasparenza, democrazia e rispetto dei diritti fondamentali. La regolazione, infatti, da un lato, intende avere ad oggetto le nuove tecnologie, ma, dall'altro, sempre più viene prodotta attraverso le tecnologie: da operatori con competenze giuridiche e tecnologiche, con il coinvolgimento dei detentori del sapere tecnologico e con la partecipazione degli utilizzatori delle tecnologie (c.d. *users*).

3. Ambiti e strategie di intervento recenti: qualità dell'informazione, pluralismo e *web analytics*

A valle dell'indagine conoscitiva richiamata, e sulla base delle criticità riscontrate[34], l'Autorità ha delineato la strategia che intende perseguire a garanzia della correttezza e dell'attendibilità dell'informazione *online*. Le principali linee di intervento individuate, tra di loro inevitabilmente intrecciate, riguardano misure di monitoraggio e vigilanza atte a salvaguardare la qualità dell'informazione online, il pluralismo e la concorrenza nei settori di riferimento e la questione degli indici di ascolto sul *web*.

Sul versante della qualità dell'informazione è prevista la realizzazione di un *Sistema di monitoraggio continuativo della qualità dell'informazione online e analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica*. Questo intervento si svilupperà sulla base di un approccio *data driven*, attraverso l'analisi dei dati dei social network, con l'ausilio di tecniche di *machine learning*, di analisi del testo, in modo, dunque, da poter utilizzare l'AI per il riconoscimento del linguaggio d'odio e per analizzare il legame tra *hate speech* e disinformazione[35].

Sul punto sarà fondamentale l'attività intrapresa sul grado di neutralità e, soprattutto, di trasparenza degli algoritmi, sia con riferimento alle operazioni

paragrafo 1». Articolo 4 bis, par. 1: «Gli Stati membri incoraggiano il ricorso alla coregolamentazione e la promozione dell'autoregolamentazione tramite codici di condotta adottati a livello nazionale nei settori coordinati dalla presente direttiva nella misura consentita dai loro ordinamenti giuridici».

[33] Secondo cui: «L'Autorità promuove, coordina e indirizza l'elaborazione di codici di condotta. In particolare, con riferimento ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video di cui all'art. 1,lett. g), l'Autorità individua forme di co-regolazione, nonché campagne di sensibilizzazione sul tema». Cfr. Allegato B alla delibera n. 157/19/CONS del 15 maggio 2019 sopra citata nota 30.

[34] Cfr, la delibera n. 309/16/CONS esaminata *supra* nel par. 1.1 e, per l'analisi delle criticità, i due rapporti prodotti: quello intermedio del 23 novembre 2018, *News vs. fake nel sistema dell'informazione - Interim report indagine conoscitiva delibera n. 309/16/CONS*, e quello conclusivo, costituente l'allegato A alla delibera n. 79/20/CONS, *Percezioni e disinformazione. Molto "razionali" o troppo "pigri"?*.

[35] Cfr. l'allegato B alla delibera n. 79/20/CONS.

di gerarchizzazione e di indicizzazione delle informazioni, sia con riguardo al potere di indurre i cittadini a determinati comportamenti.

Si tratta di aspetti che la stessa Autorità ha messo ben in evidenza nel rapporto dal titolo, di per sé assai indicativo, *Percezioni e disinformazione. Molto "razionali" o troppo "pigri"?*, dalla cui lettura emerge chiaramente come il consumo di notizie online sia fatto sulla base di fenomeni di *microtargeting* e polarizzazione[36]. Lo studio di questi fenomeni delinea, peraltro, i termini di una più ampia problematica che sembra ribaltare la tradizionale costruzione legata al pluralismo esterno dell'informazione - si pensi, in particolare, ai problemi dal settore radiotelevisivo e alla cospicua giurisprudenza costituzionale che si è sviluppata sul punto a partire dagli anni '70: oggi si pone, infatti, un problema della costruzione di un'informazione basata sulle preferenze dell'utente, anzi su aspetti computazionali che derivano dall'utilizzo dei big data, secondo meccanismi automatizzati di produzione della stessa.

Strettamente collegato alle tematiche del pluralismo è anche il versante della tutela della concorrenza nei settori di riferimento. In questo contesto l'attività di analisi proposta si inserisce in un percorso, inaugurato dall'Autorità sin dal 2013, quando le modifiche normative intervenute hanno esteso la portata dell'articolo 43 del Tusmar[37] sancendo, di fatto, un presidio normativo per interventi a tutela del pluralismo e della correttezza dell'informazione nei confronti delle piattaforme online. Nella relazione annuale dell'Autorità al Parlamento per il 2018 si legge che «la concentrazione delle risorse pubblicitarie in ambito internazionale e nazionale in capo ai medesimi soggetti che gestiscono le fonti di informazione – algoritmiche – con un ruolo crescente nel panorama mediatico disponibile *online*, assume ulteriore rilievo in un'ottica di salvaguardia del principio pluralistico»[38].

[36] Il titolo del report richiama il celebre lavoro di D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow* (2011), trad. di L. Serra, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, che insiste sulla teoria del *nudging*, in base alla quale si spingono le persone a fare certe cose sulla base della loro attività. Il report offre due interessanti definizioni di *microtargeting* – «dal punto di vista dell'offerta, molta parte della ricerca ha esaminato l'utilizzo, da parte delle piattaforme online, di algoritmi con cui queste sono in grado di raggiungere con estrema precisione il target di consumo cui si rivolgono (*microtargeting*) affinando tale capacità grazie ai big data di cui dispongono e che raccolgono continuamente» – e di polarizzazione – «L'effetto prodotto da questi elementi induce a ritenere che i modelli di consumo delle notizie in rete, pur dinanzi a una pluralità di fonti disponibili, non conducano a un'apertura degli utenti a punti di vista diversi ma piuttosto a un ripiegamento degli stessi in *echo chamber*. In tali dinamiche si inseriscono le strategie di disinformazione, che tendono a sfruttare l'esposizione selettiva e la polarizzazione per attivare meccanismi cognitivi ed emotivi degli utenti, agendo tanto sulla predisposizione a ricevere il messaggio quanto sulla propensione a condividerne il contenuto».

[37] Art. 43 del d.lgs 21 luglio 2015, n. 177, rubricato *Posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni*.

[38] AGCOM, *Relazione annuale 2018 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, 132.

In tale ambito di operatività ricadono tutti i procedimenti per l'accertamento delle posizioni dominanti, tra quello avviato con la delibera n. 356/19/CONS, volto all'individuazione dei mercati rilevanti nonché all'accertamento di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nel settore della pubblicità online[39]. Con riferimento la disciplina dei mercati, come noto, i paradigmi classici non bastano più a leggere e a sistematizzare lo scenario attuale. Google, Apple, Facebook, Amazon si impongono come monopolisti, anche quando la loro posizione non corrisponde perfettamente al modello consueto di chi controlla un mercato[40]. La stessa definizione di mercato rilevante è ormai sottoposta a una lettura critica da parte della dottrina: le vecchie regole *ex post* sono ormai inadatte alla disciplina di questi nuovi mercati, facendo emergere con forza il tema di una possibile disciplina *ex ante*[41].

Sull'ultimo versante rileva lo sviluppo di *attività di monitoraggio dei sistemi di misurazione degli indici di ascolto online (web analytics)*, in ragione dell'effetto diretto sulla raccolta pubblicitaria[42]. Già nell'indagine conoscitiva (delibera n. 236/17/CONS del 12 giugno 2017[43]), che ha approfondito le attività di rilevazione delle audience per i diversi media oggetto di vigilanza da parte dell'Autorità, si è data evidenza delle criticità riconducibili in generale ai numerosi soggetti che offrono servizi di *web analytics* basati su tecniche e metodi di tracciamento differenti. Nel corso del 2019, l'Autorità ha svolto con regolarità l'attività di vigilanza sulle società realizzatrici delle indagini di ascolto e diffusione dei mezzi di comunicazione, verificando il corretto adempimento degli obblighi previsti dalla regolamentazione in materia. Con specifico riferimento alla misurazione dell'audience online, si è conclusa l'istruttoria avviata

[39] Delibera n. 356/19/CONS del 18 luglio 2019, *Avvio del procedimento volto all'individuazione del mercato rilevante nonché all'accertamento di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nel settore della pubblicità on line, ai sensi dell'art. 43, comma 2, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177*.

[40] Le ragioni della necessaria riaffermazione del controllo sulla concorrenzialità del mercato digitale sono sostenute con forza da S. MANNONI, G. STAZI, *Is competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, *passim*, e in, particolare, 91, dove si afferma che è «compito dell'AGCOM delineare i mercati rilevanti nel campo del pluralismo e individuare eventuali posizioni dominanti delle imprese che vi operano. Posizioni che, a differenza di quanto avviene nel diritto della concorrenza, sono illecite di per sé».

[41] Si ricordi che l'ultimo comma dell'art. 43 prevede la possibilità per l'Autorità di pronunciarsi «sulla adeguatezza dei limiti indicati nel presente articolo» segnalando, allo stesso tempo, al Parlamento i risultati delle analisi effettuate.

[42] Tale competenza attribuita all'autorità dall'art. 1, comma 6, lett. b, n. 11, dalle legge n. 249 del 1997, per cui l'autorità «cura le rilevazioni degli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione; vigila sulla correttezza delle indagini sugli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione rilevati da altri soggetti, effettuando verifiche sulla congruità delle metodologie utilizzate e riscontri sulla veridicità dei dati pubblicati»

[43] Delibera n. 236/17/CONS del 12 giugno 2017*, Chiusura dell'indagine conoscitiva sui sistemi di rilevazione degli indici di ascolto sui mezzi di comunicazione di massa*. Allegato A) *Indagine conoscitiva sui sistemi di rilevazione degli indici di ascolto sui mezzi di comunicazione di massa*.

nei confronti della società Audiweb avente ad oggetto la verifica della metodologia proposta nell'ambito del progetto Audiweb 2.0[44]. In tale ambito, tuttavia, si riscontrano notevoli difficoltà rispetto all'analisi degli indici di ascolto dai mezzi tradizionali poiché vi è un problema di disponibilità del dato: si tratta, infatti, di misurare delle *metriche* che l'Autorità non possiede e in cui non è possibile nemmeno operare il raffronto tra i dati delle emittenti e degli utenti pubblicitari come avviene negli altri ambiti[45].

In considerazione delle evoluzioni poste dalla digitalizzazione dei media, l'Autorità ha recentemente adottato un Atto di indirizzo in materia di sistemi di rilevazione degli indici di ascolto nel nuovo ecosistema digitale, invitando i soggetti che realizzano le indagini sulle rilevazioni degli ascolti a ricorrere al modello JIC (*Joint Industry Committee*) per «garantire una effettiva rappresentatività dell'intero settore di riferimento» e procedere ad una progressiva convergenza e integrazione degli attuali sistemi di rilevazione, «al fine di addivenire a metriche univoche, alla piena integrabilità delle tecnologie e delle metodologie di rilevazione e alla condivisione degli asset di misurazione, in una logica di sistema e nella prospettiva del mercato»[46].

[44] Delibera n. 168/19/CSP del 9 luglio 2019, *Chiusura dell'istruttoria avviata nei confronti della società Audiweb avente ad oggetto la verifica della metodologia proposta nell'ambito del progetto Audiweb 2.0*.

[45] Erano già particolarmente chiari i punti 498 e 499 dell'allegato A alla delibera n. 236/17/CONS per cui «Con riferimento al sistema di Audiweb, come riconosciuto dagli operatori intervenuti nel corso dell'Indagine, sono state riscontrate delle problematiche riconducibili alla governance e alla metodologia di rilevazione. […] 499. Relativamente al primo aspetto, è stata appurata l'assenza nella compagine societaria del JIC, sia dei player internazionali con ricavi da pubblicità online di maggiore rilievo (Google e Facebook), sia delle associazioni rappresentative degli editori online nazionali con quote pubblicitarie decisamente più contenute (fra cui ANSO), prescindendo, pertanto, dalle citate delibere dell'Autorità che dispongono l'esigenza di garantire la massima apertura del capitale sociale dei soggetti realizzatori delle rilevazioni a tutte le componenti del mercato, così da produrre delle indagini rappresentative delle diverse istanze del settore che condizionano da ultimo l'esito delle rilevazioni stesse». Aspetti confermati nella delibera n. 168/19/CSP dove si legge che «Cionondimeno, allo stato, Facebook non risulta consentire controlli sui propri algoritmi di profilazione e sistemi di elaborazione dei dati: tale circostanza evidenzia i rischi connessi al ruolo di Facebook nel progetto in esame nella misura in cui la piattaforma, pur concorrendo in via di fatto alla produzione della metrica ufficiale del mercato digitale, non consente la piena verificabilità da parte di un soggetto terzo del compito svolto».

[46] Cfr. art. 1, co. 1 e 5, della delibera n. 194/21/CONS del 10 giugno 2021, *Indirizzi in materia di sistemi di rilevazione degli indici di ascolto nel nuovo ecosistema digitale*.

4. Due casi di studio sul tema delle decisioni algoritmiche

4.1 (*segue*) Il divieto di pubblicità di giochi e scommesse e i servizi di indicizzazione e promozione di siti *web*

Con la Delibera n. 541/20/CONS del 22 ottobre 2020[47], l'Autorità ha comminato una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 100.000[48] nei confronti della società *Google Ireland Ltd.* per violazione del divieto di pubblicità relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro, nonché al gioco d'azzardo.

L'art. 9, co. 1, del decreto-legge n. 87 del 2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 2018, vieta infatti espressamente «qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e i canali informatici, digitali e telematici, compresi i social media». L'AGCOM, ai sensi dei commi 2 e 3 del medesimo articolo, è competente alla contestazione e all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria «di importo pari al 20 per cento del valore della sponsorizzazione o della pubblicità e in ogni caso non inferiore, per ogni violazione, a euro 50.000».

L'Autorità ha rilevato che *Google Ireland Ltd.*, titolare del servizio *Google Ads* – funzionale alla indicizzazione e promozione di siti web – ha consentito la diffusione, dietro pagamento[49], di link che indirizzano verso determinati siti, in violazione del divieto contenuto nell'art. 9 del decreto-legge citato (cd. «decreto Dignità»).

Secondo le linee guida attuative dell'art. 9 citato, adottate con la delibera n. 132/19/CONS del 18 aprile 2019[50], è definita come pubblicità ogni forma di comunicazione diffusa dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, al fine di indurre il destinatario ad acquistare il prodotto o

[47] Delibera n. 541/20/CONS del 22 ottobre 2020, *Ordinanza-ingiunzione nei confronti della società Google Ireland Limited per la violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 9, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87*.

[48] Importo su cui, come si dirà, si è concentrato l'attenzione degli operatori ma che appare, senza dubbio, risibile se confronti ai bilanci di *Google*.

[49] Si tratta, come noto, di una fonte notevole di raccolta pubblicitaria, con le problematiche rilevate ad esempio in Australia dove il Parlamento ha approvato una legge che costringe i colossi del web a pagare gli editori per i contenuti condivisi attraverso le loro piattaforme (Australian Act No. 21/2021 - *News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining* Code). Sulla vicenda che ha portato alla legge cfr. T. FLEW, D. WILDING, *The turn to regulation in digital communication: the ACCC's digital platforms inquiry and Australian media policy*, in *Media, Culture & Society*, vol. 43, 1, 2021, 48 ss.

[50] Delibera n. 132/19/CONS del 18 aprile 2019, *Linee guida sulle modalità attuative dell'art. 9 del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese", convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96*.

servizio offerto (cd. *call to action*). L'Autorità ha ritenuto che, in questo caso specifico, l'attività realizzata da *Google Ads* non fosse in alcun caso qualificabile come servizio di *hosting*, atteso che l'elemento caratterizzante la prestazione non consiste "nell'ospitare" il messaggio pubblicitario, ma piuttosto nel permetterne la diffusione attraverso diversi siti internet destinatari del messaggio. L'attività di memorizzazione è, infatti, «del tutto ancillare e tecnicamente necessaria per la prestazione del servizio principale che è, invece, finalizzato alla promozione diretta di scommesse e giochi a pagamento, attività espressamente vietata dall'ordinamento nazionale».

Alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150, noto anche come Regolamento *Platform to Business (P2B)*[51], che ritiene sanzionabili anche i fornitori di servizi di indicizzazione stabiliti all'estero che offrono servizi destinati al pubblico italiano, l'Autorità ha deciso di procedere nei confronti di *Google* sanzionando la violazione. Si è trattato di un fattore decisivo perché, senza questa nuova regolazione sull'intermediazione delle piattaforme online dettata dal Regolamento UE e le competenze attribuite all'Autorità, non sarebbe stato possibile concludere il procedimento[52].

La vicenda risulta interessante, anche sotto un profilo più generale, con riferimento ai poteri normativi dell'Autorità e alla loro compatibilità con il principio della riserva di legge[53]. Infatti, dopo l'entrata in vigore del decreto-legge n. 87 del 2018, l'AGCOM ha intrapreso una serie di consultazioni, con le società concessionarie del gioco d'azzardo e alcune associazioni di categoria, per l'acquisizione di ogni utile elemento di informazione e valutazione sulle

[51] Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. Il Regolamento, direttamente applicabile dal 12 luglio 2020, reca disposizioni in materia di motori di ricerca e «si applica ai servizi di intermediazione online e ai motori di ricerca online, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza del fornitore di tali servizi e dal diritto altrimenti applicabile». Da ciò è seguita la sanzionabilità, alla luce del quadro normativo vigente, dei fornitori di servizi di indicizzazione stabiliti all'estero che offrono servizi destinati al pubblico italiano.

[52] Sull'importanza del Regolamento, anche nella prospettiva della riforma europea sul digitale, cfr. A. MARTUSCIELLO, *La nuova riforma europea sul digitale. La catena del valore delle piattaforme tra mercato e privacy*, in *Media Laws*, 25 giugno 2021.

[53] Su cui in termini generali si veda il *Volume* dell'Osservatorio sulle fonti relativo agli anni 2003-2004, P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, e, in particolare, il contributo di F. DONATI, V. BONCINELLI, *I regolamenti per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, 119 ss., spec. 166 dove si afferma che «le esigenze garantiste sottese alla previsione di una riserva di legge solo in parte possono essere sopperite dagli strumenti partecipativi». Inoltre M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, 185 ss., e G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. 125 ss. Di recente, infine, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e* soft law, Giappichelli, Torino, 2019, spec. 215 ss., e F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 207 ss.

modalità attuative del divieto[54]. Sulla base di tali consultazioni, cui hanno partecipato moltissimi soggetti (al questionario predisposto dall'Autorità hanno risposto 42 soggetti e di questi 31 hanno presentato istanza di audizione), sono state adottate le Linee guida di cui alla Delibera n. 132/19/CONS, che «si propongono, entro la cornice normativa primaria di riferimento, di coordinare le nuove regole con la complessa disciplina di settore e con i principi costituzionali e dell'Unione europea» (così il par. 1.2). Tra i principi costituzionali richiamati, come è possibile leggere nella delibera dell'autorità assume un rilievo primario l'art. 41 Cost. che, come noto, sancisce la libertà di iniziativa economica privata[55]. Le Linee guida forniscono chiarimenti interpretativi in ordine agli ambiti di applicazione oggettivo, soggettivo e territoriale dell'art. 9 del decreto-legge, aspetti su cui non sono mancate le critiche in particolare al par. 5 per la specificazione degli ambiti in cui, a differenza di quanto il decreto sembra prevedere in via generale, la pubblicità del gioco d'azzardo è permessa[56].

Alle linee guida pubblicate nell' aprile del 2019, l'Autorità ha fatto seguire, il successivo 24 luglio, un lungo documento, di ben 31 pagine, contenente una serie di segnalazioni al governo sulle «criticità interpretative e le problematiche applicative» relative al divieto di pubblicità del gioco d'azzardo, riscontrate durante la realizzazione delle linee guida[57]. Tra le numerose criticità sollevate, l'Autorità fa notare come le normative europee in materia di contrasto al gioco d'azzardo non abbiano vietato del tutto, a differenza del decreto n. 87 del 2018, le comunicazioni pubblicitarie ma solo quelle che risultino aggressive per i soggetti vulnerabili, preferendo «un regime normativo duttile e flessibile». Scorrendo il testo è possibile leggere alcune considerazioni sulla compatibilità con la normativa vigente, sulla potenziale inefficacia dell'art. 9 del decreto-legge citato e, ancora, sulle possibili conseguenze negative che potrebbe avere tra «offerta di gioco legale e illegale, e con un conseguente danno alla tutela dei

[54] V. Delibera n. 579/18/CONS del 10 dicembre 2018, *Questionario sulle modalità attuative dell'art. 9 del Decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante "disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese", convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96 (c.d. Decreto dignità)*.

[55] Non bisogna dimenticare sul punto quella dottrina che ha messo luce come la Costituzione sia indifferente alla salvaguardia, in quanto tale, di un determinato sistema economico e, dunque, alla realizzazione di un mercato concorrenziale. Sul punto v. R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Giappichelli, Torino, 20021, spec. 17 ss., per cui la *ratio* delle funzioni attribuite alle Autorità indipendenti risiede nel bilanciamento della libertà garantita dall'art. 41 Cost. con le finalità sociali espresse dalla stessa Carta costituzionale.

[56] Ad esempio non sono considerate pubblicità, secondo il par. 5.5, le informazioni su quote, jackpot, probabilità di vincita, puntate minime, e eventuali bonus offerti, purché rilasciate nel contesto in cui si offre il servizio di gioco a pagamento.

[57] Segnalazione 24 luglio 2019, *Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lett. c), n. 1) della legge 31 luglio 1997, n. 249 sulla normativa introdotta dall'articolo 9del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese", convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, in materia di pubblicità del gioco a pagamento*.

consumatori». In conclusione l'Autorità sottolinea anche il potenziale danno economico e alla libera concorrenza che il decreto-legge potrebbe avere: il divieto generalizzato di fare pubblicità, infatti, precluderebbe di fatto l'accesso al mercato di nuove società, che non avrebbero modo di farsi conoscere e di competere con altre già note. Sul punto, una particolare attenzione è riservata all'«impatto notevole» del divieto di pubblicità sul settore dell'editoria «che già vive una forte contrazione dei ricavi pubblicitari, circostanza che evidentemente incide sotto il profilo occupazionale e che porta con sé inevitabili ricadute anche in termini di pluralismo, privando il settore dell'editoria di una possibile fonte di ricavi».

4.2. (*segue*) l'atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione e la lettera per le piattaforme di condivisione con riferimento al tema Covid-19

Nel marzo 2020, con un provvedimento di natura peculiare, l'Autorità ha manifestato la necessità di rivolgere a tutti i fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici un richiamo affinché, conformemente ai principi sanciti a tutela di una informazione corretta e obiettiva, fosse garantita una adeguata copertura informativa sui temi legati all'emergenza pandemica.

Con la delibera n. 129/20/CONS del 18 marzo 2020 - *Atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione con riferimento al tema "coronavirus covid-19"* [58] e la connessa *Lettera per le piattaforme di condivisione di video e social media relativa al tema Coronavirus*[59] - l'Autorità è intervenuta, in maniera tempestiva rispetto all'aggravarsi della situazione sanitaria, per favorire l'implementazione di misure volte a contrastare notizie false o non corrette, anche attraverso la rete Internet[60].

Con tale delibera, in particolare con la lettera allegata, l'Autorità ha voluto richiamare i fornitori di servizi e le piattaforme di condivisione ad assicurare una adeguata e completa copertura informativa sul tema del covid-19, invitandoli ad effettuare ogni sforzo per garantire la testimonianza di autorevoli esperti del mondo della scienza e della medicina allo scopo di fornire ai cittadini informazioni verificate e fondate.

In particolare, l'Autorità dopo aver accertato – nell'ambito di un procedimento poi conclusosi con le delibere 152 e 153/20/CONS del 14 aprile 2020[61]

[58] Delibera n. 129/20/CONS del 18 marzo 2020 - Atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione con riferimento al tema "coronavirus covid-19"

[59] Reperibile a questo link.

[60] Sulla vicenda si vedano le riflessioni di G.E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica al tempo della pandemia*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 780-781.

[61] Delibera n. 152/20/CONS - Ordinanza ingiunzione nei confronti della società italian broadcasting s.r.l.s. (servizio di media audiovisivo su satellite recante il marchio "life tv network") ai sensi

– che i contenuti di alcune trasmissioni televisive risultavano potenzialmente suscettibili di porre in pericolo la salute degli utenti in quanto induttivi di una sottovalutazione dei rischi potenziali del virus Covid-19, ne ha verificato la disponibilità su numerose pagine web.

Per questa ragione l'Autorità, già prima della conclusione del procedimento avviato, ha invitato le piattaforme Facebook e YouTube «a valutare, nell'ambito degli impegni assunti in sede di autoregolazione, quali iniziative intraprendere nei confronti dei suddetti contenuti, di cui alle decisioni assunte dall'Autorità, al fine di contrastare la diffusione di informazioni false o comunque non corrette, diffuse dalle suddette fonti non scientificamente accreditate, circa gli aspetti epidemiologici e di trattamento del coronavirus, nonché dei comportamenti da adottare per prevenire l'infezione e la sua diffusione». La lettera per le piattaforme si concludeva con una più generale richiesta volta a «conoscere quali iniziative la piattaforma ha assunto o intenda assumere, indicandone i criteri, le motivazioni e gli strumenti di trasparenza e garanzia per gli utenti interessati, in merito al contrasto di strategie di disinformazione di tipo medico-sanitario in relazione agli esclusivi aspetti epidemiologici e di trattamento sanitario del coronavirus, nonché dei comportamenti che i singoli cittadini possono adottare, sempre ed esclusivamente sotto il profilo medico, per prevenire l'infezione e la sua diffusione».

L'autorità, di pari passo, ha rafforzato l'attività dell'Osservatorio sulla disinformazione *Online*, pubblicando periodicamente dei rapporti dedicati alla produzione di informazione e disinformazione sul tema del Covid-19[62].

In termini più generali, è possibile notare che, almeno con riferimento all'informazione sanitaria, le piattaforme si siano dimostrate più attive del solito nel dialogo con le Istituzioni, esercitando «un ruolo più simile a quello dell'editore

dell'articolo 51, comma 9, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n.177 per la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 3 e 36 bis, comma 1, lett. C), n. 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n.177. (contestazione n. 10/20/dca - proc. 2756/mrm) e Delibera n. 153/20/CONS - Ordinanza ingiunzione nei confronti della società mediacom s.r.l. (servizio di media audiovisivo in ambito nazionale su digitale terrestre "life 120 channel") ai sensi dell'articolo 51, comma 9, primo periodo, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n.177 per la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 3 e 36 bis, comma 1, lett. C), n. 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 (contestazione n. 11/20/dca - proc. 2757/mrm).

Tali procedimenti si sono conclusi con l'irrogazione delle sanzioni più gravi previste dal citato art. 51, co. 9, ovvero la sospensione di sei mesi di attività delle emittenti. Il Tar, anche in sede monocratica, e il Consiglio di Stato hanno sospeso in via cautelare le due delibere ritenendole eccessivamente pregiudizievoli; successivamente il Tar Lazio ha annullato le due delibere in ragione dalla loro manifesta sproporzione delle sanzioni ivi previste visti «i soli due giorni di programmazione […] e anche in ragione della avvenuta interruzione delle trasmissioni ancora prima della notificazione dell'atto di contestazione» (così Tar Lazio, sez. Terza *ter*, nn. 12883 e 12884/2020, pronunce avverso cui è stato proposto ricorso al Consiglio di Stato, al momento pendente).

[62] I rapporti, per ora quattro in totale, disponibili anche in lingua inglese, sono consultabili al link https://www.agcom.it/osservatorio-sulle-comunicazioni.

sia nel controllo e nella rimozione dei contenuti che nella scelta delle informazioni da privilegiare»[63], prevendo meccanismi che indirizzano le ricerche degli utenti collegate al Covid-19 sulle pagine dell'OMS e delle autorità sanitarie nazionali[64].

5. La nuova consiliatura e le sfide della regolazione, tra pluralismo e innovazione tecnologica

Come si accennava in apertura del presente lavoro la nuova consiliatura, iniziata nel settembre 2020, potrà rappresentare un punto di svolta per il ruolo e la posizione dell'AGCOM nel sistema di regolazione del pluralismo e dei fenomeni di innovazione tecnologia. I limiti che l'Autorità incontra nello svolgimento delle sue funzioni dimostrano la perdurante attualità del tema della "cattura del regolatore": a causa dell'evoluzione tecnologica, infatti, la necessità di ricorrere al supporto e all'aiuto dei soggetti che sono sottoposti al controllo rende particolarmente difficoltoso, o comunque poco efficace, l'esercizio delle funzioni normative e sanzionatorie attribuite alle stesse Autorità.

Le ragioni che invitano a considerare la possibilità di un nuovo ruolo per l'AGCOM derivano da un contesto caratterizzato da novità normative e da alcuni atti della stessa che potrebbero risultare particolarmente rilevanti.

Innanzitutto, l'attenzione andrà posta sulle concrete modalità di realizzazione del citato *Sistema di monitoraggio continuativo della qualità dell'informazione online e analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica*, di cui all'allegato B della Delibera n. 79/20/CONS. Di recente l'Autorità, con la Delibera 44/21/CONS ha avviato un'indagine per mappare l'ecosistema digitale e procedere a una classificazione dei servizi offerti delle piattaforme online nell'ambito di una più approfondita analisi del quadro normativo nazionale, sovranazionale e internazionale[65].

Un'indagine che aspira a fornire all'Autorità gli strumenti necessari per svolgere un ruolo importante, o quantomeno non secondario, nell'ambito della Strategia europea per il digitale. Su quest'ultimo punto, infatti, sarà importante valutare l'impatto del *Digital services act* (DSA)[66] – e del *Digital Markets Act*

[63] Così, G.E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica al tempo della pandemia*, cit., 781.

[64] Cfr. i programmi di monitoraggio delle azioni delle piattaforme predisposti dalla Commissione Europea nell'ambito del Joint Communication "Tackling COVID-19 disinformation - Getting the facts right".

[65] Delibera n. 44/21/CONS del 4 febbraio 2021, *Avvio di un'indagine conoscitiva relativa ai servizi offerti sulle piattaforme online*,

[66] COM/2020/825 *final* del 15 dicembre 2020 - *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, su cui cfr. nuovamente le osservazioni contenute nel contributo di E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo*, contenuto in questo *Speciale*.

(DMA) – sulle piattaforme *online* in termini di trasparenza e responsabilità dei processi algoritmici. A ciò si aggiunga la recente *Proposal for a Regulation on a European approach for Artificial Intelligence*, approvata dalla Commissione Europea il 21 aprile 2021, che prevede l'istituzione di una autorità europea competente in materia di IA e l' indicazione da parte degli Stati membri di autorità nazionali competenti su questo versante[67]. In questo contesto, come detto, andrà verificato il ruolo che verrà riservato all'AGCOM, anche in coordinamento con gli altri organismi europei.

Infine, deve esser ricordata l'attuazione della direttiva UE 2018/1808 concernenti i servizi di media audiovisivi. La recente legge 22 aprile 2021, n. 53, *Legge di delegazione europea 2019-2020*, prevede il riordino del *Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici* e l'emanazione di un nuovo *Testo Unico dei servizi di media digitali* (così l'art. 3, co. 1, lett. a). Numerosi sono gli altri ambiti d'interesse per l'Autorità, a partire dalla tutela dei minori, di cui si prevede l'aggiornamento dei compiti e l'ulteriore rafforzamento ulteriormente delle sue prerogative di indipendenza[68].

Si tratta, in conclusione, dell'attribuzione di un ruolo determinante che potrà condurre l'Autorità a forme più incisive di regolazione[69], specie sul versante delle decisioni algoritmiche.

I regolatori come l'AGCOM si sono spesso trovati privi di reali poteri e competenze o, comunque, in grande difficoltà nel governare efficacemente i nuovi mercati e le forme di interazione che le piattaforme digitali hanno creato. L'innovazione, come specificato in apertura della Relazione annuale 2021, espone la regolamentazione «al rischio dell'inadeguatezza e dell'obsolescenza, nonché alla costante rincorsa di uno scenario in perenne divenire»[70]. Nei prossimi anni sarà possibile constatare se le iniziative intraprese, in particolare quelle di analisi e di studio, sapranno dare i frutti sperati, unitamente alle possibili forme di cooperazione istituzionale e di integrazione funzionale con le

[67] Cfr. rispettivamente, gli artt. 56-58 per l'istituzione della *European Artificial Intelligence Board* e l'art. 59 per l'indicazione da parte degli Stati membri di autorità nazionali competenti in materia.

[68] Si ricordi anche la vicenda, richiamata *supra* al par. 2, relativa al piattaforme per la condivisione dei video e al contrasto alla diffusione dei discorsi d'odio di cui all'art. 3, co. 1, lett. b), legge n. 53 del 2021.

[69] Su questo spettro di interventi, compresa la nuova direttiva europea sul diritto d'autore, cfr. l'intervento del Presidente dell'AGCOM G. LASORELLA, *La nuova riforma europea sul digitale e ricadute sul locale*, in *MediaLaws*, 21 giugno 2021, per «cui quella che stiamo vivendo è una rivoluzione digitale che apre una nuova fase per i sistemi costituzionali occidentali, i quali, anche nel mondo della rete, saranno chiamati a preservare la libertà di espressione e a bilanciarla con il rispetto di altri diritti costituzionalmente garantiti». Inotlre L. ARIA, *Responsabilità delle piattaforme digitali ed esigenze di regolamentazione. Recepimento SMAV e indagine conoscitiva AGCOM sugli OTT*, ivi, 7 luglio 2021.

[70] Cfr. Relazione annuale 2021 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro, presentata al Parlamento il 26 luglio 2021, e, per la citazione, la prefazione del Presidente.

altre Autorità – AGCM e Garante per la Protezione dei dati Personali – come avvenuto in occasione dell'indagine conoscitiva sui Big Data.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2021

L'EROMPERE DEI POTERI PRIVATI NEI MERCATI DIGITALI E LE INCERTEZZE DELLA REGOLAZIONE ANTITRUST*

ELIA CREMONA**

Sommario

1. Due considerazioni in premessa – 2. L'*erompere* dei poteri privati nei mercati digitali – 3. Paradigmi classici e problemi contemporanei – 4. Le traiettorie del diritto antitrust nella *digital economy* – 4.1. Concentrazione di dati e potere di mercato – 4.2. I dati come prezzo, la *privacy* come nuova base giuridica dell'*enforcement* antitrust – 4.3. I *Big Data* (e gli algoritmi che li processano) come *essential facilities* nel mercato della pubblicità *online* – 4.4. Collusione algoritmica e intese 4.0 – 4.5. Concorrenza *nel* mercato, concorrenza *al* mercato – 5. Conclusioni per un recupero (o una ricerca) del fondamento costituzionale della disciplina della concorrenza nell'era digitale.

Abstract

Today, the rise of new private powers in the digital environment - the large online platforms that are the masters of the world's most intelligent algorithms - is transforming markets, overturning established paradigms and forcing the legal system, at times, to use old instruments for new purposes, at other times to devise entirely new ones. In the fourth industrial revolution, the most traditional concepts of antitrust law, once transplanted into the digital environment, seem to be unstable. Consider the notion of consumer welfare, the definition of the relevant market, market power, abuse of dominant position, all of which are being challenged globally: antitrust law seems to be shaken from its foundations. It is not able to prevent the formation of monopolies and has to link up with other regulatory systems, especially data protection regulations, to combat new concentrations of power. But if a battle against Big Tech is to be fought, antitrust law needs to regain its authentic constitutional foundation, which combines the protection of the economic efficiency of the market with the protection of equality and freedom.

Suggerimento di citazione

E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Dottorando in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Siena.
Contatto: elia.cremona@gmai.com

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Due considerazioni in premessa

Le pagine che seguono si inseriscono nell'indagine condotta dai costituzionalisti fiorentini sul tema della regolazione delle decisioni algoritmiche da parte delle autorità indipendenti e assumono lo specifico punto di vista della regolazione della concorrenza e del mercato, a livello europeo e nazionale.

Corre l'obbligo da subito di precisare che, per quanto attiene all'attività della Commissione europea e dell'Autorità antitrust italiana, la regolazione tange il tema delle decisioni algoritmiche non immediatamente, ma bensì – com'è intuibile – per il tramite delle decisioni pronunciate e delle sanzioni irrogate nei confronti di quei soggetti che in ragione della loro "dominanza algoritmica" hanno in qualche modo pregiudicato il regolare funzionamento del mercato. Ciò sia, a livello europeo, con riferimento ai temi classici delle intese, degli abusi e delle concentrazioni, sia, a livello nazionale, con riferimento anche alla tutela dei consumatori.

E difatti, lo ha ricordato la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 13 del 31 gennaio 2019, le autorità di regolazione (non fa eccezione l'Antitrust) sono portatrici di un interesse pubblico *specifico*, ad un tempo generale e particolare[1]. Perciò, in tutte le decisioni che si prenderanno in esame, le "decisioni algoritmiche" rileveranno in quanto strumentali alla realizzazione di condotte anti-competitive, che l'intervento, per così dire "interessato", dell'Autorità ha censurato a tutela del funzionamento del mercato.

Secondariamente, l'indagine è condotta su di un piano oggettivo. Si procederà *per problemi*, talora analizzando congiuntamente decisioni di regolatori nazionali ed europei. Fatte le debite premesse, muoviamo.

2. L'*erompere* dei poteri privati nei mercati digitali

Il punto di vista del diritto della concorrenza rappresenta da sempre un osservatorio privilegiato delle dinamiche dell'economia[2]. Generalmente, è il mercato che precede il regolatore: modelli di *business* si sviluppano, crescono, attirano l'attenzione del regolatore, che tenta di ricondurre i comportamenti economici di cittadini e imprese sotto l'ombrello "protettivo" dell'ordinamento giuridico.

Oggi, l'*erompere*, per trasporre (e rovesciare di prospettiva) l'efficace espressione di Alberto Predieri[3] nell'ambiente digitale, dei nuovi poteri privati

[1] Per quanto attiene l'Antitrust italiana, il perimetro d'azione e gli interessi perseguiti sono definiti ai sensi degli artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990. Il pronunciamento della Corte, n. 13 del 2019, ha altresì chiarito che l'Autorità di regolazione non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97).

[2] S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa 2018, pp. 29 ss.

[3] A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

– le grandi piattaforme padrone degli algoritmi più intelligenti del mondo[4] – trasforma i mercati, rovescia paradigmi consolidati e impone all'ordinamento, talora di usare strumenti vecchi per fini nuovi, altre volte di concepire strumenti del tutto nuovi.

Specie con riferimento alla regolazione della concorrenza, è stato icasticamente osservato che *"the antitrust system peddles furiously on a bicycle to catch up with industry developments that speed ahead in a formula one car"*[5]. In una sorta di paradosso zenoniano, la regolazione sembra in qualche modo sempre rincorrere il succedersi di innovazioni tecniche e tecnologiche, che attraversano il mercato trasformando contemporaneamente domanda e offerta, senza mai però mettersi al passo[6].

Muoviamo innanzitutto da una breve analisi degli attori protagonisti: quelli che oggi sono chiamati "poteri privati digitali"[7]. L'espressione sta a definire quei soggetti che in ragione della particolare posizione di forza socio-economica detenuta, e in assenza di una qualche forma di "legittimazione democratica", detengono posizioni di 'potere', nel senso dell'attitudine che essi hanno ad incidere unilateralmente – nell'ambiente digitale – sulla sfera giuridica dei soggetti che con essi entrano in contatto[8].

Le relazioni giuridiche ed economiche che essi intrattengono con gli utenti non sono – generalmente – il frutto di un incontro simmetrico di volontà, a mo'

[4] E. MOROZOV, *Silicon Valley. I signori del silicio*, Codice, Torino 2017; M. DELMASTRO e A. NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, il Mulino, Bologna 2019, pp. 49 ss.

[5] W.E. KOVACIC, *Antitrust in High-Tech industries: Improving the Federal Antitrust Joint Venture*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 19, 2012, p. 1102, in G. COLANGELO-V. FALCE, *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, 2017, p. 46, nt. 2.

[6] Di *"sostanziale asimmetria dialettica tra i regolatori e le piattaforme"* parla A. DAVOLA, *"I vestiti nuovi dell'imperatore": il contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco e Facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust"*, in *Diritto di internet*, fasc. 1/2021, p. 65. Cfr. S. RANCHORDÁS-M. VAN 'T SCHIP, *Future-Proofing Legislation for the Digital Age*, in *Time, Law, and Change. An Interdisciplinary Study*, Londra, 2020, part IV, cap. 16.

[7] Sia consentito rinviare a A. SIMONCINI-E. CREMONA, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Scritti in onore di Hans-W. Micklitz e Giuseppe Vettori* e in *Persona e mercato*, fasc. 2/2021, pp. 244-260. Precursore sul tema fu G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, pp. 63 ss. Cfr. O. POLLICINO, *New Technology, Algorithms and the Rising of Private (Digital) Powers and new Challenges for Constitutional Law*, in https://blogs.eurac.edu/eureka/, 11 luglio 2019; O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 16 ottobre 2019; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico, in Politica del diritto*, fasc. 3/2018, pp. 507-530.

[8] O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 11 novembre 2020; A. SORO, *Democrazia e potere dei dati: Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019; A. MARCIANO, A. NICITA, G. B. RAMELLO, *Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism*, in *European Journal of Law and Economics*, 16 novembre 2020, pp. 345 ss.

di pattuizioni contrattuali, ma piuttosto l'esito dell'accettazione incondizionata dei termini di servizio da parte del soggetto interessato[9]. L'asimmetria è tale che le regole d'ingaggio per l'utilizzo del servizio somigliano più a *norme* (fonti private) che a condizioni di contratto[10].

Parliamo in particolare delle note piattaforme digitali, come Google, Amazon, Facebook, o dei grandi *player* economici che operano a livello globale nel campo della tecnologia, come Apple e Microsoft[11]: essi pervadono i mercati e assumono su di loro sempre maggiori funzioni, anche tradizionalmente proprie dei pubblici poteri. Non sono più soltanto protagonisti della realizzazione di scambi commerciali, ma forniscono servizi di più ampio interesse sociale, e talora "soddisfano" diritti sociali, costituzionalmente nominati[12].

Tra i vari *business models* che essi adottano, quello di certo maggiore successo è quello delle *digital platforms* che operano sui c.dd. mercati a più versanti (*multi-sided markets*)[13], nei quali distinti gruppi di utenti vengono posti in una situazione di interdipendenza reciproca[14]. In estrema sintesi, una piattaforma che opera su due o più versanti può generalmente applicare un prezzo maggiorato su un versante e così abbassare, o perfino azzerare, il prezzo sul versante collegato. Perciò, l'obiettivo della piattaforma diviene quello di attrarre quanti più utenti sul lato di mercato "sovvenzionato", in modo che gli

[9] Cfr. A. QUARTA, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorverglianza*, Napoli, 2020, pp. 299 ss. L'Autrice propone una interessante tassonomia nella quale distingue tra siti con contenuti privati, nei quali i termini d'uso possono essere equiparati a pattuizioni contrattuali, e siti con contenuti pubblici, nei quali i termini d'uso sono equiparati a dichiarazioni non negoziali.

[10] Il tema è di estremo interesse, anche per l'attitudine di queste 'fonti' a incidere su alcuni diritti fondamentali. Cfr. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019; sul fenomeno della transizione delle forme di autoregolazione da 'negozio giuridico' a 'fonte', fondamentale il contributo di G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, pp. 125 ss.; D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, 275 ss.

[11] Cfr. L. M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, pp. 710 ss.

[12] Fulgido esempio dell'essenzialità, per così dire, dei servizi offerti da Google è stata l'interruzione globale dei servizi *Google* del 14 dicembre 2020, che si è protratta per circa un'ora. Come riportato dal sito *Downdetector.it*, il *Google Down* ha interessato un'ampia gamma di servizi: *YouTube*, *Gmail*, *Google Suite* e *Google Maps*, *Google Drive* e *Google Translator*, paralizzando indifferentemente attività pubbliche e private.

[13] J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1(4), p. 990; A. HAGIU, J. WRIGHT, *Multi-Sided Platforms*, in *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 43, 2015, p. 162; M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, 23, 2009, p. 125.

[14] F. DUCCI, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets,* Cambridge University Press, 2020, pp. 24 ss.; S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*. Napoli, 2018.

utenti presenti sull'altro versante si facciano carico dei costi necessari per interfacciarsi con il primo gruppo di utenti[15].

Ed è così che i servizi digitali erogati sono in larga prevalenza gratuiti. O almeno così appare. *Google*, ad esempio, fornisce una costellazione di servizi che vanno dal noto motore di ricerca, ai servizi *mail*, all'intrattenimento tramite *Youtube*, alla navigazione tramite *GMaps*… la lista sarebbe lunghissima. *Apple*, pure, offre migliaia di *app* dalle più svariate funzionalità a costo zero, o comunque a prezzi molto contenuti. *Facebook*, che controlla *Instagram* e *Whatsapp*, mette i propri servizi a disposizione di miliardi di persone, senza che gli utenti versino apparentemente alcun corrispettivo economico. *Amazon*, che aggrega l'offerta di una sterminata quantità di beni, realizza spedizioni – spesso gratuite – in tutto il mondo e in tempi rapidissimi, oltre ad essere *leader* in una miriade di altri mercati, dal *clouding* al *gaming*. Eppure, queste quattro *corporations* (anche note come *big tech*) si collocano tra le prime capitalizzazioni a livello mondiale[16] ed espandono sempre più il proprio raggio d'azione, che ha da ultimo abbracciato anche le più tradizionali delle prerogative degli Stati sovrani: quella di battere moneta[17] e quella di pronunciare la giustizia[18].

[15] Si veda sul punto EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, 25th May 2016, COM (2016) 288 final. Cfr. M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance*, *The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018; Cfr. F. GHEZZI-G. OLIVERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, p. 192; O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 137, pp. 88 ss.; F. BASSAN, *Innovazione tecnologica e regolazione nell'Unione Europea, I mercati dell'algoritmo tra concorrenza e protezione dei dati*, in S. DOMINELLI, G.L. GRECO, *I mercati dei servizi fra regolazione e* governance, Torino, 2018, pp. 20-21.

[16] *Microsoft*, al primo posto, ha raggiunto nel 2018 una capitalizzazione pari 779,81 miliardi di dollari, *Apple* di 748,54 miliardi, *Amazon* di 734,42 miliardi, *Alphabet* (*holding* di varie società *Google*) di 723,47 miliardi. Sempre operanti nell'ambito *tech*, seguono la cinese *Tencent*, al sesto posto, con una capitalizzazione di 379,12 miliardi di dollari, *Facebook*, al settimo posto, con 376,73 miliardi, *Alibaba*, all'ottavo posto, con 352,53 miliardi, dati elaborati da Il Sole24Ore e disponibili su https://lab24.ilsole24ore.com/aziende-top/.

[17] Nel 2019, Facebook, insieme ad altri colossi privati, ha lanciato *Libra*, una criptovaluta creata per circolare dentro un sistema di pagamento che funzioni a livello mondiale. Il lancio della valùta ha avuto alterne fortune ed il progetto è stato prima archiviato e poi ripristinato con il nome, sempre latineggiante, di *Diem.* Cfr. https://www.diem.com/en-us/.

[18] Il 6 maggio 2020, *Facebook* ha annunciato di aver costituito un *Oversight Board*, cui ha affidato il compito di *"exercise independent judgment over some of the most difficult and significant content decisions"*. Facebook fa sapere che darà attuazione alle decisioni del consiglio *"a meno che ciò non possa violare la legge"* e che il *Board "non sarà in grado di ascoltare tutti i casi"*, senza però anticiparne i criteri di accesso. Il *Board* ha il compito di *"setting precedent and direction for content policy at Facebook"*, secondo un'impostazione tipica di common law. E a lungo termine, auspica il comunicato, il *Board* si propone di diventare un "trampolino di lancio" per approcci simili alla *"content governance"* nell'ambiente *online*. Il comunicato è reperibile al seguente *link*: https://about.fb.com/news/2020/05/welcoming-the-oversight-board/. Per un commento dei primi provvedimenti emessi si veda A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra* Independent Oversight Board *e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione*

Il fenomeno è oggi notorio: l'utente fruisce di un servizio e "in cambio" autorizza il trattamento dei dati personali[19], che iniziano ad essere oggetto di sfruttamento economico[20], arricchendo la piattaforma, che può a sua volta predire i comportamenti dei propri utenti, implementare i servizi e raccogliere maggiori dati[21]. Questa, in brevissimo, la "spirale" dell'economia dei dati personali[22].

n. 2021-001-FB-FBR, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, M. BASSINI, *Trump's Indefinite Ban: Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *VerfBlog*, 5 novembre 2021, in www.verfassungsblog.de/fob-trump-2/.

[19] J. M. NEWMANN, *The Myth of Free*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86, 2018, pp. 513 ss.; R. JANAL, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in LOHSSE-SCHULZE-STAUDENMAYER (a cura di), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 271.

[20] Sostanzialmente, o mediante la concessione di spazi agli inserzionisti sulla piattaforma o mediante una vera e propria cessione di tali dati a terze parti. Cfr. M. EDDY, *How Companies Turn Your Data Into Money*, 10th October 2018, on https://www.pcmag.com/news/how-companies-turn-your-data-into-money.

[21] L'idea che tali servizi non siano 'gratuiti' ha in realtà più di un precedente. Già negli *"Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali"* del 25 maggio 2016, la Commissione Europea aveva affermato che *"i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico* de facto*"*. Più di recente, si segnala il dibattito sorto sul *drafting* della Direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali. E infatti, nel considerando n. 13 della proposta della Commissione europea era dato di leggere che *"nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche beni di valore comparabile al denaro. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati"*. Nel *drafting* finale della direttiva 2019/770, la prospettiva "realista" sembra essere accantonata. Si legge al considerando n. 24: *"La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. […] Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali"*. Per una compiuta ricostruzione delle problematiche emergenti, si veda G. VERSACI, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in *European Review of Contract Law*, 2018; 14 (4), pp. 374–392; G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2018, pp. 411-440; AXEL METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties Do. Parties Have?,* in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic commercial law*, 2017, 8, 5; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dale fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, p. 164; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 583 ss.; nonché G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, pp. 464 ss.

[22] Sul valore economico dei dati personali la letteratura è sterminata. Per tutti, S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York 2019, *passim*. Si segnala altresì: A. MARCIANO, A. NICITA, G. B. RAMELLO, *Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism*, in *European Journal of Law and Economics*, 16 novembre 2020, pp. 345 ss.; M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018. Secondo l'*Osservatorio Big Data Analytics & Business*

3. Paradigmi classici e problemi contemporanei

Senza scadere nel catastrofismo, il fenomeno è più grave di quel che sembra, sia sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali nell'ambiente digitale, sia sul piano dell'adeguatezza dell'assetto della regolazione. La dinamica della regolazione del mercato in funzione della tutela della concorrenza, importata dal modello statunitense dello *Sherman Act*[23] e del *Clayton Act*, si muove ancor oggi secondo le logiche di regolazione *ex post*. I regolatori accertano fatti e comportamenti rispetto a norme previe: data una certa nozione di abuso di posizione dominante, l'Autorità di regolazione interviene sul mercato *una volta che* l'abuso si sia verificato e il danno alla concorrenza perpetrato (*theory of harm*).

Se in un contesto di relativa stabilità delle dinamiche di mercato tale meccanismo di intervento pubblico nell'economia poteva ritenersi efficace, e anzi massimamente rispettoso della libera iniziativa economica dei soggetti privati, nel contesto di un mercato in continua, profonda e sempre più rapida trasformazione gli antichi paradigmi sembrano non soccorrere più. Tantopiù se oggetto di scambio commerciale non sono più beni materiali e valori monetari, ma dati personali e personalissimi.

Si possono fare alcuni esempi, che saranno più ampiamente divisati nel séguito.

Il concetto di potere di mercato e la nozione di mercato rilevante, ai fini dell'individuazione degli abusi di posizione dominante, debbono fare i conti col fenomeno della centralità del 'dato personale' nell'ecosistema digitale. È la disponibilità di dati, dei *big data*, e degli algoritmi che li processano, ciò che principalmente qualifica il potere di mercato e rende possibile lo sfruttamento abusivo della posizione di dominanza o l'erezione di barriere all'ingresso. Secondo alcuni, tale aspetto non è stato sinora tenuto in sufficiente considerazione dai regolatori. Secondo altri, addirittura, la regolazione antitrust si

Intelligence del Politecnico di Milano, solo in Italia, i *Big Data* hanno raggiunto un valore complessivo di 1,4 miliardi di euro nel 2018; comunicato stampa dell'Osservatorio, 11 dicembre 2018, disponibile su: https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/comunicati-stampa/big-data-analytics-italia-mercato-2018.

[23] Lo *Sherman Antitrust Act* fu approvato nel 1890 ed è la più antica legge antitrust degli USA, volta a contrastare la formazione di monopoli e di cartelli. Per alcuni anni la legge rimase pressoché inapplicata, finché il Presidente Roosevelt non ne fece uso per combattere il trust ferroviario della *Northern Securities Company*, che nel 1902 fu sciolto; cfr. G.J. STIGLER, *Monopoly and Oligopoly by Merger*, in *The American Economic Review*, Vol. 40, No. 2, *Papers and Proceedings of the Sixty-second Annual Meeting of the American Economic Asociation* (May, 1950), pp. 23-34. In seguito anche il Presidente William Howard Taft la utilizzò per colpire il monopolio della American Tobacco Company. Il più grande successo dello Sherman Act fu lo smembramento, in ben ventisei società, della *Standard Oil*.

sarebbe sostanzialmente disinteressata della concentrazione di potere di mercato (cioè di dati e di informazioni, grazie al *network effect*) nelle mani delle Big Tech, confidando in una nozione di 'benessere del consumatore' esclusivamente basata sul prezzo. Anzi. Proprio grazie all'apparente gratuità dei servizi digitali offerti dalle piattaforme, queste hanno potuto raggiungere – sotto la vigile tolleranza delle autorità di regolazione – posizioni di sostanziale monopolio (o di "moligopolio")[24]. Come sottolinea Lina Khan, recentemente nominata *Chair* della *Federal Trade Commission* dal Presidente degli Stati Uniti Joe Biden[25], riferendosi ad Amazon, questa azienda "ha marciato verso il monopolio cantando il motivo dell'antitrust contemporaneo"[26].

Ancora. In un numero sempre maggiore di mercati, i prezzi di beni e servizi sono determinati dalle imprese senza l'intervento umano. Tali decisioni sono sempre più spesso deferite ad algoritmi e a sistemi di intelligenza artificiale. È stato osservato che tali algoritmi potrebbero colludere fra loro, anche se non progettati per realizzare intese illecite, e allineare i prezzi ad un livello sovracompetitivo. Anzi, alcuni studi rivelano che questo è esattamente ciò che accade[27]. Ora, tale fattispecie rischia di sfuggire al campo di applicazione delle regole antitrust, oscillando gli interpreti tra la riconduzione della fattispecie concreta sotto la categoria della collusione tacita, lecita, e la categoria della pratica concordata, questa sì sanzionabile, ma non senza alcune forzature interpretative. In più, tali algoritmi sono capaci di praticare prezzi discriminatori nei confronti dei consumatori finali. Ad esempio, sulla base dei precedenti acquisti, l'algoritmo (in maniera del tutto autonoma, solo sulla base di correlazioni e in virtù di sistemi di *machine learning*[28]) potrebbe con buona probabilità azzeccare l'esatta cifra che il consumatore è disposto a pagare per un certo prodotto. Cifra, questa, che potrebbe essere diversa per lo stesso prodotto ad un diverso consumatore.

In un'ottica meramente microeconomica, questo scenario si avvicina molto all'idea dell'ottimo paretiano, nel quale il mercato alloca il bene a prezzi perfetti, senza fallimenti. Ma in una prospettiva più larga, diremmo costituzionale,

[24] N. PETIT, *Big Tech and the Digital Economy: the Moligopoly Scenario*, Oxford, 2020.

[25] FEDERAL TRADE COMMISSION, *Lina Khan Sworn in as Chair of the FTC*, 15 giugno 2021, al seguente *link*: https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/06/lina-khan-sworn-chair-ftc. Cfr. l'editoriale del *Financial Times*, *Lina Khan brings a chance to reshape antitrust policy*, del 21 giugno 2021, al seguente *link*: https://www.ft.com/content/e95ad9f5-d9b9-49ec-a71e-8650da5e7ff2.

[26] L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, p. 716, cit. in S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 19.

[27] E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLÒ, J.E. HARRINGTON JR., S. PASTORELLO, *Protecting consumers from collusive prices due to AI*, in *Science*, 27 novembre 2020, vol. 370, issue 6520.

[28] Sull'opacità dei sistemi di intelligenza artificiale, per tutti, F. PASQUALE, *The black box society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, 2015.

siamo certi che tale efficienza consenta il rispetto della libertà, anzi delle libertà, del consumatore (se di solo consumatore si può parlare)?

Ebbene, nella quarta rivoluzione industriale[29] le più tradizionali nozioni del diritto antitrust, una volta trapiantate nell'ambiente digitale, sembrano traballare. Si pensi alla nozione di benessere del consumatore, alla definizione di mercato rilevante, di potere di mercato, di abuso di posizione dominante, tutte messe in crisi a livello globale: il diritto antitrust pare scosso dalle fondamenta, al punto che un numero elevatissimo di autorità di regolazione del mercato ha avviato, nel corso degli ultimi due anni, studi e indagini conoscitive sulla c.d. *digital competition*[30].

Siamo in realtà alle soglie, se non di un cambio di paradigma, di una grande novità nel campo della regolamentazione della concorrenza. Il 15 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato la propria *Proposta di Regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale* (c.d. *Digital Markets Act*)[31], nel quadro della più ampia strategia digitale dell'Unione europea[32], che inaugura una inedita – e tutta da sperimentare – modalità di regolazione *ex ante*. Tale regolamento mira ad introdurre una serie di criteri oggettivi volti a definire le piattaforme *online* di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso al mercato, i c.dd. *gatekeeper*[33], ponendo a carico

[29] L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, *passim*.

[30] Oltre all'Indagine conoscitiva sui Big Data, conclusasi nel 2020, svolta congiuntamente delle Autorità italiane per la concorrenza, le comunicazioni e la protezione dei dati personali, si richiamano la *Digital Platforms Inquiry* dell'Accc australiana (2019), il *Final Report* della britannica CMA (2020), l'*Investigation of Competition in Digital Marlets* dello statunitense *Subcommittee on antitrust* (2020). Si richiamano altresì le seguenti: BELGIAN COMPETITION AUTHORITY, DUTCH AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS, AND LUXEMBOURG CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Joint Memorandum on Challenges Faced by Competition Authorities in a Digital World* (2019); J. FURMAN, *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, Hm Treasury (2019); AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (Portogallo), *Digital ecosystems, Big Data and Al*, (2019); J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era. Report for the European Commission* (2019); AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Contribution to the Debate on Competition Policy and Digital Challenges* (2020); GERMAN EXPERT COMMISSION «COMPETITION LAW 4.0», *A New Competition Framework for the Digital Economy* (2019); STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, *Final Report* (2019), citt. in R. PARDOLESI-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3, 2020, pp. 518-519.

[31] Commissione europea, *Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale* (*Digital Markets Act*), del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente *link*: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=it.

[32] Commissione europea, *Communication: Shaping Europe's digital future*, 19 febbraio 2020, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_it.

[33] Sono prese in considerazione le imprese che: (i) detengono una posizione economica forte, hanno un impatto significativo sul mercato interno e operano in più paesi dell'UE; (ii) occupano una forte posizione di intermediazione, nel senso che collegano un'ampia base di utenti a un gran numero

di queste una serie di obblighi e di vincoli che garantiscano agli innovatori di domani di farsi largo tra odierni *incumbent*[34].

4. Le traiettorie del diritto antitrust nella *digital economy*

4.1 Concentrazione di dati e potere di mercato

Secondo la teoria classica, la concentrazione di potere di mercato e, soprattutto, l'abuso della conseguente posizione dominante, deve essere combattuta perché finisce per distorcere l'efficace allocazione delle risorse, mentre i prezzi perdono la loro funzione di indicatori della scarsità. Nell'ambiente digitale, la "scomparsa" del prezzo ha posto più di un problema.

Per un certo periodo di tempo, la dottrina dominante, essenzialmente riconducibile alla Scuola di Chicago, ha escluso l'intervento antitrust in caso di 'prezzi' bassi o nulli[35]. Ciò sull'assunto per cui il diritto antitrust protegge la concorrenza e non i concorrenti[36].

Senonché, nel mondo dei c.d. *multi-sided markets*, i prezzi nulli in un versante di mercato sono funzionali all'acquisizione di importanti quote di mercato sugli altri versanti: da lì giunge la remunerazione degli investimenti e la copertura dei costi di entrambi i versanti, senza che la piattaforma conosca mai perdite, neppure nel breve periodo[37].

Il tema del ruolo dei dati come volano per la concentrazione del potere di mercato ha iniziato a porsi con l'annuncio da parte di Google, dell'aprile del 2007, di acquisire la società *DoubleClick*, società operante nel campo delle

di imprese; (iii) detengono (o stanno per detenere) una posizione solida e duratura sul mercato, vale a dire stabile nel tempo. Cfr. art. 3 della Proposta.

[34] Ad esempio, i *gatekeeper* dovranno: rendere i propri servizi interoperabili per i terzi in situazioni specifiche; consentire agli utenti commerciali di accedere ai dati che generano utilizzando la piattaforma; fornire alle imprese che fanno pubblicità sulla piattaforma gli strumenti e le informazioni necessarie per consentire agli inserzionisti e agli editori di effettuare verifiche indipendenti dei messaggi pubblicitari ospitati dalla piattaforma; consentire agli utenti commerciali di promuovere la loro offerta e concludere contratti con clienti al di fuori della piattaforma. Viceversa, i *gatekeeper* non dovranno più: riservare ai propri servizi e prodotti un trattamento favorevole in termini di classificazione rispetto a servizi o prodotti analoghi offerti da terzi sulla loro piattaforma; impedire ai consumatori di mettersi in contatto con le imprese al di fuori della piattaforma; impedire agli utenti di disinstallare software o applicazioni preinstallati se lo desiderano.

[35] S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, Napoli, 2018, pp. 18-19.

[36] R.H. BORK, E.F. SIDAK, *What does the Chicago law School Teach About Internet Search and the Treatment of Google?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 8, 4, 2012, pp. 663-700.

[37] Per tale ragione si esclude l'applicabilità della dottrina dei prezzi predatori: in ogni caso la somma dei prezzi praticati ai gruppi di utenti dei versanti di mercato supera i costi marginali sofferti per l'offerta dei servizi. Cfr. M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO-V. FALCE, *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017, p. 59, nt. 30; J. WRIGHT, *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*, in *review of Network Economics*, 3, 2004, p. 48.

inserzioni pubblicitarie *online*[38]. L'accordo di fusione ha sollevato preoccupazioni antitrust sia in Europa che negli USA, ma in entrambi casi la fusione è stata autorizzata, di fatto dando la stura ad una vera e propria stagione di c.dd. *killer acquisitions*[39]. In particolare, la Commissione europea ebbe a rilevare che l'effetto di *data collection* che si sarebbe venuto a creare non avrebbe conferito al soggetto incorporante un vantaggio competitivo non replicabile da parte di concorrenti come *Microsoft* o *Yahoo*[40].

La storia, com'è noto, ha smentito l'ottimistica previsione della Commissione, che per alcuni anni ha continuato, se non a sottovalutare, ad avallare le aspirazioni monopolistiche delle Big Tech. Ancora un fulgido esempio giunge dalla autorizzazione delle fusioni tra *Microsoft/Yahoo*, nel 2010, e *Facebook/Whatsapp*, avvenuta nel 2014. Nel primo caso, la Commissione ritenne che la fusione avrebbe consentito di accrescere il livello di concorrenza nel mercato, grazie alla creazione di un competitor di *Google* su larga scala[41]. Nel secondo, la Commissione affermò che, se anche il soggetto esitante dalla fusione avesse raccolto e trattato i dati degli utenti di *WhatsApp* per migliorare i servizi di *targeting* su *Facebook*, la fusione non avrebbe pregiudicato il mercato (*theory of harm*) in quanto avrebbero continuato a residuare moltissimi dati di

[38] La società *DoubleClick* sviluppava e forniva servizi per l'inserzione pubblicitaria online ed è stata definitivamente acquisita da Google nel marzo 2008, per oltre tre miliardi di dollari. DoubleClick offriva prodotti e servizi tecnologici che venivano venduti principalmente ad agenzie pubblicitarie e mass media che servivano aziende quali Microsoft, General Motors, Coca-Cola, Motorola, L'Oréal, Apple, Visa, Nike. La principale linea di prodotti dell'azienda era nota come DART (*Dynamic Advertising, Reporting, and Targeting*), che aveva lo scopo di aumentare l'efficienza di acquisto degli inserzionisti e ridurre al minimo l'invenduto per i *publisher*. Cfr. DoubleClick Inc. 2004 Form 10-K Annual Report, disponibile al seguente *link*. https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/0001049480/000095012305003222/y06461e10vk.htm.

[39] Nel maggio 2007, la *Federal Trade Commission* statunitense ha richiesto ulteriori informazioni sull'accordo, anche a séguito delle sollecitazioni ricevute da Microsoft, che riteneva che la fusione avrebbe dato a Google un controllo eccessivo sulla pubblicità *online*; cfr. Steve Lohr, *Microsoft Urges Review of Google-Double Click Deal*, sul *The New York Times* del 16 aprile 2007, disponibile al seguente *link*: https://www.nytimes.com/2007/04/16/technology/16soft.html. Il 20 dicembre 2007, la FTC ha approvato l'acquisto di *DoubleClick* da parte di Google dai suoi proprietari Hellman & Friedman e JMI Equity. In Europa, la Commissione ha concesso l'approvazione l'11 marzo 2008.

[40] Cfr. *Commission decision of 11/03/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement, Case No COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick*, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf. In particolare, al punto 269 si legge che *"even the merged entity, let alone DoubleClick alone, would not have access to unique, non-replicable data because the type of information collected by DoubleClick is relatively narrow in scope. Other companies active in online advertising have the ability to collect large amounts of more or less similar information that is potentially useful for advertisement targeting"*.

[41] *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, Case n. COMP/M.5727 – Microsoft/ Yahoo! Search Business*, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf.

utenti *online*, utilizzabili per la pubblicità *online*, non sotto controllo di *Facebook*[42].

Una punta di resipiscenza compare invece nell'autorizzazione condizionata della fusione *Microsoft/Linkedin*, nel 2016[43]. La Commissione ha infatti specificato che la tutela della *privacy*, pur non rientrando direttamente nell'ambito del diritto europeo della concorrenza, può essere tenuta in considerazione nella valutazione antitrust nella misura in cui i consumatori la percepiscano come un fattore di qualità del servizio e le imprese concorrano tra loro anche sulla base di tale fattore. In questo caso, quindi, la Commissione ha affermato che i termini di protezione della *privacy* costituiscono un fattore concorrenziale importante tra gli operatori di *social network* e che tale parametro di qualità avrebbe potuto subire un abbattimento in conseguenza della concentrazione, in assenza degli impegni poi adottati da *Microsoft*[44].

[42] *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp*, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. In particolare, al punto 188 si legge che: *"the Commission refers to the results of the market investigation presented above (paragraph (177)), which indicate that, post-Transaction, there will remain a sufficient number of alternative providers of online advertising services. In addition, the Commission notes that there are currently a significant number of market participants that collect user data alongside Facebook. These include, first of all Google, which accounts for a significant portion of the Internet user data and, in addition, companies such as Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe and Yelp, among others".* Allo stesso modo, anche nella valutazione dell'operazione *Apple/Shazam*, la Commissione ha ritenuto che l'integrazione dei *database* delle parti, contenenti dati sui rispettivi utenti, non avrebbe conferito al soggetto esitante dall'operazione di fusione un *"vantaggio non replicabile"*. Ciò in quanto i *database* contenevano dati non unici e non qualificabili come *input* importanti per la fornitura di prodotti a valle. Cfr. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/20041 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area*, *Case M.8788 Apple/Shazam*, disponibile al seguente *link*: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf.

[43] Al fine di superare le criticità emerse nel corso dell'istruttoria, Microsoft ha offerto l'assunzione di impegni, della durata di cinque anni, applicabili nello Spazio Economico Europeo (SEE), che la Commissione ha accettato e reso vincolanti come condizione per l'autorizzazione della concentrazione. In particolare: (i) assicurare che i produttori e distributori di PC siano lasciati liberi di non installare LinkedIn su Windows e consentire agli utenti di rimuoverlo nel caso in cui i produttori e distributori di PC decidessero di pre-installarlo; (ii) consentire ai concorrenti di LinkedIn di mantenere gli attuali livelli di interoperabilità con i prodotti di Microsoft Office tramite il c.d. Office *add-in program* e *Office application programming interfaces*; (iii) garantire ai concorrenti di LinkedIn l'accesso a Microsoft Graph, un portale per sviluppatori di software, usato per sviluppare applicazioni e servizi che, con il consenso degli utenti, accedono ai loro dati immagazzinati sulla *cloud* di Microsoft, come ad esempio i contatti, le informazioni del calendario ed e-mail. Gli sviluppatori possono eventualmente utilizzare questi dati per spingere gli utenti ad abbonarsi ai propri social network professionali.

[44] *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/20041 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area, Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn*, disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf.

Il trend descrive una maturata, ma forse non ancora matura, concezione dei *big data* come viatico per la formazione di monopoli (sorta di *essential facility*)[45]. L'esitazione a "colpire" le concentrazioni di dati deriva probabilmente da quanto detto in premessa: la concezione, o il mito[46], dei servizi digitali come servizi gratuiti ha indotto prudenza nell'intervento del regolatore che, non ravvisando nella cessione dei dati personali un costo per il consumatore, ha per molto tempo ritenuto massimizzato il suo benessere finale. Dunque, inutile, se non disutile, il suo intervento.

Oggi il paradigma sembra mutare, quantomeno in Europa, e ciò forse più grazie all'intervento delle autorità nazionali di regolazione che alla Commissione. Lo si vede nel paragrafo che segue.

4.2 I dati come prezzo, la *privacy* come nuova base giuridica dell'*enforcement* antitrust

Germania e Italia costituiscono oggi, probabilmente, i due ordinamenti nei quali appare più evidente il processo di funzionalizzazione del diritto antitrust alla tutela di beni giuridici diversi dalla concorrenza e, in particolare, della *privacy*. In entrambi gli ordinamenti, il destinatario degli interventi delle Autorità è *Facebook*.

In Germania, il *Bundeskartellamt*[47] ha avviato nel 2016 un procedimento contro Facebook per abuso di posizione dominante e per la messa in atto di condotte anticoncorrenziali *per il tramite* della sistematica violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali[48]. In particolare, la decisione

[45] A suggerirne tale potenziale qualificazione è la stessa AGCM, nell'*Indagine conoscitiva sui Big Data*, a p. 109, laddove si legge che *"ai fini dell'analisi dell'indispensabilità tipica della dottrina antitrust dell'essential facility nel settore dei Big Data, almeno tre aspetti specifici appaiono potenzialmente rilevanti: – la natura personale o meno dei dati oggetto della richiesta di accesso; 110 – se i dati in questione siano stati: i) volontariamente forniti dal soggetto a cui si riferiscono; ii) rilevati dall'operatore dominante; iii) ricavati tramite attività di analisi dei dati svolte dall'operatore in questione (analytics); – il grado di aggregazione dei dati oggetto della richiesta di accesso potendo distinguere, dunque, tra dati a livello individuale, aggregati o bundled. In ogni caso, la specificità, la quantità e la qualità dei dati possono configurare un ostacolo alla concorrenza e favorire una condotta abusiva, nella forma di un rifiuto a contrarre, solo laddove tali dati integrino i requisiti stringenti di una essential facility per la fornitura di un particolare servizio"*.

[46] Cfr. J.H. NEWMANN, *The Myth of Free*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86, 2017, *University of Memphis Legal Studies Research Paper No. 163*, p. 3, dove si rileva come *"Freeconomics" has replaced standard economics. The marginal costs of digital products supposedly fell to zero, causing prices to follow. Scarce goods are costly; abundant goods are Free. And standard economics cannot account for Free"*.

[47] Decisione del 6 febbraio 2019; *Facebook Inc., Menlo Parc, U.S.A., Facebook Ireland Ltd., Dublin, Ireland, Facebook Deutschland GmbH/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Berlin*.

[48] La decisione in merito alla violazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte di Facebook è stata resa sulla base dell'asserita violazione del divieto di condotte abusive sancito all'art. 19 della normativa antitrust tedesca (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB).

si è occupata della condotta consistente nell'inserimento, all'interno delle proprie condizioni contrattuali, di una serie di clausole che autorizzavano la società ad acquisire, combinare ed analizzare i dati generati dagli utenti nel corso delle loro attività *online*, non solo sulla piattaforma Facebook, ma anche dall'utilizzo di altri servizi di proprietà della stessa, come ad esempio *WhatsApp* o *Instagram*, nonché dall'interazione con siti *web* di proprietà di terze parti, ma che si avvalevano dei *Facebook business tools*.

Ad avviso del *Bundesrkartellamt*, l'assenza di un'informazione chiara agli utenti in merito a queste condizioni (appena descritte in modo generico e senza far riferimento ai singoli servizi considerati, all'interno dei *terms and conditions* di Facebook) sarebbe stata illegittima in quanto incompatibile con il diritto all'autodeterminazione informativa e alla *privacy* garantiti dalla Carta costituzionale tedesca, dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali e del GDPR.

Peraltro, ha rilevato il *Bundesrkartellamt*, Facebook attraverso il ricorso a questa pratica è stata in grado di raccogliere una tale quantità di dati personali da porre l'azienda in una posizione di preminenza assoluta nel diverso versante di mercato rappresentato dalla vendita di servizi di pubblicità targettizzata, consentendo agli inserzionisti di sfruttare l'elevato grado di profilazione degli utenti del *social network* per proporre annunci a specifici gruppi di consumatori.

Per conseguenza, Facebook avrebbe sia leso la libertà di autodeterminazione informativa dei propri utenti sia pregiudicato il mercato concorrenziale dei servizi pubblicitari *online*, sfruttando la posizione di dominanza nel mercato dei dati, illecitamente acquisita.

La decisione è stata variamente commentata ed ha avuto alterne fortune nel vaglio giurisprudenziale[49]. Facebook ha impugnato la decisione dinanzi al tribunale regionale superiore competente, l'*Oberlandesgericht Düsseldorf*. In sede cautelare, l'istanza sospensiva è stata accolta, ritenendo i giudici sussistenti evidenti incongruità nell'apparato motivazionale della decisione, con particolare riferimento alla prova del pregiudizio alla concorrenza e alla sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta commerciale di Facebook e il *vulnus* concorrenziale[50].

[49] V. COLANGELO-M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice,* 2017, 8, 363; G. DAVOLA, *"I vestiti nuovi dell'imperatore": il contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco*, cit., p. 63; R. Pardolesi-R. VAN DEN BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3, 2020, pp. 507 ss.; C. OSTI-R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook,* in *Mercato, concorrenza, regole,* 2019, 195; A. GIANNACCARI, *Facebook e l'abuso da sfruttamento al vaglio del Bundesgerichtshof, ibidem*, 2020, 403-409.

[50] *Oberlandesgericht Düsseldorf*, decisione del 26 agosto 2019*,* VI-Kart 1/19 (V); *Bundeskartellamt c. Facebook.*

In buona sostanza, il tribunale ha ritenuto che non fosse affatto certo, in uno scenario controfattuale (*but-for*), che se anche i consumatori fossero stati messi nella condizione di graduare il livello di informazioni condivise con il *social network*, avrebbero scelto la soluzione più *privacy-preserving*. E in ogni caso, il consenso sarebbe stato raccolto da Facebook in maniera lecita, talché non si versava in una ipotesi di abuso di posizione dominante.

A sua volta, la decisione dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf* è stata impugnata dinanzi alla Corte suprema federale tedesca, il *Bundesgerichtshof*, che ha di nuovo ribaltato la decisione, confermando quella del *Bundeskartellamt*[51]. Nella sentenza la Corte suprema ha affermato che le suddette condizioni contrattuali applicate da Facebook possono ben costituire un abuso di posizione dominante, indipendentemente dalla loro conformità al GDPR (così sfruttando la potenzialità del diritto antitrust di colpire anche comportamenti leciti, quando anticoncorrenziali).

Secondo i giudici, la fenomenologia dell'abuso sarebbe consistita nell'elisione della possibilità di scelta del consumatore (*fehlende Wahlmöglichkeit*), ovvero nella decisione di non offrire opzioni differenziate tra cui scegliere nella fruizione dei servizi di Facebook[52].

La questione, tornata all'*Oberlandesgericht Düsseldorf* per la cognizione di merito, è stata subito rimessa, nell'aprile 2021, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che sarà perciò chiamata a districare la matassa che si è formata tra due dei più importanti plessi normativi del diritto unionale.

In dottrina è stato osservato come la decisione sostanzialmente recida il nesso causale tra la condotta e il pregiudizio alla concorrenza, arrestando l'indagine sull'abuso di posizione dominante sulla soglia della mera "compressione" della libertà di scelta del consumatore[53]. Si tratta di una novità non di poco conto, considerato che il rigoroso vaglio del nesso di causalità costituisce da sempre un argine importante al rischio della *imprevedibilità* dell'intervento delle autorità di regolazione antitrust, già caratterizzato dall'operare *ex post*.

Peraltro, è tutto da dimostrare che i consumatori, posti nella possibilità di scegliere tra una esperienza del *social network* deteriore ma *privacy-preserving* e una esperienza migliore ma *privacy-sharing* prediligano la prima. Anzi, alcuni studi mostrano come i consumatori, nella più parte, *vogliano* essere profilati e

[51] *Bundesgerichtshof*, decisione del 23 giugno 2020; KVR 69/19; *Facebook.*

[52] *Ivi*, punto 103.

[53] A. WITT, *Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct – The German Facebook Case*, in *Antitrust Bulletin Jean Monnet Working Paper 1/20*, p. 33; G. DAVOLA, *"I vestiti nuovi…*, cit., p. 69; R. PARDOLESI E A., *Facebook e i peccati…*, cit., pp. 524-527.

ricevere pubblicità mirate[54]. Perciò, correttamente è stato sollevato il problema del rischio di una supervalutazione del ruolo concorrenziale dei *privacy terms*[55].

Alla saga tedesca, come anticipato, si accompagna quella italiana, definita dal Consiglio di Stato con sentenza del 29 marzo 2021[56], che ha confermato una parte delle sanzioni inflitte a Facebook dall'AGCM in applicazione della normativa a tutela del consumatore[57].

In quel caso l'Antitrust italiana ha contestato a Facebook due pratiche commerciali scorrette: una pratica ingannevole[58], consistente nell'informazione inadeguata al consumatore sul trattamento dei dati personali (peraltro fuorviata dal *claim* "Facebook è gratis e lo sarà sempre" che campeggiava nella pagina di accesso), e una pratica aggressiva, consistente in un indebito condizionamento del consumatore, costretto ad acconsentire a che Facebook o soggetti terzi effettuassero la raccolta e il trattamento dei dati personali, tramite la preselezione del consenso[59].

Per conseguenza, l'Autorità aveva condannato Facebook al pagamento di una sanzione amministrativa pari a cinque milioni di euro per ciascuna pratica commerciale scorretta e alla pubblicazione di una dichiarazione rettificativa sulla pagina di accesso al sito.

Di fronte al giudice amministrativo, il provvedimento è stato in parte confermato, con riferimento alla prima delle due pratiche scorrette, e in parte demolito, con riferimento alla seconda, sia in primo grado che in secondo grado, con sentenze sostanzialmente sovrapponibili nel contenuto.

Per quanto qui ci occupa, è interessante evidenziare alcuni princìpi molto importanti che sono certamente destinati ad avere séguito.

Innanzitutto, il giudice amministrativo ha affermato la sussistenza di una violazione della normativa consumeristica per pratiche commerciali scorrette[60]

[54] R. PARDOLESI, *ult. cit.*, p. 528.

[55] G. DAVOLA, *ult. cit.*, p. 68.

[56] Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631.

[57] AGCM, Provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018.

[58] Ai sensi degli artt. 20, 21, 22 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

[59] Ai sensi degli artt. 20, 24, 25 del Codice consumo.

[60] In tal sede, il Consiglio di Stato ha ricordato che "l'espressione "pratiche commerciali scorrette" designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 d.lgs. 206/2005 (recante il Codice del consumo, in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE). La finalità perseguita dalla direttiva europea consiste nel garantire, come si desume dal "considerando 23", un elevato livello comune di tutela dei consumatori, procedendo ad un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese, ivi compresa la pubblicità sleale, nei confronti dei consumatori. 30/3/2021 39/44. Scopo della normativa è quello di ricondurre l'attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza. Il fondamento dell'intervento è duplice: da un lato, esso si ispira ad una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, la cui piena esplicazione si ritiene presupponga un contesto di piena "bilateralità", dall'altro, in termini analisi economica, la trasparenza del mercato è idonea ad innescare un controllo decentrato sulle condotte degli operatori economici

per il fatto che non v'era un *claim* chiaro sulla raccolta e l'uso a fini commerciali, talché l'informazione al consumatore era "non veritiera e fuorviante"[61]. Ciò tantopiù a fronte del fatto che il 98% del fatturato di Facebook deriva da pubblicità *online* per la quale gli inserzionisti sono disposti a pagare proprio per poter raggiungere *target* di utenti profilati.

In più, la sentenza ha delineato una sorta di obbligo di posizione in capo alla piattaforma, in quanto il fenomeno della patrimonializzazione del dato personale "impone" agli operatori di rispettare nei confronti del consumatore "obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni" poiché questi "deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio quale è quello di utilizzo di un *social network*"[62].

Infine, rigettando l'eccezione di incompetenza dell'Autorità antitrust formulata da Facebook[63], ha affermato la complementarità tra la disciplina della *privacy* e quella del consumo nell'ottica di sviluppo di un sistema di tutele multilivello del soggetto "interessato-utente-consumatore"[64].

Ora, si potrebbe rilevare che è un fatto che i dati personali, nella pratica del mercato, siano – da lungo tempo – considerati come una merce, una *commodity*. Ciò accade nonostante l'ordinamento euro-nazionale fatichi ad ammetterlo[65].

inefficienti". Perciò, "le politiche di tutela della concorrenza e del consumatore sono sinergicamente orientate a promuovere il benessere dell'intero sistema economico".

[61] Tar Lazio n. 260/2020 cit., ripreso da Cons. Stato n. 2631 cit.

[62] *Ibidem*.

[63] Facebook aveva eccepito il difetto assoluto di attribuzione del potere in capo all'Antitrust per il fatto che – essendo il servizio "genuinamente gratuito" – non si verteva nell'ipotesi di acquisto ai sensi della disciplina del consumo, ma semmai di trattamento dei dati personali, di competenza del Garante (nel caso, irlandese quale autorità capofila). Curioso è anche il fatto – seppur forse solo dovuto a strategia processuale – che Facebook invochi l'applicazione della disciplina sulla *privacy* per difendersi dalle contestazioni dell'Autorità. Il fatto potrebbe essere invocato per corroborare la tesi contenuta nei paragrafi precedenti: che la regolamentazione europea sia in realtà più "confortevole" per le grandi piattaforme digitali.

[64] "Ferma dunque la riconosciuta "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri in materia di tutela di ogni strumento di sfruttamento dei dati personali, deve comunque ritenersi che allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche". Il giudice, quindi, rigetta l'idea di "compartimenti stagni di tutela", verso "tutele multilivello", che amplifichino "il livello di garanzia dei diritti, anche quando un diritto personalissimo sia "sfruttato" a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore". Così Cons. Stato n. 2631/2021 cit.

[65] Il dibattito che ha preceduto il *drafting* finale del considerando n. 24 della direttiva UE 770/2019 è, in questo senso, emblematico: la Commissione, nella sua proposta, qualificava la cessione dei dati come una "controprestazione", mentre il testo finale della direttiva afferma che i dati non possono essere considerati come una "merce". L'affermazione si risolve in una sorta di petizione di

Sul piano del diritto interno, perciò, l'intervento dell'AGCM ha consentito di affrontare il tema apertamente, seppur tramite l'*escamotage* della informazione ingannevole, e di affermare finalmente la complementarietà tra i plessi normativi della *privacy*, del consumo e, si può considerare nello spirito dei provvedimenti giudiziari esaminati, anche antitrust.

Certo deve tenersi a mente che – comunque – una qualche differenza tra il pagamento di un servizio in 'dati personali' e il pagamento in 'denaro' continua a permanere: i dati, infatti, sono generalmente beni di tipo non-rivale; l'uso da parte di un soggetto non esclude la possibilità che un altro, contemporaneamente, utilizzi profittevolmente lo stesso dato, poiché l'uso non esaurisce la funzione né il dato stesso[66]. In altre parole, mentre il pagamento in denaro determina un 'impoverimento' dell'acquirente (uno spostamento di valore monetario da un soggetto ad un altro), all'esito di un pagamento in dati entrambi i soggetti "possiedono" i dati scambiati.

Ad ogni modo, per quanto qui ci occupa, sebbene il "valore economico" del dato personale sia stato accertato e la sanzione sia stata inflitta, il problema dello sfruttamento intensivo dei dati personali (all'insaputa) degli utenti è destinato a permanere.

L'irrogazione di tali sanzioni o l'innalzamento del livello di informazione del consumatore (per quanto ciò possa realizzarsi per il tramite di una "dichiarazione rettificativa" pubblicata da Facebook per 20 giorni) difficilmente consentirà di riequilibrare il rapporto asimmetrico tra piattaforma e utente-consumatore. E dal momento che Facebook non accenna a mutare il proprio modello di *business*, c'è da attendersi che le conseguenze di tali decisioni saranno ancora una volta "scaricate" sul consumatore, che sarà chiamato, forse, a spuntare qualche casella in più prima di accedere al servizio di *social network*.

Le due saghe mostrano perciò ad un tempo, da un lato, la buona volontà dei regolatori antitrust nazionali, protesi ad allargare la base normativa d'appoggio dell'*enforcement* antitrust a tutela dei (non più) nuovi diritti nell'ambiente digitale, ma dall'altro però ne confessano anche il limite, risultando abbastanza chiaro come i due procedimenti siano stati attivati a mo' di *strategic litigation*, e cioè più per soddisfare esigenze di controllo sostanziale dei poteri privati che per una effettiva, efficace, tutela della concorrenza e dei consumatori.

principio, alla quale non consegue l'adozione di misure supplementari rispetto a quelle già disposte dal GDPR.

[66] A. GALIANO-A. LEOGRANDE-S.F. MASSARI-A. MASSARO, *I dati non personali: la natura e il valore*, in *Rivista informatica di informatica e diritto*, fasc. 1/2020, p. 63. Cfr. H. ZECH, *Information as Property*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 6, 2015, n. 3, p. 192; A. DE FRANCESCHI-M. LEHMANN, *Data As Tradable Commodity and New Measures for Their Protection*, in *The Italian Law Journal*, vol. 1, 2015, n. 1.

4.3 I *Big Data* (e gli algoritmi che li processano) come *essential facilities* nel mercato della pubblicità *online*

Se i precedenti appena evocati hanno fatto parlare di abbandono dell'approccio economico[67], l'istruttoria aperta dall'AGCM sulla pubblicità *online* sembra segnarne il ritorno, con un più saldo ancoraggio agli istituti tradizionali e ai metodi econometrici.

Si è detto che negli ecosistemi digitali, l'estrazione e la raccolta dei dati personali (e non personali) costituiscono un "fattore di prezzo". Perciò più sono le informazioni raccolte sugli utenti, meglio le piattaforme possono soddisfarne le preferenze, diventando più efficienti.

Proprio di questo si dolgono gli operatori pubblicitari il cui esposto ha determinato l'apertura di un'inchiesta dell'AGCM a carico di Google[68], il quale avrebbe posto in essere una condotta di discriminazione interna-esterna, consistente nel rifiutare di fornire le chiavi di decriptazione dell'Id Google e nell'escludere la possibilità di tracciamento dei *pixel* di terze parti. Ciò, peraltro, a fronte del contestuale utilizzo, da parte delle proprie divisioni interne, di strumenti di tracciamento che consentono di rendere i servizi di *advertising* di Google in grado di raggiungere una capacità di targettizzazione che altri concorrenti, pur altrettanto efficienti, non sono in grado di replicare, così venendosi a determinare un ingiustificato vantaggio competitivo.

In buona sostanza, ciò che è oggi contestato a Google è… l'utilizzo dei dati a sua disposizione e negati ai concorrenti (perché pseudonimizzati o aggregati) per il miglior tracciamento dei propri clienti.

I *Big Data* vengono così considerati come risorse essenziali[69], perché *"da essi dipendono caratteristiche fondamentali del servizio reso, in particolare in termini di innovazione e/o di personalizzazione"*. L'Autorità intraprende quindi l'irta strada della dottrina delle *essential facilities*, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha disseminato di ostacoli. Giova ricordare le fasi del test che è necessario superare prima di poter ritenere ammissibile la qualificazione di una risorsa alla stregua di una risorsa essenziale: anzitutto, si distingue tra mercato a monte e mercato a valle; dopodiché, occorre che l'impresa detentrice dell'*essential facility* sia dominante nel mercato a monte; quindi, che sia presente anche nel mercato a valle; infine, che l'accesso alla risorsa essenziale sia richiesto al fine di poter erogare un nuovo prodotto o servizio ai consumatori e che il diniego non sia sorretto da una giustificazione oggettivamente apprezzabile[70].

[67] R. PARDOLESI e a., *ult. cit.*, pp. 527 ss.
[68] AGCM, Provvedimento A542 del 20 ottobre 2020.
[69] Cfr. altresì l'*Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., pp. 109 ss.
[70] Cfr. S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 46.

Effettivamente da qualche tempo una certa dottrina aveva preconizzato la possibilità di trattare l'enorme quantità di dati estratta dalle grandi piattaforme come *essential facilities*[71] e anzi qualche autore si è spinto a perorare la causa di un *data-sharing mandate* per le imprese in posizione dominante nei mercati digitali[72]. Questo pare essere il caso e lo svolgimento dell'istruttoria è tutto da seguire.

Ad ogni modo, a prescindere dall'esito del procedimento, quandanche fosse riconosciuta la natura di risorse essenziali dei dati in possesso di Google, bisogna osservare che probabilmente ciò non sarebbe sufficiente a liberare il mercato dal giogo del monopolio: è stato appropriatamente osservato che "sono gli algoritmi a conferire ed estrarre valore dai dati grezzi mediante l'analisi descrittiva, predittiva e prescrittiva"[73] e pertanto si dovrebbe prendere in considerazione l'ipotesi che sia la combinazione dei *Big Data* con *un certo algoritmo* ad erigere la barriera all'ingresso del mercato e quindi a porre i più seri problemi antitrust.

Il ragionamento, se portato agli estremi, finirebbe per includere l'algoritmo di Google nell'*essential facility* del mercato dell'*online advertising*, con rilevanti conseguenze sul piano antitrust: scenario, questo, che per il momento può essere preso in considerazione solo per pura speculazione teorica.

Quel che comunque appare sin da subito evidente è che l'approccio *privacy-oriented* che aveva caratterizzato la procedura intentata contro Facebook è in questo caso accantonato, in favore di uno più economico e di una garanzia della concorrenza, per così dire, "pura".

In questo caso l'Autorità non si cura della possibile violazione del diritto alla *privacy*, né – più sottilmente – del rischio di compromissione della libertà di scelta del consumatore, ma si occupa solo della utilizzazione dei dati a fini di profilazione e, dunque, si pone al di là del bene e del male, al di là delle ragioni e delle modalità con cui tali dati sono stati raccolti.

Se da un lato tale decisione ha il pregio di riportare l'*enforcement* antitrust entro i canoni della prevedibilità, dall'altro occorre però evidenziare come il susseguirsi di approcci differenti rischi di qualificare l'intervento dell'Autorità come *randomico* e la protezione degli interessi 'altri', come la *privacy* (pur se

[71] I. GRAEF, *Eu Competition Law, Data Protection and Online Platforms. Data as Essential Facilities*, Alphen an de Rijn, 2016, p. 259. Sul tema si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy*, 10 gennaio 2017, pp. 19-20.

[72] V. MAYER-SCHOMBERGER-T. RAMGE, *Reinventing Capitalism in the Age of Big Data*, Parigi, 2018, p. 169. Cfr. S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit. p. 48, dove gli Autori sollevano – tra gli altri – un interrogativo fondamentale: risorsa essenziale è il dato o l'informazione? E se è l'informazione, "il concorrente che chiede di considerare i dati dell'impresa dominante come risorsa essenziale come può sapere quale informazione ne potrà ricavare?".

[73] S. Mannoni-G. Stazi, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 48.

sempre intesa come forma di tutela della libertà economica del consumatore) solo occasionale.

4.4 Collusione algoritmica e intese 4.0

Si è accennato *supra* come nella *digital economy* i prezzi di beni e servizi siano frequentemente determinati dalle imprese senza l'intervento umano, essendo tali decisioni deferite ad algoritmi e a sistemi di intelligenza artificiale.

È stato osservato che tali algoritmi di prezzo, per la capacità di reagire *real-time* alle oscillazioni dei prezzi sul mercato, potrebbero finire per colludere fra loro, anche se non progettati per realizzare intese illecite, e allineare i prezzi ad un livello sovra-competitivo[74]. Anzi, alcuni studi rivelano che questo è esattamente ciò che accade[75], sicché gli algoritmi sono sovente veri e propri "facilitatori" di illeciti antitrust[76].

In buona sostanza, la rapidità degli algoritmi di *pricing* nell'inseguire i prezzi dei concorrenti fa venire meno l'incentivo alla violazione di cartelli, così contribuendo alla loro stabilità. E infatti, mentre di norma i cartelli tendono all'instabilità, per la razionalità economica della scelta di una delle imprese del *trust* di non rispettare gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi (per acquisire così nuove quote di mercato), nei mercati in cui i prezzi sono fissati da algoritmi questo incentivo non c'è, o meglio non ha il tempo necessario per realizzarsi: se uno degli algoritmi concorrenti andasse in picchiata sul prezzo, gli altri lo seguirebbero senza ritardo[77].

Ora, laddove sia dimostrabile che tali algoritmi sono stati intenzionalmente congegnati per finalità collusive non è revocabile in dubbio l'applicabilità dell'art. 101 TFUE, essendo indifferente lo strumento con il quale è stato deliberatamente prodotto l'effetto anticoncorrenziale[78].

Più complesso è il caso in cui gli algoritmi esprimano una sorta di volontà propria, interrompendo il nesso di causalità tra l'evento anticoncorrenziale e la decisione dell'impresa di dotarsene. In tali casi, gli algoritmi auto-educati

[74] L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, fasc. 3/2018, pp. 219 ss.

[75] E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLÒ, J.E. HARRINGTON JR., S. PASTORELLO, *Protecting consumers from collusive prices due to AI*, cit.

[76] L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data…*, cit., pp. 221 ss.

[77] Cfr. A. EZRACHI-M.E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, 2016, pp. 39-45; A. ITTOO-N. PETIT, *Algorithmic Pricing Agents and tacit Collusions: A Technological Perspective*, in *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, 2017, pp. 241-256.

[78] Si danno già alcuni casi: DEPARTMENT OF JUSTICE, *Press release* 6 aprile 2015, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*; Caso *Meyer v. Uber Technologies*, Inc. No. 16-2750 (2d Cir. 2017); CGUE, C-74/14, *Eturas* (2016); citt. in L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data…*, cit., pp. 223.

tramite sistemi di *machine learning* e di *reinforcement learning* eccedono il mandato loro conferito dall'impresa e si spingono a pratiche collusive, allocando i prezzi – come si è detto – a livelli sovracompetitivi.

Tale scenario rischia di sfuggire al campo di applicazione delle regole antitrust, oscillando gli interpreti tra la riconduzione del caso sotto la categoria della collusione tacita, lecita, e la categoria della pratica concordata, invece sanzionabile.

I primi sostengono la centralità dell'elemento volontaristico (umano, il *meeting of the mind*) per il realizzarsi dell'illecito anticoncorrenziale, e quindi escludono che "la macchina possa delinquere". I secondi, invece, si concentrano sull'effetto anticompetitivo, valorizzando il fatto che l'impresa che ha scelto di dotarsi di un algoritmo di *pricing* abbia in qualche modo "accettato il rischio" che questo potesse iniziare a colludere (*meeting of the algorithms*)[79], così ritenendo comunque configurabile la fattispecie della pratica concordata.

Ora, a prescindere dall'orientamento che assumeranno sul punto le autorità di regolazione, si può rilevare come, di nuovo, i paradigmi classici del diritto antitrust abbiano difficoltà a fronteggiare queste sfide: da una parte, accedendo all'idea per cui *machina delinquere non potest*, il rischio è di rinunciare al controllo antitrust sulle decisioni algoritmiche, dall'altro, il rischio è di forzare il sistema, accedendo a criteri di imputazione di responsabilità sostanzialmente oggettivi, senza colpa.

Probabilmente, questo sarà uno dei casi in cui trovare una terza via. Fintanto che gli algoritmi opereranno dal solo lato dell'offerta[80], solo una regolazione *ex ante*, che costringa ad interiorizzare[81] la *compliance* antitrust fin dalla fase della progettazione dell'algoritmo, potrà essere in grado di correggere le distorsioni della concorrenza. Scenari, questi, forse non così remoti, visto il cambio di paradigma che l'Unione europea sembra voler abbracciare con la proposta di *Digital Markets Act*.

4.5 Concorrenza *nel* mercato, concorrenza *al* mercato

Secondo alcuni, la pandemia ha solo mostrato le grandi piattaforme digitali per quello che sono veramente: le *public utilities* del ventunesimo secolo[82]. Talvolta infatti questi giganti della tecnologia non si pongono come meri erogatori di

[79] S. MANNONI-G. STAZI, *Is Competition a Click Away?*, cit., p. 52.

[80] Suggestivo, e forse non così lontano, è lo scenario di un algoritmo dal lato della domanda che "protegga" i consumatori e il mercato dagli abusi compiuti dagli algoritmi sul lato dell'offerta. A quel punto, nell'era dei consumatori algoritmici, il mercato potrebbe forse tornare ad autoregolarsi.

[81] A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. 1/2019, p. 103.

[82] M. SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, on www.politico.eu, 25th March 2020; W. LIU, *Coronavirus has made Amazon a public utility – so we should treat it like one*, on *The Guardian*, 17th April 2020.

pur importanti servizi digitali, ma bensì come vere e proprie infrastrutture, recitando due parti in commedia: ad un tempo *competitor* e *marketplace*. Essi sono insofferenti alle regole antitrust perché più che competere *nel* mercato, fanno concorrenza "*al* mercato"[83]. Si pongono cioè essi stessi come mercato, come infrastruttura tecnologica all'infuori della quale non ci può essere concorrenza. Si pensi ad esempio al già citato mercato delle inserzioni pubblicitarie: come può oggi un'impresa pensare di fare a meno della propria presenza su *Google*, di fare investimenti pubblicitari senza passare da *Google Ads* o *Facebook*?

Il punto cruciale è che se fino ad oggi le *digital platforms* ponevano un problema di concorrenza *inter privatos*, dopo la pandemia esse pongono un inedito problema di concorrenza pubblico-privato nell'erogazione di servizi tradizionalmente 'pubblici' (a prescindere dal modulo di gestione poi prescelto) e perfino nella soddisfazione di alcuni diritti costituzionali.

In altre parole, gli Stati e le istituzioni si sono trovati a non potere garantire l'istruzione, l'amministrazione della giustizia, importanti presidi di tutela della salute, la prestazione di moltissimi servizi della pubblica Amministrazione (e la lista potrebbe lungamente continuare) senza *Google, Apple, Microsoft* ecc.

Il fatto richiede ben più di un mero "avallo" giuridico (cioè di una legittimazione *ex post*), tantopiù se si considera l'impatto che ormai da tempo le tecnologie hanno sui diritti e le libertà fondamentali. In questo senso, la pandemia ha solamente consentito di mettere meglio a fuoco un problema che già c'era.

La questione del superpotere delle grandi piattaforme digitali, e specificamente delle *Big Tech*, è stata al centro delle *hearings* del Congresso americano del luglio 2020[84] ed è oggetto della grande causa civile avviata dal *Department of Justice* americano contro Google per violazione del diritto antitrust[85]. Non si tratta di iniziative isolate. Negli ultimi tempi si sono infatti moltiplicate le petizioni per una operazione di definitivo *break up* di queste *corporations*, al fine di consentire una regolazione differente tra il momento in cui esse si comportano come *competitors in the market* e quando invece si comportano come infrastruttura, come *marketplace*[86].

[83] Cfr. L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., pp. 710 ss.

[84] C. ALBANESIUS, M. KAN, *Tech Execs Face Congress: 9 Big Takeaways, 29th July 2020*, su https://www.pcmag.com/news/apple-amazon-bezos-google-pichai-zuckerberg-facebook-house-judiciary-antitrust.

[85] Cfr. https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws.

[86] Una delle protagoniste della lotta contro il potere delle Big Tech è la Senatrice Elisabeth Warren, candidata alle primarie democratiche fino al marzo 2020, quando ha ritirato la sua candidatura. In un suo discorso, divenuto molto popolare negli USA, ha affermato: "*Today's big tech companies have too much power — too much power over our economy, our society, and our democracy. They've bulldozed competition, used our private information for profit, and tilted the playing field against everyone else.*

Anche in Europa, la questione è attualmente posta al vaglio del Tribunale dell'Unione europea sulla possibilità di considerare, in certi casi e a certi fini, le *digital platforms* alla stregua di *essential facilities*. In tale caso l'impugnativa, promossa non a caso da Google, riguarda la decisione della Commissione europea con la quale le è stata inflitta un'ammenda di 2,42 miliardi di euro per aver abusato della sua posizione dominante come motore di ricerca, conferendo un vantaggio illegittimo al proprio servizio di acquisti comparativi[87].

L'idea di considerare, quantomeno in certi settori, i servizi erogati dalle grandi piattaforme come *essenziali* è permeata fino alla recente proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale. In particolare, il punto n. 5 dell'*Annex III* annovera i *servizi privati essenziali* erogati tramite sistemi AI come *high-risk*, facendoli perciò soggiacere ad un regime normativo molto più stringente[88]. Si tratta di una presa d'atto importante, che potrebbe avere più di una ricaduta sul regime di responsabilità delle grandi piattaforme digitali.

5. Conclusioni per un recupero (o una ricerca) del fondamento costituzionale della disciplina della concorrenza nell'era digitale

Ad uno sguardo di sintesi, la regolazione antitrust nella *digital economy* pare costretta a confessare la propria natura anfibola: da un lato l'approccio puramente economico, monoculare, volto solo a "lubrificare"[89] il mercato, dall'altro l'approccio cosiddetto welfarista, binoculare, proteso invece a tutelare –

[…] To restore the balance of power in our democracy, to promote competition, and to ensure that the next generation of technology innovation is as vibrant as the last, it's time to break up our biggest tech companies". La versione integrale è disponibile al seguente link: *https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c.*

[87] Caso AT.39740 *Google search (Shopping)*, decisione della Commissione del 27 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740. Successive cospicue ammende, anche se non certo preoccupanti per i bilanci di *Google*, sono state inflitte nel 2018 e nel 2019. In particolare, nel luglio 2018 la Commissione aveva inflitto a *Google* un'ammenda di 4,34 miliardi di EUR per pratiche illegali riguardanti i dispositivi mobili *Android* volte a rafforzare la posizione dominante del motore di ricerca di Google. Vd. Caso AT.40099 *Google Android*, decisione della Commissione del 18 luglio 2018, disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099. Nel marzo 2019, la Commissione ha inflitto a *Google* un'altra ammenda pari a 1 494 459 000 euro per aver abusato della propria posizione dominante sul mercato imponendo una serie di clausole restrittive nei contratti con siti web di terzi. Tale condotta illegale si è protratta per oltre 10 anni, impedendo ai concorrenti di Google di inserire su tali siti le proprie pubblicità collegate alle ricerche. Vd. Caso AT.40411 *Google Search (AdSense)*, decisione della Commissione del 20 marzo 2019, disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411.

[88] Cfr. anche il considerando n. 37 della *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down armonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts* del 21 aprile 2021, disponibile al seguente *link*: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence.

[89] R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law & Economics*, 1960, n. 3, p. 1.

insieme alla concorrenza – anche interessi 'altri', come la tutela del consumatore o la *privacy*[90].

Si suole negare tale contrapposizione sull'assunto che la tutela di tali interessi altri sia comunque funzionale allo sviluppo del mercato e che essa consenta invece di rimuoverne i fallimenti, come le asimmetrie informative e i fenomeni della *adverse selection* e del *moral hazard*. Difficile però negare che gli oneri di protezione (del contraente debole, della *privacy*, dell'ambiente ecc.) siano percepiti dal mercato come un 'costo', da appiattire sempre più.

E il compromesso, tra esigenze del mercato e tutela dei diritti fondamentali, avviene spesso al ribasso, in danno del consumatore. Lo strumento con cui tale danno è perpetrato è solitamente la "captazione" del consenso al trattamento dei dati personali, che – nell'ambiente *online* – non è che un simulacro di una consapevole manifestazione di volontà.

Crescono, nell'era degli algoritmi, profonde *asimmetrie* (non solo informative) e diseguaglianze[91]. E ciò spesso proprio grazie alla presunzione di una eguale capacità di autodeterminazione delle parti "contraenti" *online* (ciò che l'autonomia privata generalmente presuppone).

Il tema della prestazione del consenso negli ambienti digitali è, in questo senso, emblematico. Infatti, è esperienza comune che alla fruizione dei servizi in rete non si accompagni un'attenta lettura e la consapevole accettazione dei termini di servizio o delle condizioni d'uso. Piuttosto l'utente è continuamente "costretto a mentire", dichiarando di aver letto ciò che invece non ha, forse, neppure notato. Senza considerare che, poi, l'accettazione si considera perfezionata – molto spesso – con il semplice avvio dell'utilizzo del servizio, col ché l'autodeterminazione informativa ne riesce del tutto compromessa[92].

Il problema pare affondare in una asimmetria informativa strutturale e permanente tra piattaforma e utente, non ovviabile né con più stringenti regole di validità sui vizi del consenso, né – ad avviso di chi scrive – gravando le piattaforme di obblighi informativi supplementari. Queste avrebbero gioco facile a "sommergere" gli utenti di pagine piene di diritti, ma prive di immediatezza e

[90] G. AMATO, *Tutela della concorrenza o tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, pp. 381 ss.; cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, Milano, 1971, p. 602; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione italiana*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, pp. 52 ss., il quale afferma che la tutela dell'utilità sociale non è appena un limite esterno al principio di concorrenza, ma bensì un limite ad esso interno.

[91] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1/2019, pp. 63 ss.; cfr. J. HASKEL, S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital. The Rise of Intangible Economy*, Princeton-Oxford, 2018.

[92] Eppure, un quadro di regolamentazione nel quale la libertà del consenso sia significativamente protetta parrebbe esistere. Anzitutto, se si muove dall'idea che una qualche forma di rapporto giuridico si instauri, la libera formazione della *voluntas contrahendi* (il *Wille*) è tradizionalmente tutelata dall'impalcato civilistico dei vizi del consenso, pure "allargato" dalla teoria dei c.d. vizi incompleti.

comprensibilità[93]. Sotto questo profilo, occorrerebbe avviare una riflessione sulla maggiore debolezza dell'*utente* rispetto al *consumatore*, quasi fossero due distinte situazioni giuridiche.

Si è sostenuta in certi ambienti (e nello stesso senso va anche il GDPR[94]) l'opportunità di potenziare gli oneri informativi a carico del titolare del trattamento in relazione alla c.d. granularità del consenso dell'interessato[95], facendo in modo che esso sia espresso nella maniera più specifica possibile.

Nella stessa direzione sembra andare anche la già citata proposta della Commissione europea di *Digital Markets Act*. L'articolo 5, rubricato *obblighi dei gatekeeper*, prescrive che il *gatekeeper "si astiene dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal gatekeeper…"*. Ciò, però, *"a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso"*[96].

Senonché, una operazione di sostituzione di un consenso globale delle condizioni generali (o dei termini d'uso) con tanti specifici consensi rischia di risolversi in una consapevolezza ancor minore delle scelte effettuate.

Occorre piuttosto riempire di significato nuovo il concetto di 'speciale responsabilità' dell'impresa in posizione dominante, gravando i *digital private powers* di più incisivi obblighi di 'protezione', e non di mera informazione, nei confronti degli utenti, che tengano conto della *dimensione costituzionale* dei diritti coinvolti dalle loro attività economiche e della *funzione – lato sensu – pubblica* cui essi oggi assurgono[97].

A questo fine, un approccio meramente mercantilistico, pur se improntato alla correzione delle asimmetrie strutturali e funzionali dei rapporti giuridici *online*, non può più ritenersi adeguato.

Già nel 1977, Cesare Massimo Bianca giungeva a questa conclusione con riferimento a quelle che chiamava "autorità private". In particolare, accanto alle autorità private di diritto, egli rappresentava le autorità private di fatto, e cioè quei *"poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative*

[93] Circa il grado di consapevolezza degli utenti delle piattaforme digitali in relazione alla cessione e all'utilizzo dei propri dati individuali, si veda l'*Analisi della propensione degli utenti online a consentire l'uso dei propri dati a fronte dell'erogazione di servizi* condotta dall'AGCM nel mese di febbraio 2018, che mostra – addirittura forse sottostimando il fenomeno – come una larga prevalenza degli utenti sia del tutto ignara delle condizioni di servizio "accettate".

[94] Considerando n. 32; art. 6, par. 1, lett b), del Regolamento UE; cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento n. 130 del 21 giugno 2019.

[95] G. RESTA E V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit.

[96] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale* (*Digital Markets Act*), del 15 dicembre 2020, disponibile al seguente *link*: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=it.

[97] F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, p. 508.

giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale"[98]. Quando tali poteri si pongono contro l'ordinamento e le sue leggi, la tutela dei cittadini è affidata all'apparato repressivo, fatto di sanzioni penali ed amministrative. Accade tuttavia che tali *"poteri autoritari di fatto"* esprimano *"l'esistenza di un centro di forza socio-economica che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati"* (ciò che esattamente accade oggi, nell'ambiente digitale).

Così, avvertiva il Bianca, una soluzione in termini di indifferenza giuridica appare quantomeno semplicistica in relazione alle istanze che emergono dalla realtà sociale e che trovano invece uno specifico spunto nel principio costituzionale di eguaglianza effettiva, sostanziale[99].

Ecco che allora potrebbe soccorrere, quantomeno sul piano del diritto domestico, un recupero dell'autentico fondamento costituzionale del diritto *antitrust*, poco ricercato e mai definitivamente fissato[100].

Com'è noto, nella Carta del '48 la tutela della concorrenza semplicemente non c'era[101]. Anzi, semmai la Costituzione strizzava l'occhio all'economia pianificata. Neppure il fondamento può oggi essere reperito nella (sola) tutela della proprietà e dell'impresa, ancorché funzionalizzate all'interesse sociale.

Piuttosto, di fronte all'erompere dei grandi poteri privati, quel che occorre è un recupero del significato della concorrenza come *mezzo* (e non come fine),

[98] C. M BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 55.

[99] *Ivi*, p. 56.

[100] G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, pp. 9 ss.

[101] S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2021, pp. 17 ss.

al servizio della libertà[102] e dell'uguaglianza[103], intesa quest'ultima sia come *uguaglianza dei punti di partenza* delle imprese sul mercato (ormai tutte sotto il giogo della dipendenza economica dalle grandi piattaforme)[104], sia come uguaglianza del debole e del forte, come parità delle armi, come realizzazione della "aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto"[105]. Si parli di imprese, si parli di persone, il compito del costituzionalismo è quello di "catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti", rifuggendo "i rischi di un costituzionalismo *irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)" e tornando "ad un costituzionalismo *polemico* che si misuri con il potere"[106].

E solo un più saldo ancoraggio della disciplina antitrust ai princìpi di libertà, solidarietà e uguaglianza, fissati ai primissimi articoli delle carte fondamentali a livello europeo e nazionale, consentirà di approdare a quell'idea di

[102] E' stato osservato che "le linee interne dell'evoluzione della disciplina sulla concorrenza" fanno registrare "un progressivo slittamento dalla tutela della *libertà*, al tempo stesso economica e politica, rispetto ai rischi derivanti dallo strapotere delle grandi aggregazioni industriali, alla promozione dell'*efficienza*, rivolta invece alla salvaguardia delle strutture di mercato e tradottasi nell'attribuzione agli attori della regolazione del potere di ponderare la tutela della libertà con le esigenze associate al perfezionamento dei processi produttivi". Così G. REPETTO, *A cosa serve il principio di concorrenza?*, in *Diritto costituzionale*, fasc. 1/2021, p. 103. Cfr. anche G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2019, p. 602, che rileva: "la struttura pienamente concorrenziale doveva servire non soltanto a realizzare l'efficiente allocazione delle risorse, ma soprattutto, e questo era di centrale importanza nel pensiero ordoliberale, a garantire una società libera in cui lo Stato non cadesse preda degli interessi riferibili alle grandi concentrazioni di potere economico". Ed è a questa sorta di ritorno alle origini del diritto antitrust, a questa sorta di "populismo" antitetico alle concentrazioni di potere che – prima che il pensiero ordoliberale – ispirò gli autori dello *Sherman Act* e del *Clayton Act* , che sembra ispirare il movimento della cosiddetta *Hipster antitrust*; cfr. R. PARDOLESI*, Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, fasc. 1/2019, pp. 81 ss.; C. SHAPIRO, *Antitrust in a Time of Populism*, in *International J. Industrial Organization*, 714, 6, 2018; L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of Competition Law*, 131, 9, 2018.

[103] M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti…*, cit., pp. 52 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, pp. 8 ss.

[104] Nell'esercizio delle proprie funzioni di *advocacy*, l'AGCM ha proposto – in occasione della proposta di legge sulla concorrenza per il 2021 – proprio l'applicazione della disciplina in materia di abuso di dipendenza economica, ai sensi dell'art. 9 della legge sulla sub-fornitura alle grandi piattaforme. Si legge nella proposta a p. 56: "L'Autorità auspica un'integrazione dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, volta a rendere le previsioni relative all'abuso di dipendenza economica più appropriate ed efficaci rispetto alle caratteristiche e, in particolare, al potere di intermediazione delle grandi piattaforme digitali".

[105] C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 56.

[106] Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico,* in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006, p. 1668.

concorrenza policentrica e sostenibile, che valorizzi, oltre ai fattori di prezzo, anche paradigmi altri, senza scadere nell'hipsterismo regolatorio[107].

[107] Il riferimento è ai rischi di politicizzazione della cosiddetta *Hipster antitrust*; cfr. R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, cit., pp. 81 ss.

USO DEGLI ALGORITMI NEL MERCATO DEL CREDITO: DIMENSIONE NAZIONALE ED EUROPEA*

FILIPPO BAGNI**

Sommario

1. Gli algoritmi nel mercato del credito. – 1.1. L'utilizzo degli algoritmi per la profilazione del consumatore di servizi bancari. – 1.2. Gli effetti sulle indagini di *default* e il raffronto con i modelli statistici standard. – 2. Il quadro normativo in tema di *rating* bancario. – 2.1. La necessità di regolamentare l'utilizzo della tecnologia (anche) nel sistema bancario. – 2.2. La normativa di derivazione europea. – 2.3. La (scarna) normativa nazionale di riferimento – 3. Il ruolo delle autorità indipendenti. – 3.1. Linee guida della BCE (2018): *assessment* per la valutazione del merito creditizio delle c.d.d. *Fintech Banks*. – 3.2. Banca d'Italia: ruolo, obiettivi e provvedimenti. – 3.3. La strada indicata dall'EBA: inquadramento giuridico e fonti di regolazione in tema di *credit scoring* per mezzo di tecniche IA/ML. – 4. Il riflesso sull'*accountability* delle banche nazionali: *assessment* di tecniche di ML di nuova introduzione per la profilazione del cliente alla luce dei principi regolatori. – 5. Conclusioni: l'esigenza di una regolamentazione specifica e l'aspetto reputazionale delle banche.

Abstract

After the 2008 crisis, banks are increasingly investing in bank rating by applying algorithmic techniques to improve the creditworthiness of customers. The European regulator and supervisory authorities are asking banks to adopt profiling methods that are both efficient and legitimate in terms of data processing, but they have not yet identified clear and definite legislation. It is necessary to promote the introduction of rules and principles expressly referring to the issue of algorithms applied to bank rating by defining a sustainable ethical-legal framework within which they can operate. In its recent Proposal for a Regulation on AI, the European Commission identifies among the 'high-risk' AI systems those used by banks to evaluate the credit score or creditworthiness of natural persons. This proposal may represent the future specific regulation that the banking system needs.

Suggerimento di citazione

F. BAGNI, *Uso degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Cultore della materia in Diritto Commerciale e Mediazione dei conflitti presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: filippo.bagni@unifi.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Gli algoritmi nel mercato del credito

1.1. L'utilizzo degli algoritmi per la profilazione del consumatore di servizi bancari

L'elevata concorrenzialità del mercato bancario e gli accorgimenti richiesti dal regolatore europeo dopo la crisi del 2008 sulla gestione dei cosiddetti NPL (*non perfoming loans*[1]) hanno portato gli istituti bancari a guardare con sempre maggiore attenzione al c.d. *rating* bancario[2].

È evidente come la previsione delle inadempienze dei consumatori di servizi bancari sia di fondamentale importanza per le banche (per selezionare i potenziali mutuatari, valutare i termini dei nuovi prestiti e gestire i rischi). Negli ultimi anni, grazie alla maggiore disponibilità di grandi *dataset* e di informazioni non strutturate, nel settore bancario ha assunto sempre maggiore rilievo la ricerca di modelli basati su algoritmi che applicano tecniche di *machine learning* (ML), capaci di realizzare modelli statistici in grado di elaborare velocemente risultati accurati su larga scala e limitare i rischi non (sempre) adeguatamente preventivati[3].

La "forza" di questi algoritmi infatti, com'è noto, non risiede tanto nella loro capacità di risolvere problemi, quanto nell' "imparare" da esperienze pregresse come risolverli, permettendo così alla banca di operare vere e proprie previsioni che poggiano su inferenze e connessioni di dati correlati[4].

La tecnologia finanziaria (*Fintech*[5]) sta assumendo un ruolo sempre più incisivo nelle decisioni di prestito: il *credit scoring* automatizzato deve

[1] Sulla definizione di crediti deteriorati si veda, tra gli altri, T. CRISAFULLI, *Crediti deteriorati: perché mettono in crisi il sistema bancario italiano*, disponibile all'indirizzo www.recuperolegale.it, 2018; C. BARBAGALLO, *Primo Congresso Nazionale FIRST CISL "La fiducia tra banche e Paese: NPL, un terreno da cui far ripartire il dialogo". I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti*, 2017. Per una analisi critica si veda anche A. PISANESCHI A., *Verso una nuova ondata di Npe. La strategia europea e qualche dubbio*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza,* 2021, p. 1 ss.

[2] Per "*rating* bancario" si intende una istruttoria di affidamento che consta nello svolgimento di indagini per valutare la capacità di rimborso dell'impresa o persona fisica richiedente il credito. Per una indagine più approfondita si rinvia a R. RUOZI, *Economia della banca*, Egea, Milano, III ed., 2016.

[3] Si parla di banca "*data driven*", capace di governare e valorizzare il proprio patrimonio informativo e trarre beneficio da quello dei clienti, acquisendo vantaggi competitivi, ottimizzando i propri processi decisionali e il proprio modello operativo. Per una visione critica si veda anche F. CIAMPI, *Banche, per alzare la redditività servono nuovi modelli di rating*, disponibile all'indirizzo www.ilsole24ore.com, 2019.

[4] Sul tema si veda, tra gli altri, P. DOMINGOS, *L'algoritmo definitivo: la macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016; J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale: guida al futuro prossimo*, Roma, LUISS University Press, 2016.

[5] Tra le definizioni più diffuse di *Fintech* vi è quella del *Financial Stability Board*, secondo la quale: "*technology-enabled innovation in financial services that could result in new business models, applications, process- es or products with an associated material effect on the provision of financial services*". Cfr. FINANCIAL STABILITY BOARD, *Financial Stability Implications from FinTech: Supervisory and*

considerarsi ormai una realtà[6]. Le banche si affidano ai "punteggi di credito" (*credit scoring*) per prendere decisioni sui prestiti alle imprese e ai clienti persone fisiche, utilizzando come base dati, non solo le transazioni e le "storie" di pagamento dei clienti, ma anche fonti di dati aggiuntive, come l'attività sui social media, l'uso dello *smartphone*, l'attività dei messaggi di testo. Il tutto finalizzato al raggiungimento della visione più accurata possibile del merito di credito del singolo cliente[7].

Ricerche recenti di Banca d'Italia sul tema (2019) rivelano che le banche italiane sono ancora in una fase iniziale nell'uso del *rating* automatizzato, basato per lo più su modelli di ML "semplici" o "di prima generazione" (es. *decision tree*). Anche se, negli ultimi anni, abbiamo assistito ad una crescita esponenziale dei finanziamenti degli istituti nazionali nel *Fintech*, con le banche più grandi che investono per lo più sulla realizzazione *in house* di progetti basati sull'IA, mentre le più piccole agiscono soprattutto in *outsourcing*[8].

1.2. Gli effetti sulle indagini di *default* e il raffronto con i modelli statistici standard

La crisi finanziaria globale del 2008 ha messo in luce tutti i limiti dei sistemi di *rating* "tradizionali", soprattutto con riferimento alla loro lenta capacità di adattarsi ai cambiamenti economici e alla loro scarsa attitudine nel modellare complesse interazioni non lineari tra variabili economiche, finanziarie e creditizie[9].

Regulatory Issues that Merit Authorities Attention, disponibile all'indirizzo www.fsb.org, giugno 2017.

[6] Il *credit scoring* è una procedura automatizzata eseguita al momento dell'istruttoria adottata dalle banche per valutare le richieste di finanziamento della clientela (in genere per la concessione del credito al consumo). Si basa su sistemi automatizzati che prevedono l'applicazione di metodi o modelli statistici per valutare il rischio creditizio e i cui risultati sono espressi in forma di giudizi sintetici (indicatori numerici o punteggi) associati all'interessato, diretti a fornire una rappresentazione, in termini predittivi o probabilistici, del suo profilo di rischio e affidabilità nei pagamenti. Per un approfondimento riguardo l'influenza dei *big data* sulla valutazione del merito creditizio del cliente si veda F. FERRETTI, *Consumer Access to Capital in the Age of FinTech and Big Data: the Limits of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 25, p. 476 ss.

[7] Cfr. C. BARBAGALLO, *FinTech: the role of the supervisory authority in a changing market. Speech by Carmelo Barbagallo, Head of the Directorate General for Financial Supervision and Regulation Bank of Italy*, disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 8 February 2019, 12 ss.

[8] L'indagine di Banca d'Italia rivela che nel periodo 2017-2020 gli investimenti *Fintech* nel sistema finanziario italiano si sono attestati attorno ai 624 milioni di euro, dei quali 233 spesi nel biennio 2017-2018 e 391 previsti in quello successivo. Di queste cifre oltre il 50% è usato per sviluppare *homebanking* e pagamenti online (PSD2) e il 16% nello sviluppo di tecniche fondate sui *big data*. Cfr. *BANCA D'ITALIA, Indagine Fintech nel sistema finanziario italiano,* disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 2019.

[9] Cfr. M. MOSCATELLI, S. NARIZZANO, F. PARLAPIANO, G. VIGGIANO, *Banca d'Italia. Temi di discussione (Working Papers). Corporate default forecasting with machine learning,* disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 2019, P. 17 ss.

I nuovi modelli di *rating* fondati su tecniche di ML differiscono da quelli tradizionali principalmente sotto tre profili: a) permettono agli intermediari di raccogliere e utilizzare una maggiore quantità di informazioni; b) utilizzano tecniche di apprendimento automatico tali da estrarre una informazione non lineare dalle variabili; c) stimano l'applicazione di molteplici modelli e utilizzano solo quello più accurato per eseguire compiti di predizione[10].

In un suo recente studio (2019), Banca d'Italia ha confrontato i modelli statistici solitamente impiegati nella modellazione del rischio di credito con alcuni modelli di ML, evidenziando alcuni risultati rilevanti.

Anzitutto, quando i modelli hanno a disposizione un *set* di informazioni "limitato" (come, ad esempio, le informazioni finanziarie solitamente disponibili agli analisti creditizi esterni), la capacità dei modelli di ML di utilizzare anche informazioni "non tradizionali" permette loro di superare di gran lunga i modelli statistici in termini di precisione e capacità predittiva (capacità di stimare la PD, ossia la possibilità di *default* del singolo cliente).

In secondo luogo, in un "*esercizio di statica comparativa*" (*comparative statics exercise*), in cui il credito viene assegnato ai clienti (attuali) delle banche sulla base della loro probabilità di *default*, il passaggio a un sistema di *rating* fondato su tecniche di ML avrebbe un impatto positivo sull'ammontare del credito, senza aumentare le perdite di credito per i prestatori e, inoltre, porterebbe alla concessione di maggiori quantità di credito a tassi di *default* più bassi[11].

Un'altra recente (2019) indagine di grande interesse sul tema, utilizzando dati reali di una società *Fintech* leader in Cina, ha riscontrato che, non solo l'utilizzo di tecniche di ML applicate al *credit scoring* migliora notevolmente il potere predittivo delle valutazioni di *default* dei clienti, ma anche che le *performance* dei modelli IA/ML sono di gran lunga più efficienti nel caso vi sia uno

[10] Quest'ultima caratteristica, in particolare, dei modelli ML è particolarmente rilevante per le applicazioni del rischio di credito, al costo però di una minore trasparenza. Classico esempio di algoritmo utilizzato per il *credit scoring* è quello ad albero decisionale, in base al quale vi è un insieme di regole che partizionano ricorsivamente l'intero set di clienti in sottoinsiemi omogenei in base alle loro caratteristiche e alla variabile di risultato (*default*/non *default*). Le previsioni sono poi ottenute sotto forma di probabilità di un dato risultato in ogni sottoinsieme. Cfr. L. GAMBACORTA, Y. HUANG, H. QIU, J. WANG, *How do machine learning and non-traditional data affect credit scoring? New evidence from a Chinese fintech firm*, in *Monetary and Economic Department*, December 2019, p. 4 ss.. Per una indagine ulteriore si veda anche N. CULLERTON, *Behavioral credit scoring*, in *The George Town law journal*, vol. 101, 1sep2013, p. 808 ss.; T. ALLOWAY, *Big data: credit where credit's due*, in *Financial Times*, disponibile all'indirizzo www.ft.com/cms, feb 2015.

[11] Cfr. M. MOSCATELLI, *Corporate default forecasting with machine learning,* cit., 8 ss. Sulla questione relativa alle migliori *performance* delle tecniche di ML applicate al *credit risk* in termini di capacità predittiva dell'evento *default* si veda anche C. CAPRARA, D. VERGARI, *Il ruolo del Machine Learning nel governo del credito: nuove tecniche a supporto delle decisioni*, in *Rivista Bancaria*, Gennaio 2020, n. 1.

shock esogeno dell'offerta aggregata di credito. Questo in quanto il modello basato sull'apprendimento automatico dimostra una capacità maggiore di estrazione delle relazioni non lineari tra le variabili in caso di *shock*, migliorando così le *performance* predittive in termini di tasso di *default* dei clienti[12].

2. Il quadro normativo in tema di *rating* bancario

2.1. La necessità di regolamentare l'utilizzo della tecnologia (anche) nel sistema bancario

L'elemento di redditività di una banca è soggetto ad (almeno) due variabili fondamentali: da una parte, la tecnologia e il mercato; dall'altra, le regole[13]. La valutazione del merito creditizio del consumatore è stata fino al recente passato oggetto di scarsa attenzione da parte del regolatore. Oggi, però, la situazione è in evoluzione.

I benefici connessi all'adozione di tecniche di ML applicate al *credit scoring* - frutto dell'utilizzo di informazioni molto eterogenee tra loro e (spesso) non direttamente correlate al settore creditizio (es. in quali negozi si preferisce fare la spesa o le abitudini nel tempo libero) - hanno infatti un prezzo: il pericolo di opacità, errori, pratiche discriminatorie ed esclusione dal credito[14].

Lo sviluppo di simili sistemi pone quindi una serie di problematiche di tutela del consumatore alle quali il regolatore è chiamato a dare risposta. In questa prima fase, come spesso accade nel settore della regolamentazione bancaria, si è deciso di affidare un ruolo centrale a principi fondamentali di ampio respiro (proporzionalità, integrità del mercato, neutralità tecnologica[15]) e di sperimentare iniziative innovative (come le c.d.d. *regulatory sandbox* e i *digital innovation hub*) tese a creare elementi di dialogo con le autorità di vigilanza di

[12] Nel caso di specie la *People's Bank of China*, la banca centrale cinese, aveva emesso una specifica bozza di linee guida per inasprire la regolamentazione sullo *shadow banking*. Questo cambiamento normativo aveva portato molti intermediari finanziari ad aumentare i loro requisiti di prestito, causando un deterioramento delle condizioni di credito per i mutuatari. Cfr. L. GAMBACORTA, *How do machine learning and non-traditional data affect credit scoring?,* cit., p. 4 ss.

[13] Con particolare riferimento alla questione problematica delle regole a cui assoggettare le *Fintech banks* onde evitare il fenomeno del c.d. *shadow banking*, si veda S. ROSSI, *Associazione Bancaria Italiana. Inaugurazione del Corso di Alta formazione per gli Amministratori e gli Organi di controllo delle imprese bancarie. Fintech e Diritto - Fintech e Regole. Considerazioni conclusive del direttore generale della Banca d'Italia e Presidente dell'Ivass Salvatore Rossi*, disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 2018, p. 7 ss.

[14] Per una analisi approfondita sui rischi connessi si veda F. MATTASOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. 2, 2018, p. 226-251.

[15] Per una analisi compiuta del concetto di "neutralità tecnologica" si rinvia a: F. PANETTA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo* (Audizione del direttore generale della Banca d'Italia), disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 5 dicembre 2017; F. MATTASOGLIO, *Algoritmi e regolazione*, cit., p. 230 ss..

settore. Ma non basta più. Il problema delle regole a cui assoggettare tali operatori è diventato cruciale[16].

2.2. La normativa di derivazione europea

Tra le discipline di riferimento a livello europeo per la strutturazione dei modelli di ML si rinviene il Regolamento UE n. 575/2013[17] in tema di *rating* bancario e profilazione della clientela. Trattasi in particolare di una normativa rivolta agli enti creditizi e alle imprese di investimento che, assieme alla Direttiva UE n. 36/2013[18], forma il quadro giuridico di disciplina dell'accesso all'attività, il quadro di vigilanza e quello delle norme prudenziali da perseguire.

Il Regolamento in parola è stato introdotto allo scopo, da una parte, di prevenire e attenuare i rischi sistemici connessi all'attività di *rating* bancario (Cons. 15 Reg. UE n. 575/2013), dall'altra, di scoraggiare la speculazione finanziaria (Cons. 32 Reg. UE n. 575/2013).

Per quanto interessa in questa sede, la disciplina di maggior rilievo è contenuta nel capo III relativo al *metodo di rating basato su rating interni* (il c.d. "metodo IRB"), in cui vengono indicati i criteri a cui le banche devono sottostare per ricevere l'autorizzazione preventiva delle autorità competenti all'utilizzo del c.d. metodo IRB. In particolare, all'art. 144 vengono descritti gli elementi necessari a determinare se la banca (o un suo *provider* esterno) sta utilizzando un *rating* interno affidabile, tale da garantire: una valutazione *corretta* delle caratteristiche del debitore (art. 144 lett. a); una struttura *indipendente* di controllo del rischio di credito (art. 144 lett. c); un sistema di validazione dei sistemi applicati a seguito di un periodo *adeguato* di tempo (art. 144 lett. f).

Ciò che colpisce, ma che è prerogativa tendenziale di gran parte della disciplina in materia di regolamentazione bancaria, è l'utilizzo di una terminologia di "ampio respiro" ("*adeguato*", "*corretto*"), tale da lasciare ampia discrezionalità in concreto in capo alle singole banche in termini di attuazione della normativa.

Quanto invece alla disciplina in tema di privacy, non vi è alcuna norma, provvedimento o raccomandazione a livello europeo che declini nel dettaglio

[16] Cfr. S. ROSSI, *Banca d'Italia. 29a Conferenza (EC)2 su "Big Data Econometrics with Applications". Apertura dei lavori del Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS Salvatore Rossi*, Roma, disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 13 Dicembre 2018, p. 1 ss.

[17] *Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

[18] *Direttiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la Direttiva 2002/87/CE e abroga le Direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

regole operative cui gli intermediari debbano attenersi nell'attività di valutazione del merito creditizio del cliente.

Le indicazioni più efficaci, seppure di carattere generale, sono contenute nel GDPR del 2016[19]: principio di trasparenza, proporzionalità, minimizzazione dei trattamenti in relazione alla finalità perseguita; da tradurre a cura e responsabilità del singolo intermediario in processi e regole operative di trattamento adeguati e conformi, secondo il principio dell'*accountability* del titolare.

Più nel dettaglio, il GDPR dispone che i dati personali siano sempre trattati in modo "*lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato*", previo consenso espresso del titolare al loro utilizzo e indicazione delle specifiche finalità per cui saranno utilizzati (art. 5, c. 1, lett. a). È quindi onere della banca avvisare il consumatore del fatto che ogni informazione da lui fornita potrà essere utilizzata ai fini del giudizio sul suo *rating*.

Non solo, il soggetto finanziatore deve poi raccogliere soltanto i dati del singolo consumatore considerati "*adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati*" (art. 5, c. 1, lett. c), oltre a dover essere "esatti"; inoltre, tali informazioni devono essere conservate "*in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità*" (art. 5, c. 1, lett. e.).

Per quanto riguarda poi le procedure di trattamento dei dati completamente *automatizzate*, si fa riferimento a quanto previsto dall'art. 22 del GDPR, il quale però – com'è noto - detta una regola resa sostanzialmente inefficace da eccezioni (consenso espresso ed esecuzione di un contratto) che in un settore, come quello bancario, sostanzialmente finiscono per svuotarla di contenuto[20].

Con particolare riferimento al mercato del credito, l'art. 22 deve essere letto in combinato disposto con il considerando n. 71 del GDPR, il quale, con espresso riferimento alle "*domande di credito senza interventi umani*", enuncia il diritto del consumatore di servizi bancari a non essere oggetto in modo esclusivo a decisioni di tipo automatizzato e richiede agli intermediari bancari di utilizzare procedure tecniche di profilazione "appropriate", tali da consentire l'eventuale correzione di dati erronei e di prevenire condotte discriminatorie.

[19] *Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

[20] Il diritto dell'interessato persona fisica a "*non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*" (art. 22, c. 1, GDPR), risulta infatti facilmente "aggirabile" se tra le eccezioni allo stesso è ricompresa l'ipotesi del trattamento necessario per la conclusione o per l'esecuzione di un contratto bancario, in quanto trattasi del caso "classico" del *credit scoring* applicato nell'ambito di una procedura di concessione di credito.

Infine, è interessante richiamare le *Linee Guida sulla profilazione* emanate nel 2017 (poi emendate nel 2018 post GDPR) dal WP29[21], le quali danno lettura del GDPR alla luce (anche) dell'attività peculiare di *rating* automatizzato da parte degli istituti bancari, concentrandosi su: principi generali a cui le banche dovrebbero conformarsi per garantire una profilazione corretta; lettura dei principi di cui all'art. 5 del GDPR alla luce delle decisioni automatizzate; indicazione di esempi pratici atti a far comprendere a consumatori e banche le modalità per una profilazione *compliant* con i succitati principi[22].

Le citate disposizioni dimostrano un'attenzione particolare nei confronti del tema della valutazione del merito creditizio del cliente da parte delle banche, ma non possono certo dirsi sufficienti a garantire un'idonea protezione al consumatore richiedente credito.

2.3. La (scarna) normativa nazionale di riferimento

L'ordinamento italiano è sostanzialmente privo di una disciplina di carattere generale sulla valutazione del merito creditizio. Presenta esclusivamente alcune regole settoriali di ampio respiro, contenute per lo più nelle disposizioni del Testo Unico Bancario (D.Lgs. n. 385/1993) nella parte relativa al credito al consumo, che lasciano sostanzialmente impregiudicata la discrezionalità degli intermediari in merito a quali dati utilizzare nell'attività di *rating* e con quali metodi processarli[23].

Solo di recente, con il D.Lgs. n. 72/2016 in tema di contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili, è stata introdotta una disciplina più dettagliata, con la quale si impone agli intermediari del credito di comportarsi secondo le consuete regole di diligenza, correttezza e trasparenza, richiedendo l'acquisizione di informazioni che consentano di addivenire ad una conoscenza "approfondita" del consumatore[24]. Anche in questo caso, però, il legislatore

[21] *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679, adottate il 3 ottobre 2017, versione emendata e adottata in data 6 febbraio 2018*, reperibili sul sito www.garanteprivacy.it/regolamentoue/profilazione.

[22] Interessante anche il fatto che tali Linee Guida si preoccupino di specificare come il rifiuto automatico di una domanda di credito online debba considerarsi un caso tipico di decisione automatizzata che "*incida in modo analogo significativamente sulla sua persona* (del consumatore)" *ex* art. 22 GDPR.

[23] L'art. 124-*bis*, c. 1, TUB, in particolare, stabilisce che, prima della conclusione del contratto, le banche hanno l'obbligo di condurre la valutazione sulla base di informazioni "*adeguate, raccolte direttamente presso il consumatore, ovvero acquisite qualora lo ritenga necessario attraverso la consultazione di una banca dati*". Nessun cenno quindi viene fatto alla tipologia di dati che possono essere utilizzati.

[24] Si richiede alla banche di acquisire informazioni sul consumatore che tengano conto dei suoi bisogni (art. 120-*septies)* e delle sue prospettive di adempimento, "*sulla base di informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate*" (art. 120-*undecies*). Per un approfondimento si veda F. MATTASOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, fasc. 2, 2020, p. 187-220.

nazionale non ha introdotto vincoli o raccomandazioni circa la tipologia di dati da utilizzare per la profilazione e relative modalità di analisi, lasciando di fatto ampio margine di discrezionalità in capo ai singoli operatori.

Infine, può essere interessante richiamare il "*Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti*" approvato nel 2019 dal Garante per la protezione dei dati personali, il quale si concentra sulla necessità che gli algoritmi utilizzati per profilare la clientela, proprio per la loro natura di *learning*, siano oggetto di controlli tecnici periodici che ne verifichino di volta in volta la perdurante rispondenza ai principi di legittimità in materia[25].

3. Il ruolo delle autorità indipendenti

Di recente il tema della valutazione del merito creditizio è stato sempre più oggetto delle attenzioni delle autorità di vigilanza europee. I regolamenti bancari e finanziari non sempre tengono il passo con i rapidi cambiamenti portati dalla *Fintech*. In questo panorama, le autorità di vigilanza hanno un compito gravoso: da un lato, garantire la sicurezza e la solidità del sistema finanziario; dall'altro, dimostrarsi adeguatamente flessibili nell'adattare la regolamentazione secondaria e nell'applicarla assieme alla legislazione primaria, formulata in un'epoca pre-digitale[26].

Negli ultimi anni, l'approccio adottato dal regolatore europeo è stato principalmente quello di dedicare alle imprese Fintech degli "spazi" ad hoc entro i quali progettare modelli di algoritmi e nuove tecniche di IA/ML in tema di credit scoring, coinvolgendo in diversa misura le autorità di vigilanza[27]. L'obiettivo dichiarato è quello di sviluppare un quadro normativo orientato al futuro, capace di strutturare un "ecosistema" nel quale le FinTech possano svilupparsi e diffondersi, all'interno di un mercato unico e allo stesso tempo

[25] Art. 10, c. 1, lett. c: "*Nei casi in cui i dati personali contenuti in un SIC siano trattati anche mediante trattamenti o processi decisionali automatizzati di scoring, il gestore ed i partecipanti, fermo restando che i gestori non adottano ai sensi del Regolamento alcuna decisione che può incidere su diritti e libertà degli interessati, assicurano il rispetto dei seguenti principi: […] c) i modelli o i fattori di analisi statistica, nonché gli algoritmi di calcolo degli esiti, indicatori o punteggi sono verificati periodicamente con cadenza almeno biennale ed aggiornati in funzione delle risultanze di tali verifiche*".

[26] Cfr. C. BARBAGALLO, *Banca d'Italia - FinTech: the role of the supervisory authority in a changing market. Speech by Carmelo Barbagallo, Head of the Directorate General for Financial Supervision and Regulation Bank of Italy*, Napoli, disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 8 February 2019, p. 1 ss.

[27] Si pensi agli *innovation hub* (spazi in cui l'autorità competente incontra i soggetti vigilati e non solo, offrendo chiarimenti e indicazioni), alle *regulatory sandbox* (consentono alle imprese FinTech di godere di deroghe normative temporanee per testare tecnologie e servizi su piccola scala per un periodo di tempo limitato), agli incubatori (l'autorità competente è direttamente coinvolta nello sviluppo e nella sperimentazione dei progetti, anche attraverso accordi di partenariato e cofinanziamento).

all'avanguardia, stabile da un punto di vista finanziario e vigile rispetto alle esigenze di tutela dei consumatori.

3.1. Linee guida della BCE (2018): *assessment* per la valutazione del merito creditizio delle c.d.d. *Fintech Banks*

Dato il crescente fenomeno delle c.d.d. *Fintech Banks* (le quali, in mancanza di dati *hard* tradizionali, tendono ad esternalizzare a terzi il compito di svolgere la valutazione del merito creditizio sui nuovi clienti), la BCE nel marzo 2018 ha deciso di introdurre nelle proprie Linee guida ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (in un'ottica prettamente prudenziale) una fase di valutazione addizionale per le sole *Fintech Banks* relativa alla *governance* e alla struttura del processo decisionale creditizio[28].

Trattasi di un passo importante, perché per la prima volta la BCE decide di intervenire in un ambito, fino a quel momento, lasciato alla discrezionalità delle banche.

In particolare, vengono previsti degli specifici adempimenti per il soggetto finanziatore finalizzati a dar prova della correttezza del proprio procedimento di concessione prestiti, della propria capacità di correggere e aggiornare i dati, nonché di rendere nota la tipologia di dati utilizzati e le modalità a garanzia della qualità delle informazioni. Qualora, poi, le *Fintech banks* presentino (come è prevedibile) una "spiccata" tendenza all'innovazione tecnologica nell'ambito specifico della valutazione del merito creditizio, le linee guida della BCE prevedono adempimenti ulteriori[29].

Nonostante la rinnovata attenzione sul tema, ancora una volta però non vengono fornite indicazioni chiare su quali tipologie di dati e modelli di valutazione dovrebbero essere preferibilmente utilizzati nell'attività di *credit scoring*.

3.2. Banca d'Italia: ruolo, obiettivi e provvedimenti

Negli ultimi tempi anche Banca d'Italia si è interrogata sul significato e sul tipo di vigilanza da attuare in ambito *Fintech*.

[28] BCE, *Guide to assessments of Fintech institution licence applications*, marzo 2018, reperibile sul sito www.bankingsupervision.europa.eu. Per un approfondimento sul punto si veda A. BROZZETTI, *La nuova tipologia di banca Fintech nelle "guide" della Bce in tema di rilascio dell'autorizzazione*, in M. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, , Vol 2, Giappichelli, Torino, 2019, p. 71 ss.

[29] Anzitutto, occorre verificare che l'utilizzo dei sistemi di valutazione del merito creditizio sia supportato da un appropriato *risk management* e da sufficienti garanzie di capitale. Qualora poi la banca si avvalga per tali attività di un terzo *provider* esterno, è necessario verificare che il rischio di *outsourcing* sia adeguatamente controllato e che il processo di *credit scoring* sia accuratamente documentato e compreso dalla banca che poi nel concreto lo adotta. Cfr. F. MATTASOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore,* cit., p. 215 ss.

In più occasioni si è affermato che risulta essenziale l'instaurazione di un dialogo continuo e qualificato fra vigilanti e vigilati e che lo snodo cruciale è il momento del rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento della attività finanziaria, in quanto primo momento di confronto tra istanze di cambiamento ed esigenze di tutela pubblica[30].

È interessante rilevare, poi, come la stessa Banca d'Italia abbia deciso di avviare *in house* dei progetti sperimentali di utilizzo di tecniche di IA/ML in vari ambiti di vigilanza (antiriciclaggio, analisi economiche in tema di aspettative di inflazione, *sentiment* dei cittadini in tema di prodotti finanziari, *early warning*)[31].

Ad oggi, però, per quanto interessa in questa sede, Banca d'Italia non sembra avere a propria disposizione strumenti di IA/ML per attuare una vigilanza bancaria nel senso stretto del termine. Ne sta sperimentando alcuni, ma attualmente la prospettiva più concreta è quella che vede la conclusione di *partnership* con imprese private che fanno uso di tecniche di ML (es. in tema di previsioni sull'andamento del mercato immobiliare) e la predisposizione di tavoli di confronto con le banche nazionali "più attrezzate" in tema *digital*.

Quanto ai provvedimenti di Banca d'Italia in tema di *credit scoring* automatizzato, rilevano le "*Disposizioni di vigilanza per le banche*" (*Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013*), da considerarsi veri e propri atti vincolanti per le banche nazionali (*less significant*) destinatarie della regolazione di vigilanza della Banca d'Italia.

Tali *Diposizioni*, invero, non fanno espresso riferimento al tema della profilazione della clientela, tuttavia nella parte denominata "*Sistemi informativi*" (All. A parte II cap. 4) prevedono delle raccomandazioni alle banche circa l'utilizzo di attività tecniche per il *rating* dei clienti, adottando ancora una volta quella terminologia per principi già vista nelle altre fonti e tipica delle disposizioni di vigilanza ("*livello di dettaglio adeguato*", "*livelli appropriati di progettazione*").

Manca quindi un riferimento specifico a tecniche algoritmiche o all'innovazione tecnologica applicata al *rating* bancario, anche se, in un preciso passaggio relativo alla "*qualità dei dati e sicurezza informatica*", Banca d'Italia si premura di disporre che devono essere "*individuate tutte le informazioni rilevanti (completezza) e utili al calcolo dei rating (pertinenza), senza distorsioni sistematiche nei risultati indotte dai dati di input o dai processi di raccolta e integrazione (accuratezza)*" (All. A parte II cap. 4 par. 4).

[30] Cfr. S. ROSSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 8 ss.

[31] Per un approfondimento si veda M. ANDINI, M. BOLDRINI, E. CIANI, G. DE BLASIO, A. D'IGNAZIO, A. PALADINI, *Machine learning in the service of policy targeting: the case of public credit guarantees, Temi di discussione (Economic working papers), Bank of Italy, Economic Research and International Relations Area*, disponibile all'indirizzo www.bancaditalia.it/pubblicazioni, 2019.

Trattasi di principi che saranno richiamati e sviluppati dall'EBA (*European Banking Authority*) nei suoi provvedimenti sul tema.

3.3. La strada indicata dall'EBA: inquadramento giuridico e fonti di regolazione in tema di *credit scoring* per mezzo di tecniche IA/ML

L'EBA (*European Banking Authority*) è una autorità indipendente dell'Unione Europea dotata di personalità giuridica che funge da organo tecnico-consultivo delle istituzioni europee in ambito bancario[32].

La sua *mission* è garantire la stabilità e l'efficienza del sistema bancario, istituire prassi di vigilanza uniformi e assicurare l'applicazione comune e coerente del diritto dell'Unione.

Opera principalmente attraverso una funzione di regolazione dell'attività di vigilanza, alla quale sono soggette sia la BCE (per le banche *significant*) sia la Banca d'Italia (per le banche *less significant*). A tal fine può elaborare atti normativi, vincolanti (progetti di norme tecniche da sottoporre alla approvazione della Commissione) o non vincolanti (orientamenti e raccomandazioni, per i quali vige il principio *comply or explain*), e atti non normativi (pareri e report)[33].

Negli ultimi anni, in ambito *Fintech*, l'EBA è stata certamente l'autorità di vigilanza più attiva[34].

Nel 2019 ha emanato un *Consultation Paper* teso ad ostacolare il fenomeno della nascita di nuovi NPL[35]. In tale sede l'EBA ha affrontato il tema della valutazione del merito creditizio quale istituto fondamentale teso a garantire (in ottica prudenziale) la stabilità dell'intermediario e la tutela del consumatore, con l'indicazione di una serie di adempimenti minimi che le banche sono chiamate a rispettare in merito, sia alla tipologia di dati da utilizzare, sia alle tecniche da adottare nei processi di analisi[36].

[32] L'EBA è stata istituita nel 2010 (Regolamento UE n. 1093/2010) in risposta alla crisi economica del 2008, e, assieme ad altre due *ESAs* (*European Supervisory Authorities*), la EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) e l'ESMA (*European Securities and Markets Authority*), fa parte del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF). Per un approfondimento si rinvia al sito www.eba.europa.eu.

[33] Per un approfondimento sui rapporti tra EBA e BCE si rinvia a S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 4, 2015, p. 1221 ss.

[34] Su incarico della Commissione Europea ha delineato la "*Fintech Roadmap*", che definisce le priorità Fintech per il 2018/2019. Ha istituito poi il "*Fintech knowledge hub*", a cui parteciperanno le autorità europee con lo scopo di contribuire al monitoraggio dell'impatto delle Fintech, incoraggiando la neutralità negli approcci normativi e di vigilanza e cercando di ostacolare e prevenire il fenomeno dello *shadow banking*.

[35] *Consultation Paper sulle Draft Guidelines on loan origination ad monitoring* (EBA/CP/2019/04 del 19 giugno 2019), consultabile sul sito www.eba.europa.eu.

[36] In particolare agli erogatori di credito si richiede di: raccogliere un livello sufficiente di informazioni e di dati che siano atti a provare l'affidabilità creditizia del richiedente in modo esaustivo; l'utilizzo di dati accurati, aggiornati, rilevanti rispetto alla tipologia di prestito richiesto, plausibili e

Per la prima volta, quindi, un'autorità di vigilanza europea analizza nello specifico il tema della tipologia di dati da utilizzare per valutare il merito creditizio del cliente[37].

I concetti innovativi anticipati nel *Consultation Paper* del 2019 sono stati poi dall'EBA sviluppati nel 2020, dapprima, in un atto non normativo (*Report on big data and advanced analytics*[38]) e, successivamente, in un vero e proprio atto normativo, seppur non vincolante (*Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*[39]).

Nel *Report* l'EBA ha condotto un'analisi approfondita sull'utilizzo dei *big data* e delle *advanced analytics*, fornendo un utile *background* ed alcune osservazioni-chiave che potrebbero (*rectius*: dovrebbero) accompagnare il loro utilizzo, con il fine ultimo di gestire in modo adeguato i possibili rischi che in futuro saranno connessi all'utilizzo di queste tecniche.

Quattro sono i "*pilastri*" individuati dall'EBA per un uso "*responsabile*" dei dati da parte degli intermediari (par. 3 *Report*): 1) garantire una gestione corretta degli stessi, prestando particolare attenzione alla qualità (veridicità) dei dati; 2) attrezzarsi con una infrastruttura tecnologica adatta a supportare la gestione di cui al punto precedente; 3) istituire strutture e misure di *governance* interne appropriate, assieme a competenze e conoscenze sufficienti; 4) predisporre una metodologia avanzata *ad hoc* per la gestione dei dati soggetti a tecniche di ML.

L'EBA, poi, si premura di dare carattere "*effettivo*" ai succitati pilastri, evidenziando come, per garantire lo sviluppo di un clima di "*fiducia*" attorno all'utilizzo dei dati da parte delle banche, risulti di fondamentale importanza garantire l'applicazione di alcuni "*principi-chiave*" (par. 4 *Report*), quali: a) l'etica, in quanto l'uso di qualsiasi soluzione di IA dovrebbe aderire ad alcuni principi etici fondamentali (come il rispetto dell'autonomia umana) che accompagnino l'algoritmo sin dalla fase della sua progettazione; b) la *explainability* degli algoritmi, ossia la loro capacità di essere spiegati ad un individuo, evitando i fenomeni di *black box*; c) l'equità, ovvero l'assenza di pregiudizi (*bias*)

veritieri, se del caso anche interrogando il richiedenti o terze parti (es. datore di lavoro, autorità pubbliche, centrali dei rischi). Cfr. F. MATTASOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore,* cit., p. 216.

[37] Non solo, il *Consultation Paper* prevede anche una parte *ad hoc* dedicata agli adempimenti che gli istituti bancari devono garantire se ricorrono alle c.d.d. "*tecnologie innovative*". Adempimenti quali l'obbligo di: a) considerare adeguatamente il *risk management* e il sistema di controllo dei rischi connessi; b) gestire i potenziali *bias* che possono derivare dall'utilizzo di siffatti modelli; c) essere in grado di comprendere e spiegare i modelli utilizzati,; d) verificare e monitorare regolarmente gli *out-put* prodotti; e) documentare accuratamente e periodicamente rivedere il processo e i modelli innovativi.

[38] *Report on big data and advanced analytics* (EBA/REP/2020/01), consultabile sul sito www.eba.europa.eu.

[39] *Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti* (EBA/GL/2020/06), consultabile sul sito www.eba.europa.eu.

e il divieto assoluto di discriminazione; d) la tracciabilità e verificabilità dei passaggi e delle scelte fatte durante l'intero processo di analisi dei dati; e) la protezione e la sicurezza dei dati.

Infine, l'Allegato I si concentra sui caratteri che dovrebbero determinare un dato di "*qualità*", ovvero: accuratezza, integrità, attualità, coerenza e completezza.

In sostanza, nel suo *Report* l'EBA esprime un concetto chiaro: onde evitare l'affidamento di soggetti non meritevoli (e quindi scongiurare un'altra crisi come quella del 2008), le banche devono adottare metodi di profilazione performanti, anche (e soprattutto) per mezzo di tecniche di IA/ML; allo stesso tempo, però, se decidono di analizzare i dati sulla base di tecniche di IA/ML, questi devono essere soggetti a trattamenti di "qualità", che siano conosciuti da chi li adotta e spiegabili a chi ne è oggetto, il tutto nell'alveo di una gestione sistematica degli stessi che possa dirsi (sperabilmente) "etica".

Certamente meno "spregiudicato", ma non per questo di minor rilievo, il dettato degli *Orientamenti* emessi dall'EBA nel 2020, i quali trovano applicazione dal 30 giugno 2021[40] secondo il principio *comply or explain* (art. 16, par. 3, Regolamento UE n. 1093/2010).

Tali orientamenti sono il punto di arrivo del *Consultation Paper* del 2019 e portano con sé un'inversione di rotta del Regolatore: l'intenzione, nell'approccio al problema degli NPL, di passare da un approccio "*re-active*" (logica di gestione del credito deteriorato in essere) a un approccio "*pro-active*" della gestione del credito (logica di prevenzione della nascita di nuovi NPL).

La normativa contenuta negli *Orientamenti* riprende la "classica" terminologia di ampio respiro tipica delle fonti di vigilanza in materia. Il messaggio sotteso alla normativa è lo stesso del *Report*: gli intermediari possono (e devono) utilizzare tecniche di /IAML per garantire un *rating* bancario performante, ma entro dati limiti. A tal fine, alle banche è richiesto di dare specifica indicazione delle "*condizioni per l'applicazione di decisioni automatizzate nel processo di concessione del credito*" (par. 38 *Orientamenti*), facendo però, allo stesso tempo, debita attenzione alle specificità del cliente (par. 39 *Orientamenti*).

Vi è poi una sezione dedicata alla "*Innovazione tecnologica per la concessione del credito*" (par. n. 4.3.3), nella quale agli istituti bancari che utilizzano tecniche algoritmiche si raccomanda di (par. 53): a) assicurare una comprensione sufficiente dell'uso dell'innovazione tecnologica da parte del proprio organo di amministrazione; b) garantire "*la tracciabilità, la verificabilità, la robustezza*

[40] Gli *Orientamenti* trovano applicazione dal 30 giugno 2021 per i nuovi prestiti e anticipazioni, dal 30 giugno 2022 per i prestiti e anticipazioni già esistenti (v. Paragrafo 3 "*Attuazione*" degli *Orientamenti*).

e la resilienza" dei modelli utilizzati, nonché che siano "*adatti allo scopo*"; c) evitare distorsioni nel processo decisionale in materia di credito; d) assicurare la validità e la qualità dei risultati del modello, i quali devono essere costantemente monitorati e revisionabili in modo tempestivo. Il tutto, adeguando allo scopo la propria organizzazione interna (par. 54).

Sarà anzitutto di grande importanza verificare come, concretamente, BCE (per le banche *significant*) e Banca d'Italia (per le banche *less significant*) daranno progressivamente attuazione a tali *Orientamenti*; certamente, avranno un impatto rilevante sul settore bancario (anche solo in termini di struttura organizzativa interna deli intermediari) e, probabilmente, anche sul "modo" stesso di fare banca (in termini di *rating* e concessione prestiti).

4. Il riflesso sull'*accountability* delle banche nazionali: a*ssessment* di tecniche di ML di nuova introduzione per la profilazione del cliente alla luce dei principi regolatori

Come già più volte sottolineato, le normative e i provvedimenti citati in tema di profilazione del cliente e valutazione del merito creditizio si presentano per lo più di "maglia larga", lasciando ampio spazio all'*accountability* delle singole banche.

Gli istituti di credito (quantomeno quelli di maggiori dimensioni) si stanno attrezzando di conseguenza, investendo cifre importanti nel settore *Fintech*. La tendenza è quella di utilizzare i sistemi innovativi digitali non solo, per così dire, "passivamente" (per meri scopi di *compliance*), ma anche "attivamente", analizzando il quadro normativo per sviluppare capacità competitive ed aumentare l'efficienza dell'infrastruttura organizzativa.

Ad ogni modo, nel contesto attuale, qualora una banca decidesse di sperimentare un nuovo modello di *rating* automatizzato teso a valutare l'affidabilità e la probabilità di *default* dei clienti, nel farlo dovrebbe tenere in debita considerazione non solo le fonti normative (europee e nazionali) succitate, ma anche quanto previsto dall'EBA, sia nel *Report* che negli *Orientamenti* (nonché, *pro futuro*, nelle aspettative di vigilanza della BCE e nelle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia che li attueranno).

Per quanto attiene invece alla materia della privacy, i punti di riferimento restano ancora i principi generali contenuti nel GDPR (combinato disposto del considerando n. 71 e dell'art. 22), da tradurre a cura e responsabilità del singolo intermediario in processi e regole operative di trattamento adeguati.

In termini di *accountability* delle banche nazionali, quindi, la previsione di un nuovo modello di *rating* automatizzato vedrebbe, con tutta probabilità, come prima fase quella della selezione della base dati da utilizzare per la profilazione del cliente in termini di *credit scoring*; per poi procedere, in un secondo

momento, alla corretta individuazione della lista di indicatori/criteri da utilizzare per la profilazione in concreto (es. andamentali interni, *status* e operatività del cliente, stile di vita, analisi delle transazioni e degli elementi reddituali).

Sullo sfondo, l'attività di *compliance* della banca dovrà prestare particolare attenzione soprattutto ad alcuni dei principi/regole fondamentali più volte richiamati e vigenti in materia: a) il principio di minimizzazione, pertinenza e non eccedenza, il quale richiede un utilizzo di dati (pertinenti) limitato a quanto effettivamente necessario per conseguire lo scopo prefissato; b) la sicurezza dei dati, garantendo l'accessibilità ai soli soggetti autorizzati al trattamento; c) l'esclusione dei dati c.d.d. "particolari", in quanto facilmente discriminatori ; d) la garanzia di rettifica dei dati erronei; e) l'esecuzione di *stress test* periodici degli algoritmi tesi ad assicurare il trattamento funzionale dei dati e l'assenza di effetti discriminatori, anche alla luce della possibile aggregazione degli stessi.

Quello brevemente descritto è un processo *compliant* di strutturazione di un modello di *rating* automatizzato apparentemente lineare, ma che nel concreto prevede una serie di elementi critici rilevanti, primo fra tutti il fatto che l'algoritmo, seppur progettato e strutturato secondo dati criteri, evolve in modo autonomo (*learning*), imparando dai propri errori e ottimizzandosi, anche con modalità tecniche ed esiti non del tutto preventivabili a priori.

Si pensi poi alla difficoltà intrinseca di tradurre in concreti processi operativi una selezione dei dati che possa dirsi conforme al principio di minimizzazione e pertinenza. In senso lato, infatti, qualsiasi dato può, in misura maggiore o minore, fornire informazioni utili a definire una abitudine di comportamento e, per questa via, l'affidabilità e probabilità di *default* del cliente.

Altra questione problematica è poi quella relativa al fenomeno dei c.d.d. dati "aggregati"[41]. Come prevenire (ed evitare) che, pur avendo correttamente individuato i dati da utilizzare e i criteri di ragionamento dell'algoritmo, poi questo, nella sua fisiologica fase di ottimizzazione in termini di *performance*, non crei correlazioni di dati foriere di esiti illegittimi quali, ad esempio, effetti discriminatori?[42].

[41] Per un approfondimento sul tema si rinvia a: A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 63-89; A. SIMONCINI, S. SUEWIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, p. 87-106.

[42] Sui possibili effetti discriminatori delle tecniche algoritmiche nel settore bancario si veda, tra gli altri: C. HAVARD, *"On the take": The Black Box of Credit scoring and mortgage discrimination*, in *Public Interest Law Journal*, 2011, vol. 20, pp. 241 ss.; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Big Data: a tool for inclusion or exclusion*, FTC, January 2016, consultabile sul sito www.ftc.gov. Sul tema, poi, è di particolare interesse il contributo di M. FOURCADE, K. HEALY, *Classification situations: Life-chances in the neoliberal era*, in *Accounting, Organizations and Society*, 2013, pp. 559 ss., nel quale gli Autori analizzano i rischi e l'impatto di un sistema automatizzato di valutazione del merito creditizio sulle

Il problema, infatti, al momento della progettazione di un sistema di *rating* automatizzato, non si pone solo con riguardo alle variabili selezionate, per così dire, "a monte", bensì anche con riferimento a quelle che poi vengono effettivamente attuate dall'algoritmo "a valle". Le variabili predefinite, infatti, quando si parla di uno strumento che si ottimizza in autonomia (*learning*), non sono le uniche in gioco.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di applicare all'algoritmo tecniche di "accuratezza" (*accuracy ratio*) [43], in base alle quali si analizza in termini quantitativi come performa il modello di ML con o senza date variabili, al fine di verificare se una variabile dà o meno un contributo positivo/neutro/negativo al modello: se si riscontra un contributo neutro o negativo, la variabile viene eliminata dal processo decisionale, "pulendo" l'algoritmo da qualsivoglia tipo di distorsione non voluta. In questo modo, si ritiene, sarebbe possibile verificare di volta in volta che variabili sono in uso e testarne sia la *performance* sia l'affidabilità in termini di legittimità.

Alla base di questa tecnica di ottimizzazione dell'algoritmo vi è il concetto che certamente l'utilizzo di modelli di ML aumenta il numero delle variabili "a valle", ma allo stesso modo aumentano anche i termini di giudizio per verificarne l'affidabilità, il che rende possibile ottimizzarli con maggior precisione.

Ciò detto, non può non suscitare comunque qualche riflessione il fatto che a sincerarsi della legittimità dell'attività di un algoritmo sia, a sua volta, un'altra tecnica digitale.

5. Conclusioni: l'esigenza di una regolamentazione specifica e l'aspetto reputazionale delle banche

Il quesito da porsi rispetto a questo tipo di tecnologie applicate al sistema di *rating* bancario evidentemente non è come arginarle, bensì come definire un quadro etico-giuridico sostenibile all'interno del quale possano operare.

L'innovazione tecnologica è destinata a divenire l'elemento cardine della futura valutazione del merito creditizio. Siffatti sistemi, se non adeguatamente vigilati, rischiano di (ri)presentare problematiche vecchie (che già avevano caratterizzato i sistemi di valutazione tradizionali) e nuove. Per questo motivo l'ordinamento deve seriamente interrogarsi e dare indicazioni sul "tipo" di

popolazioni meno abbienti, mettendo in luce come gli algoritmi possano acuire le differenze sociali e la distinzione tra classi.

[43] Il rapporto di accuratezza (AR) è una misura quantitativa sommaria del potere discriminatorio nei modelli di classificazione (ad es. modelli di punteggio di credito). La misura AR esprime il rapporto tra l'area sopra e sotto la curva di potenza del modello in esame rispetto al modello "perfettamente" discriminante. Il rapporto AR può assumere valori compresi tra zero e uno. Più AR è vicino a uno, maggiore è il potere discriminante del sistema di classificazione. Consultabile sul sito www.openrisk-manual.org/wiki/Accuracy_Ratio.

dato da utilizzare per il *rating* bancario automatizzato, trovando un (difficile) equilibrio tra tecniche di profilazione performanti e un trattamento legittimo dei dati.

Dal punto di vista delle fonti, si è visto che ci si limita per lo più a richiamare principi di ampio respiro, lasciando alle singole banche il dovere e la responsabilità di rendersi *compliant*. Il GDPR, con particolare riferimento all'art. 22, da parte sua non basta a regolare una materia così complessa e specifica. Quanto alle autorità di vigilanza, le linee dettate dalla BCE (prima) e dall'EBA (poi) sono certamente un importante punto di partenza, ma non possono dirsi ancora sufficienti.

Occorre promuovere l'introduzione di apposite regole settoriali e specifici principi riferiti espressamente alle tecniche algoritmiche che vadano ad integrare le normative esistenti[44].

Non solo, per delineare e rendere effettiva una regolamentazione *ad hoc* in materia, è fondamentale poi che sin dalla progettazione dell'algoritmo vi sia un'attenta attività di supervisione da parte delle istituzioni preposte, nonché una stretta collaborazione tra principi giuridici e saperi tecnici. In tal senso non è un caso che, proprio con riferimento al tema del *rating* bancario automatizzato, Banca d'Italia stia predisponendo spazi di confronto sempre maggiori con le più importanti banche del paese, facendo sedere allo stesso tavolo economisti, statistici, matematici, e giuristi; questo perché, se di "etica" dell'algoritmo si vuole discutere, non si può pensare di escludere i sapere umanistici dalla predisposizione delle future regolamentazioni in materia.

Inoltre, a ben vedere, sarebbero gli stessi intermediari bancari a trarre giovamento da una stretta collaborazione con le autorità di vigilanza, non solo sotto il profilo della "qualità" della regolamentazione, ma anche da un punto di vista della concorrenzialità sul mercato. È evidente, infatti, che se (come sembra) il futuro della redditività nel sistema bancario è lo sfruttamento dei *big data*, le banche per così dire "tradizionali" si trovano in copioso svantaggio rispetto ai grandi detentori di dati (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), i quali, peraltro, hanno già cominciato a fornire i primi servizi finanziari (ad esempio con riferimento al mercato del *payment*, con prodotti usati già da milioni di utenti).

Sotto questo profilo, quindi, le banche "tradizionali" hanno tutto l'interesse a utilizzare algoritmi *compliant*, dimostrandosi così agli occhi del cliente istituti

[44] Si pensi, a titolo esemplificativo, al principio di "comprensibilità" dell'algoritmo, secondo il quale ogni volta che un modello di IA/ML va ad impattare su diritti e libertà fondamentali del cittadino, deve operare un divieto assoluto di *black box* su quello specifico algoritmo. Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., p. 63 ss.. Sul tema si veda anche, tra gli altri, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019, p. 101-130.

virtuosi e attenti alle esigenze del consumatore. È proprio per questo motivo che sempre di più nel settore bancario si fa riferimento all'importanza dell'elemento reputazionale delle singole banche.

A titolo conclusivo, non si può non fare riferimento alla recentissima (21.04.2021) Proposta di Regolamento in tema di IA nella quale la Commissione Europea ha espressamente indicato tra i sistemi di IA "ad alto rischio" quelli utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche, in quanto dirimenti in termini di accesso e godimento a servizi privati essenziali e/o servizi e benefici pubblici (considerando n. 37; All. III par. 5 lett. b); indicando, peraltro, nelle autorità di vigilanza europee (su tutte la BCE) i soggetti deputati ad assicurare la corretta attuazione del regolamento (considerando n. 80)[45].

Se il testo venisse confermato, le banche avrebbero quindi l'obbligo (diretto ed immediato) di garantire il rispetto di una serie di requisiti previsti dal Regolamento in termini di "qualità" dei *set* di dati utilizzati (documentazione tecnica, conservazione, trasparenza, sorveglianza, robustezza, accuratezza e rappresentatività), nonché di sottoporre ogni nuovo progetto di IA da immettere sul mercato (considerato ad alto rischio) ad una preventiva valutazione di conformità.

Una specifica regolamentazione in tema di IA è dunque prossima all'introduzione e il sistema bancario ne sarà protagonista. In attesa dei relativi sviluppi, è interessante rivelare come la stessa Commissione Europea affermi che, con l'introduzione di questa nuova regolamentazione, le banche si gioveranno dell'aumento della fiducia degli utenti, della maggiore certezza del diritto e dell'armonizzazione delle regole, con possibilità di accedere a mercati più grandi ed aumentare il numero dei propri clienti[46].

In questo senso c'è da attendersi che, nel prossimo futuro, la progettazione e lo sviluppo di algoritmi virtuosi in termini etico-giuridici e *compliant* con la regolamentazione in materia, orienterà l'evoluzione del *rating* bancario e, in termini generali, lo stesso mercato del credito.

[45] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council - Laying down harmonised rules on Artificial Intelligence and amending certain union legislative acts* - Brussels, 21.4.2021, 2021/0106 (COD), consultabile sul sito www.ec.europa.eu.

[46] COMMISSIONE EUROPEA, *Nuove regole per l'intelligenza artificiale. Domande e risposte*, Bruxelles, 21 aprile 2021, consultabile sul sito www.ec.europa.eu. Sull'importanza dell'elemento della fiducia nel rapporto banca-cliente si veda anche: R. A. JARVINEN, *Consumer trust in banking relationships in Europe*, in *European journal of marketing*, 2014, p. 551 ss.; C. HALLIBURTON, A. POENARU, *The role of trust in consumer relationships*, ESCP Europe Business School, 2010.

BREVI NOTE DI SINTESI SULLA DISTINZIONE TRA MISURE INDIVIDUALI E DECISIONI POLITICHE NELLA REGOLAZIONE DEGLI ALGORITMI E NELLA DEFINIZIONE DEI POTERI DELLE AUTORITÀ GARANTI*

ANDREA CARDONE**

Abstract

When we talk about algorithmic decisions and their regulation, we are implicitly used to thinking about individual decisions, forgetting that the use of algorithms is also having significant effects on the way in which general and abstract decisions are taken. For this reason, the contribution will focus on those aspects in which the use of algorithms is already conditioning the legislative process.

Suggerimento di citazione

A. CARDONE, *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle Autorità garanti,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione delle considerazioni di sintesi tenute al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: andrea.cardone@unifi.it

© 2007- 2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Le conclusioni della sessione mattutina del Convegno sono un compito che ho condiviso con il collega e amico Giovanni Tarli Barbieri, con cui avevo concordato che avrei preso per primo la parola per alcune considerazioni di carattere generale sui lavori, cui lui avrebbe poi fatto seguire alcune riflessioni maggiormente rivolte al merito delle singole relazioni, sulle quali desidero comunque esprimere fin da subito un sincero apprezzamento, essendomi apparse tutte interessanti, ben documentante e non prive di spunti di originalità.

In queste poche pagine proverò a dar sinteticamente conto di tre considerazioni, come dicevo, di carattere generale e che mi sono state suggerite dalla lettura e dall'ascolto dei relatori. Può essere di qualche utilità dichiarare espressamente che lo scopo di dette considerazioni è duplice: da un lato, provare ad allargare il campo della riflessione ad alcuni aspetti che sono rimasti in ombra durante i lavori del Convegno; dall'altro, offrire un tentativo di contestualizzazione di quei profili che, invece, sono emersi e sono stati ben trattati nelle relazioni.

2. La prima considerazione, estremamente sintetica, ha la forma di un plauso rivolto agli organizzatori dell'iniziativa. Merita, in particolare, sottolineare come, a parere di chi scrive, sia risultata felice l'idea di strutturare la mattina nelle tre Sezioni relative alla protezione dei dati (personali e non), alla garanzia delle comunicazioni e alla concorrenzialità dei mercati. Queste tre sezioni, infatti, corrispondono alle tre grandi aree tematiche che sono interessate in termini più generali dalla regolazione della rete e, più in particolare, dal governo degli algoritmi.

Una prima area tematica è quella dei poteri, in relazione alla quale è risultato chiaramente come vengano in considerazione i limiti che incontrano le funzioni normative, ma anche quelle sanzionatorie, delle Autorità garanti, che denunciano un evidente problema di "cattura del regolatore".

Una seconda, poi, è quella del mercato, che rappresenta il vero contesto in cui i diritti e i poteri di cui si è discusso nelle relazioni sono chiamati a vivere e che, quindi, in una certa misura, costituisce un tema trasversale; tema la cui rilevanza si apprezza se si tiene presente che esso dimostra come gli effetti lesivi e/o distorsivi del ricorso sempre più massiccio agli algoritmi nella gestione in rete delle informazioni e dei dati, anche personali, si producono non solo sul piano delle posizioni giuridiche soggettive, ma anche su quello generale dell'interesse della collettività a che certe attività di rilievo economico vengano svolte in maniera concorrenziale. Su tale profilo si tornerà più avanti, quando si proveranno a trarre alcune possibili conclusioni di questi ragionamenti in punto di regolazione.

Una terza fondamentale area tematica, che nei lavori del Convegno è stata affrontata per prima per la sua centralità, è, infine, quella dei diritti, di cui

quello alla protezione dei dati personali è certamente uno dei più importanti, ma non l'unico. Basti pensare alle varie declinazioni della libertà di manifestazione del pensiero come il diritto a informare e il diritto a essere informati, emerse quando si è parlato di disinformazione *online* (Caterina), o alla libertà di comunicazione. Ma forse l'aspetto più significativo è quello della libertà del voto. Su di esso conviene brevemente indugiare perché, come si cercherà di evidenziare di qui a poco, offre significativi spunti di riflessione generale sul tema della regolazione.

Tre grandi vicende, in particolare, hanno contribuito in maniera determinante ad aprire gli occhi al mondo intero sui rischi che la democrazia rappresentativa corre per effetto della pervasività degli algoritmi e della loro capacità di profilazione e *data mining*. La prima è quella del c.d. *Russiagate*, nell'ambito della quale ben 126 milioni di elettori americani sono stati oggetto di una martellante campagna di disinformazione online attraverso messaggi di *Facebook* provenienti da operatori basati in Russia. La seconda è quella della propaganda politica operata da Donald Trump nella campagna presidenziale del 2020, realizzata attraverso *tweet* che hanno raggiunto in pieno periodo elettorale circa 12 milioni di americani e che, un anno dopo, hanno "bersagliato" circa 42 milioni di cittadini statunitensi, alimentando una campagna mediatica tesa alla delegittimazione del risultato che aveva visto l'affermazione del Presidente Biden. La terza è quella della società *Cambridge Analytica*, che, come noto, ha svolto attività analitica nel campo dei *big data*, dei *codes* e della profilazione ai fini della captazione del consenso degli elettori nella campagna elettorale del senatore Ted Cruz nelle primarie repubblicane, in quella dello stesso Donald Trump e, infine, in quella referendaria per la *Brexit*.

L'analisi di queste vicende dimostra che nei *Social Networks* la spendita di argomenti targettizzati e volti a creare *filter bubbles*, la disinformazione e la propaganda *online* consentono di agire sul singolo utente e di perseguire lo specifico obiettivo di condizionarne le determinazioni politiche e elettorali. Anche su quest'aspetto si tornerà a breve.

3. La seconda considerazione che si intende proporre è che queste stesse tre grandi aree tematiche (poteri, mercato e diritti) rappresentano non solo i profili centrali della regolazione, ma anche le coordinate essenziali che definiscono la dimensione più rilevante dei problemi che la pervasività degli algoritmi pone agli ordinamenti pluralistici contemporanei, ovvero la perimetrazione e il contenimento degli effetti che essi determinano sulla forma di stato democratica.

Quando si discorre di decisioni algoritmiche e di loro regolazione, si è abituati implicitamente a pensare alle decisioni individuali e proprio la tradizione del costituzionalismo come limite al potere induce spontaneamente a ragionare sul piano della tutela delle posizioni giuridiche soggettive che si assumono lese

dalle decisioni sfavorevoli prese sulla base degli algoritmi. In questa prospettiva, come noto, diventano determinanti le questioni relative, per un primo verso, alla conoscibilità, non discriminatorietà degli algoritmi e controllabilità delle motivazioni, per un secondo verso, alle modalità di raccolta e selezione dei dati che gli attuali sistemi di *Artificial Narrow Intelligence* utilizzano per esprimere le proprie capacità computazionali, per altro verso ancora, infine, alle conseguenti forme di responsabilità.

Ma il ricorso agli algoritmi sta determinando significativi effetti anche sul modo in cui si prendono le decisioni generali e astratte. Il discorso richiederebbe certo un approfondimento che non è possibile in questa sede[1], ma si può accennare che esistono per lo meno tre diversi livelli in cui il ricorso agli algoritmi condiziona già oggi la produzione del diritto politico per eccellenza, ovvero quello che si compendia nella legge parlamentare: a) il procedimento legislativo; b) le strategie dei gruppi e dei partiti in Parlamento; c) la formazione dell'opinione pubblica e, come si è già detto, il condizionamento stesso del momento elettorale, che della produzione del diritto politico rappresenta il primo presupposto in termini di legittimazione democratica.

Quanto al primo livello, basterà in questa sede sinteticamente ricordare che il diritto comparato offre diversi esempi di burocrazie parlamentari specificamente destinate a mettere a servizio dei lavori legislativi le risorse dell'intelligenza artificiale per la ricostruzione dei dati fattuali e dello stato dell'arte della materia da normare (come l'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* francese, il *Büro für Technikfolgen-Abschätzung* tedesco, il *Parliamentary Office of Science and Technology* istituito presso il Parlamento inglese, l'*Office of Technological Assessment* statunitense e il *Panel for the Future of Science and Technology* operante presso il Parlamento europeo). A ciò si aggiunga che si moltiplicano, sia in Europa che nel resto del mondo, le esperienze di *crowdsourcing legislation*, ovvero quelle consultazioni aperte, realizzate attraverso sistemi di *Information and Communication Technologies*, attraverso cui i cittadini possono esprimere su piattaforme digitali la propria opinione su ipotesi di interventi legislativi, sia in fase di iniziativa (si pensi alla c.d. *Kansalaisaloite* finlandese, oppure al noto caso della revisione costituzionale islandese del 2009), che di vera e propria istruttoria parlamentare (come nel caso del sistema *Wikilegis* in uso presso la *Câmara dos Deputados* brasiliana e del *Congreso Virtual* cileno, introdotto nel 2018). Del resto, anche nel nostro ordinamento, nell'ambito dell'esame della riforma costituzionale c.d. "Renzi-Boschi" (A.S. n. 1429, XVII legislatura), segnatamente nel settembre del 2015, si è assistito, su iniziativa dei senatori della "Lega Nord" Calderoli e Crosio,

[1] Per il quale sia consentito un rinvio al mio *"Decisione algoritmica"* vs *decisione politica*. A.I*., Legge, Democrazia*, Napoli 2021, 25 ss.

alla presentazione di circa 82 milioni di emendamenti prodotti da un algoritmo, basato sulla recente tecnologia del *Natural Language Generation*, in grado di elaborare all'infinito proposte di modifica testuale delle disposizioni in esame.

Quanto al secondo livello, invece, si può sinteticamente evidenziare che sempre più spesso i *leaders* politici e i gruppi parlamentari calibrano la propria azione nei lavori parlamentari attraverso sistemi di interpretazione del consenso che si basano su algoritmi, anche in maniera scollegata dagli indirizzi politici dei partiti di riferimento o senza che i medesimi abbiano manifestato alcun indirizzo sulla decisione politica da prendere, e che queste prassi pongono delicate questioni di disarticolazione della rappresentanza politica generale, *rectius*, di intermediazione algoritmica tra opinione pubblica e proiezione dei partiti in Parlamento.

Degli effetti che gli algoritmi sono in grado di produrre sulla formazione dell'opinione pubblica, anche in termini di condizionamento elettorale, si è già detto e, per ragioni di brevità, sul tema non si indugerà oltre. Ciò che, invece, preme mettere in luce in questa sede è che le due categorie di effetti dell'A.I. di cui si discute – ovvero quella delle conseguenze degli algoritmi sulle posizioni individuali e quella degli effetti dei medesimi sulle decisioni politiche – sono assai più strettamente collegate tra loro di quanto generalmente non venga evidenziato. Si pensi, indugiando negli esempi prima proposti, alla profilazione a fini elettorali, al *microtargeting*, alla diffusione dei *bot*, alle campagne d'odio in rete, ma anche alla stessa disinformazione *online*. Si tratta di fenomeni che certamente pongono problemi di tutela delle posizioni giuridiche soggettive (prima fra tutte la *privacy*, ma non solo) coinvolte dalle operazioni di *data mining* e profilazione, ma che sollevano anche non meno delicate questioni di tenuta democratica e di inquinamento nei processi formativi dell'opinione pubblica.

È stato efficacemente detto al riguardo che stiamo uscendo dall'era del convincimento per entrare in quella della persuasione politica, anche occulta (Ciarlo). In questo contesto, i partiti politici tradizionali sono in crisi perché è mutata la stratificazione sociale da cui essi hanno tratto storicamente fondamento, ovvero perché non esiste più una società articolata in classi sociali omogenee, ma sono in crisi anche perché la persuasione che si realizza nei nuovi mezzi di comunicazione può fare a meno di aggregati associativi stabili e questo perché gli individui si muovono nella rete come le api di uno sciame, per usare l'efficace metafora del filosofo coreano Han: agiscono, cioè, atomisticamente salvo aggregarsi attorno a un bersaglio polemico per attaccarlo in modo virulento e irriflesso, prima di disperdersi nuovamente.

A parere di chi scrive, dunque, solo apparentemente, e in maniera manichea, i due aspetti degli effetti dell'A.I. sulle posizioni individuali e degli effetti sulle decisioni generali e astratte possono essere tenuti distinti.

4. Questa conclusione ha precisi effetti sul tema della regolazione, oggetto della terza e ultima considerazione preannunciata in apertura e che riguarda più da vicino il tema del Convegno, ovvero il ruolo svolto sul punto delle Autorità garanti con riferimento alle decisioni algoritmiche. A questo proposito, infatti, pare di poter osservare che proprio la considerazione degli effetti che le decisioni algoritmiche determinano sul piano della forma di stato democratica, unitamente ai già rilevati problemi di cattura del regolatore, portino a concludere che si possano considerare più performanti modelli di regolazione di tipo misto, ispirati al modello anglosassone della *co-regulation*, proprio per la loro capacità di coniugare, da un lato, la responsabilizzazione dei gestori delle piattaforme nei confronti della protezione dei diritti individuali, dall'altro, il controllo pubblicistico di carattere sanzionatorio, anche a presidio delle ricadute che le violazioni dei diritti individuali hanno in punto di democraticità dell'ordinamento.

In questa prospettiva, ad esempio, una ipotesi si cui pare interessante provare a ragionare è quella avanzata dalla dottrina in tema di contrasto alle *fake news* (Pitruzzella), ma che pare suscettibile di generalizzazione, di affidare la regolazione del *political speech* e dell'informazione in Rete in prima battuta alle stesse *Platforms*, su cui far gravare sia l'adozione di *policies* di accesso e controllo dei contenuti conformi ai principi costituzionali, sia la garanzia dell'effettività del loro rispetto a fronte delle richieste in tal senso formulate dagli utenti. In seconda battuta, poi, potrebbe operare un'Autorità amministrativa indipendente, in grado di vigilare *ex post* e di decidere su eventuali contestazioni avanzate dagli utenti avverso le decisioni o le omissioni dei gestori delle piattaforme. Al cuore di quest'ultimo modello, in definitiva, si porrebbe il consumatore-utente, al quale spetterebbe, con la quotidiana costanza dell'utilizzatore finale, il compito di assumere quelle vesti di *Watchdog of Democracy* che la rivoluzione digitale e un certo servilismo rispetto al potere politico hanno sottratto all'azione storicamente svolta dal giornalismo d'inchiesta.

Un modello di questo tipo presenta, a giudizio di chi scrive, il pregio di affermare a livello sistemico e di far maturare negli utenti finali, allo stesso tempo consumatori e elettori, il convincimento che la tutela delle posizioni soggettive e la garanzia del pluralismo democratico sono, in realtà, due facce della stessa medaglia, perché se entrambe non convergono nella vita concreta dell'ordinamento non vi può essere regime che possa essere qualificato come democratico.

Ancora, dalla considerazione unitaria degli effetti che gli algoritmi determinano sia sul piano delle posizioni giuridiche individuali, sia su quello delle distorsioni del mercato, che ancora su quello delle decisioni generali e astratte, deriva una ulteriore conseguenza in punto di "metodo" e di "forma" della regolazione. Si intende fare riferimento all'opportunità di introdurre una

apposita disciplina – ed eventualmente istituire una Autorità garante "dedicata" – che coniughi poteri (o anche solo istituti) anticoncentrazionistici, regolatori del pluralismo democratico e di tutela della *privacy*. Un chiaro esempio dell'efficacia di questi sistemi "misti" si ricava dalla nota decisione sul "caso *Facebook*" del *Bundeskartellamt* tedesco del 6 febbraio del 2019, che ha applicato in sede di giudizio anticoncentrazionistico alcuni istituti tipici della tutela della *privacy* per giungere ad imporre al colosso *social* importanti limitazioni nella raccolta dei dati personali proprio sulla base del rilievo che la gestione dei dati in violazione del regime di tutela della riservatezza, da un lato, costituisce una forma di concorrenza sleale nei confronti delle imprese che rispettano le nome sul trattamento dei dati personali, dall'altro, genera un mercato anticoncorrenziale in cui il bene allocato è, per l'appunto, la disponibilità a fini economici di detti dati.

Inoltre, la consapevolezza che, sia sul versante delle decisioni individuali che su quello delle decisioni politiche, a venire in considerazione sono essenzialmente questioni di tenuta democratica dell'ordinamento consente di individuare più chiaramente le misure di regolazione che, dal punto di vista sostanziale, sono in grado di contenere i problemi e arginare le derive cui si è accennato in queste pagine. Tra esse pare di poter dire che apparirebbero particolarmente efficaci regole sull'utilizzo parlamentare degli algoritmi nel procedimento legislativo, sulla comunicazione politica delle *Internet Platforms* e dei *Social Networks* in campagna elettorale (ma non solo), così come la definizione di politiche attive per ampliare l'accesso alla Rete da parte degli utenti attraverso *Terms and Conditions* uniformemente imposti ai gestori, oppure l'introduzione dell'obbligo di garantire il pluralismo informativo in certi luoghi virtuali e/o la creazione di appositi *deliberative domains*, oppure ancora il divieto di utilizzare tecniche come il *microtargeting* e i *bot*, ovvero l'approvazione di misure atte a garantire la concorrenzialità del "mercato unico" definito dal diritto della convergenza, o ancora la generalizzazione di un obbligo di offerta di servizi pubblicitari a parità di condizioni economiche per tutte le forze politiche.

In sintesi, ciò di cui si sente la mancanza è una disciplina che miri, allo stesso tempo, da un lato, alla protezione dei dati personali e delle altre libertà, soprattutto politiche e dell'informazione, che si esercitano nella rete e, dall'altro, alla salvaguardia del pluralismo democratico nei confronti delle invasive tecnologie algoritmiche.

5. Da ultimo, la visione unitaria dei problemi che le decisioni individuali e quelle politiche sollevano di fronte alle forme di intelligenza artificiale, rende anche ragione del perché il tema della regolazione richieda un approccio non ideologico. Ha meno senso di quanto non sia anacronistico, infatti, pensare che

gli evidenziati problemi della democrazia digitale possano essere risolti azzerando il grado autonomia degli attori della rete attraverso una regolazione pubblicistica.

In questo senso, ancora oggi può tornare utile la lezione più matura della teoria della poliarchia democratica di Robert A. Dahl, per intendersi quella dei *Dilemmas of Pluralist Democracy* del 1982, che sviluppa e porta a ulteriori conseguenze, nella nostra prospettiva particolarmente illuminanti, le intuizioni originarie di *A Preface to Democratic Theory* del 1956. Le relazioni di autonomia e controllo non possono essere ricostruite in termini di alternativa secca, ma si deve prendere atto che esse si strutturano secondo canoni di mutualità, reciprocità e cooperazione, per cui quel fenomeno di emersione e di consolidamento di organizzazioni indipendenti (siano esse istituzioni politiche, economiche o tecniche), che porta a concludere che la poliarchia è il carattere dominante delle democrazie pluraliste contemporanee, deve essere affrontato non in termini binari, ma in termini di gradualità.

Un sistema democratico va in equilibrio quando i controlli e gli scambi reciproci sono tali da non consentire a nessuna organizzazione di esercitare una volontà definitiva sulle altre. Questo vale anche per il potere pubblico, che non deve cedere alla tentazione di credere che il suo rapporto con i poteri tecnici ed economici privati possa essere strutturato in termini di controllo unilaterale e di relazioni di dominio rispetto alle altre forze presenti nella comunità. Questa prospettiva appare particolarmente feconda rispetto ai problemi di democratizzazione della rete, o meglio di democratizzazione della comunicazione politica in rete, e rispetto alle questioni di protezione sia della riservatezza, sia del grado di autonomia della formazione dell'opinione pubblica su *Social Networks*, *Platforms* e motori di ricerca.

È necessario, infatti, uscire dalla strettoia cui il pensiero filosofico-politico e giuridico si è infilato per effetto della contrapposizione tra Rousseau e Tocqueville, che portava il primo a negare che la presenza di società parziali potesse essere compatibile con la formazione della volontà generale e il secondo a rivendicare che la libertà di associazione, basata sul diritto di coalizione, fosse il motore fondamentale della democrazia. Il che significa, nel nostro contesto, smettere di pensare che il percorso di democratizzazione della rete sia unilaterale e proceda dal potere politico verso quello economico e tecnologico per ridurre progressivamente (ovvero sempre di più) sotto il controllo del primo il grado di autonomia dei secondi.

Bisogna, invece, accettare e valorizzare l'idea che, a loro volta, anche quei poteri sono internamente animati e governati da poliarchie, che, controllandosi e limitandosi a vicenda, si bilanciano e, quindi, "controbilanciano" anche il potere politico.

Detto altrimenti, è necessario abbandonare la pretesa normativistica di affrontare il tema della democratizzazione di Internet e della tutela delle libertà fondamentali al suo interno come se fosse un problema di "più o meno rete", per abbracciare una diversa impostazione che consenta, attraverso gli istituti regolatori, di mantenere il sistema in equilibrio tra le sue fisiologiche istanze e pretese egemoniche.

Su questi problemi è necessario intervenire quanto prima e questo principalmente allo scopo di non far passare in secondo piano che la rete e le tecnologie algoritmiche che la abitano sono sì fonte di gravi rischi per le libertà individuali e per le democrazie contemporanee, ma sono anche un formidabile contesto perché queste ultime possano essere ripensate – in termini di potenziamento della partecipazione popolare e di ampliamento dei canali di emersione della responsabilità politica – per superare la crisi strutturale in cui versano ormai da oltre un secolo.

CONSIDERAZIONI DI SINTESI SUL RUOLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI NELLA REGOLAZIONE DELLE DECISIONI ALGORITMICHE[*]

GIOVANNI TARLI BARBIERI[**]

Sommario

1. Le ragioni di un Seminario tra presente e futuro. – 2. Le sfide del presente. – 3. Quale regolazione delle decisioni algoritmiche (nell'ottica delle autorità indipendenti)?

Abstract

Overview of the role of the independent administrative authorities in the regulation of algorithmic decisions

Suggerimento di citazione

G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il contributo costituisce la rielaborazione delle considerazioni di sintesi tenute al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Firenze.
Contatto: giovanni.tarlibarbieri@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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. Le ragioni di un Seminario tra presente e futuro

Il seminario odierno offre un'occasione preziosa per riflettere su tematiche tanto rilevanti già nel momento presente (e ancora di più negli anni a venire) quanto ancora relativamente poco esplorate a livello dottrinale. L'indubbia qualità delle relazioni presentate e degli interventi dei *discussant* ha fatto emergere numerosi temi ma anche non pochi nodi problematici posti dalla regolazione delle decisioni algoritmiche nell'ottica dei poteri normativi delle autorità indipendenti.

In premessa, è già stato ricordato che questa nostra giornata si inserisce all'interno di un progetto di ricerca PRIN di cui Andrea Simoncini è il *principal investigator*[1]: intendo esprimergli un ringraziamento perché, soprattutto grazie al suo impegno, il tema dell'intelligenza artificiale è divenuto centrale nelle attività di ricerca dei colleghi fiorentini, senza disperdere lo spirito e il metodo che da anni contraddistingue l'"Osservatorio sulle fonti", che privilegia uno studio della produzione normativa attento alle prassi e alle dinamiche reali delle fonti, delle trasformazioni in corso, del trattamento giuridico ad esse riservato dagli organi giurisdizionali e amministrativi, in non pochi casi avventurandosi anche in terreni in tutto o in parte incogniti.

Il punto merita di essere sottolineato anche perché l'"Osservatorio sulle fonti" compie quest'anno i suoi primi venticinque anni (il primo volume fu infatti pubblicato da Giappichelli nel 1996). Nella *Premessa* a tale primo volume Ugo De Siervo evidenziava il «moltiplicarsi» di nuovi tipi di fonti, creati dal legislatore o anche prodotti dalla prassi in materia e, tra queste, i «molteplici poteri normativi delle diverse autorità amministrative indipendenti»[2]. Ricordo poi che il volume 2003-2004 fu dedicato interamente ai poteri normativi di queste ultime[3]: una comparazione tra i contributi pubblicati allora e le

[1] Si tratta del Progetto Prin 2017 Testo inglese *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law (SE.CO.R.E TECH) – L'impatto delle nuove tecnologie sui processi di auto- e co-regolazione: verso uno Stato di diritto tecnologico*.

[2] U. DE SIERVO, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, VII.

[3] Sui poteri normativi delle Autorità indipendenti cfr. almeno S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Ets, Pisa, 1996; P. BILANCIA, *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, 148 ss.; M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, agg. 2001; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002; G. GRASSO, *Le autorità amministrative della repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007, 499 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Giappichelli, Torino, 2012; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e* soft law*. Forme, contenuti, limiti e tutele*,

relazioni presentate nel presente Seminario contribuisce a misurare la distanza tra le problematiche del periodo attuale e quelle già allora chiaramente emerse[4]. Nell'introduzione Paolo Caretti individuava tre aspetti, considerati altrettanti spunti per ulteriori approfondimenti e una traccia utile per immaginare i futuri svolgimenti del modello di Autorità indipendente, ovvero:

a) il consistente sviluppo dei poteri normativi sostanziali delle Autorità, per cui anche quelle che sono formalmente titolari di soli poteri provvedimentali adottano nella prassi atti di tipo diverso, riconducibili all'area della normazione; si è parlato, in generale, di "fonti di fatto" "in quanto hanno la capacità di imporsi nell'ordinamento, perché promanano da soggetti quali, appunto, le Autorità amministrative indipendenti che, per la sola loro autorevolezza, possono incidere, tramite essi, sui propri settori di competenza[5]. In alcuni casi, si tratta di atti che sono ricondotti all'area della c.d. *soft law* che pongono, come è noto, rilevanti problemi teorici, «ancora più gravi quando il potere normativo atipico perde contatto con la legge istitutiva o attributiva dei poteri alla stessa autorità e il diritto così prodotto si estende oltre la cerchia dei soggetti (effetti *erga omnes*) che hanno partecipato alla redazione di tali atti e ai quali le norme si riferiscono»[6];

b) la natura dei poteri normativi formali attribuiti alle Autorità, frequentemente riconducibili ad atti che, al di là delle atipicità procedurali, non sono meramente esecutivi o attuativi di disposizioni legislative «che spesso lasciano margini di discrezionalità così ampi all'Autorità, da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco»[7]. Non a caso, la dottrina si è divisa sul fondamento ultimo dei poteri normativi delle Autorità, che secondo alcuni si rinverrebbe comunque nella legge (ancorché in generiche attribuzioni legislative)[8], per altri

Giappichelli, Torino, 2018; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020.

[4] P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005.

[5] F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice*, cit.

[6] E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 63 cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul punto.

[7] P. CARETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit., XV. Si sono anzi avvicinati i rapporti tra leggi e regolamenti delle Autorità indipendenti a quelli esistenti tra atti normativi (o di indirizzo) e provvedimenti giurisdizionali, con la differenza che gli atti normativi delle Autorità indipendenti hanno efficacia *erga omnes* e non *inter partes*: A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto.* Seconda edizione, *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 600.

[8] Sul tema, M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 279 ss.

nei compiti di regolazione attribuiti alle stesse[9], o, ma il punto è evidentemente controverso, sull'art. 117, comma 6, Cost.[10], ovvero ancora sul riconoscimento di poteri impliciti delle stesse Autorità[11]: da queste diverse ricostruzioni derivano altresì diverse qualificazioni degli atti normativi in questione, per alcuni assimilabili a regolamenti "quasi indipendenti"[12] o "per obiettivi"[13] ovvero ancora a quelli di delegificazione (secondo un modello diverso rispetto a quello dell'art. 17 della legge n. 400/1988)[14];

c) la messa in atto, anche laddove non formalmente imposte, di procedure partecipate per l'adozione degli atti normativi delle Autorità «con conseguenze rilevanti non solo sulla ponderazione dei diversi interessi in gioco, ma anche sul versante del controllo sulla correttezza dell'esercizio del relativo potere di regolazione dei medesimi»[15].

In questo senso, la Corte costituzionale e il Consiglio di Stato si sono riferiti, in forme diverse, a una legalità procedurale che legittimerebbe i poteri in esame[16]. In particolare, nella sent. n. 69/2017 della Corte costituzionale si legge che «poiché la *ratio* della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. è contenere la discrezionalità dell'amministrazione e prevenirne gli arbitrii "a garanzia della

[9] Per tutti, R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, n. 1, disponibile all'indirizzo www.nomos--leattualitaneldiritto.it.

[10] Così, invece, G. GRASSO, *Le autorità amministrative della repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, 229 ss. Tale tesi presuppone evidentemente l'accoglimento della tesi (non scontata ma fatta propria a livello di prassi) che tale disposizione confermi il carattere di categoria aperta delle fonti secondarie: sul punto, V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo www.astrid-online.it, 2009, n. 19.

[11] In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto, F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo istituzionale ed autarchia comunitaria*, in F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001, 25; G. MORBIDELLI, *I poteri impliciti: recensione a Cristiano Celone, La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità dei contratti pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2015, 223 ss.

[12] Così, S. FOÀ, *I regolamenti*, cit., 133; S. FREGO LUPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 2002, 140 ss.

[13] F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2007, 116 ss.

[14] Peraltro, come è stato giustamente affermato, negli atti normativi delle Autorità convivono frequentemente disposizioni che intrattengono un diverso rapporto con la legge: F. POLITI, *Regolamenti*, cit., 4. Sembra escluso, alla luce dei principi sulla produzione normativa quali si deducono in primo luogo dalla Costituzione, che gli atti normativi delle Autorità indipendenti siano assimilabili ad atti con forza di legge: sul punto, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, 31.

[15] P. CARETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit.

[16] Cfr. già Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105; Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2006, n. 216; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it.* Sul punto, per tutti, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, 383; S. SILEONI, *Tecniche di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: esperienze applicative*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, Giappichelli, Torino, 2009, 140 ss.

libertà e proprietà individuale" (sentenza n. 70 del 1960), questa Corte ha altresì affermato che l'eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici. In questa logica, è stato dato rilievo alla previsione di determinati "elementi o moduli procedimentali" (sentenza n. 435 del 2001) che consentano la collaborazione di più enti o organi (sentenze n. 157 del 1996 e n. 182 del 1994) – specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico (sentenze n. 215 del 1998, n. 90 del 1994 e n. 34 del 1986) – o anche la partecipazione delle categorie interessate (sentenza n. 180 del 1996). / La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti» (cfr. anche sent. n. 41/2013)[17]. Da parte sua, il Consiglio di Stato ha affermato che «quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»[18].

In questa sede non è possibile indagare i problemi posti dall'affermazione di una "legalità procedurale" surrogatoria (anche se, sembrerebbe di capire solo "in certa misura") di quella sostanziale sul piano dei principi ordinatori della produzione normativa[19] e, soprattutto, alla luce dei valori fondamentali del nostro ordinamento, a cominciare dal principio democratico[20].

[17] *Considerato in diritto*, n. 7.2.

[18] Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[19] Si è parlato di una incisione dei principi che sovraintendono al mantenimento dell'ordinamento giuridico come insieme di norme il più possibile ordinato, conoscibile, prevedibile, facilmente applicabile: E. GROSSO, *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" alle Autorità Amministrative Indipendenti*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 76-77.

[20] In particolare, occorre scongiurare il rischio che una legalità procedurale finisca per favorire o addirittura esaltare interessi "forti". Non a caso, anche la dottrina favorevole a tale estensione del principio di legalità sottolinea che la partecipazione è «qualcosa di diverso dal limitato ingresso di interessi particolari quale normalmente avviene nel procedimento amministrativo, rappresentando

Efficacemente si è parlato di una "legittimazione dal basso" dei poteri normativi in questione, essenzialmente per almeno due motivi: perché l'attribuzione del potere è finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare e di conseguenza i regolamenti emanati debbono ricavare «le regole dall'oggetto da regolare»; perché, come accennato, la regolazione dello specifico segmento di mercato verso cui si rivolge la competenza del soggetto regolatore è generalmente partecipata e condivisa dagli operatori economici che agiscono in quel segmento, in una prospettiva di osmosi tra pubblico e privato che è «dunque un tratto caratteristico, anzi programmatico, di queste regolazioni»[21].

Da quanto si è detto, emerge comunque la «*irresistibile* attrazione nell'ambito dei poteri delle Autorità di funzioni di tipo normativo, quasi che queste ne costituissero in qualche modo un connotato necessario» e sul punto si è osservato che «se questo elemento dovesse essere confermato dalla prassi futura, probabilmente la denuncia della loro "atipicità" procedimentale e sostanziale, e il tentativo di ricondurle ai criteri ordinari che disciplinano i rapporti tra le diverse fonti normative potrebbero rivelarsi improduttivi, proprio perché non tengono nel dovuto conto l'"atipicità" complessiva del modello»[22].

In ogni caso, anche l'"erompere"[23] dei poteri normativi delle autorità indipendenti ha contribuito e non poco a quella *débâcle* del potere regolamentare del Governo di cui ha parlato recentemente Beniamino Caravita[24].

piuttosto una discussione pubblica sull'opportunità dei adottare una determinata disciplina»: M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., 298.

[21] R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 31 ss. (la citazione è a p. 32).

[22] P. CARETTI, *Introduzione*, cit. In questo senso, è stato affermato che risulta difficile inquadrare i poteri normativi delle Autorità indipendenti nel sistema tradizionale delle fonti «poiché il rapporto che si stabilisce fra essi e la legge, oppure tra essi e le fonti secondarie può essere riportato con difficoltà ai rapporti fondati sulla gerarchia o sulla competenza, anche se certamente non è escluso che rapporti siffatti possano essere regolati da atti normativi di questo genere»: A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 600.

[23] Per dirla con A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1997.

[24] B. CARAVITA, *La débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *Federalismi*, rinvenibile all'indirizzo www.federalismi.it, numero speciale 2/2017, in particolare p. 3, secondo il quale «l'accerchiamento della potestà regolamentare statale avviene poi anche per vie laterali. Così come le autorità amministrative indipendenti – la cui autonomia è garantita a livello costituzionale interno, quando non anche a livello di diritto europeo (cfr. da ultimo, CGUE, sentenza 26 luglio 2017, causa C-560/15) – hanno eroso gli spazi tradizionalmente riservati alle amministrazioni pubbliche, altrettanto è successo – inevitabilmente – nel sistema delle fonti. Atti normativi o variamente paranormativi delle diverse autorità […] – riducono, o addirittura nullificano gli spazi per l'esercizio – quanto meno per un esercizio ordinato – della potestà secondaria».

In generale si è escluso che i regolamenti delle autorità indipendenti possano dirsi subordinati ai regolamenti governativi: per tutti, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 345.

2. Le sfide del presente

Rispetto a questi punti, ancora attuali, la contemporaneità pone sfide ulteriori alle Autorità indipendenti e all'esercizio in concreto dei loro poteri regolatori.

Infatti, l'imponente evoluzione tecnologica cui assistiamo, come giustamente notato, in particolare, da Elia Cremona, a cominciare dall'erompere, nell'ambiente digitale, dei nuovi poteri privati – le grandi piattaforme padrone degli algoritmi più intelligenti del mondo – «trasforma i mercati, rovescia paradigmi consolidati e impone all'ordinamento, talora di usare strumenti vecchi per fini nuovi, altre volte di concepire strumenti del tutto nuovi»[25], anche e soprattutto sul terreno dell'attività normativa.

Sul punto, mi sia consentito di ricordare che lo stesso Paolo Grossi, come è noto assai critico sull'assolutismo giuridico di uno Stato che pretende di produrre e monopolizzare il diritto, ha colto lucidamente il rischio che, nella «estrema mobilità giuridica che stiamo vivendo», alla vecchia arroganza del potere politico si possa sostituire «l'arroganza non meno soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio»: per cui, se questo «è il momento di rivincita della prassi nella percezione e invenzione di assetti giuridici novissimi, è questo anche il momento in cui percezioni e invenzioni [...] vanno ordinate in una intelaiatura di 'principii' dalla complessa valenza, che è insieme tecnico-giuridica, culturale, etica»[26].

Più in generale, gli sviluppi tecnologici, e, in questo ambito, le decisioni algoritmiche costituiscono un fenomeno che mette in crisi e costringe a rivedere categorie tradizionali, a partire dal concetto stesso di fonte del diritto e di produzione normativa, abbandonando pigrizie intellettuali che ripropongano stancamente schemi che necessitano ormai inevitabilmente di aggiornamenti, senza però cadere nella tentazione opposta di ritenere che le coordinate ordinamentali fondamentali siano ormai definitivamente erose se non superate[27]. In questo senso, non si possono non richiamare le connessioni tra assetto delle fonti e le fondamentali scelte in materia di forma di Stato e della forma di governo, vista, in particolare, la connessione tra i poteri delle Autorità

[25] Si veda, in questo senso, il contributo di CREMONA presente in questo *Speciale*, 881.

[26] P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *Lectio doctoralis* pronunciata il 24 ottobre 2005 nella Aula Magna dell'Università di Bologna, in *Rass. forense*, 2006, 55.

[27] Spunti in questo senso, ancora nel lavoro di CREMONA. Si è evidenziato criticamente sul punto che il problema dell'esercizio di fatto di poteri normativi da parte delle autorità indipendenti «non sembra affatto il mero frutto di sciatteria, disordine mentale, confusione o ignoranza […] Sembra al contrario il risultato di una vera e propria messa in discussione (da taluni coerentemente perseguita e giustificata) di uno dei fondamentali principi con i quali lo Stato moderno ha inteso risolvere il problema della "unità del sistema giuridico, inteso come insieme ordinato di regole di diritto oggettivo"»: E. GROSSO, *Riconoscimento*, cit., 77.

indipendenti e i diritti fondamentali dei singoli ma anche dei gruppi[28] e quindi la rilevanza istituzionale degli stessi.

In questo senso, come è noto, assai densa di contenuti problematici è la stessa nozione di "regolazione", la quale, comportando l'attribuzione alla singola Autorità di molteplici poteri, normativi, amministrativi, di risoluzione di conflitti, solo considerata nella sua "interezza" consente di essere apprezzata come funzione e come funzione complessa[29], che, come ricordato anche dal Consiglio di Stato nel pregevole parere del 2017 sullo schema di d.p.c.m. relativo alla "Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione" «nel nostro ordinamento giuridico, si è andato progressivamente connotando nel senso di individuare in modo specifico gli atti generali a contenuto normativo delle Autorità amministrative indipendenti (AGCOM, AEEGSI, ART, ANAC)»[30].

Peraltro, proprio nel caso delle Autorità indipendenti si tratta di una "regolazione integrata verticale" derivante dall'intreccio delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri e dal fatto che le stesse Autorità si stanno evolvendo sempre più nella direzione di organi "misti" o "bifronti", collegati cioè tanto all'asse delle istituzioni nazionali che a quello delle istituzioni europee, in una logica in cui esse assumono sempre più il carattere di anelli di trasmissione del diritto euro-unitario nel diritto interno[31].

A livello dell'Unione europea sono emersi anche nel presente Seminario riferimenti alla nuova strategia che potrebbe delinearsi a seguito della pubblicazione, nell'aprile scorso, della «proposta di regolamento sull'approccio europeo all'Intelligenza Artificiale [COM(2021) 206 final]», che individua il primo, organico quadro giuridico europeo sul tema; è stato altresì pubblicato un nuovo piano coordinato sull'Intelligenza Artificiale 2021 [COM(2021) 205 final] per rafforzare nel contempo l'adozione degli strumenti dell'intelligenza

[28] Il punto è sottolineato in più contributi ma non si può non rinviare qui ai fondamentali scritti di Alessandro PIZZORUSSO: tra questi, in particolare, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986, 217 ss.

[29] L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002, 265. Tale nozione abbraccia, in senso ampio, «un'attività comprensiva di potestà diverse, prescrittive, di vigilanza e controllo, e sanzionatorie, non riconducibile ai tradizionali poteri dello Stato, che si svolge, quando si estrinseca in regolamenti o atti amministrativi generali, in attuazione di norme legislative interne o di norme di diritto dell'Unione europea»: A. MORRONE, *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna, 2018, 212 che si richiama a G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645.

[30] Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2007, n. 1458, in *www.giustizia-amministrativa.it*, pp. 3-4.

[31] In questo senso, in particolare, E. CHELI, *Parlamento e Autorità indipendenti*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2000. Il Parlamento.* Atti del XV Convegno Annuale, Firenze, 12-13-14 ottobre 2000, Cedam, Padova, 2001, 329. Sul punto, tra i lavori presentati in questo seminario, cfr. in particolare, i contributi di MASCIOTTA e CATERINA.

artificiale e gli investimenti e l'innovazione nel settore in tutta l'UE. È infine prevista l'adozione di un regolamento sulle macchine [COM(2021) 202 final], che dovrebbe stabilire i requisiti di sicurezza dei prodotti, sostituendo l'attuale "Direttiva Macchine" n. 2006/42/CE[32].

Le innovazioni che emergono da tale percorso di riforma appaiono assai rilevanti: come è stato detto con riferimento alla proposta di regolamento relativo all'intelligenza artificiale, si tratta di «una proposta di natura paracostituzionale, volta e regolare e limitare poteri che si sono consolidati nel tempo e che pur essendo poteri di fatto, non sono meno significativi di quelli legali» e di un «tentativo di regolamentazione dell'impiego dell'IA in un unico quadro giuridico», passando «da una logica frammentaria e settoriale, riguardante singoli usi o singole tecnologie ad una prospettiva di regolazione generale» che non emarginerebbe del tutto l'esercizio delle potestà normative degli Stati membri, con particolare riferimento all'organizzazione interna del sistema di vigilanza e del mercato e all'adozione di misure per promuovere l'innovazione[33].

Da qui, la necessità di una "regolazione integrata orizzontale" che chiama in causa l'esercizio di poteri normativi a livello interno tra diversi soggetti. Questa esigenza di integrazione orizzontale pone l'esigenza di raccordi anche tra il Parlamento e le diverse autorità indipendenti ma anche tra queste ultime: nel primo senso nelle relazioni si è alluso persuasivamente alla rilevanza istituzionale delle indagini conoscitive[34] ma non solo. Infatti, le sfide poste dall'intelligenza artificiale (ma per la verità non solo da quest'ultima) dovrebbero indurre a riflettere sulla necessità di ripensare i procedimenti di formazione delle fonti tradizionali, soprattutto laddove si tratti di discipline a elevato contenuto tecnico-scientifico[35]. Sul punto, appare ancora di grande attualità la fondamentale intuizione secondo la quale «per quanto concerne le *attività di collaborazione* svolte dalle Autorità verso il Parlamento potrebbe essere utile pensare ad una estensione delle forme di segnalazione e consultazione attualmente previste solo per casi particolari o con riferimento a singole Autorità, introducendo nei regolamenti parlamentari un apposito capo dedicato alle Autorità indipendenti

[32] Si deve peraltro ricordare, sul piano normativo, anche il recente documento della Commissione europea: «Legiferare meglio: unire le forze per legiferare meglio nell'UE e prepararsi al futuro» [COM (2021) 219 final] nella quale si allude a più riprese all'esigenza che la normativa e le politiche europee «siano adeguate alle esigenze future e favorevoli all'innovazione» (par. 5.2.), e sostengano la trasformazione digitale (in particolare, par. 6).

[33] A. PAJNO, *Introduzione allo studio della proposta della Commissione europea di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo www.astrid-online.it, 2021, n. 12, pp. 2-3.

[34] In questo senso è la relazione di TORREGIANI.

[35] In questo senso è il contributo di PAGNANELLI. Rilevanti spunti, sul tema, sono rintracciabili in A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

[…]. L'estensione degli apporti collaborativi delle Autorità alle funzioni parlamentari potrebbe, in particolare, favorire il coordinamento – attualmente del tutto inesistente, ancorché sicuramente necessario – tra la legislazione adottata dalle Camere e la regolazione sviluppata, negli stessi settori, delle varie Autorità»[36].

Con riferimento all'adozione di regolamenti governativi, poi, già *de iure condito* l'apporto consultivo delle autorità indipendenti è già radicato, soprattutto con riferimento ai regolamenti ministeriali[37].

Come accennato, però, le peculiarità della regolazione delle decisioni algoritmiche chiama in causa la necessità anche di strumenti di coordinamento tra diverse Autorità indipendenti: Matteo Giannelli allude nel suo contributo alla necessità di un coordinamento permanente tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali, in modo da superare la natura settoriale delle competenze e coniugare i poteri e gli istituti anticoncentrazionistici, regolatori del pluralismo e di tutela della *privacy*[38].

3. Quale regolazione delle decisioni algoritmiche (nell'ottica delle autorità indipendenti)?

La regolazione delle decisioni algoritmiche pone non pochi problemi, con riferimento quantomeno all'identificazione degli atti e al contenuto dell'attività regolatoria.

Sul primo punto, come si è già osservato a proposito del concetto stesso di regolazione, in questa materia abbondano gli atti atipici[39], in non pochi casi veri e propri atti normativi[40], delle Autorità indipendenti, ma non solo (si pensi agli atti della Commissione europea, in materia di trattamento di dati non personali)[41]. In questo senso, si assiste, soprattutto in alcuni ambiti, a una sorta di "fungibilità" tra atti regolamentari e atti atipici, nel senso che i primi talvolta sono adottati a seguito dei secondi.

È nota sul punto la distinzione tra attività di eteronormazione, co-regolamentazione, auto-regolamentazione, che peraltro nella prassi sono spesso

[36] E. CHELI, *Parlamento e Autorità indipendenti*, cit., 327.

[37] Con riferimento alla produzione regolamentare a partire dal 2016 l'intervento consultivo delle autorità indipendenti ha riguardato complessivamente 5 regolamenti governativi in senso stretto su un totale di 56 e 23 regolamenti ministeriali su un totale di 177 (il dato comprende anche i casi di apporti consultivi di Anac e Banca d'Italia).

[38] Si veda, in particolare, il contributo di GIANNELLI.

[39] Sul punto, sull'ammissibilità di atti normativi oltre quelli previsti dalla Costituzione, per tutti, G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 806 ss.

[40] Per mutuare un'espressione di G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 16 ss.

[41] Sui quali si veda il contributo di Torregiani.

intrecciate[42] e utilizzate talvolta con confini poco chiari e con dubbi circa il ricorso all'una o all'altra[43].

Sul piano dei contenuti, si è parlato di un'attività regolatoria "a rincorsa"[44], tendenzialmente precaria[45].

Sul punto non si può non richiamare l'art. 23 della legge n. 262/2005 testualmente riferito ai provvedimenti aventi natura regolamentare o a contenuto generale (e ciò, come detto, a dimostrazione della scivolosità ormai nella prassi di tali due categorie) della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP. Secondo quanto previsto da tale disposizione, gli atti in questione:

a) debbono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono;

b) debbono essere accompagnati da una relazione che ne illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori;

c) sono sottoposti a revisione, almeno ogni tre anni, del contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

Come è stato giustamente osservato, i tre principi così introdotti nel loro insieme erano estranei al nostro ordinamento, risultando mutuati da indicazioni dell'OCSE e dell'Unione europea e in questo senso «non avrebbero mai potuto essere invocati ad integrazione ex post della legalità degli atti delle autorità di vigilanza, se non ci fosse stato l'intervento del legislatore»[46].

Con riferimento in particolare alla revisione degli atti si è osservato persuasivamente che «la provvisorietà esalta l'elasticità complessiva della disciplina,

[42] R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 282.

[43] Così, i contributi di TORREGIANI e GIANNELLI. Sul punto, per tutti, F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003, 10 ss.

[44] Così il contributo di CREMONA.

[45] Caratteristica, quest'ultima, che connota anche la legislazione: in questo senso, E. LONGO, *La legge precaria*, cit. Non a caso, tale autore dedica un apposito paragrafo all'attività normativa delle Autorità indipendenti, in quanto considerata uno dei punti di osservazione rilevanti della «precarizzazione legislativa» (pp. 60 ss.).

[46] M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., 294.

e allo stesso tempo ne attenua inevitabilmente la portata normativa, che è legata alla stabilità e/o infinita ripetibilità della previsione»[47].

Anche la motivazione costituisce un elemento di grande interesse, che deve essere apprezzato non solo alla luce del principio di partecipazione ma anche, come è noto, alla legittimazione delle Autorità indipendenti[48].

Peraltro, in questo senso, proprio l'assimilabilità tra regolamenti e atti amministrativi generali, presupposta già dall'art. 23 della legge n. 262/2005 e pienamente riscontrabile nella prassi con riferimento alla regolazione algoritmica contribuisce a spiegare questa previsione; e d'altra parte, è controverso che la stabilità delle prescrizioni costituisca un elemento essenziale dell'attività normativa[49].

Ciò detto, sempre sul piano dei contenuti nella regolazione delle decisioni algoritmiche un ruolo centrale non può non essere riconosciuto ai principi, come detto, di diversa origine (europea; nazionale), di diverso rango (anche costituzionale), già largamente affermati a livello normativo e giurisprudenziale[50].

La rilevanza dei principi proprio con riferimento all'esercizio dei poteri normativi delle Autorità indipendenti è stata affermata da quella parte della dottrina che ha evidenziato come, proprio con riferimento all'attività normativa delle Autorità indipendenti che regolino materie o fattispecie che avrebbero richiesto l'intervento di una fonte primaria (e si dubita della loro compatibilità con una fonte di livello superiore che regoli la stessa materia), «l'alternativa che si pone (ove non si ritenga il provvedimento illegittimo) è tra individuare il principio o la regola, costituzionale o comunitaria di cui esso costituisca attuazione e valutare la possibilità di pervenire, confrontando i due complessi normativi che in qualche modo vengono reciprocamente ad interferire, ad una qualche forma di loro coordinamento o bilanciamento che consenta di superare il motivo di contrasto»[51].

Tuttavia, circa la sufficienza dei principi a regolare le fattispecie in questione è lecito avanzare almeno alcuni dubbi.

[47] M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., 300.

[48] Per tutti, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 202 ss. In generale, sulla motivazione degli atti normativi cfr. almeno, S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Cedam, Padova, 2008; A.G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2015.

[49] *Contra*, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 15-16.

[50] Una possibile svolta in questo senso è data dalla recente proposta di regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale, che potrebbe aprire nuove prospettive.

[51] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 597.

In primo luogo, tali dubbi riguardano la "stabilità" dei principi (o quantomeno della loro latitudine) alla luce degli sviluppi tecnologici che peraltro rendono talvolta precocemente obsolete anche le stesse definizioni normative[52].

In secondo luogo, essi appaiono inadeguati a disciplinare fattispecie che richiederebbero una regolazione tendenzialmente più analitica, a seconda delle potenzialità lesive di diritti fondamentali, come si evince anche dai riferimenti comparatistici, invero assai utili, valorizzati in alcuni contributi[53]. In particolare, i principi non paiono idonei a colmare lacune normative anche in settori specifici.

Il contributo di Bagni evidenzia questo problema con riferimento all'uso degli algoritmi nel mercato del credito: si tratta di un aspetto rilevante, perché anche da parte di altri autori si è messa in evidenza la necessità di una normativa non solo «come strumento "difensivo" per limitare i rischi e aiutare la collettività a proteggersi da abusi e fenomeni criminosi» ma anche «come uno strumento per indirizzare i comportamenti delle imprese verso soluzioni più sicure e sostenibili e proteggere gli operatori più responsabili dalla concorrenza sleale di quelli meno virtuosi»[54].

[52] Spunti, in questo senso, nei contributi di MASCIOTTA e TORREGIANI.

[53] Oltre all'introduzione di SIMONCINI, si vedano i contributi di CATERINA, CREMONA e MASCIOTTA.

[54] A. PERRAZZELLI, *Le iniziative regolamentari per il Fintech: a che punto siamo?*, in *Astrid Rassegna*, rinvenibile all'indirizzo www.astrid-online.it, 2021, n. 9, p. 1.

CONCLUSIONI[*]

ENZO CHELI[**]

Suggerimento di citazione
E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il contributo costituisce la rielaborazione delle considerazioni di sintesi tenute al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

[**] Vicepresidente emerito della Corte costituzionale. Già Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 2/2021
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

Gli interventi che abbiamo ascoltato nel corso di questo incontro, tutti molto approfonditi e stimolanti, hanno cercato di dare risposta ad una domanda: come garantire che gli algoritmi, i *big data*, i processi decisionali automatizzati, intesi quali strumenti che concorrono a dar corpo all'intelligenza artificiale, non prendano il sopravvento sui diritti fondamentali della persona, sul buon funzionamento della democrazia e sulla libertà dei mercati? In termini più concisi la domanda potrebbe essere questa: come garantire, di fronte ai più recenti sviluppi della scienza informatica, una legalità algoritmica?

La ricerca i cui risultati abbiamo oggi discusso si propone di rispondere a questa domanda, risposta non facile, se si pensa che la materia che forma l'oggetto di questa ricerca fino a pochi anni fa non riguardava il mondo del diritto, ma soltanto i racconti di fantascienza. Non mi sembra, quindi, errato dire che i temi che qui sono stati affrontati si caratterizzano come temi di frontiera diretti a investire una realtà allo stato nascente, che il diritto stenta a regolare per la velocità con cui tale realtà si va trasformando sotto la spinta del progresso scientifico e dell'innovazione tecnologica. Una realtà ancora non pienamente percepita dall'opinione pubblica e non pienamente padroneggiata dalla politica, ma che permea ormai su una scala che non è nazionale, ma continentale e mondiale, la nostra vita quotidiana.

Ora, per giungere a risultati utili, la ricerca, come vediamo, ha affrontato questa materia ancora fluida sul piano di una esperienza concreta qual è quella condotta dalle autorità amministrative indipendenti che, nel nostro ordinamento, risultano investite di poteri ordinati alla protezione della libertà personale, della libertà di comunicazione e di informazione nonché della libertà del mercato con riferimento all'uso degli algoritmi, dei *big data* e dell'intelligenza artificiale.

Ma c'è anche un altro punto da sottolineare. La materia che questa ricerca affronta, ancora prima di presentare risvolti economici, sociali e politici, mette in campo un problema etico, che, pur nella sua novità, ha radici antiche. Fino a che punto la scienza e la tecnica possono incidere nella sfera fisica, psichica e relazionale della persona umana senza comprometterne la natura? Fin dove l'impiego delle macchine può rappresentare un aiuto e un arricchimento per la sfera delle libertà e dove, invece, questo impiego si trasforma in un rischio e in una limitazione di questa sfera?

Sappiamo che in passato queste domande hanno trovato risposta nella storia del costituzionalismo moderno sorto proprio per porre limiti al potere, in qualunque forma esercitato, a garanzia della sfera umana. Sappiamo anche che il costituzionalismo ha attraversato varie stagioni: c'è stato il costituzionalismo settecentesco e ottocentesco dell'età liberale, il costituzionalismo novecentesco dello Stato sociale, il costituzionalismo garantista dello Stato costituzionale del secondo dopoguerra, ma oggi dobbiamo dare atto che quella che si qualifica

come la quarta rivoluzione industriale legata ai processi di digitalizzazione - che stiamo vivendo – viene ad aprire la strada a una nuova stagione del costituzionalismo fondata su presupposti diversi da quelli del passato, stagione che potremmo qualificare del "costituzionalismo digitale". Questa nuova forma di costituzionalismo – verso cui mi pare si stia oggi orientando l'interesse della Scuola fiorentina - mira ad ampliare, a completare e a rafforzare gli strumenti del costituzionalismo tradizionale e si sta oggi delineando come effetto diretto delle trasformazioni che la scienza e la tecnica hanno determinato e stanno determinando nella sfera fisica, psichica e relazionale della persona umana. Aggiungendo al soggetto fisico – e qui mi richiamo ad una lontana intuizione di Stefano Rodotà – un soggetto digitale costituito dalla combinazione dei dati raccolti e elaborati dalle macchine, mentre la comunicazione interpersonale e di massa favorisce la nascita di strutture aggreganti del tutto diverse da quelle conosciute in passato e, perciò, tali da incidere profondamente anche nelle dinamiche della vita politica.

In questo quadro le libertà tradizionali – come la libertà personale, domiciliare, di comunicazione e informazione, d'impresa – assumono forme del tutto nuove che la scienza e la tecnica, se ben guidate, possono concorrere ad arricchire e rafforzare come strumenti di consolidamento di una democrazia costruita dal basso, ma che, se male orientate, possono anche limitare e seriamente pregiudicare lo spazio della libertà fino a favorire sbocchi di tipo autoritario.

E qui si apre il discorso dei vantaggi e dei rischi presenti nel nuovo mondo digitale e dell'esigenza, sia a livello normativo che giurisprudenziale, di un modello di costituzionalismo in grado di rileggere e riequilibrare il sistema dei poteri e delle libertà nella cornice di questo mondo che scienza e tecnica stanno sviluppando attraverso l'impiego di strumenti in cui l'algoritmo e l'intelligenza artificiale vengono oggi ad assumere un ruolo determinante. L'utilità di questa ricerca sta quindi nel fatto di offrire le prime tracce del percorso attraverso cui questo nuovo costituzionalismo sarà in grado di svilupparsi nel futuro prossimo. Tracce che emergono in particolare su due piani: sul piano dell'esperienza, che vorrei qualificar di natura costituente, che oggi l'Europa sotto la spinta dell'emergenza sanitaria sta affrontando e sul piano dell'azione che le autorità amministrative indipendenti da tempo stanno sviluppando, sia nel contesto europeo che nazionale, a difesa delle libertà della persona. Questi appaiono, infatti, come i piani di maggior rilievo in cui le tracce di questo nuovo costituzionalismo stanno prendendo la loro forma.

Sul piano europeo vediamo, infatti, che, dopo l'esperienza della pandemia e l'emarginazione che questa esperienza ha determinato nelle posizioni più radicali del sovranismo nazionale, si torna molto a parlare del futuro dell'Europa e proprio in questi giorni su questo tema inizia una riflessione promossa dal

Parlamento, dalla Commissione e dal Consiglio europeo. Se questa riflessione avrà successo (e io spero che lo abbia) essa inevitabilmente verrà a sfociare nel rilancio del tema di una Costituzione europea - tema da tempo messo nel congelatore – in grado di definire questo nuovo costituzionalismo che, proprio per la dimensione dei problemi posti in campo dalla rivoluzione digitale, non potrà assumere le sue forme definitive altro che nello spazio sovranazionale utilizzando quel patrimonio delle "tradizioni costituzionali comuni" che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha già da tempo richiamato e che le giurisprudenze dei vari paesi dell'Unione stanno da tempo valorizzando. Una linea che – come abbiamo visto proprio alla luce delle ricerche e del dibattito che si è svolto in questo Convegno – negli anni più recenti è già emersa nelle normazioni europee varate o in corso di formazione in tema di disciplina dei dati e di regolamentazione dell'intelligenza artificiale e che si esprime con molta chiarezza attraverso l'enunciazione di principi diretti a garantire l'impiego di algoritmi trasparenti, affidabili e controllabili, idonei cioè a garantire un'intelligenza artificiale, come viene scritto nei documenti europei, "umanocentrica".

Questo mi pare che sia il punto di fondo che viene oggi a legare il tema di cui oggi stiamo discutendo alla prospettiva di un nuovo costituzionalismo basato su principi che già risultano affidati all'interpretazione e all'applicazione degli organi giurisdizionali sia nazionali che europei nonché al lavoro delle autorità amministrative indipendenti operanti nei vari paesi dell'Unione. E invero nella messa a punto di questo nuovo costituzionalismo è certo che un ruolo rilevante potrà essere svolto da queste autorità, in ragione della loro nascita e della loro ragione di essere come soggetti "bifronte" ancorati sia allo spazio nazionale che a quello europeo. Spetta, infatti, alle autorità amministrative indipendenti il ruolo di canali fondamentali per la trasmissione del diritto europeo nel diritto interno e per l'elaborazione di principio di diritto interno in grado di riflettersi nello spazio europeo. Le autorità amministrative indipendenti, oltre ad essere organi "bifronte", con un piede in Italia e uno in Europa, sono anche soggetti che esercitano un potere qualitativamente diverso dai poteri tradizionali dello Stato, potere dove si combinano le tradizionali funzioni dello Stato al fine di offrire uno strumento rapido, flessibile e tecnicamente attrezzato per la difesa dei diritti nel rapporto con i nuovi poteri.

L'azione delle autorità amministrative indipendenti, per risultare efficace nella difesa dei diritti che l'ecosistema digitale sta aggredendo, dovrà d'altro canto sempre più adattarsi alle caratteristiche della società digitale che è segnata dalla presenza di connessioni sempre più strette tra la sfera individuale, la sfera economica e la sfera sociale. Dal ché l'esigenza di un sempre più stretto coordinamento anche tra le diverse autorità nazionali investite di compiti in questi diversi settori della sfera umana, coordinamento che già comincia a

trovare alcune espressioni sia in Italia (si pensi all'indagine conoscitiva sui *big data* del 2018) sia nel contesto europeo.

Queste sono solo alcune delle riflessioni che è possibile oggi fare in ordine alla grande partita che l'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale sta aprendo sul piano costituzionale in una competizione che è ormai di carattere mondiale, ma dove l'Europa, utilizzando il peso delle tradizioni costituzionali comuni ai paesi dell'Unione, ha qualcosa di suo da difendere e da dire.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2021