_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

FASCICOLO N. 3/2021

Contributi di M.E. BARTOLONI, E. CALZOLAIO, I. CARLOTTO, E. CATERINA, Y.M. CITINO, M. COLI, G. DI COSIMO, C. DOMENICALI, V.Z. KAZAI, M.A. GLIATTA, C. GRAZIANI, R. IBRIDO, F. LAVIOLA, L. LAZZERONI, E. LONGO, L. MAGI, M. MALVICINI, G. MENEGUS, G. MOBILIO, R. NIRO, M. PICCHI

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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

G. DI COSIMO, *Sullo stato attuale delle istituzioni* 963

SAGGI

G. DI COSIMO, *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali* 969

V.Z. KAZAI, *Restoring the Rule of Law in Hungary. An Overview of the Possible Scenarios* 983

L. LAZZERONI, *Contratto collettivo di prossimità e sua declinazione tra le fonti del diritto* 1009

L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla* 1029

M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova Comunicazione della Commissione europea* 1051

NOTE E COMMENTI

I. CARLOTTO, *L'ondivaga giurisprudenza amministrativa sulla promozione delle pari opportunità in ambito elettorale al cospetto della Corte costituzionale (a proposito di alcune recenti decisioni del giudice amministrativo)* 1065

M. COLI, *Sfida al primato del diritto dell'Unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla* rule of law*? Riflessioni a margine della sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021* 1083

SPECIALE
TEMPO E MUTAMENTO NEL SISTEMA DELLE FONTI

R. IBRIDO, G. MOBILIO, E. LONGO, *Tempo e mutamento nel sistema delle fonti: una introduzione* 1113

M. MALVICINI, *Appunti per uno studio sui rapporti fra disposizioni transitorie e diritto intertemporale tra fonti costituzionali e primarie* 1121

C. GRAZIANI, *Interpretazione evolutiva e tecnologia nella giurisprudenza delle Corti* 1143

F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo* 1161

M.A. GLIATTA, *L'uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione* 1191

E. CATERINA, *Legislazione sperimentale e decreti legislativi integrativi e correttivi* 1209

Y.M. CITINO, *Il diritto parlamentare "sperimentale"* 1231

C. DOMENICALI, *La decadenza dei decreti-legge nella prassi. Dalla provvisorietà dell'atto alla transitorietà delle norme* 1285

SPECIALE
PROCESSI DEMOCRATICI E TECNOLOGIE DIGITALI

E. LONGO, *Partecipazione democratica e rivoluzione digitale nell'Unione europea* 1309

M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica* 1331

E. CALZOLAIO, Bitcoin*: le sfide dell'autoregolazione* 1357

R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive* 1369

E. CATERINA, *La comunicazione elettorale sui* social media *tra autoregolazione e profili di diritto costituzionale* 1393

G. MENEGUS, *Processi di regolazione della* sharing economy*: oltre la* self-regulation 1411

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 3/2021

SULLO STATO ATTUALE DELLE ISTITUZIONI

GIOVANNI DI COSIMO*

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Macerata.
Contatto: giovanni.dicosimo@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 3/2021
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. Come era prevedibile, il *Rapporto sulla legislazione 2021*, presentato lo scorso 29 ottobre, conferma che l'egemonia del Governo sulla produzione normativa perdura anche nella XVIII legislatura. Per delineare i tratti essenziali della situazione basterà richiamare due dati: da un lato, quasi metà delle norme di livello primario proviene dall'Esecutivo (il *Rapporto* evidenzia in particolare le dimensioni, sempre crescenti, e la multisettorialità dei decreti-legge); dall'altro, l'80% delle leggi esprimono variamente la volontà normativa del Governo, essendo leggi di conversione di decreti-legge, leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali, leggi di bilancio.
E la situazione non muta se si presta attenzione all'aspetto sostanziale, poiché le scelte politiche di maggior rilievo sono state prese con lo strumento della decretazione d'urgenza.
Sappiamo che in una certa misura tutto ciò è inevitabile, prova ne sia che si tratta di tendenze comuni ad altre democrazie europee, come pure ricorda il *Rapporto*. Proprio per questo, per evitare eccessivi disequilibri nella forma di governo, il Parlamento dovrebbe almeno reggere sul terreno del controllo dell'attività dell'Esecutivo. Eppure, anche qui si registrano rilevanti criticità dovute ad alcuni risaputi fattori distorsivi: l'esasperato ricorso alla questione di fiducia, spesso in abbinata con i maxiemendamenti governativi, in primo luogo; e poi la tardiva presentazione del disegno di legge del bilancio, come è accaduto anche quest'anno, che impedisce un effettivo esame da parte del secondo ramo parlamentare, col risultato che in questi casi si sperimenta un monocameralismo di fatto, solo per citare i principali. E la presa sui processi normativi aumenta quando il Governo adopera contemporaneamente più strumenti di condizionamento delle decisioni parlamentari: esemplare il caso della questione di fiducia nel procedimento di conversione dei decreti-legge, alla quale, documenta il *Rapporto*, il Governo ha fatto ricorso dall'inizio della legislatura nella quasi metà dei casi in un ramo del Parlamento, e quasi in un terzo di essi in entrambe le camere.

2. Al dominio governativo nella produzione normativa, si sommano alcuni segni di debolezza del Parlamento. Il principale è la decrescente capacità di elaborazione ed approfondimento che connota l'attività parlamentare. Il Parlamento dovrebbe essere una «fucina ove idee e sensibilità si trasformano in linee politiche» (la definizione è del Presidente Matterella, intervento davanti alle Cortes del 17 novembre), ma ormai ciò accade sempre più raramente. Questo aspetto rimanda alla retrostante condizione dei partiti, che non sembrano più in grado di fare articolate proposte politiche, riflettere e presentare soluzioni meditate ai problemi in agenda.
Un altro segno è la riluttanza a disciplinare quel poco che sfugge alla sfera di influenza dell'Esecutivo, corrispondente principalmente alle questioni

eticamente sensibili e ai diritti civili. Da ultimo, è accaduto il 27 ottobre con la decisione del Senato di non passare all'esame delle norme sul contrasto della discriminazione e della violenza per sesso, genere, orientamento sessuale e disabilità, norme già approvate in prima lettura dalla Camera nel novembre dello scorso anno. Ferme restando le ragioni politico-ideologiche che spiegano la scelta, dal punto di vista istituzionale assume il significato di un'autolimitazione dell'Assemblea, oltre a costituire il frutto di una discutibile interpretazione del regolamento, essendosi fatto ricorso al voto segreto per decidere una questione procedurale.
I segni di debolezza chiamano in campo la questione davvero centrale della qualità della classe politica. A tal riguardo è significativo che nelle elezioni amministrative dell'ottobre scorso una parte delle forze politiche abbiano fatto ricorso alla società civile, dato in sé positivo, se non fosse che in alcuni casi hanno scovato personaggi improbabili. L'episodio rimanda alla ormai cronica difficoltà di selezionare personale politico all'altezza del compito, che si riscontra anche a livello nazionale, tanto che nemmeno i tentativi di esplorare strade nuove, come l'utilizzo di forme di democrazia diretta in salsa digitale per scegliere i candidati alle elezioni politiche, sembrano aver risolto, anzi. Occorrerebbe tornare ad investire seriamente sulla formazione, abbandonando strumenti (come i listini nella legge elettorale, per esempio) funzionali alla fedeltà ai capipartito piuttosto che all'indipendenza di giudizio. Inutile dire che tutto ciò implica un profondo (e perciò poco realistico) ripensamento dell'assetto del sistema partitico, che attualmente si è ridotto a fungere, in larga parte, da corte adorante dei vari capipartito.

3. Nel quadro si inserisce il dato della ridotta partecipazione alle elezioni amministrative. Non è questa la sede per soffermarsi sulle cause del crescente astensionismo, solitamente meno accentuato alle elezioni politiche, ma va rilevato che una di esse riconduce alla citata questione della qualità del personale politico.
Su questo fronte si scorge peraltro anche qualche luce, poiché le ricerche sul campo documentano un persistente desiderio di partecipazione democratica che, evidentemente, non trova soddisfazione nell'attuale offerta politica. Basta pensare che, se è vero che solo una minoranza dei cittadini partecipa direttamente alla vita politica, una larga maggioranza, il 75%, vi partecipa in modo indiretto (fonte: Report Istat, *La partecipazione politica in Italia. 2019*, 24 giugno 2020). Del resto, da ultimo questo desiderio si è manifestato quando, in conseguenza di una semplice modifica legislativa, sono ripartite con forza le campagne referendarie in corso. Il fenomeno è stato per lo più letto con preoccupazione, ma alla scadenza del 31 ottobre per il deposito in Cassazione delle richieste referendarie, la raccolta delle firme digitali è risultata decisiva solo per

due richieste su cinque, e vi sono state iniziative (i quesiti sul green pass) che non ce l'hanno fatta malgrado l'innovazione procedurale. Ciò suggerisce di non demonizzare la cosiddetta *Spid democracy* e di interpretarla piuttosto come un segno di vitalità democratica, che potrebbe perfino aiutare la democrazia parlamentare, spronandola ad affrontare le complesse questioni sul tavolo.

4. Secondo una diffusa opinione, soluzioni a tutti questi problemi andrebbero cercate sul terreno delle riforme istituzionali. A tal riguardo si deve registrare il paradosso per cui riforme necessarie per migliorare il funzionamento istituzionale, come la modifica del bicameralismo perfetto, non riescono ad arrivare in porto, mentre hanno successo riforme, come la riduzione del numero dei parlamentari, il cui impatto è quantomeno dubbio. Fra l'altro, non sono ancora state realizzate le riforme regolamentari che gli stessi promotori e sostenitori del taglio del numero dei parlamentari indicavano come necessarie per correggerne gli effetti disfunzionali. Vedremo se nell'ultima parte della legislatura le forze politiche riusciranno ad accelerare tenuto conto che, nelle prossime settimane, si profila una sovrapposizione con alcune impegnative scadenze quali la procedura di bilancio e l'elezione del Presidente della Repubblica. Va in questa direzione l'iniziativa del Presidente della Camera che il 27 ottobre ha nominato due relatori nella Giunta per il regolamento per elaborare una proposta di modifica del regolamento alla luce della riforma.
Ancora aperto è invece il cantiere delle regole elettorali, per quanto, al momento, paia improbabile che si realizzino le condizioni politiche per l'ennesima modifica. Ad ogni modo, qualora invece ciò accada, l'esperienza suggerisce di non alimentare eccessive aspettative, dato che nei vari tentativi fin qui sperimentati le forze politiche non hanno saputo trovare soluzioni capaci di conciliare convenientemente stabilità e rappresentanza.
In una prospettiva più ampia, va osservato che, da un lato, alcuni problemi non sono aggredibili per mezzo delle riforme istituzionali, si pensi particolarmente alla questione della qualità della classe politica, e dall'altro, che i cambiamenti istituzionali più profondi si impongono per via di prassi, come accaduto con la conquista dell'egemonia da parte dell'Esecutivo. Più recentemente, questa dinamica si è riproposta con il funzionamento di fatto monocamerale dell'Assemblea che, oltre ai ritardi del Governo, dipende anche dalla tendenza, nell'ambito della procedura di conversione dei decreti-legge, della prima camera di dilungarsi nell'esame ben oltre la metà dei sessanta giorni disponibili, col risultato che la seconda ha appena il tempo di avallare le decisioni della prima (il *Rapporto sulla legislazione 2021* definisce questo fenomeno con l'espressione "monocameralismo alternato"). E viene perfino auspicata agli inizi di novembre dal ministro per lo sviluppo economico, secondo il quale il Presidente del consiglio dovrebbe ascendere al Quirinale e da lì continuare a

«guidare il convoglio», realizzando così un semipresidenzialismo *de facto*. Ipotesi che, sia detto per inciso, cozza frontalmente con il dettato costituzionale che non contempla l'elezione diretta del Presidente, e attribuisce al Presidente del consiglio la direzione politica dell'Esecutivo, senza dire che nega la fondamentale differenza fra ruoli di garanzia e ruoli di governo.
Del resto, l'idea che sia necessario cambiare la forma di governo riemerge periodicamente. In questi giorni è tornata ad affacciarsi sulla scena la proposta di adottare il presidenzialismo, prospettata senza apparente considerazione dei rischi a cui questa formula espone in determinati frangenti politici e sociali, come mostra il ruolo svolto del Presidente Trump nella vicenda del drammatico assalto a Capitol Hill il 6 gennaio scorso. Oltretutto, si è proposto di procedere al mutamento della forma di governo addirittura attraverso un'assemblea costituente, malgrado manchino del tutto le condizioni che giustificano un simile passaggio epocale, che comporterebbe la fine della Costituzione repubblicana.

5. Il quadro attuale dello stato delle istituzioni include, infine, il senso di frustrazione della politica nazionale indotto dal progressivo restringimento dello spazio decisionale, visto che l'agenda politica è dettata dall'Unione europea, che indica i dossier da affrontare e gli obiettivi da raggiungere (compito che in questa fase impegna soprattutto il Governo). Attualmente questo aspetto è enfatizzato dalla necessità di attuare l'ambizioso piano di ripresa che va sotto il nome di *Next Generation EU* e di ottenere le ingenti risorse economiche messe a disposizione dall'Unione per superare i danni provocati dalla pandemia a carico del sistema sociale ed economico.
Volgendo per un attimo lo sguardo in avanti, sembra verosimile che alcune riforme legate al PNRR avranno un impatto istituzionale, basta pensare a quella della giustizia. Difficilmente, però, consentiranno di correggere i citati squilibri fra i poteri e le segnalate criticità del sistema istituzionale. È molto probabile che finiranno piuttosto per potenziare ancor più il ruolo del Governo (e al suo interno, dato l'assetto che il sistema politico-istituzionale ha assunto in questa delicata fase della pandemia, la figura del Presidente del consiglio). Nondimeno si può sperare che siano al contempo l'occasione per rinnovare la classe politica, dando spazio alle migliori energie che vanno cercate anche, se non soprattutto, fuori dal circuito partitico.

IN ORIGINE VENNE ROUSSEAU. LE REGOLE DEI PARTITI SULL'USO DELLE TECNOLOGIE DIGITALI [1]

GIOVANNI DI COSIMO [**]

Sommario

1. Partiti digitali. – 2. Statuto 2017. – 3. Il modello e la realtà. – 4. Addio a Rousseau. – 5. Statuto 2021. – 6. Trasparenza. – 7. Regole autonome ed eteronome.

Abstract

As is already the case in many other areas of collective life, digitalisation is now also pervading the organisation of political parties, to the extent that we speak of 'digital parties'. This raises the question of the rules that political groupings set for themselves regarding the use of digital technologies, and the self-regulation of their use in carrying out their activities. This article will focus on analysing the internal rules of the Italian "MoVimento 5 Stelle" party and assessing them on the basis of constitutional principles.

Suggerimento di citazione

G. DI COSIMO, *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[1] Contributo realizzato nell'ambito del PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH). L'articolo è aggiornato al 7 ottobre 2021.

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Macerata.
Contatto: giovanni.dicosimo@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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. Partiti digitali

La più recente tappa del processo di trasformazione dei partiti politici corrisponde all'avvento delle tecnologie digitali[1]. Al pari di molti altri ambiti della vita collettiva, la digitalizzazione pervade ormai anche l'organizzazione delle formazioni politiche, tanto che si parla di "partiti digitali"[2]. Di qui il tema delle regole che le formazioni politiche si danno relativamente all'uso delle tecnologie digitali, dell'auto-regolazione relativa al loro impiego per lo svolgimento delle attività associative[3].

Il partito italiano che su questo fronte ha adottato la disciplina più avanzata è il MoVimento 5 stelle[4], che peraltro ha cambiato più volte le proprie regole nel corso del tempo[5]. In particolare, va dapprima considerata la versione dello statuto del dicembre 2017, che individua nella piattaforma digitale lo strumento per assumere le principali decisioni politiche, e poi quella dell'agosto del 2021 che innova su questo specifico aspetto.

[1] Sulla trasformazione dei partiti cfr. O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari-Roma, 2004 e, più di recente, A. ALGOSTINO, *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2015, 8 ss.; D.R. PICCIO, *La scommessa democratica dei partii in trasformazione*, in *Costituzionalismo.it* 3, 2015, 59 ss.; M. GORLANI, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, Cacucci, Bari, 2017; A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, Franco Angeli, Milano, 2018; C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 211 ss.

[2] P. GERBAUDO, *The Digital Party. Political Organization and Online Democracy*, Pluto Press, London, 2018; G. DI COSIMO, *Personale e digitale. Le metamorfosi del partito*, in *Forumcostituzionale.it*, 17 gennaio 2019; M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, 109 ss., che usano l'espressione "partito cybercratico"; M. BARBERIS, G. GIACOMINI, *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in *Teoria politica. Nuova serie*, X, 2020, 333 ss., i quali distinguono fra partiti digitali e partiti digitalizzati; F. NUNZIATA, *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, 1, 2021, 127 ss.

[3] Sulla più ampia questione della *self regulation* applicata alla rete internet cfr. M. BETZU, *Regolare internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012; Id., *About the regulation of Internet: constitutional issues, models and challenges*, in *Libertà* in *Rete*. *Libertà* dalla *rete*, Giappichelli, Torino, 2020, 1 ss., P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente giù da sfatare?*, in *RivistaAIC*, 2, 2018, 1 ss.; M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in in *Medialaw*, 2, 2018, 55; da ultimo, T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Mucchi, Modena, 2021, 23 ss.

[4] «Il M5S può essere senza dubbio considerato come il partito digitale o virtuale per eccellenza: caso unico tra i partiti italiani poiché del tutto privo di una struttura fisica» (F. RANIOLO, *Organizzazione e leadership nei partiti politici*, in *il Mulino*, 6, 2019, 936).

[5] Si sono succedute svariate modifiche delle regole interne e dell'organizzazione a partire dal cosiddetto "non statuto" del dicembre 2009, nel quale si legge che il movimento si organizza e si struttura «attraverso la rete Internet cui viene riconosciuto un ruolo centrale nella fase di adesione al MoVimento, consultazione, deliberazione, decisione ed elezione» (art. 4). Sull'uso (e la retorica) della rete come chiave del successo grillino cfr. M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017, 128 ss.

2. Statuto 2017

Benché teorizzi che la rete internet costituisce la dimensione naturale per lo svolgimento dell'azione politica, il MoVimento 5 stelle non è titolare di una propria piattaforma digitale. Lo statuto del 2017 stabilisce che le consultazioni degli iscritti e le votazioni si svolgono attraverso la "piattaforma Rousseau", che appartiene a un altro soggetto, l'omonima associazione, con la quale, precisa il testo, il movimento deve stipulare un accordo[6].

Secondo lo statuto gli iscritti esercitano per mezzo di questa piattaforma digitale rilevanti poteri: eleggono il comitato direttivo e altri organi interni (il garante, il comitato di garanzia, il collegio dei probiviri); scelgono i candidati alle elezioni e approvano il programma elettorale; approvano proposte di legge; possono sfiduciare il comitato direttivo[7] e revocare il garante[8].

E in effetti il movimento ha preso alcune decisioni politiche di rilievo a seguito delle consultazioni effettuate per mezzo della piattaforma Rousseau. Da ultimo, il via libera al Governo Draghi, nato per gestire l'emergenza sanitaria e per attuare un vasto piano di riforme finanziato con fondi europei. In precedenza, gli iscritti avevano approvato l'accordo dal quale è sortito il Governo Conte, e poi avallato la nascita del secondo esecutivo guidato dal medesimo personaggio, frutto di un accordo di segno politico assai diverso.

Tramite voti sulla piattaforma Rousseau gli iscritti scelgono il capo politico (settembre 2017), organo che successivamente decidono di sostituire con il comitato direttivo (febbraio 2021), che poi a sua volta sostituiscono con la figura del presidente, assimilabile a quella del capo politico (agosto 2021). Queste oscillazioni fra guida monocratica e collegiale generano una situazione di incertezza[9].

Inoltre, è significativo che il ritorno alla guida monocratica consegua alla volontà del garante del movimento, prima ancora che a un voto sulla piattaforma. Più precisamente, l'insediamento del comitato direttivo viene congelato

[6] «Gli strumenti informatici attraverso i quali l'associazione si propone di organizzare le modalità telematiche di consultazione dei propri iscritti (…) nonché le modalità di gestione delle votazioni, (…) saranno quelli di cui alla cd. "Piattaforma Rousseau", mediante appositi accordi da stipularsi con l'Associazione Rousseau» (art. 1 st.). L'associazione ha lo scopo «di promuovere lo sviluppo della democrazia digitale nonché di coadiuvare il "MoVimento 5 Stelle"» (art. 4.1 st. dell'associazione Rousseau).

[7] Su proposta del garante (art. 4 st.).

[8] Su proposta del comitato di garanzia (art. 8 lett. *c*) st.).

[9] Sulla questione del legale rappresentante del movimento, dopo che il capo politico si è dimesso nel gennaio 2020, e quando ancora non si è insediato il comitato direttivo, interviene nel maggio 2021 la Corte di appello di Cagliari, nell'ambito di un procedimento intentato da una consigliera regionale contro l'espulsione decretata nei suoi confronti (a quel che mi risulta la sentenza non è stata pubblicata, ma gli organi di stampa riportano puntuali riferimenti al testo della decisione: cfr. ad es. M. CECCATO, *La battaglia legale sulla nomina di un curatore speciale del M5s*, in *Agenzia Giornalistica Italiana*, 5 maggio 2021).

allorquando il garante Grillo decide di consegnare la leadership al Presidente del consiglio uscente Conte (marzo 2021). Lo statuto non contempla questo potere del garante, ma la sua decisione si impone in via di fatto, col risultato che per mesi, fino alla modifica del testo, rimane inattuata la norma che assegna agli iscritti il potere di eleggere il comitato direttivo mediante una consultazione in rete[10]. Conseguentemente il voto che ratifica la designazione del garante si svolge a distanza di tempo dal pronunciamento del garante, col risultato che in tutto questo periodo il designato guida il partito in via di fatto, in particolare nell'interlocuzione con il Governo relativamente alla riforma della giustizia funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, e nella preparazione delle modifiche dello statuto.

3. Il modello e la realtà

Il modello del MoVimento 5 stelle esalta il ruolo decisionale degli iscritti per mezzo dello strumento della piattaforma digitale. Si tratta di una soluzione organizzativa ascrivibile al frastagliato orizzonte concettuale dell'*e-democracy*[11]. In astratto, il modello promette di aumentare considerevolmente il potere della base rispetto ai vertici del partito. Ma alcuni decisivi dettagli dimostrano che le cose non stanno esattamente così[12]. Indicativo è che siano i vertici del partito

[10] Sul ruolo egemone di Grillo, cfr., per tutti, T. CASADEI, *Il mito del «popolo della rete» e le realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2015, 882 ss., il quale osserva che il comico-blogger ha fondato un «movimento patronale».

[11] Sul tema cfr. M. AINIS. *Democrazia digitale*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2013, 263 ss.; M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2015, 861 ss.; A. SIMONCINI. *Sovranità e potere nell'era digitale*, in FROSINI, POLLICINO, APA, BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori Education, Firenze, 2017, 19 ss.; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Wolters Kluwer, Milano, 2017; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *RivistaAIC*, 2, 2018, 1 ss.; P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 71 ss.; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *RivistaAIC*, 2, 2019, 583 ss.; G. VILELLA, *E-Democracy. On Participation in the Digital Age*, Nomos, Baden-Baden, Germany 2019; AA.VV., *Le sfide della democrazia digitale, Forum della Rivista del Gruppo di Pisa*, in *Gruppodipisa.it*, 3, 2019, 231 ss.; F. GALLO, *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *RivistaAIC*, 1, 2020, 487 ss. Riguardo all'impatto che il rapporto fra partiti e internet ha sulle trasformazioni della democrazia cfr., fra i primi, F. PIZZETTI, *Partiti politici e nuove tecnologie*, in Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2008, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2009, 277 ss.

[12] Sui vari nodi che rendono problematico nell'esperienza del movimento il ricorso allo strumento delle consultazioni cfr. L. MOSCA, *Problemi e limiti del modello organizzativo «cybercratico» nell'esperienza del Movimento 5 Stelle*, in *Ragion pratica*, 1, 2015, 42 s. Per la constatazione che il ricorso alle tecnologie digitali non risolve la tensione fra la volontà della dirigenza oligarchica di controllare in modo ferreo la linea politica e il desiderio della base di partecipare cfr. L. MOSCA, C. VACCARI, *Il Movimento e la rete*, in P. CORBETTA, E. GUALMINI, *Il partito di Grillo*, il Mulino, Bologna, 2013, 194. Sul carattere fortemente accentrato e opaco che ha contraddistinto la gestione del blog utilizzato dal movimento prima della piattaforma Rousseau cfr. M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*,

(capo politico o garante) a indire le consultazioni online, a decidere inoltre aspetti rilevanti quali la durata del voto e il testo del quesito[13], e perfino ad avere il potere di farla ripetere, senza che siano tenuti a motivarne la ragione[14]. Simili previsioni statutarie limitano il potere decisionale effettivamente trasferito alla base[15], e impattano negativamente sulla democrazia interna[16], anche perché non consentono ad organi diversi di attivarsi per indire la consultazione[17]. Lo stesso effetto consegue alla prassi nella quale le consultazioni vengono indette con un breve preavviso, circostanza che impedisce lo sviluppo di un autentico dibattito fra gli iscritti[18]. Considerazioni analoghe si possono fare per le proposte di modifica dello statuto, che il vertice presenta senza che vi sia stato un previo dibattito fra gli iscritti (anche l'ultima, quella del 2021, di cui si dirà a breve)[19]. Aspetti critici che rimandano al paradosso per cui i partiti

in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2. 2015, 290 ss. Sulla «pochezza di prospettiva della democrazia elettronica» praticata dal movimento cfr. F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Einaudi, Torino, 2020, 57 ss. Sulle cause del calo costante della partecipazione alle attività della piattaforma cfr. L. MOSCA, *Democratic vision and online participatory spaces in the Italian Movimento 5 Stelle*, in *Acta Politica*, 1, 2020, 1 ss.

[13] Che non di rado ha carattere suggestivo (cfr. P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema "Rousseau": di quale democrazia stiamo parlando?*, in *RivistaAIC*, 1, 2020, 604).

[14] Cfr., fra gli altri, A.G. LANZAFAME, *Alcuni partiti di "nuova generazione" visti attraverso i loro statuti. Tendenze e problemi*, in *DPER online*, 2, 2019, 158. Si può aggiungere che in caso il garante ha perfino annullato la votazione per scegliere tramite la piattaforma i candidati alle elezioni (S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti per un tema vecchio*, in *DPCE online*, 1/2021, 405): l'efficacia della sua decisione è stata sospesa dall'ord. 10 aprile 2017 del Tribunale di Genova (cfr. R. BIN, *"Onestà! Onestà!" Ma ci può essere onestà senza legalità? Il Tribunale di Genova dà ragione a Cassimatis*, in *LaCostituzione.info*, 10 aprile 2017; G. GRASSO, *La «cifra democratica» del MoVimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2017, 616 ss.).

[15] C. BIANCALANA, *Il populismo nell'era di internet. Retorica e uso del web nel Movimento 5 stelle*, in *il Mulino*, 1, 2014, 57. Sul consolidamento della gestione centralizzata che ha fatto seguito all'adozione della piattaforma Rousseau cfr. M. DESERIIS, *Digital movement parties: a comparative analysis of the technopolitical cultures and the participation platforms of the Movimento 5 Stelle and the Piratenpartei*, in *Information, Communication & Society*, 12, 2020, 1770 ss.

[16] M. DESIRIIS, D. VITTORI, *The Impact of Online Participation Platforms on the Internal Democracy of Two Southern European Parties: Podemos and the Five Star Movement*, in *International Journal of Communication*, 13, 2019, 5696 ss.; M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale* cit., 114.

[17] D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 2019, 191, il quale osserva che le consultazioni servono a ratificare decisioni già assunte dai vertici (p. 203).

[18] P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema "Rousseau": di quale democrazia stiamo parlando?* cit., 604 ss. Piattaforme come Rousseau presentano criticità quali «la verificabilità dei risultati delle consultazioni degli iscritti (soprattutto nei casi in cui esse passino per votazioni a scrutinio segreto), la più o meno occulta interferenza politica degli amministratori su tali consultazioni e la sicurezza informatica, sia sotto il profilo della riservatezza dei dati personali degli utenti sia sotto quello delle possibili alterazioni/manomissioni dall'esterno» (G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, ETS, Pisa, 2017, 112; dello stesso autore cfr. *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion pratica*, 52, 2019, 242).

[19] C. BIANCALANA, D.R. PICCIO, *L'organizzazione de Movimento 5 stelle: continuità o cambiamento?*, in *Quaderni di scienza politica*, 3, 2017, 460.

digitali permettono un maggior coinvolgimento dei cittadini e al contempo accrescono le possibilità di centralizzazione[20].
La realtà non corrisponde al modello ideale anche per quanto riguarda la gestione della piattaforma Rousseau[21]. Intanto, perché la piattaforma adotta un software a "codice chiuso", di cui dispone soltanto l'associazione Rousseau in contrasto con le esigenze di trasparenza dei sistemi di voto elettronico[22]. Inoltre, perché è sprovvista di efficaci meccanismi contro la manomissione dei risultati del voto[23]. Infine, perché il database degli iscritti e i verbali delle votazioni sono nella esclusiva disponibilità dell'associazione[24]. Tutto ciò implica il rischio che l'associazione eserciti un controllo penetrante in riferimento a funzioni della massima delicatezza come la scelta dei vertici del partito e dei candidati alle elezioni[25]. A questo riguardo, pare significativo che nel dicembre 2017 il Garante per la privacy abbia rilevato alcune criticità in relazione alla riservatezza delle operazioni di voto, dato che la piattaforma associa a ogni voto espresso il numero di telefono dell'iscritto, con la conseguenza che i gestori sono in grado di controllare come votano gli iscritti[26]; e che, più recentemente, abbia eccepito

[20] Sul paradosso cfr. M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale* cit. 113, e, con specifico riferimento al MoVimento 5 stelle, G. GIACOMINI, *Da Rousseau a rousseau.it. L'ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità,* in *Biblioteca della libertà*, 227, 2020, 19, il quale osserva che «a una "orizzontalità" partecipativa corrisponde una spinta altrettanto forte (ma contraria), ovvero una spinta "verticista" da parte dei fondatori del Movimento (e dello staff organizzativo alle loro dipendenze)». V. anche P. D'ALEO, *Il problematico rapporto tra cyberspazio e democrazia rappresentativa. I movimenti politici dell'*e-democracy, in *Politica & Società*, 1, 2018, 45 ss.

[21] P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *federalismi.it*, num. spec. 1, 2017, 14. Più in generale, sul tema dei rischi a carico del processo democratico che derivano dall'uso di piattaforme digitali in mancanza di una regolazione trasparente cfr., fra gli altri, M. BETZU, G. DEMURO, *I* big data *e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Medialaw*, 1, 2020, 218 ss.

[22] P. BECCHI, *Democrazia diretta, democrazia digitale e M5s*, in *Ciberspazio e diritto*, 2, 2017, 254.

[23] «Because voting in Rousseau is not based on an end-to-end auditable voting system, which is currently considered the most resistant system to vote tampering, the integrity of the vote is hardly guaranteed» (M. DESERIIS, *Direct Parliamentarianism: An Analysis of the Political Values Embedded in Rousseau, the 'Operating System' of the Five Star Movement*, in *JeDEM - EJournal of EDemocracy and Open Government*, 2, 2017, 54).

[24] M. DESERIIS, *Direct Parliamentarianism: An Analysis of the Political Values Embedded in Rousseau* cit., 54.

[25] E giustifica le perplessità in merito alla supposta maggiore democraticità del partito digitale rispetto ai partiti tradizionali (cfr. P. GERBAUDO, A*re digital parties more democratic than traditional parties? Evaluating Podemos and Movimento 5 Stelle's online decision-making platform*s, in *Party Politics*, 4, 2021, 730 ss.).

[26] Secondo il Garante «sarebbe necessario che il sistema di e-voting venisse riconfigurato in modo da minimizzare i rischi per i diritti e per le libertà delle persone fisiche, (…) prevedendo la cancellazione o la trasformazione in forma anonima dei dati personali trattati (laddove per specifiche esigenze fossero presenti), una volta terminate le operazioni di voto. A tale scopo andrà modificato lo schema del database laddove prevede l'utilizzo del numero telefonico dell'iscritto in connessione ai voti elettronici espressi» (parere del 21 dicembre 2017).

che la piattaforma non garantisce adeguatamente la protezione dei dati personali durante le operazioni di voto[27].

4. Addio a Rousseau

Il modello previsto dallo statuto presuppone che sussista un rapporto fiduciario fra il MoVimento 5 stelle e l'associazione Rousseau. Invece a un certo punto nascono gravi contrasti sia per ragioni finanziarie (la piattaforma vanta crediti ingenti ne confronti dei parlamentari del movimento), sia per ragioni politiche (il presidente dell'associazione viene considerato vicino alla posizione di un gruppo di parlamentari che sono stati espulsi perché non hanno votato la fiducia al Governo Draghi).

La contrapposizione si accentua allorquando il capo designato fa sapere di aver preso contatti con una nuova piattaforma destinata a sostituire Rousseau, e di aver predisposto un nuovo statuto che reintroduce la figura del capo politico (sia pure sotto il diverso titolo di presidente del movimento). Di conseguenza intima all'associazione Rousseau di consegnarli la lista degli iscritti, necessaria per procedere sulla nuova piattaforma al voto che, fra l'altro, ne dovrebbe ufficializzare il ruolo di capo politico. Inizialmente, l'associazione rifiuta di trasferire gli elenchi degli iscritti invocando la circostanza che allo stato delle cose manca un vertice formalmente legittimato. Ma infine, dopo l'ingiunzione del Garante per la privacy a trasmettere al movimento i dati personali degli iscritti, acconsente[28].

5. Statuto 2021

La modifica statutaria dell'agosto 2021 non mette in discussione i caratteri del partito digitale tratteggiati dalla versione precedente del testo[29]. Resta fermo il

[27] La «piattaforma Rousseau non gode delle proprietà richieste a un sistema di evoting, come descritte, per esempio, nel documento "E-voting handbook - Key steps in the implementation of e-enabled elections" pubblicato dal Consiglio d'Europa a novembre 2010 e nel documento "Recommendation CM/Rec(2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting" adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 14 luglio 2017, che prevedono la protezione delle schede elettroniche e l'anonimato dei votanti in tutte le fasi del procedimento elettorale elettronico». La piattaforma «non appare in grado, tra l'altro, né di prevenire gli eventuali abusi commessi da addetti interni (…), né di consentire l'accertamento a posteriori dei comportamenti da questi tenuti, stante la limitata efficacia degli strumenti di tracciamento delle attività» (provvedimento del 4 aprile 2019). Cfr. M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *RivistaAIC*, 1, 2021, 34.

[28] Provvedimento del 1° giugno 2021.

[29] Sui contenuti della modifica cfr. D. CODUTI, *L'organizzazione del M5S nel nuovo statuto: equilibrio tra poteri o equilibrio di potere?,* in *Forumcostituzionale.it*, 3/2021.

ruolo degli iscritti di indirizzo e di determinazione delle scelte fondamentali «in specie attraverso lo strumento della rete»[30].

Un importante elemento di discontinuità è tuttavia costituito dalla eliminazione del rapporto esclusivo con la piattaforma Rousseau previsto dallo statuto del 2017. Ora la questione dello strumento digitale con il quale gli iscritti prendono importanti decisioni politiche viene disciplinata in termini generali, senza fare riferimento a una specifica piattaforma, prevedendo che il movimento possa utilizzare sia piattaforme proprie che di società di servizi esterne[31]. Gli accordi con le società esterne «dovranno garantire che tutte le questioni e le decisioni di rilievo politico saranno integralmente rimesse alle iniziative dell'Associazione e dei suoi competenti Organi sociali»[32]. Inoltre, allo scopo di favorire la più larga partecipazione al voto, «l'Associazione può organizzare hub informatici ove chi lo richieda possa votare e partecipare con la modalità telematica, nel rispetto della sicurezza e della segretezza del voto e della partecipazione»[33].

Le due consultazioni dell'agosto 2021, quella per approvare la modifica statutaria e quella per scegliere il presidente, si svolgono pertanto tramite la piattaforma Skyvote. Relativamente al voto sullo statuto ciò costituisce una forzatura dato che in quel momento è ancora vigente il testo del 2017 che indica in via esclusiva la piattaforma Rousseau[34]. Va notato che la certificazione del notaio relativa alla regolarità del voto fa correttamente riferimento al "vigente statuto", ossia il testo del 2017, ma omette di dire che quel testo stabilisce che debba essere utilizzato la piattaforma Rousseau. Viceversa, il successivo voto

[30] Art. 2, (2) finalità, lett. *b*). Più nel dettaglio, gli iscritti continuano ad esercitare una serie di poteri (elezione del garante, dei componenti del comitato di garanzia; dei componenti del collegio dei probiviri; individuazione dei candidati; approvazione del programma politico per le elezioni; approvazione di proposte di legge; conferma della sfiducia al presidente, al garante, al comitato di garanzia, al collegio dei probiviri) che esercitano «mediante lo strumento di democrazia diretta e partecipata costituito dalla consultazione in Rete» (art. 7 lett. *a*). La predilezione per lo strumento digitale emerge anche da altre previsioni; per esempio, ogni iscritto ha il diritto «di concorrere alla definizione dell'indirizzo politico degli eletti sotto il simbolo del MoVimento 5 Stelle, attraverso la partecipazione alle discussioni su tematiche ed iniziative di interesse nazionale e locale, anche nell'ambito delle piattaforme internet organizzate o comunque riconosciute dal» movimento (art. 5, lett. *g*); il movimento organizza forum tematici «anche a mezzo di piattaforma informatica» (art. 8 lett. *a)*; l'assemblea degli iscritti si può svolgere mediante piattaforma informatica e può prendere decisioni mediante consultazioni online (art. 10 lett. *c*).

[31] «L'Associazione, al fine di consentire lo svolgimento in modalità telematica delle consultazioni dei propri Iscritti (…), potrà ricorrere a piattaforme digitali e/o a strumenti informatici propri o affidati a società di servizio anche esterne. Queste prestazioni saranno regolate da specifici accordi che dovranno garantire che tutte le questioni e le decisioni di rilievo politico saranno integralmente rimesse alle iniziative dell'Associazione e dei suoi competenti Organi sociali» (art. 1 lett. *e*).

[32] Art. 1 lett. *e*).

[33] Art. 1 lett. *e*).

[34] Stessa cosa per il precedente voto del 21 luglio 2021, il primo effettuato tramite Skyvote, con il quale gli iscritti hanno scelto il candidato sindaco per le elezioni comunali di Torino.

per il presidente si fonda su una coerente base normativa, dato che nei giorni immediatamente precedenti gli iscritti avevano approvato la modifica dello statuto che rimuove il riferimento a Rousseau. Piuttosto, la seconda consultazione solleva ancora una volta la questione dell'ampio potere di cui dispongono i vertici del partito, che non lasciano spazi effettivi di decisione alla base, in questo specifico caso per effetto dell'indicazione di un candidato unico.

6. Trasparenza

Allargando lo sguardo, occorre chiedersi se la modifica statutaria del 2021 risolva le criticità legate alla precedente versione del testo, le quali, in fin dei conti, impattano sul fronte della democrazia interna al partito[35]. Sul punto si registrano segnali contraddittori. Da un lato, l'ultima versione circoscrive opportunamente il potere discrezionale del capo politico (ora presidente) di far ripetere le consultazioni, dato che potrà esercitarlo solo in presenza di vizi, irregolarità, violazione di norme statutarie[36]; dall'altro, non condiziona in nessun modo il potere del garante di decidere la ripetizione del voto dell'assemblea sulle modifiche dello statuto[37].

In merito alla questione cruciale della trasparenza delle operazioni di scrutinio, il testo stabilisce che la «regolarità delle consultazioni è in ogni caso certificata da un organismo indipendente, nominato dal Comitato di Garanzia, o da un notaio»[38]. Per capire l'impatto effettivo di tale norma, occorre guardare alla sua applicazione. La prassi precedente, avviata sotto lo statuto del 2017 che conteneva una norma analoga, è caratterizzata dalla netta preferenza per la seconda alternativa. In questi casi il notaio redigeva una certificazione relativa alle operazioni di voto alla quale allegava la certificazione di una società informatica in merito a eventuali accessi non autorizzati ed eventuali modifiche dell'applicativo. Una verifica, dunque, che non si estendeva a eventuali manipolazioni dei risultati *ab intra*[39].

Come accennato, la preferenza cade sulla seconda alternativa anche in occasione delle due consultazioni dell'agosto 2021, nelle quali, peraltro, ci si discosta dalla prassi precedente, dal momento che la società che gestisce la piattaforma Skyvote applica un sistema di cifratura[40]. Ciò pare più coerente con

[35] Sulla mancanza di democrazia interna e di trasparenza cfr., per tutti, A. DAL LAGO, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Raffello Cortina, Milano, 2017, in particolare 131 ss.

[36] Art. 1 lett. *h*).

[37] E sulle modifiche della Carta dei princìpi e valori (art. 10 lett. *i*).

[38] Art. 7 lett. *g*).

[39] Sono stati inoltre sollevati dubbi sulla terzietà della società certificatrice (cfr. F. LO DICO, *Rousseau, voto certificato dalla stessa società che ha progettato la piattaforma*, in *Il Messaggero*, 4 settembre 2019).

[40] Nella certificazione del notaio, alla quale è allegata la dichiarazione del legale rappresentante della società, si afferma che «il sistema di voto si basa sull'utilizzo di chiavi di cifratura pubblica e di

l'obiettivo di impedire la manipolazione dei risultati, e con la previsione dello statuto che impone il «rispetto della sicurezza e della segretezza del voto e della partecipazione», di quanto non fosse la certificazione relativa alle operazioni di voto con la piattaforma Rousseau. Vero è, tuttavia, che per attestare senza ombra di dubbio la trasparenza delle operazioni di scrutinio, sarebbe opportuno che la dichiarazione della società che gestisce la piattaforma sia avallata da un soggetto terzo, quale potrebbe ben essere uno degli organismi indipendenti di cui fa cenno la norma dello statuto. In altre parole, l'intervento dell'organismo terzo dovrebbe essere finalizzato a verificare la corretta e imparziale gestione del voto da parte del gestore della piattaforma, oltre che ad accertare eventuali manomissioni dall'esterno[41].

7. Regole autonome ed eteronome

Come è ovvio, anche gli altri partiti politici utilizzano strumenti digitali per le proprie attività. Per un verso, ciò ha condotto a nuove forme di comunicazione politica, e per l'altro ne ha cambiato la tradizionale struttura organizzativa[42].

Sul primo punto, che non interessa direttamente il nostro discorso, ci si può limitare a constatare che le potenzialità dei nuovi strumenti sono state sfruttate in particolare dai capi dei partiti, i quali, grazie ai *social media*, hanno stabilito un contatto diretto e costante con cerchie di sostenitori[43] (ma non bisogna

chiavi di decifratura privata basate sull'algoritmo asimmetrico ECC generate dal sistema informatico *SkyVote* prima dell'inizio delle operazioni di voto». Il legale rappresentante della società Multicast srl dichiara di aver consegnato al notaio le chiavi di decifratura privata di ogni scheda, in forma di file unico, pima dell'inizio delle operazioni di voto, e che le operazioni di voto si sono svolte regolarmente, «nel pieno rispetto dei requisiti di riservatezza e di segretezza». Alla certificazione del notaio è anche allegata la dichiarazione del legale rappresentante della società ITI - Innovazione Tecnologica Italiana che attesta che «il sistema non è stato soggetto ad intrusione ed il perimetro di sicurezza non è stato violato».

[41] In occasione delle votazioni nel 2013 sul blog di Grillo per la scelta del candidato del movimento alla Presidenza della Repubblica, le cosiddette Quirinarie, la società di certificazione rileva un'anomalia che ha «compromesso in modo significativo la corrispondenza tra i voti registrati e l'espressione di voto del votante» (dichiarazione della società DNV GL – Business Assurance Italia – srl dell'11 aprile 2013), motivo per cui i responsabili del movimento decidono di annullare le votazioni e di ripeterle il giorno successivo. Dopo l'introduzione della piattaforma Rousseau nel 2016, nell'ambito delle votazioni sulle modifiche al "non statuto" e al regolamento (27 settembre – 28 ottobre 2016), la medesima società dichiara di aver svolto una «verifica di terza parte», e attesta l'assenza di anomalie durante le operazioni di voto.

[42] I. RIVERA, *La rete, i populismi e i partiti politici 2.0*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2017, 273 ss.; C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Politica del diritto*, 3, 2019, 387 ss.

[43] I leader politici trovano terreno fertile in alcuni fenomeni che caratterizzano l'esperienza digitale in rete come le *filter bubble* («The basic code at the heart of the new Internet is pretty simple. The new generation of Internet filters looks at the things you seem to like—the actual things you've done, or the things people like you like—and tries to extrapolate. They are prediction engines, constantly creating and refining a theory of who you are and what you'll do and want next. Together, these engines create a unique universe of information for each of us—what I've come to call a filter bubble—

trascurare il fattore della accresciuta mobilità dell'elettorato)[44]. Questo fenomeno ha ridimensionato il ruolo dei quadri intermedi, e assecondato la dinamica plebiscitaria del sistema politico.

Riguardo al secondo punto, si può osservare che gli altri partiti concepiscono le tecnologie digitali essenzialmente come strumenti per consultare la base[45], o per favorire l'esercizio di poteri che già spettano agli iscritti[46]. In queste ipotesi il ricorso agli strumenti digitali non si accompagna al trasferimento di rilevanti poteri dal vertice verso la base come, per intendersi, avviene (almeno sulla carta) nel modello del MoVimento 5 stelle. Rientra in questo

which fundamentally alters the way we encounter ideas and information»: E. PARISER, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from you*, Penguin Press, New York, 2011, 10; cfr. anche C.R. SUNSTEIN, *#republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, che nella prefazione parla del «power to create one's very own echo chamber: the power of personalization, or gated communities, which can diminish individual freedom and endanger self-government itself»), riconducibili all'orizzonte tematico della *bubble democracy* (v. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet,* in *Medialaw*, 1, 2018, 28 ss.; D. PALANO, *La democrazia alla fine del "pubblico". Sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una "bubble democracy"?*, in *Governare la paura*, aprile, 2019, 35 ss.). Sugli effetti negativi che tali fenomeni (della cui reale entità si discute: cfr. S. FLAXMAN, S. GOEL, J.M. RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News*, in *Public Opinion Quarterly*, Special Issue, 2016, 298 ss.) comportano a carico del principio di rappresentanza v. ora A. CARDONE, *"Decisione algoritmica"* vs *decisione politica? A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 70 ss. Su tali questioni cfr. inoltre A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *RivistaAIC*, 1, 2018, 15 s..; M. BIANCA, *La* filter bubble *e il problema dell'identità digitale*, in *Medialaw*, 2, 2019, 39 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo.*, fasc. spec. 2019, 111; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 22 ss.; I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia, in Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 9 ss.; G. MARCHETTI, *Le* fake news *e il ruolo degli algoritmi*, in *Medialaw*, 1, 2020, 29 ss.; R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Medialaw*, 1, 2020, 225 ss., F. SAMMITO, G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'era di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 77 ss.

[44] Cfr., per tutti, B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, New York, 1997, il quale propone la categoria della "democrazia del pubblico".

[45] Emblematica la previsione dello statuto di Fratelli d'Italia secondo cui il partito «promuove l'utilizzo delle nuove tecnologie come mezzo di consultazione degli iscritti e dei cittadini» (art. 2). Sostanzialmente simili la previsione dello statuto di +Europa (art. 8.2), di Articolo Uno (art. 6), di Italia Viva (art. 6), del Partito democratico (art. 30.7). Rientra in tale quadro anche la recente iniziativa di quest'ultimo partito, le cosiddette Agorà Democratiche, dal momento che l'impegno del partito a far proprie una parte delle proposte emerse dal confronto, non attribuisce alla base un reale potere decisionale. Va notato che per questa iniziativa il partito utilizza un software open source, Decidim (su questa piattaforma di democrazia partecipativa cfr. I. PEÑA-LÓPEZ, *Convirtiendo participación en soberanía: el caso de decidim.barcelona*, Huygens Editorial, Barcelona, 2019, 55 ss.; G. SMORTO, *Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2019, 911 ss.; P. BENANTI – S. MAFFETTONE, *Algoritmi e nuovi strumenti di partecipazione politica*, in *Il Corriere della sera*, 27 luglio 2021).

[46] Ad es. prevedendo che la piattaforma possa essere utilizzata per favorire il voto degli aventi diritto al congresso del partito (st. Italia Viva, art. 13.2). A questo riguardo va rilevato che un partito ha svolto nel gennaio 2021 il proprio congresso in forma digitale (cfr. regolamento congressuale votato dalla Direzione nazionale di Sinistra italiana il 20 dicembre 2020).

perimetro anche la norma secondo cui la piattaforma digitale serve per favorire «la co-decisione» fra gli iscritti, dato che non si accompagna alla introduzione di nuovi poteri in loro favore[47].

Il quadro delineato da tali previsioni statutarie evidenzia due aspetti. In primo luogo, mostra come, non differentemente dal modello 5 stelle, anche gli altri partiti siano mossi dalla volontà di mantenere l'effettivo monopolio decisionale in capo ai vertici, obiettivo che perseguono adottando previsioni statutarie vaghe e quindi facilmente aggirabili[48]. In secondo (e conseguente) luogo, mostra come questi altri partiti non sfruttino adeguatamente le potenzialità della rete internet[49].

Tutto ciò porta ad interrogarsi sulla forma e sui contenuti della regolazione di tali fenomeni, considerando che i partiti, pur essendo formalmente associazioni non riconosciute, non sono semplici soggetti privati dal momento che agiscono all'interno del circuito istituzionale. Per questo motivo dovrebbero prestare particolare attenzione ai modi di utilizzo degli strumenti digitali.

Eppure, le armi dell'auto-regolazione rischiano di risultare spuntate, tutte le volte che la volontà politica si imponga, come accaduto con la decisione del garante del MoVimento 5 stelle sul ritorno alla guida monocratica, che ha di fatto sospeso il potere di decidere tramite la rete che lo statuto riconosce alla base[50]. E questo malgrado che gli interventi legislativi del 2012 e del 2013 in materia di finanziamento dei partiti abbiano valorizzato lo strumento degli statuti[51].

Sarebbe allora opportuno che il legislatore (e quindi, in buona sostanza, i medesimi partiti che tramite i gruppi parlamentari operano nelle Camere) predisponga una disciplina quadro sull'uso delle tecnologie digitali, che, ormai è

[47] Art. III.4 st. Sinistra italiana.

[48] I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2020, 220 ss.

[49] F. SCUTO, *L'organizzazione e il funzionamento interno dei partiti: vecchi e (apparentemente) nuovi modelli di fronte all'art. 49 Cost.,* in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 3, 2019, 140.

[50] Vero è che la decisione del garante è stata poi avallata dagli iscritti, ma resta il punto: la volontà manifestata dal vertice ha derogato alle prerogative che lo statuto assegna alla base.

[51] Sulla capacità degli statuti di regolare effettivamente la vita interna dei partiti cfr., a seguito delle due riforme parziali citate (legge 96/2012 e dl 149/2013), L. GORI, *La "reazione" degli statuti dei partiti dopo la nuova disciplina in tema di finanziamento pubblico*, in G. TARLI BARBIERI E F. BIONDI, (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 144 ss.; per una lettura (fin troppo) ottimistica dell'impatto di tali riforme sulla democrazia interna cfr. M.R. ALLEGRI, *Prime note sulle nuove norme in materia di democraticità, trasparenza e finanziamento dei partiti politici*, in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2014. Sulle norme organizzative degli statuti cfr. S. D'ASCOLA, *L'organizzazione centrale negli statuti dei partiti politici*, in E. ROSSI, L. GORI, *Partiti politici e democrazia. Riflessioni di giovani studiosi sul diritto dei e nei partiti*, Plus – Pisa University Press, Pisa, 2011, 105 ss.

chiaro, ha un impatto crescente sul processo democratico-rappresentativo[52]. Una disciplina che miri particolarmente a tutelare la democrazia interna e il principio di trasparenza. Anche così, non si può affatto escludere che la volontà politica finisca col prevalere, visto che non sembra infondato il sospetto che le regole interne siano, almeno in parte, un ipocrita tributo allo *Zeitgeist*. Ma resta il fatto che l'intervento del legislatore rafforzerebbe la linea che assegna alla base poteri decisionali da esercitarsi con strumenti digitali[53], e verosimilmente spingerebbe i capi dei partiti a un maggiore rispetto delle regole interne che, altrimenti, rischiano di restare mere proclamazioni[54].

[52] Basterebbe, per esempio, integrare l'art. 3 del dl 149/2013 sul finanziamento, che enuncia i contenuti necessari degli statuti dei partiti. Sulla necessità di un intervento legislativo v. E. CHELI, *Una legge-quadro per i partiti*, in *Il Mulino*, 6, 2011, 932 ss.; Id., *La democrazia interna dei partiti politici: un percorso solo avviato*, in *Il Mulino*, 6, 2019, 902 ss.; P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *Il metodo democratico nei partiti e la centralità "in ombra" dell'output legitimacy*, in *DPCE online*, 1/2021, 467 ss.; con specifico riferimento alla necessità di norme volte a fissare *standard* minimi di democrazia interna relativamente ai processi di scelta dei vertici cfr. P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2008, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione* cit, 47. Sull'importanza del controllo democratico dei processi di progettazione algoritmica cfr. E. MEDINA, *Rethinking algorithmic regulation*, in *Kybernetes*, 6/7, 2015, 1005 ss.; G. BUCHHOLTZ, *Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law*, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer Nature, Cham, 2020, spec. 186.

[53] Per quanto bisogna tenere conto che le previsioni legislative sono aggirabili dai partiti (cfr. R. BIN, *Rappresentanti di cosa? Legge elettorale e territorio*, in *Le Regioni*, 4, 2013, 662).

[54] In realtà, recenti decisioni prospettano l'ipotesi che il giudice tuteli gli associati in base agli art. 2 e 49 della Costituzione, malgrado l'assenza di una legge sugli standard minimi di democrazia interna (cfr. E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei Tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2016, che sottolinea come un eventuale intervento legislativo consoliderebbe tale orientamento). Sulla necessità di valutare le regole interne alla luce del parametro democratico che impone la trasparenza del potere e il rispetto di forme e procedure cfr. M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, spec. 291.

RESTORING THE RULE OF LAW IN HUNGARY. AN OVERVIEW OF THE POSSIBLE SCENARIOS

VIKTOR Z. KAZAI[1]

Sommario

1. Introduction. – 2. The necessity of a change of regime in 2022. – 2.1. Constraints imposed by Fidesz on the new governing majority. – 2.2. The significance of a symbolic rupture with the Orbán regime. – 3. The non-applicability of the procedural rules in force – 3.1. Legal basis: theoretical arguments. – 3.1.1. Invalidity of the Fundamental Law on procedural grounds. – 3.1.2. *The* ius resistendi *argument*. – 3.1.3. Institutionalized authoritarianism as an exemption from the adherence to formal rules. – 3.1.4. Regime-changing constitution-making. – 3.1.5. Popular authorization through elections. – 3.2. Fear from chaos and instability: practical considerations. – 4. Specific scenarios. – 4.1. The invalidation of the Fundamental Law. – 4.2. Progressive or two-step constitution-making process. – 4.3. Enactment of a new constitution. – 5. Conclusion.

Abstract

It seems to be a reasonable assumption that the systemic violation of the rule of law in Hungary that has been strongly criticized by the European Union can only be remedied by a new ruling majority after the (potential) fall of the Orbán government. However, the question is whether the new governing coalition formed by the current opposition parties can put in place any significant changes in case it does not have a constitutional majority in the National Assembly. This article aims to summarize the most pertinent views voiced by Hungarian lawyers on this topic by focusing on the following three issues: (i) the desirability or the necessity of a potential change of regime after the 2022 elections, (ii) the possible legal bases of deviating from the written rules on the constitution amending and constitution-making process and finally, (iii) the specific scenarios of implementing constitutional changes.

Suggerimento di citazione

V.Z. KAZAI, *Restoring the Rule of Law in Hungary. An Overview of the Possible Scenarios*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[1] Doctoral candidate, Central European University, Department of Legal Studies.
E-mail: Kazai_Viktor@phd.ceu.edu

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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

We are eight and a half years after the adoption of the Tavares Report by the European Parliament in 2013 which provided for the first time a comprehensive overview of all the problematic measures concerning the rule of law, democracy and fundamental rights put in place by the Fidesz government since its entry into office in 2010.[1] Since then the situation has deteriorated to the extent that many scholars do not consider Hungary to be a constitutional democracy anymore. Instead, it is often labelled as a sort of illiberal regime showing the signs of authoritarianism.[2] The European Union was forced to react to this negative trend and therefore activated some of its existing rule of law mechanisms, on the one hand, and expanded its rule of law toolbox on the other. These mechanisms and their use by the European institutions have been thoroughly criticized by scholars.[3] The author of this article does not wish to repeat these criticisms. What needs to be clearly stated, however, is that the European Union has failed so far to halt, let alone reverse, the rule of law backsliding in Hungary.

Unfortunately, domestic constitutional organs – including the Constitutional Court, the Supreme Court, the Chief Prosecutor's Office, the Ombudsman's Office and so on – are incapable of restoring the rule of law. It is partly because the Fidesz dominated National Assembly has adopted a large number of legal measures restricting the competencies and limiting the autonomy of these institutions, and partly because all of them have been politically captured and filled with people who are extremely deferential to, if not expressly supportive of the Fidesz-government.[4] Under the present circumstances it is

[1] European Parliament resolution of 3 July 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament resolution of 16 February 2012) (2012/2130(INI))

[2] G. HALMAI, *The making of "illiberal constitutionalism" with or without a new constitution: the case of Hungary and Poland*, in D. LANDAU, H. LERNER (eds), *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar, Cheltenaham, 2019, 302 ss.; T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *Illiberal constitutionalism–the case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 2019, 1140 ss.; L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 3 ss; R. UITZ, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 279 ss.

[3] For a comprehensive overview of the relevant literature and a detailed analysis of the most significant shortcoming of the EU's rule of law mechanisms see P. BÁRD, B. GRABOWSKA-MOROZ (eds.), *The strategies and mechanisms used by national authorities to systematically undermine the Rule of Law and possible EU responses*, RECONNECT Deliverable 8.2, available at: www.reconnect.europe.eu, 31 December 2020.

[4] Particularly important and quite illustrative is how the Constitutional Court, a previously strong and independent institution, has become subservient to the wishes of the Fidesz government. See e.g. Z. SZENTE, *The Decline of Constitutional Review in Hungary –Towards a Partisan Constitutional Court?*, in Z. SZENTE, F. MANDÁK, Zs. FEJES (eds.), *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian*

completely unrealistic to expect the domestic system of checks and balances to start exercising effective control over current the governing majority.

If neither the European institutions, nor the domestic constitutional organs can remedy the systemic violation of the rule of law in Hungary, who else may be charged with this task? The answer seems to be obvious: a new governing majority. What is much less evident, however, is whether the Fidesz government can be changed through elections, and if so, whether the new political force in power could actually implement the necessary legal and political measures.

As to the first question, it is undoubted that in 2010 the Fidesz government entered into office with a two-thirds (constitutional) parliamentary majority as a result of a free and fair election. However, shortly after its electoral victory the Fidesz government started to unilaterally re-regulate the fundamental rules of the political competition, such as the rules on the electoral system, the electoral procedure, political advertising, campaign financing and so on.[5] In addition, the government has taken several steps to restrict of the freedom of the media.[6] All these changes put together created a tilted playing field thus made the competition for the opposition parties much more difficult.[7] It is reasonable to say to the last parliamentary elections in 2018 may have been free, but definitely not fair in light of the concerns voiced by the Office for Democratic Institutions and Human Rights, such as the exclusion of paid political ads from public television channels, the biased coverage of candidates in the public media, the lack of distinction between government communication and the campaign of the governing parties (as candidate organizations), the shrinking possibilities for opposition parties to reach out to the voters and so on.[8]

The other reason of Fidesz's dominance in the political arena was a

Constitutional Development, L'Harmattan, Budapest, 2015, 183 ss.; Z. SZENTE, *The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014*, in *Constitutional Studies,* 2016, 123 ss.; P. LÁNCOS, *Passivist Strategies Available to the Hungarian Constitutional Court*, in *Zeitschrift für ausländisches öfentliches Recht und Völkerrecht*, 2019, 971 ss.

[5] VENICE COMMISSION - OSCE/ODIHR, *Joint Opinion on the Act on the Elections of Members of Parliament of Hungary*, CDL-AD(2012)012; VENICE COMMISSION, *Opinion on Act CCIII of 2011 on the Elections of Members of Parliament of Hungary as of 3 March 2014*, CDL-REF(2014)037; VENICE COMMISSION – OSCE/ODIHR, *Joint Opinion of the on the 2020 amendments to electoral legislation*, CDL-AD(2021)039-e.

[6] P. BAJOMI-LÁZÁR, *The Party Colonisation of the Media The Case of Hungary*, in *East European Politics and Societies and Cultures,* 2013, 69 ss; G. POLYÁK, *Media in Hungary. Three Pillars of an Illiberal Democracy*, in E. POŁOŃSKA, C. BECKETT (eds.) *Public Service Broadcasting and Media Systems in TROUBLED European Democracies,* Palgrave MacMillan, Cham, 2019, 279 ss.

[7] R. VÁRNAGY, G. ILONSZKI, *The conflict of partisan interests and normative expectations in electoral system change. Hungary in 2014*, in *Covinus Journal of Sociology and Social Policy*, 2017, 3 ss.

[8] ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE: *Hungary, Parliamentary Elections of 8 April 2018 – Final Report*, available at: https://www.osce.org/files/f/documents/0/9/385959.pdf, 27 June 2018

fragmented opposition.[9] Opposition parties, in and outside of parliament, were deeply divided on so many issues that they were unable to overcome their differences in order to become an effective counterbalance to the governing majority. Therefore, the Fidesz party did not have any significant political rival for many years.

The political landscape seems to be changing. Six opposition parties – namely the Democratic Coalition (Demokratikus Koalíció), Movement for a Better Hungary (Jobbik), Politics Can Be Different (LMP), Movement for Hungary (Momentum), Hungarian Socialist Party (MSZP) and Dialogue (Párbeszéd) – have joined their forces to create an alliance (hereinafter: Opposition Alliance). The members of the Opposition Alliance agreed to cooperate in the electoral competition for strategic reasons and to form a coalition government in case they win the majority of the seats in the National Assembly. As part of their preparations, they also organized pre-elections to select their candidates in the individual districts and to find a candidate for Prime Minister. Not only that the opposition parties are more united than ever before, but their alliance is also led by the candidate for Prime Minister, Péter Márki-Zay, who is the textbook example of the European Christian-conservative statesman: a practising Catholic 49-year-old father of seven who is an ardent supporter of liberal capitalism, has a soft spot for Western economic and political ideologies and who has not been involved of any major political scandal since its entry into politics as mayor of a small-town, Hódmezővásárhely, which used to be a Fidesz stronghold for a long time.[10] He is probably the worst rival that PM Orbán could think of. In light of these developments and the results of recent surveys, it is not unreasonable to expect a change of government after the 2022 general election.

However, even if the Opposition Alliance wins the election, it does not seem likely that the new governing coalition would have a two-thirds (constitutional) majority in the unicameral National Assembly. The reason why it can be a problem is that a large number of measures violating the rule of law principle, and thus criticized by the EU, are protected by two-thirds majority rules. On the one hand, several legal provisions are cemented in the Fundamental Law or in so-called cardinal acts that can be adopted and amended only by the two-thirds of the MPs. On the other, the Fidesz used its qualified parliamentary majority to unilaterally select the members and leaders of all the important constitutional organs.

[9] For a comprehensive analysis of the Hungarian opposition's situation in Hungary since 2010 see P. SUSÁNSZKY, A. UNGER, Á. KOPPER, *Hungary's Over-powerful Government Party and the Desperate Opposition*, in *European Review*, 2020, 761 ss.

[10] J. HENLEY, *Hungary: anti-Orbán alliance leads ruling party in 2022 election poll*, in *The Guardian*, available at: www.theguardian.com, 28 October 2021.

Let me give you a specific example to illustrate this difficulty. The European Commission's 2021 Rule of Law report raised serious concerns about several decisions made by the National Assembly concerning the independence of the judiciary.[11] Due to a recently adopted piece of legislation the Chief Justice has received additional powers in organizing the work of the Supreme Court (Kúria), and a limited precedent system has been introduced to better ensure the uniform application of the law throughout the country. The reason why it is deeply problematic is that the parliament also amended the rules on the eligibility criteria for the Chief Justice and elected Zsolt András Varga to this position whose nomination was almost unanimously rejected by the National Judicial Council (NJC), the representative body of judges having a purely consultative role. [12] The NJC noted:

> "The nomination of Dr. Zsolt András Varga was made possible by two recent legislative amendments which go against the constitutional requirement of placing someone at the top of the judiciary who meets the criterion of the appearance of independence from the other branches of power."[13]

As a result, the new Chief Justice whose independence from the governing Fidesz party is highly questionable can exercise significantly more influence both on the functioning of the highest ordinary court and on the application of the law by lower instance judges. It is very unlikely that the Opposition Alliance once in government could reverse any of these decisions without a two-thirds parliamentary majority.

Therefore, the question is whether the new government formed by the Opposition Alliance can implement its political program and remedy the systemic violation of the rule of law in case it does not have a constitutional majority in the National Assembly after the 2022 elections. This is not a purely political issue; it also has a legal aspect which prompted many scholars and practicing lawyers specialized in constitutional law to express their opinion on the room of maneuver of the Opposition Alliance in case of an electoral victory.

These experts have published many short pieces in daily newspapers, magazines or blog sites and they have also frequently given interviews to journalists

[11] EUROPEAN COMMISSION, *2021 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary*, SWD(2021) 714 final, 2–6.

[12] V. Z. KAZAI, Á. KOVÁCS, *The Last Days of the Independent Supreme Court of Hungary?*, Verfassungsblog, available at: www.verfassungsblog.de, 13 October 2020.

[13] The opinion of the National Judicial Council on the nomination of Zsolt András Varga for Chief Justice, available at: https://orszagosbiroitanacs.hu/az-obt-velemenyezte-a-kuriai-elnokenek-javasolt-szemelyt/?fbclid=IwAR2W2n7UWwwKVdHl6oJKyTnUxmLwpzWV6xJ79mI7vn6qO1VeRIU-FYXJwkZM, 9 October 2020.

in the last few months. Given that this debate has taken place so far mainly in Hungarian, it has probably escaped the attention of foreign scholars.[14] However, as the previous few pages have (hopefully) convinced the readers, it is a very important and highly topical discussion that is directly relevant to the resolution of the rule of law crisis in the European Union. Therefore, this article aims to summarize the most pertinent views voiced by Hungarian lawyers.

The compilation of a comprehensive summary was not easy because the participants of this debate obviously have not followed the rules of academic research and writing which made the comparison and the structuring of the various opinions challenging. In the following pages I attempt to provide an overview by focusing on the following three issues: (i) the desirability or the necessity of a potential regime change after the 2022 elections, (ii) the possible legal bases of deviating from the written rules on the constitution amending and constitution-making process and finally, (iii) the specific scenarios of implementing constitutional changes.

2. The necessity of a change of regime in 2022

When it comes to the desirability or rather the necessity of a regime change following the potential electoral victory of the Opposition Alliance in 2022 – even without receiving the qualified majority of the mandates –, the constitutional lawyers are mainly divided mainly on two issues. The first one concerns the governability of the country. Those who are rather pessimistic argue that numerous legal measures put in place by Fidesz will clip the wings of the incoming government whose members will have no other choice but to wait for their inevitable failure. The more optimistic lawyers acknowledge that the future government will face many difficulties, but they opine that it will still be able to implement the lion's share of its political program.

The other dividing issue is much less practical; it is related to the moral aspect of the potential regime change. On the one hand, some see the symbolic rupture with the Fundamental Law as the legal basis of an authoritarian regime necessary. On the other, the pragmatists put much more emphasis on the practical questions of governance and tend to ignore the moral or symbolic aspect of this issue.

2.1 Constraints imposed by Fidesz on the new governing majority

It is a widely shared opinion among the pessimists that the Fidesz government has built a political regime which is impossible to change by winning the

[14] Though it may change in the near future due to an open letter published by Andrew Arató and András Sajó on Verfassungsblog. A Arató, A. Sajó, *Restoring Constitutionalism. An Open Letter*, available at: www.verfassungsblog.de, 17 November 2021.

parliamentary elections with a simple majority. The primary reason of their skepticism is that the Orbán government has cemented the most important elements of its illiberal agenda in the Fundamental Law and in qualified majority laws, and every actor of the system of checks and balances has been politically conquered. As a result, even if the Opposition Alliance will get the opportunity to form a government in 2022, it will be prevented from implementing its political program.

Andrew Arató and Gábor Halmai summarized this problem as follows:

> It is clear, that even if Fidesz loses a national election, and a new government will be formed, the latter will not be able to function whether in the legal, economic or cultural domains. On the foundation of the Fundamental Law, a great deal of power will remain in the hands of its present holders or those near to them. The new government would not be able to really govern; all or most of its measures can be sabotaged by state officials, among them constitutional judges who cannot be removed or replaced under the Fundamental Law, during the next parliamentary term.[15]

András Sajó opines that the real power of Fidesz lies in its "apparatchiks" (*káderek*), i.e. its loyal political appointees, who lead and operate the main constitutional organs.[16] So, he argues that the state institutions will most probably sabotage those legal measures adopted by the new governing majority which would attempt to dismantle the Orbán regime. Therefore, he concludes that the new government will have no other choice but to wait for its inevitable failure if it is not willing to depart from the rules of the Fundamental Law.

Zoltán Fleck has a very similar argumentation. What he points out explicitly in addition is that the Fidesz government has deliberately assembled a political system in which the elections have lost their democratic value: regardless of the outcome of the electoral race the pillars of the Orbán regime cannot be altered.[17] The *status quo* will be preserved by the political appointees of the current government. Fleck also warns us that the very same actors of the system of check and balances that are extremely deferential to, if not expressly supportive of, the Fidesz government will 'activate' themselves after the 2022 elections and will use their powers to paralyze the new governing majority. One of

[15] A. ARATÓ, G. HALMAI, *So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution*, in *Verfassungsblog*, available at: www.verfassungsblog.de, 2 July 2021.

[16] A. SAJÓ, *„Alkotmányozz a Fidesszel!" (turáni átok) (May you enact a constitution with Fidesz! The curse of Turan*, in *Magyar Narancs*, available at: www.magyarnarancs.hu, 20 October 2021.

[17] Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, in *Élet és Irodalom*, available at: www.es.hu, 16 April 2021.

his examples illustrating his point is the Constitutional Court: it is very likely that the justices who have been elected almost exclusively by the MPs of Fidesz will annul several important legislative acts enacted by new parliamentary majority upon the petition of the President of the Republic elected by the Fidesz-dominated National Assembly or the MPs of Fidesz.[18]

Fleck is of the view that one cannot realistically expect the institutions filled by Fidesz appointees to carry out their functions in a politically neutral manner because they have never enjoyed autonomy; they were put in place to facilitate the Orbán government's exercise of power and to prevent the effective governance of any other political force.[19] He acknowledges that if Fidesz collapses due to a major political defeat after the 2022 elections, the political power structure would change radically and the state organs would probably adopt a less obstructive behavior.[20] But even in this case, he continues, the Fidesz appointees would not be able to perform their duties adequately because they were selected on political, not on professional grounds.

Imre Vörös is also very skeptical about the governability of the country under a new parliamentary majority. Although he does not elaborate on this specific issue very much, he brings up the example of the Budget Council several times to substantiate his fears.[21] This council has three members, two of them (the president of the National Bank and the president of the State Audit Office) selected by Fidesz. Vörös points out that the Council has the power to veto the budget proposed by the government. He argues that this situation can easily lead to the dissolution of the National Assembly by the President of the Republic.

Contrary to the pessimists, several lawyers think that the Opposition Alliance having a simple majority in the National Assembly is not doomed to fail despite the traps left behind by the Orbán government. They acknowledge the existence of several serious difficulties, but in general they opine that the new governing coalition will still have enough room of maneuver to realize a big chunk of its political agenda. Some also argue that the behavior of the constitutional organs after the 2022 elections is not predictable.

[18] Z. FLECK, *Kik a jogállam valódi ellenségei? (Who are the real enemies of the rule of law?)*, in *HVG*, available at: www.hvg.hu, 29 September 2020.

[19] Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, cit.

[20] B. BAGI, *Fleck Zoltán: Itt is lehet – már volt – Washington (Zoltán Fleck: Washington could be – have already been – here)*, in *Civil Bázis*, available at: www.civilbazis.hu, 29 July 2021.

[21] Z. LAKNER, *Mesterterv és slamperáj a különleges jogrend világa. Vörös Imre: Ki lehet iktatni a kétharmados törvényeket (The special legal order is a masterplan and disorder. Imre Vörös: The two-thirds majority laws can be abrogated)*, in *Jelen*, available at: www.jelen.media, 1 March 2021; Z. FARKAS, *Vörös Imre jogtudós, egykori alkotmánybíró: Az államcsíny lopakodó módon bekövetkezett (Imre Vörös legal scholar, former constitutional judge: The coup d'état has already happened in disguise)*, in *HVG*, available at: www.hvg.hu, 19 June 2021.

András Jakab is of the view that the character of the Orbán regime is not determined primarily by its legal structure; it operates very often contrary to its own laws.[22] The characteristics of this system are influenced by informational rules and practices which are not carved into law: *"The heart of the current regime is the politically biased application of the law which could be quickly changed by a new parliamentary majority even without adopting a new constitution."*[23] His point is that one cannot predict how the state institutions will act after the 2022 elections: *"History teaches that if independent institutions are filled with people based on their loyalty to the party, it works only in a given power structure."*[24] This is why Jakab thinks that first of all we have to formulate some expectations and see whether the actors of the system of check and balances live up to these requirements or not. He argues that if state institutions attempt to sabotage the work of the new government, they can only do it by infringing the law.[25] If the Fidesz appointees violate the rules first, this will create a different situation.

Dániel Karsai has a similar opinion insofar as he does not take it for granted that the operation of the new government will be paralyzed by the state institutions. He argues that a total obstruction would actually be dangerous for Fidesz, especially after an electoral defeat, because the strategy of creating chaos in the country may backfire and destroy the party for good.[26] He thinks it is much more likely that the 'guardians' of the Orbán regime will try to make the efficient governance very difficult, but not completely impossible. He adds that the new government will have several means to defend itself against these attempts, such as the initiation of criminal investigations and the restoration of media freedom.

Lastly, Tibor Sepsi and Balázs M Tóth admit that Fidesz has hidden numerous land mines in the legal system that can be activated to incapacitate the new government.[27] However, they argue that demining does not necessarily require

[22] D. ÓNODY-MOLNÁR, *Ne borítsuk föl az asztalt előre, rizikós dolog a jogállami forradalom. Jakab András: Az alkotmányjogi megoldások önmagukban nem fogják megoldani a kérdéseket (Interview with András Jakab)*, in Jelen, available at: www.jelen.media, 20 May 2020.

[23] Sz. DULL, *A NER-nek kétharmaddal se, az ellenzéknek sima többséggel is? Ez abszurdum! Interjú Jakab Andrással (Interview with András Jakab)*, in Telex, available at: www.telex.hu, 17 October 2021.

[24] D. ÓNODY-MOLNÁR, *Ne borítsuk föl az asztalt előre, rizikós dolog a jogállami forradalom. Jakab András: Az alkotmányjogi megoldások önmagukban nem fogják megoldani a kérdéseket (Interview with András Jakab)*, cit.

[25] Sz. DULL, *A NER-nek kétharmaddal se, az ellenzéknek sima többséggel is? Ez abszurdum! Interjú Jakab Andrással (Interview with András Jakab)*, cit.

[26] D. KARSAI, *A feles alkotmányozás paradoxona (The paradox of constitution-making with simple majority)*, in 444, available at: www.444.hu , 25 October 2021.

[27] T. SEPSI, B. M. TÓTH, *A feles alkotmányozás másnapján, avagy a káosz forgatókönyve (After the adoption of a constitution with a simple majority, or the scenario of chaos)*, in *Így írnánk mi*, available at: www.igyirnankmi.atlatszo.hu, 9 November 2021.

the adoption of constitutional changes. They show that for example the criminalization of homelessness and freedom of information problems – two concerns voiced by the advocates of a more radical regime change – can be remedied by simple legal measures.

2.2 The significance of a symbolic rupture with the Orbán regime

Many lawyers think that the new National Assembly will have to break with the Orbán regime not only in terms of practical legal and political measures, but also symbolically. This opinion is probably best expressed by László Majtényi who envisages the declaration of the "Fourth Hungarian Republic": *"The primary goal of the new coalition can only be the establishment of a free and democratic Hungary, because its existence cannot be justified on any other grounds."*[28] According to him the achievement of this goal necessitates the enactment of a new constitution.

Many lawyers share the opinion that the Fundamental Law is the constitution of an illiberal or authoritarian regime and as such does not deserve protection. Halmai and Arató say:

> [A]lready during its initial enactment the Fundamental Law was proudly declared as an »illiberal« constitution, that has since, as a result of nine amendments, become increasingly autocratic. It cannot thus be the foundation of a constitutional democracy of the future. [It] does not satisfy European requirements with respect to democracy, the rule of law, and protection of fundamental rights.[29]

Fleck argues that the Fundamental Law constitutes a rupture with the Hungarian tradition of democratic governance based on the separation of power; it is the legal basis of the institutionalized form of the exercise of authoritarian power.[30] He also adds that the current constitution is not suitable to express the general will of the Hungarian people and thus to unite the nation because it is built on an exclusionary, discriminatory ideology which negates the neutrality of the state. This is the reason why, he concludes, the new governing majority cannot accept the Fundamental Law as the basis of the Hungarian

[28] László MAJTÉNYI, *Szabad ország – szabad emberek. A Kis Rendszerváltás nagy gondjai, (Free country - free people. The big problems of the Small Change of Regime)*, in *Élet és Irodalom*, available at: www.es.hu, 29 October 2021.

[29] A. ARATÓ, G. HALMAI, *So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution*, cit.

[30] Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, cit.

polity. Balázs Majtényi largely concurs with Fleck on this point.[31] On the contrary, Sajó adopts a more pragmatic stance when he says:

> The Fundamental Law is not particularly problematic (aside from a couple of ideological principles and the lack of certain constitutional guarantees), one could live with this text in a democracy. The power of the [Orbán regime] lies in the *apparatchiks* loyal to Fidesz who are protected by […] the Fundamental Law….[32]

There seems to be another difference of opinion between Fleck and Sajó. Fleck is of the view that the implementation of constitutional changes is necessary in order to avoid "bricolage" (*barkácsolás*).[33] By bricolage he means the application of shady legal and political maneuvers with the aim of circumventing the constraints imposed on the government by the Fundamental Law and the qualified majority acts and exercising pressure on the Fidesz appointees.[34] He argues that this practice will eventually render the new political majority similar to the leaders of the Orbán regime. In contrast, Sajó opines that the adoption of constitutional measures in a legally dubious manner would be the continuation of the unethical practices of governance exercised by Fidesz.[35] For example, he notes, if the Kúria (i.e. Supreme Court) was renamed and the current Chief Justice was dismissed for this reason, it would comply with the relevant decision of the Hungarian Constitutional Court,[36] but would still constitute a violation of the rule of law.

3. The non-applicability of the procedural rules in force

Even if one accepts that the implementation of constitutional changes is necessary after the potential victory of the Opposition Alliance in 2022, it still needs to be answered whether it is possible to deviate from the rules of the Fundamental Law if the new governing coalition does not get the two-thirds

[31] B. MAJTÉNYI, *Akarunk-e egyáltalán alkotmányos demokráciát? (Do we want democracy at all?)*, in Telex, available at: www.telex.hu, 7 November 2021.

[32] A. SAJÓ, *„Alkotmányozz a Fidesszel!" (turáni átok) (May you enact a constitution with Fidesz! The curse of Turan)*, cit.

[33] Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, cit.

[34] Z. LAKNER, *Új alkotmány kell, aminek széles társadalmi részvétel biztosíthat legitimációt. Interjú Fleck Zoltánnal (Interview with Zoltán Fleck)*, in *Jelen*, available at: www.jelen.media, 15 May 2021.

[35] A. SAJÓ, *„Alkotmányozz a Fidesszel!" (turáni átok) (May you enact a constitution with Fidesz! The curse of Turan)*, cit.

[36] András Baka, former Chief Justice was removed from his position by Fidesz. The European Court of Human Rights concluded that his removal violated Article 6 § 1 (right of access to a court) and Article 10 (freedom of expression) of the Convention. See European Court of Human Rights (GC), Baka v. Hungary, Appl. no. 20261/12, Judgment of 23 June 2016.

of the parliamentary mandates. The debate on this issue has two levels: a theoretical one (whether it is theoretically justifiable), and a practical one (whether it would be a good decision in light of the potential consequences).

3.1 Legal basis – Theoretical arguments

There are currently five justifications circulating in the debate for deviating from the rules of the Fundamental Law to implement constitutional changes. The authors usually rely on more than one of them in different combinations to substantiate their arguments. So, the following few pages provide a map or a sort of typology of the possible justifications and their criticism.

3.1.1 Invalidity of the Fundamental Law on procedural grounds

Let us start with the justification which is arguably the easiest to understand. Many lawyers argue that the Fundamental Law could be declared invalid on the grounds that it was not adopted in a legally correct manner. Vörös points out that the drafters violated the written rules of the law-making process which can render the enacted piece of legislation unconstitutional on formal grounds according to the well-established case-law of the Constitutional Court.[37] Fleck agrees with this opinion and adds that the constitution-making process in 2011 suffered from several serious shortcomings: there was no public consultation, experts were not invited to submit their opinions, the adoption of a new constitution was not part of Fidesz's political program before the 2010 elections, therefore the explicit electoral authorization was missing.[38] According to him, nothing but the sheer two-thirds parliamentary majority of Fidesz was the basis of the Fundamental Law's enactment. Gábor Attila Tóth argues on somewhat different grounds when he highlights the following two defects of the drafting process: first, the Fidesz dominated National Assembly abolished the constitutional rule which prescribed the adoption of the detailed rules of the constitution-making process (not the adoption of the new constitution itself!) by the four-fifth majority of the MPs,[39] and second, the Fundamental Law itself declares the previous Constitution invalid[40] on the basis of which it was

[37] I. VÖRÖS, *A jogállami alkotmányosság helyreállítása. Vitaanyag – a „Civil Bázis" csoport felkérésére a 2021. március 13-án tartott előadás alapján (The restoration of the rule of law. The transcript of a presentation held on 13 March 2021)*, in Civil Bázis, available at: www.civilbazis.hu, 13 March 2021.

[38] Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, cit.

[39] Article 24(5) of the previous Constitution said: *„The parliamentary resolution on the detailed rules of constitution-making process shall be adopted by the four-fifth majority of MPs."*

[40] The preamble of the Fundamental Law provides: *"We do not acknowledge the 1949 communist constitution, because it was the basis of a despotic regime, therefore we declare it invalid."* Point 2 of the final provisions of the Fundamental Law provides: *"This Fundamental Law was enacted by the National Assembly on the basis of Article 19 (3) a) and Article 24 (3) of Act no. XX of 1949 [i.e. the 1949 Consitution]."*

adopted.[41] Halmai does not state explicitly that the Fundamental Law is invalid on procedural grounds but acknowledges that in this case it would be easy to get rid of it.[42]

Jakab contests the previous arguments and emphasizes the difference between the legality and the legitimacy of the Fundamental Law.[43] On the one hand, he notes that the Fundamental Law was adopted in compliance with the rules of the constitution-making process. His opinion is that the allegation of the violation of the fourth-fifth majority rule is not well-founded because this requirement was no longer in force in 2011.[44] On the other, he admits that the Fundamental Law enjoys a low level of legitimacy due to the shortcomings of the drafting process, but he argues that it does not make the current constitution invalid**.** Karsai adds another counterargument. He says the even if the Fundamental Law declared the previous Constitution invalid when it entered into force on 1 January 2012, this declaration does not have any impact on the former's legality because at the time of the adoption of the Fundamental Law in April 2011 the Constitution was still valid, therefore it was enacted on a valid legal basis.[45]

3.1.2 *The* ius resistendi *argument*

The justification presented by Vörös is based primarily on the constitutional principle of *ius resistendi*. Article C (2) of the Fundamental law provides that *"No one shall engage in activities aimed at the acquisition or exercise of power by force or at the exclusive possession of power. Everyone shall have the right and obligation to resist such attempts by lawful means."* Vörös opines that this rule, which also figured in the previous Constitution, is not simply one of the many provisions of the Fundamental Law, but a constitutional principle of

[41] G. A. TÓTH, *Az alaptörvény eltörlése (The abolition of the Fundamental Law)*, in *444*, available at: www.444.hu, 23 October 2021.

[42] B. VÁRKONYI: *A leválthatatlan hatalom nem legitim. Interjú Halmai Gáborral*, in *Élet és Irodalom*, available at: www.es.hu, 30 April 2021.

[43] D. ÓNODY-MOLNÁR, *Ne borítsuk föl az asztalt előre, rizikós dolog a jogállami forradalom. Jakab András: Az alkotmányjogi megoldások önmagukban nem fogják megoldani a kérdéseket (Interview with András Jakab)*, cit.

[44] The four-fifth majority rule (see also footnote 39) was enacted when the National Assembly attempted to enact a new constitution under the socialist-liberal coalition government between 1994 and 1998. The constitution-making process eventually failed. Many lawyers argue that the four-fifth majority rule was supposed to be abrogated automatically at the end of the 1994-1998 parliamentary term, but it remained in the Constitution due to a codification error. After the entry into force of the Fidesz government in 2010 the two-thirds majority of the National Assembly amended the Constitution and abolished this special qualified majority requirement.

[45] D. KARSAI, *A feles alkotmányozás paradoxona (The paradox of constitution-making with simple majority)*, cit.

fundamental significance which underlies every article of the constitutional text.[46]

Vörös notes that the Fidesz government has already acquired the exclusive possession of power and thus created an autocratic regime by violating Article C (2). Following his logic, the infringement of the prohibition of the exclusive exercise of power renders the Fundamental Law invalid. It also means that the provisions of the Fundamental Law on the constitutional amendment process and the enactment of a new constitution are not applicable. Therefore, a new governing majority coming into power after the 2022 elections would be allowed to implement constitutional changes even without a two-thirds parliamentary majority.

Sajó does not explicitly endorse this idea, but he does acknowledge that the partial suspension of the Fundamental Law and the qualified majority acts *"would not be unjustifiable"* based on Vörös's argument.[47] He adds that several international organizations and the European Parliament have already observed the systemic violation of the rule of law in Hungary and he also notes that the resistance to despotic power is one of the fundamental principles of constitutionalism.

Jakab, on the contrary, does not find the *ius resistendi* argument well-founded. He submits two main objections.[48] First, he points out that the *ius resistendi* principle (introduced by the Golden Bull in 1222) [49] ceased to be part of the Hungarian constitutional tradition after 1687 when the Hungarian parliament renounced this right. When this principle was inserted in the constitutional text during the 1989/90 change of regime, it was primarily inspired by the German Basic Law. Jakab argues that this provision is a rather symbolic rule which has no normative force based on which constitutional provisions or even the Fundamental Law as a whole could be annulled. Secondly, he also opines that in fact it would be the new governing coalition who would engage in activities aimed at the exclusive exercise of power by invalidating the Fundamental Law and adopting a new constitution without a two-thirds parliamentary majority with the aim of dissolving the Constitutional Court and dismissing the Chief Prosecutor. Halmai and Arató do not elaborate on the

[46] I. VÖRÖS, *A jogállami alkotmányosság helyreállítása. Vitaanyag – a „Civil Bázis" csoport felkérésére a 2021. március 13-án tartott előadás alapján (The restoration of the rule of law. The transcript of a presentation held on 13 March 2021)*, cit.

[47] A. SAJÓ, *„Alkotmányozz a Fidesszel!" (turáni átok) (May you enact a constitution with Fidesz! The curse of Turan)*, cit.

[48] Sz. DULL, *A NER-nek kétharmaddal se, az ellenzéknek sima többséggel is? Ez abszurdum! Interjú Jakab Andrással (Interview with András Jakab)*, cit.

[49] The Golden Bull was a charter granted by King Andrew II in 1222 which stated the basic rights and privileges of the Hungarian nobility and clergymen and the limits of the monarch's powers. It was similar to the 1215 Magna Carta.

reasons why, but they are also not convinced that the removal of the Fundamental Law can be based on the right of resistance.[50]

3.1.3 Institutionalized authoritarianism as an exemption from the adherence to formal rules

Some lawyers draw more general theoretical conclusions from the argument that Hungary has become some sort of an authoritarian regime. Fleck points out that contemporary authoritarian regimes often pretend to respect the rules and principles of constitutional democracy, but in reality they just hide behind the formal requirements of the law to justify their legal measures that are actually undermining the rule of law.[51] He opines that Hungary has become a model of how to relativize the rule of law principle, because the Orbán regime constitutes in fact an institutionalized form of exercising authoritarian power which still looks like a constitutional democracy on the surface. This is why Fleck argues that we have to leave behind the *"fake formalism"* and dismantle the authoritarian regime by democratic means even if they do not comply with the formal requirements of the rule of law.

In a similar vein, Gábor Attila Tóth also criticizes the formalistic logic that claims that the Fundamental Law can only be amended or replaced by following the written procedural rules. He accuses the formalists of ignoring the fact that the enactment process of the Fundamental Law suffered from many shortcomings, that a large part of the constitutional text was adopted by the Fidesz-dominated National Assembly after the 2014 and the 2018 elections which were considered by international organizations as unfair, and that many provisions of the Fundamental Law are contrary to the separation of power principle and the protection of fundamental rights.[52] Tóth opines that the essence of the rule of law is the preservation of freedom and the prevention of despotism. Therefore, he continues: *"The laws and the constitution that were created in an uncivilized manner to serve uncivilized goals and that perpetuate legal insecurity and institutionalize arbitrariness do not deserve to be protected. The unconditional adherence to these laws has no value."*[53]

Tóth adds that modern authoritarian regimes have to allow the organization of parliamentary elections to maintain the illusion of democracy, but it does not mean that these regimes could be changed by simply winning the elections because the formal rules put in place by the authoritarians make it impossible. He further criticizes the formalists for disregarding the substantive values of

[50] A. ARATÓ, G. HALMAI, *So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution*, cit.

[51] Z. FLECK, *Kik a jogállam valódi ellenségei? (Who are the real enemies of the rule of law?)*, cit.

[52] G. A. TÓTH, *Az alaptörvény eltörlése (The abolition of the Fundamental Law)*, cit.

[53] G. A. TÓTH, *Az alaptörvény eltörlése (The abolition of the Fundamental Law)*, cit.

the rule of law, democracy and constitutionalism, all the ethical values that could justify the departure from the formal rules. Tóth argues that even a constitution-making process that does not comply with the formal procedural rules can be justified on the grounds of significant ethical and legal reasons (i.e. normative legitimacy), an overwhelming social support and the approval of international organizations.[54]

By contrast, Jakab sides with those who claim that amending and replacing the Fundamental Law is possible only with a two-thirds majority in the National Assembly, simply because this is what the relevant constitutional provisions have always prescribed ever since the enactment of the previous Constitution in 1949.[55] He thinks that any departure from the formal rules of law could only be justified based on revolutionary natural law arguments. However, he notes that in general these are used after wars or the fall of dictatorships when the legal order is full of deeply unethical and antidemocratic laws. Hungary is somewhere between a democracy and a dictatorship, he continues, which does not justify the application of revolutionary natural law theories. What is more, he also opines that natural law is a highly subjective category, so its requirements cannot be identified unequivocally.

Karsai presents a very similar argument. He explicitly says, however, that the non-compliance of constitutional rules with substantive moral and ethical values is not a legal issue, because there is no higher legal norm based on which the provisions of the Fundamental Law could be evaluated and (potentially) invalidated.[56] He proposes just one way of remedying the substantive shortcomings of the Fundamental Law without a two-thirds parliamentary majority: revolution.

Sepsi and M. Tóth reply to one of the arguments formulated by Gábor Attila Tóth by saying that the sign of an overwhelming popular support for dismantling the authoritarian structure of the Orbán regime would be the Opposition Alliance's landslide electoral victory with a two-thirds majority of the mandates.[57] In this case, however, there is no need to deviate from the procedural rules in force. They also submit that even if the formalists are wrong, it does not change anything in practice. Most Hungarian lawyers have been socialized in a professional community which values formalism and therefore they would not find it acceptable to invalidate or replace the Fundamental Law in a legally

[54] G. A. TÓTH, *Az alaptörvény eltörlése (The abolition of the Fundamental Law)*, cit.

[55] Sz. DULL, *A NER-nek kétharmaddal se, az ellenzéknek sima többséggel is? Ez abszurdum! Interjú Jakab Andrással (Interview with András Jakab)*, cit.

[56] D. KARSAI, *A feles alkotmányozás paradoxona (The paradox of constitution-making with simple majority)*, cit.

[57] T. SEPSI, B. M. TÓTH, *A feles alkotmányozás másnapján, avagy a káosz forgatókönyve (After the adoption of a constitution with a simple majority, or the scenario of chaos)*, cit.

defective process.

3.1.4 Regime-changing constitution-making

Very similar to the ones summarized in the previous section, but not exactly identical to them are those arguments which contemplate the possibility of deviating from the written procedural rules based on the qualification of the implementation of constitutional measures as a form of revolutionary or regime-changing act. Let us mention Sajó first who points out that in case of a revolutionary or regime-changing law-making process, constitutions are often adopted contrary to the rules of the previous regime.[58] He notes that the Opposition Alliance's potential victory at the 2022 elections yielding a simple parliamentary majority would not qualify as a revolution. Nevertheless, he does admit that under certain circumstances a sort of *"revolution by law"* (*jogi forradalom*) can be justified:

> This revolutionary law-making is moderate, thus probably acceptable, if it is used only in those fields where it is absolutely necessary in order to remedy the most serious violations of the rule of law, if the basic principles of the rule of law and of civilization are respected (no defendants wearing chains in the television!); if it does not serve the interests of those in power and it categorically excludes the possibility of acquiring exclusive power. In addition, during the constitution-making process, throughout the transitional period, the system of checks and balances must work, even if the [already existing mechanisms need to be replaced temporarily by new ones].[59]

Halmai does not explicitly advocate a constitutional revolution but admits that it would not necessarily imply violence: it would be enough if the new democratically elected parliament declared the previous political regime illegitimate.[60] He opines that the legitimacy of a constitutional convention could be justified in such a revolutionary situation on the grounds that the previous regime is unreplaceable. The new government could argue, he continues, that in order to make the country governable it has to abrogate the constitution in force and start from scratch.

László Majtényi sympathizes with the regime-changing arguments, and he

[58] A. SAJÓ, *„Alkotmányozz a Fidesszel!" (turáni átok) (May you enact a constitution with Fidesz! The curse of Turan)*, cit..

[59] A. SAJÓ, *„Alkotmányozz a Fidesszel!" (turáni átok) (May you enact a constitution with Fidesz! The curse of Turan)*, cit.

[60] B. VÁRKONYI: *A leválthatatlan hatalom nem legitim. Interjú Halmai Gáborral*, cit.

also believes that the Orbán regime can only be abolished once and for all by a new constitution.[61] However, he stresses the point that a potential change of government after the 2022 elections can be labeled any sort of revolution (even just a moderate one) only symbolically. Therefore, it would not authorize the new governing coalition to implement constitutional changes without the necessary two-thirds majority.

Jakab rejects the idea of a revolution (or rather the qualification of the political events as a revolution) altogether because it can potentially lead to the disruption of legal continuity.[62] He warns that this scenario would be very dangerous because it would result in serious political conflicts and polarization.[63] (See also his arguments summarized in the previous section.)

3.1.5 Popular authorization through elections

There is one more theoretical argument which may potentially justify the deviation from the formal rules of the constitutional amendment and constitution-making process by conceptualizing the 2022 elections as a form of special popular authorization. Fleck argues that the implementation of constitutional changes by the simple majority of the new National Assembly would be acceptable if the parties of the Opposition Alliance agreed on the necessity of replacing the Fundamental Law and they communicated their intention unequivocally to the electorate.[64] The members of the current opposition have to make it clear that the enactment of a new constitution is necessary for the efficient governance of the country and therefore they ask the people to give their authorization through the ballot. He adds that it should also be promised that the constitution-making process would be an inclusive procedure providing ample room for popular participation.[65] This whole project needs to be regarded as a sort of social transformation, a means to integrate the society by making it an active participant of the process which requires the use of many innovative and courageous ideas that may not be part of the Hungarian legal

[61] László MAJTÉNYI, *Szabad ország – szabad emberek. A Kis Rendszerváltás nagy gondjai, (Free country - free people. The big problems of the Small Change of Regime)*, cit.

[62] D. ÓNODY-MOLNÁR, *Ne borítsuk föl az asztalt előre, rizikós dolog a jogállami forradalom. Jakab András: Az alkotmányjogi megoldások önmagukban nem fogják megoldani a kérdéseket (Interview with András Jakab)*, cit.

[63] D. ÓNODY-MOLNÁR, *Ne borítsuk föl az asztalt előre, rizikós dolog a jogállami forradalom. Jakab András: Az alkotmányjogi megoldások önmagukban nem fogják megoldani a kérdéseket (Interview with András Jakab)*, cit.

[64] Z. LAKNER, *Új alkotmány kell, aminek széles társadalmi részvétel biztosíthat legitimációt. Interjú Fleck Zoltánnal (Interview with Zoltán Fleck)*, cit.

[65] Z. LAKNER, *Új alkotmány kell, aminek széles társadalmi részvétel biztosíthat legitimációt. Interjú Fleck Zoltánnal (Interview with Zoltán Fleck)*, cit.; P. NÉMETH, *Fleck Zoltán: az alaptörvénytől azonnal meg kell szabadulni (2.) (Interview with Zoltán Fleck)*, in *HírKlikk*, available at: www.hirklikk.hu, 2 May 2021.

tradition.[66]

Jakab objects to this argument by saying that the Opposition Alliance will receive the necessary authorization to implement constitutional changes only if it obtains a two-thirds majority in the National Assembly as the result of the elections. *"It would be the denial of the idea of constitutionalism if [the new governing coalition] initiated a constitution-making process with a simple majority."*[67] Sepsi and M. Tóth concur with this opinion and note that due to the rules of the current electoral system, the unified opposition will get two-thirds of the parliamentary mandates even if only 55 % of the electors vote on their party list.[68] Achieving this result is probably easier than garnering the support of the overwhelming majority of the society in a constitution-making process.

3.2 Fear from chaos and instability – practical considerations

We discussed the theoretical arguments in the previous section, but the participants of this debate also rely on several practical considerations to substantiate their opinion. Jakab, Karsai, Sepsi and M. Tóth raise more or less the same objections and they all envisage a chaotic situation.[69] Firstly, they argue that the constitutional organs (more precisely the members and the leaders of these institutions selected by Fidesz) would not acknowledge the legality of the constitutional measures adopted by the new National Assembly contrary to the procedural rules. Most probably all of these legislative acts (i.e. the annulment or the revision of the Fundamental Law, a new constitution, the amendments to qualified majority laws) enacted in a formally defective process would be annulled by the Constitutional Court upon the petition of the President of the Republic or the parliamentary opposition. The only solution would be the abolition of the Constitutional Court or the replacement of its members with new justices, but it would lead to a very uncertain situation because many lawyers would not accept the new court as a legitimate institution. Even if the newly adopted legislative measures could somehow enter into force, ordinary judges, public administration officers and other lawyers, who have been trained to

[66] Z. LAKNER, *Új alkotmány kell, aminek széles társadalmi részvétel biztosíthat legitimációt. Interjú Fleck Zoltánnal (Interview with Zoltán Fleck)*, cit.; Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, cit.

[67] Sz. DULL, *A NER-nek kétharmaddal se, az ellenzéknek sima többséggel is? Ez abszurdum! Interjú Jakab Andrással (Interview with András Jakab)*, cit.

[68] T. SEPSI, B. M. TÓTH, *A feles alkotmányozás másnapján, avagy a káosz forgatókönyve (After the adoption of a constitution with a simple majority, or the scenario of chaos)*, cit.

[69] D. ÓNODY-MOLNÁR, *Ne borítsuk föl az asztalt előre, rizikós dolog a jogállami forradalom. Jakab András: Az alkotmányjogi megoldások önmagukban nem fogják megoldani a kérdéseket (Interview with András Jakab)*, cit.; Sz. DULL, *A NER-nek kétharmaddal se, az ellenzéknek sima többséggel is? Ez abszurdum! Interjú Jakab Andrással (Interview with András Jakab)*, cit.; D. KARSAI, *A feles alkotmányozás paradoxona (The paradox of constitution-making with simple majority)*, cit.; T. SEPSI, B. M. TÓTH, *A feles alkotmányozás másnapján, avagy a káosz forgatókönyve (After the adoption of a constitution with a simple majority, or the scenario of chaos)*, cit.

respect formalism, would be divided on the applicability of the formally defective laws.

Secondly, it is very likely that massive demonstrations organized throughout the country would lead to a civil war-like situation that could only be repressed by force. Thirdly, this sort of revolutionary law-making could perpetuate and be repeated after every change of government following a parliamentary election. Nothing would prevent another governing party or coalition in the future from following this example and implementing constitutional changes with a simple majority of the parliamentary mandates. Finally, Sepsi and M Tóth also mention that the European Union would probably consider the adoption of constitutional measures in a formally defective procedure as a violation of the rule of law and therefore would not approve of these decisions made by the new government.

Fleck replies to the practical objections as follows. Firstly, he thinks that the arguments concerning the perpetuation of regime changes are not well-founded because the dismantling of an authoritarian system (such as the Orbán regime) is more than just a simple change of government and also because the Hungarian democracy cannot be consolidated without a new constitution.[70] This new constitution could introduce several means to protect the stability of the freshly established system and, what is more, it would be legitimized by the electorate through public participation in the drafting process and a referendum. Secondly, he also opines that the Orbán regime is characterized by the systemic violation of the rule of law. Therefore, its formal rules cannot be used to prevent the restoration of the rule of law by a new governing majority regardless of the number of its parliamentary seats.

Balázs Majtényi acknowledges the relevance of practical considerations, but he thinks that the enactment of the new constitutional text in a legally correct manner has secondary importance.[71] Strongly emphasizing the legality of decisions can have a legitimizing function in a system which cannot be justified based on constitutional principles. What is more significant, Majtényi continues, is whether the values enshrined in a new constitution would enjoy social support.

4. Specific scenarios

Those lawyers who argue in favor of deviating from the formal rules of the constitutional amendment and constitution-making process are often labelled by their critics as the advocates of constitution-making with simple majority.

[70] Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, cit.

[71] B. MAJTÉNYI, *Akarunk-e egyáltalán alkotmányos demokráciát? (Do we want democracy at all?)*, cit.

However, this generalization is inaccurate. As we will see in the following pages, the ideas on the table show a much more complex picture.

4.1 The invalidation of the Fundamental Law

The idea presented by Vörös is arguably the most unorthodox, so let us start with that one. He says that the new National Assembly should pass two resolutions at its inaugural session.[72] The first resolution should declare the Fundamental Law and certain statutory provisions invalid based on their non-compliance with the prohibition of the exclusive possession of power enshrined in Article C (2) of the Fundamental Law (the *ius resistendi* principle). Vörös is of the view that the Fidesz governing majority adopted a large number of legislative acts which as a whole constituted an engagement in activities aimed at the exclusive possession of power. In 2013 two individuals challenged these acts in a constitutional review procedure, but the Constitutional Court found the petition inadmissible on the grounds of the applicant's lack of standing.[73] Vörös argues that by this decision the Constitutional Court refused to halt the unconstitutional activities of the government and thus abdicated its role as guardian of the constitutional order. This is why the National Assembly, as the creator of the Constitutional Court, has the right to reclaim the competence of constitutional review. So, according to Vörös when the National Assembly declares the Fundamental Law and certain statutory provisions invalid, it would act as the Constitutional Court. And since the Court decides cases with the simple majority of its members, the same procedural rules would apply to the decision-making of the National Assembly. The first resolution would contain an exhaustive list of all those statutory provisions which obviously serve the exclusive possession of power by Fidesz, such as the media laws, the acts on the judiciary and the prosecutorial service, the electoral regulation etc. Vörös adds that the National Assembly should decide on the specific legal consequences of the invalidations very carefully to guarantee legal security. The second parliamentary resolution would order the comprehensive monitoring of the legal system to identify those legislative provisions which would block the restoration of the rule of law.

4.2 Progressive or two-step constitution-making process

Some lawyers advocate a progressive or two-step constitution-making process: the annulment or the suspension of the Fundamental Law would be followed

[72] I. VÖRÖS, *A jogállami alkotmányosság helyreállítása. Vitaanyag – a „Civil Bázis" csoport felkérésére a 2021. március 13-án tartott előadás alapján (The restoration of the rule of law. The transcript of a presentation held on 13 March 2021)*, cit.

[73] Resolution no. 3012/2012 (VI. 21.) of the Constitutional Court of Hungary.

by the enactment of a new constitution. Gábor Attila Tóth argues that the first step should be a temporary "negative" constitution-making aimed at the restoration of the minimal requirements of the rule of law by invalidating the legislative acts which constitute the basis of the authoritarian regime.[74] He opines that these decisions should be made by the simple majority of MPs only if even the minimal conditions of cooperation with the then opposition (Fidesz) is missing. The second step would be the termination of the transitional period by the enactment of a new constitution. For this constitution to last long, Tóth opines, it has to be drafted and adopted in an inclusive process based on the cooperation of all the political forces and the active participation of the people. Therefore, what is important is the quality of the process, not the two-thirds majority rule.

Sajó describes a similar scenario in which the Fundamental Law and certain qualified majority laws would be suspended first.[75] This 'revolutionary law-making' would be legitimate only to the extent that it aims to remedy the most serious violations of the rule of law, it respects the basic principles of the rule of law and of civilization, it does not serve the interests of those in power, and it guarantees that the system of check and balances works even during the transitional period. The next phase would start with the convocation of a constitutional convention charged with the exclusive task of drafting and adopting a new constitution. Its convocation may be preceded by a referendum on whether the electorate wishes to have a new constitution. Sajó recommends electing the members of the convention on the basis of proportional representation and excluding party politicians or MPs from the electoral race. He emphasizes that the constitution-making process should be very inclusive providing ample opportunity for public participation. Such a democratic decision-making could potentially guarantee the social legitimacy of the new constitution, provided that it does not contain very divisive provisions. This is why Sajó suggests the adoption of a minimal constitution and the organization of referendums to decide on the more controversial issues, such as marriage equality.

4.3 Enactment of a new constitution

Some lawyers do not explicitly mention the invalidation or suspension of the Fundamental Law but focus instead on the enactment of a new constitution. They present somewhat different scenarios, but they all advocate the reconceptualization of the constitution-making process (thus a deviation from the formal rules currently in force) and emphasize the importance of public

[74] G. A. TÓTH, *Az alaptörvény eltörlése (The abolition of the Fundamental Law)*, cit.

[75] A. SAJÓ, *„Alkotmányozz a Fidesszel!" (turáni átok) (May you enact a constitution with Fidesz! The curse of Turan)*, cit.

participation as the source of popular legitimacy. Fleck argues that the problems posed by authoritarian constitutionalism can only be solved by the means of popular constitutionalism.[76] He admits that a certain tension exists between constitutionalism and populism, but opines that if popular sovereignty is taken seriously, it can be used to restore the rule of law. He adds that public participation is necessary not to compensate for the legitimacy deficit stemming from the adoption of a new constitution without a qualified parliamentary majority, but to stabilize democracy. This constitution-making process proposed by Fleck contains three elements:

> Firstly, the democratic opposition must make the intention and the method of constitution-making part of the electoral programme, to be able to start preparing this process in the absence of a two-thirds majority. Secondly, the text of a new constitution, after proper preparation, must be legitimized by a referendum. Thirdly (this is where we need to step out of our comfort zones), the best form of preparation is to ensure that the constitutional dilemmas, the institutional solutions – the actual process of constitution-making – is as open as possible, with the widest possible participation.[77]

Halmai and Arató explicitly rejects the idea of amending or replacing the Fundamental Law by the simple majority of MPs.[78] Instead, they propose a new constitution-making process which is different from the one regulated by the Fundamental Law. As a very first step, they argue, the current opposition parties must clearly communicate to the electorate during the campaign their intention to replace the Fundamental Law with a *"constitutional constitution"* the preparation of which would begin shortly after the 2022 elections. For the preparation of the new constitution Halmai and Arató recommend initiating a "round table"[79] (a deliberative forum) composed of the representatives of political parties and civil society organizations, and charged with the task of working out the composition and the electoral rules of a constitutional convention and submitting it to the National Assembly.

[76] Z. FLECK, *Demokráciát! (Democracy!)*, cit.

[77] Z. FLECK: *After Orbán. A democratically-established constitution could solve the crises of the rule of law*, in *Verfassungsblog*, available at: www.verfassungsblog.de, 29 April 2021.

[78] A. ARATÓ, G. HALMAI, *So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution*, cit.

[79] This expression refers to the "round table negotiations" between the representatives of the Hungarian Socialist Workers' Party, several opposition parties and civil society organizations on the constitutional reform during the change of regime in 1989.

> If the 2/3 majority for their proposal clearly cannot be attained, they should further propose either a new rule for the formation of a constitutional assembly, based on majority vote of parliament followed by a democratic and participatory referendum in the whole country, or, to propose the dissolution of parliament. The first option should lead to the election of a constitutional assembly, concerned with one and only one task: the drafting of a constitution. The second option would mean new parliamentary elections where the main stake would be the creation of a constitutional assembly according to the round table constitutional proposal. We leave open the possibility that the round table would leave exactly this choice to the parliament itself.[80]

According to László Majtényi the first task of the new National Assembly should be the adoption of a solemn declaration expressing the governing majority's most important political goals: the establishment of the Fourth Republic, the reinforcement of the protection of fundamental rights and the restoration of the independence of the constitutional organs responsible for the protection of the rule of law.[81] However, the parliament should refrain from amending or replacing the Fundamental Law and qualified majority laws contrary to the procedural rules. Instead, it should initiate an original constitution-making process relying heavily on public engagement. The final draft of the constitution would be enacted by the parliament or a constitutional assembly with the qualified majority of the votes. The constitution would enter into force once approved by the people through a referendum.

The least specific scenario is presented by Balázs Majtényi who stresses the point that the constitution-making can only be the final stage of a long process aimed to restore constitutionalism in Hungary.[82] He is of the view that the enactment of a new constitutional text should be preceded by a thorough preparation and broad public participation. Instead of elaborating on the concrete stages of this process, he emphasizes the importance of the identification and dissemination of values which can unite the political community.

Although Jakab is in favor of the enactment of a new constitution in the future, he does not go into procedural details – probably because he does not

[80] A. ARATÓ, G. HALMAI, *So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution*, cit.

[81] László MAJTÉNYI, *Szabad ország – szabad emberek. A Kis Rendszerváltás nagy gondjai, (Free country - free people. The big problems of the Small Change of Regime)*, cit.

[82] B. MAJTÉNYI, *Akarunk-e egyáltalán alkotmányos demokráciát? (Do we want democracy at all?)*, cit.

approve of the deviation from the Fundamental Law at all.[83] He does, however, argue that a referendum cannot compensate for the procedural deficiency stemming from the adoption of a new constitution without two-thirds majority. A referendum is not more or better than the enactment of the constitution by the parliament, it is simply different. He admits that a referendum can be useful as a symbolic act, but only if it is a solemn ritual, not a part of a political competition.

5. Conclusion

Legal scholars and practicing lawyers are divided on many issues concerning the implementation of constitutional changes after the potential victory of the Opposition Alliance in the 2022 elections. However, the candidate of the opposition parties for Prime Minister, Péter Márki-Zay is determined to replace the Fundamental Law as quickly as possible after his entry into office even if the new government will have only a simple majority in the National Assembly.[84] The question is how the European Union would react in this situation. On the one hand, the Opposition Alliance promises to remedy the rule of law violations heavily criticized by many European institutions in the last few years. A new Hungarian government's active contribution to the reversal of the rule of law backsliding should be a relief for the EU. However, the adoption of constitutional changes by the simple majority of MPs in a formally defective process can be characterized as a violation of the rule of law as well. Would the EU turn a blind eye on the procedural irregularities, or would it initiate proceedings against the new Hungarian government for infringing EU values?

[83] D. ÓNODY-MOLNÁR, *Ne borítsuk föl az asztalt előre, rizikós dolog a jogállami forradalom. Jakab András: Az alkotmányjogi megoldások önmagukban nem fogják megoldani a kérdéseket (Interview with András Jakab)*, cit.

[84] E. ZALAN, *New Hungarian opposition head seeks Orbán 'regime change'*, in *Euobserver*, available at: www.euobserver.com, 11 November 2021.

CONTRATTO COLLETTIVO DI PROSSIMITÀ E SUA DECLINAZIONE TRA LE FONTI DEL DIRITTO[1]

LARA LAZZERONI [**]

Sommario

Premessa. – 1. Il contratto di prossimità al cospetto degli articoli 70 e seguenti della Costituzione. – 2. Il dimensionamento del contratto di prossimità fra le fonti del diritto. – 3. Equilibrismi ed incertezze regolative. – 4. Le dinamiche in atto nel cono d'ombra della Costituzione.

Abstract

The essay proposes a reflection on systematization, among sources of law, of the so-called collective bargaining agreements of "proximity", i.e. collective bargaining agreements entered into by companies or territorial bodies, that are allowed – by virtue of Art. 8, d.l. 138/2011, converted in law no. 148/2011 – to derogate in pejus many labor laws with erga omnes effect. Unexpectedly, the ten years use of Art. 8 leads the A. to develop an analysis about the limits that are being encountered (pursuant to Art. 70 and following of the Constitution) in conferring to a third subject a regulatory function, which can be held equivalent to the one of the law: an analysis about Art. 8 like a "legal rule" for a "law making process". The reflection moves from the diversity of the regulatory models developed until 2011 (e.g. the 1959 Vigorelli law; the public labour reform law of '93; or the delegification regulations in general) in the attempt to highlight the anomalies of Art. 8 and, therefore, the anomalies of proximity contract. Such peculiarities entail in particular that the rule in question does not belong to so-called "fonti-atto" but still possesses its characteristics (such as the ability to innovate objective law and its resistance to repeal). At the same time, it should be excluded from the so-called "fonti-fatto", in light of the general interests that it is called upon to pursue.

Suggerimento di citazione

L. LAZZERONI, *Contratto collettivo di prossimità e sua declinazione tra le fonti del diritto,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[1] Il presente contributo è destinato ad un volume curato da L. Gaeta e P. Passaniti, *Il sistema sindacale italiano. Un omaggio senese a Bruno Fiorai*, per la Collana *Studi «Pietro Rossi»*, Esi, Napoli, 2021.

[**] Professoressa associata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Siena.
Contatto: lara.lazzeroni@unisi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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

Dieci anni or sono il Governo varava l'art. 8 del d.l. 138/2011 (c.d. "Manovra di Ferragosto", nel prosieguo anche solo "art. 8") poi convertito in l. n. 148/2011, in tema di contratti collettivi c.d. "di prossimità", dunque contrattazione sindacale di livello territoriale o aziendale. Si tratta, come noto, di contratti collettivi che, laddove diretti a perseguire determinati interessi o finalità[1] e laddove sottoscritti da specifici soggetti sindacali[2], sono in grado, per espressa previsione normativa, di derogare *in pejus*, con efficacia generalizzata, ai trattamenti previsti dalla legge e dal contratto collettivo nazionale riguardanti svariati ambiti e materie espressamente indicati dalla norma[3]. La previsione ha dato vita ad un dibattito accademico e sindacale così ampio da non poter essere ripercorso; un dibattito sopito nel tempo dal sopraggiungere di altre rilevanti novità regolative. L'art. 8, tuttavia, a dispetto delle molte previsioni funeste, non è mai approdato alla Corte costituzionale per un giudizio in rapporto all'art. 39 Cost.[4] che, come altrettanto noto, nella parte inattuata, traccia una diversa via per il conferimento di efficacia generalizzata ai contratti collettivi[5].

[1] Tali intese devono essere «finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività».

[2] I contratti devono essere sottoscritti «da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale», oppure, nel caso di contrattazione aziendale, anche «dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda»; in quest'ultimo caso adottando sostanzialmente i criteri previsti dall'accordo sindacale del 28 giugno 2011, peraltro richiamato dall'art. 8, che prevede l'approvazione ad opera della maggioranza delle componenti la RSU, oppure, in caso di RSA, della maggioranza di quelle, costituite nell'ambito di associazioni sindacali destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali, e poi avallati da un referendum che preveda la partecipazione del 50% più uno dei lavoratori interessanti e l'approvazione a maggioranza semplice dei votanti.

[3] Più esattamente istituti o materie attinenti «a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alla modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro (…), alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro [ad eccezione dei licenziamenti riconducibili alle fattispecie sanzionate da nullità]».

[4] C. cost. n. 221/2012 è stata infatti chiamata ad esprimersi in rapporto all'art. 117 Cost., a cui *adde* una richiesta di pronuncia nei riguardi dell'art. 39 Cost. che, tuttavia, la Corte ha sapientemente declinato, affermando che una «*eventuale* violazione dell'art. 39 (quarto comma) Cost. (…) non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite», dando ad intendere l'insidiosità del tema e la non piana declinazione della questione, in rapporto alla funzione esplicata dalla contrattazione aziendale.

[5] Per dare opportunamente conto delle posizioni della dottrina che ritengono di escludere o al contrario sostenere la riconduzione della contrattazione di livello aziendale al modello ipotizzato dai Costituenti con l'art. 39 Cost., si rinvia a L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. Cap. I.

Il bilancio, a dieci anni dall'ingresso di tale articolo, è quello che riconosce il largo impiego del contratto collettivo di prossimità tra i processi negoziali delle imprese. I dati descrivono una concreta assimilazione di tale tipologia contrattuale all'interno dei più disparati settori produttivi imponendo di riflettere, più sistematicamente di quanto inizialmente fatto, sul posizionamento di tale norma nel panorama delle fonti del diritto.

1. Il contratto di prossimità al cospetto degli articoli 70 e seguenti della Costituzione

La questione relativa all'inquadramento del contratto di prossimità tra le fonti implica un *focus* sulle norme costituzionali coinvolte e dunque non solo sull'art. 39, che riconduce ai sindacati il potere di regolare i diritti dei lavoratori con "contratto collettivo", ma anche sugli artt. 70 ss. Cost., conferenti il potere legislativo in capo a Parlamento e Governo; e ciò in ragione del fatto che l'art. 8 è, dal canto suo, una previsione normativa che legittima un terzo alla deroga di se stessa, con conferimento di efficacia, peraltro pari alla legge medesima, nei riguardi delle intese collettive a cui viene demandato il potere regolativo derogatorio.

Tale notazione porta a riflettere sui *limiti* che la Costituzione detta a carico della legge (*ex* artt. 70 ss.) nello stabilire da quale fonte poter essere modificata. Il legislatore non è, infatti, pienamente libero nell'esercizio del potere, che invero costituisce prerogativa della Costituzione, di conferire ad un *qualunque* soggetto *terzo* una funzione normativa, con forza equiparata alla legge stessa, e da esercitare, in luogo o in deroga agli atti da sé medesimo prodotti[6]. Il che è ancor più vero in presenza di un art. 39 Cost. che comunque stabilisce chi debba essere il soggetto titolato all'utilizzo dello specifico strumento regolativo che è il contratto collettivo.

Tale questione riflette, almeno nelle linee di fondo, quanto fu detto in ordine, dapprima, alla legge delega Vigorelli (l. n. 741/1959) e, successivamente, agli artt. 72 e 2, comma 2-*bis* (qui solo 2-*bis*), d. lgs. 29/1993.

A riguardo della legge Vigorelli, c'è chi affrontò esattamente la questione di una possibile violazione degli artt. 70 ss. Cost. in rapporto ad una delle due possibili proposte legislative utili al conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi. Rilevando la legittimità formale di recepire in decreti delegati i contenuti dei contratti collettivi – trattandosi, nella sostanza, di far propri i

[6] Tali presupposti sono stati ampiamente accreditati dalla dottrina giuspubblicista: V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milano, Giuffrè, III, 1965, p. 181, nt. 14; A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, VI, 1991, p. 425; F. SORRENTINO, G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, ivi, IX, 1994, p. 104; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1993, p. 5.

contenuti del contratto collettivo ma consentendo all'atto normativo di esprimere comunque pienamente la volizione dello Stato – Del Giudice avanzava invece perplessità in ordine al secondo meccanismo all'epoca ipotizzato, e diretto a conferire, dall'esterno, efficacia vincolante agli accordi collettivi stipulati dai sindacati: così «degradando la funzione legislativa al dovere di rivestire dell'autorità e dell'efficacia della legge norme elaborate dai privati ed a richiesta dei privati medesimi»[7]. I rilievi non si limitavano dunque ad aspetti di incostituzionalità per supposta violazione dell'art. 39 Cost., ma arrivavano a dedurre la possibile violazione degli artt. 70 e 71 della Costituzione. La questione è per certi versi di rilievo, ancora oggi, al cospetto dell'art. 8 che esattamente prevede quel «rivestire dell'autorità e dell'efficacia della legge» i contratti collettivi di prossimità.

All'epoca della legge Vigorelli, come noto, la seconda soluzione del conferimento dall'esterno al contratto collettivo di una efficacia generalizzata fu scartata. Il che avvenne nonostante una parte della dottrina avesse tentato di riconoscere comunque, al legislatore, la possibilità di assumere quei contratti collettivi come un *"fatto"*, dal quale far derivare le conseguenze già ipotizzate dalla legge (attraverso una lettura elastica del sistema costituzionale)[8].

Nel tempo, la prospettazione dell'assunzione di un "fatto" a fondamento di un precetto normativo, che a quel fatto riconnetta effetti giuridici (o a partire dal quale momento far decadere gli effetti giuridici fino a quel momento esistenti), è stata più ampiamente ammessa[9], ma pur sempre con dei rilevanti distinguo, come non ha mancato di evidenziare una parte della dottrina che si è al tempo occupata della riforma del lavoro pubblico[10], ed in particolare dell'*ex* art. 2, comma 2-*bis*, d.lgs. 29/1993[11]. Un *escamotage*, anche in questo caso, che

[7] R. DEL GIUDICE, *Le fonti di produzione del diritto del lavoro*, in *DL*, 1959, I, p. 192, si spingeva oltre nel ragionamento, per dedurre l'illegittimità costituzionale di una previsione che avesse reso arbitro il sindacato della emanazione della legge delegata (derivando questa dal deposito o meno dei contratti collettivi da parte del sindacato stesso).

[8] Cfr. il dibattito seminariale in AA. VV., *Valutazione di costituzionalità del disegno di legge Vigorelli sull'estensione* erga omnes *dei contratti collettivi*, Milano, Giuffrè, 1959 che raccoglie i resoconti stenografici delle ampie discussioni guidate dal G. MAZZONI nel corso dei seminari fiorentini; e in AA. VV., *La categoria e la contrattazione collettiva*, Milano, Giuffrè, 1964, spec. p. 256, nella seduta dell'11 maggio 1963, ore 16 in tema di "*La categoria sindacale in relazione alle norme legislative che determinano l'inquadramento di determinate categorie*" (spec. intervento GUERRIERI).

[9] Già M. TASSINARI, *Delegificazione e regolamenti in materia di pubblico impiego. Orientamenti giurisprudenziali e art. 17 della legge 400/1988*, in *DS*, 1990, p. 547 ss. V. inoltre A. BARBERA, *Le fonti del diritto del lavoro fra legge e contratto*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 34-38.

[10] Cfr. i contributi apparsi nel volume *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1997.

[11] La norma così recitava nel testo qui richiamato: «Nelle materie non soggette a riserva di legge ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. e), della L. 23.10.92, n. 421, eventuali norme di legge, intervenute dopo

ha consentito di salvare l'impostazione di fondo della riforma *de qua*, giungendo a dire che l'efficacia generalizzata promana dalla legge che conferisce forza regolativa all'accordo e che si produce dal momento di emanazione di quello.

Anche il legislatore dell'art. 8 assume come "fatto" ciò che ancora "fatto" non è, rimettendo ad un terzo, non costituzionalmente identificato, il potere di impedire gli effetti della norma giuridica, una volta che lo stesso fatto, nel futuro, sia assunto come precetto regolativo attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale da parte di quel terzo. Il legislatore *de quo* non priva se stesso del potere di modificare o anche abrogare in un futuro l'art. 8 oppure gli accordi collettivi che in ragione della norma prendano vita, ovvero anche stabilire, come fu detto in relazione al comma 2-*bis*[12], che in rapporto ad una successiva riforma normativa (pensiamo alla disciplina delle mansioni) non trovi più applicazione il potere derogatorio con contratto di prossimità.

Non può tuttavia tacersi delle diverse valutazioni sistemiche e pratiche di quelle due riforme (art. 8 e art. 2-*bis*) oltre che della diversità di presupposti e grado di impatto, nel settore privato rispetto a quello pubblico, della normativa qui in discussione.

Al *potenziamento* generale delle prerogative sindacali che connota la riforma complessiva del lavoro pubblico ed anche il comma 2-*bis* (sorretto, in questo, anche da un latente richiamo al principio di eguaglianza e imparzialità), corrisponde invece un *depotenziamento* di quelle prerogative sindacali da parte dell'art. 8. A dispetto della rubrica della norma che invoca la funzione di *sostegno* al contratto di prossimità, la relativa adozione si risolve in un detrimento rispetto alla contrattazione collettiva di livello nazionale. Fra l'altro, se lo scopo del comma 2-*bis* era quello di limitare, per mezzo della contrattazione collettiva, la frammentazione regolativa settoriale cui era indotto il legislatore in rapporto alla disciplina delle pubbliche amministrazioni (spesso a motivo di logiche compromissorie parlamentari), l'art. 8 ingenera la dinamica inversa, diretta a stimolare quella frammentazione regolativa ad opera della contrattazione periferica, in una dinamica non proprio aderente alla finalità europea di incremento della coesione sociale.

Se in conseguenza dell'art. 2-*bis* fu messo più volte in dubbio l'inverarsi di

la stipula di un contratto collettivo, cessano di avere efficacia, a meno che la legge non disponga espressamente in senso contrario, dal momento in cui entra in vigore il successivo contratto collettivo».

[12] Ritiene invece che possano esservi dubbi di legittimità costituzionale – distinguendo tra obblighi imposti al legislatore successivo (come sarebbe nel caso del comma 2-*bis*) e obblighi che il legislatore impone all'esecutore – G.U. RESCIGNO, *Legge e contratto collettivo nel pubblico impiego. L'art.* 2-bis *del d.lgs. n. 29 del 1993 come modificato dal d.lgs. n. 546 del 1993*, in *LD*, 1994, p. 507 ss. In argomento, anche per i richiami, C. PADULA, *I contratti collettivi per il pubblico impiego: una fonte normativa fonte di problemi*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, contributo n. 14 del 25.3.2011.

un nuovo sistema delle fonti[13], l'art. 8 compie una diversa operazione normativa: non si limita a conferire un potere regolativo alle rappresentanze sindacali o agli organismi territoriali del sindacato, ma dispone espressamente l'efficacia generalizzata per quelle intese derogatorie, rispetto ad una nutrita schiera di istituti lavoristici. Tale conferimento *espresso* non è semplicemente il disvelamento di un potere che i contratti collettivi implicitamente possiederebbero, e che agli stessi è più volte riconosciuto dalla giurisprudenza (si pensi ai contratti gestionali, ma non solo). Se dal punto di vista degli effetti prodotti il risultato può anche apparire il medesimo – quello di vincolare ai contenuti contrattuali, *per legge o per sentenza*, i lavoratori dissenzienti – altrettanto non può dirsi dal punto di vista della attribuzione formale di un potere di normazione di tipo generale che è presente esplicitamente nell'art. 8 e per nulla presupposto, mentre è solo implicitamente riconosciuto nei casi decisi dalla giurisprudenza. L'art. 8 *esplicita*, infatti, un dato di non poco conto, consistente nel conferire espressamente ad alcuni organismi sindacali il potere di fare contratti di prossimità con cui dettare regole vincolanti per legge[14].

Aspetti di divergenza, quelli appena segnalati, che in parte consentono di affacciarsi da una nuova angolatura per affrontare il tema del rapporto tra art. 8 e artt. 70 ss. della Costituzione.

Il fatto che il contratto collettivo di prossimità acquisisca forza abrogativa vincolante come prerogativa propria[15] – il che sembra inconcepibile fintanto che resta inattuato l'art. 39 Cost. – e non per intercessione del precetto normativo (come invece ha più volte detto la giurisprudenza a riguardo dei rinvii normativi[16]), induce ad affrontare la questione del contratto di prossimità come *fonte* del diritto; una fonte che sarebbe stata meramente *apocrifa*, se non avesse ricevuto una identificazione formale attraverso il conferimento di efficacia vincolante, mentre pare acquisire i connotati di fonte a tutti gli effetti *legittimata* quand'anche non necessariamente legittima.

Senza contare che quello che al tempo della riforma del lavoro pubblico

[13] Nel senso che il comma 2-*bis* non muta la natura giuridica del contratto collettivo, V. SPEZIALE, *Il contratto collettivo ad "efficacia abrogativa": l'art. 2, comma 2* bis*, del d.lgs. n. 29 del 1993*, in *RGL*, 1995, I, p. 180.

[14] A commento dell'art. 2-*bis*, V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 178, rilevò che un aspetto eventualmente salvifico di quella riforma del lavoro pubblico poteva risiedere nel non equiparare il contratto collettivo alla legge.

[15] Sul potere del contratto collettivo di prossimità di operare sul contratto individuale «allo stesso modo della fonte primaria» e sulla sua «applicazione immediata» (caratteristica tipica della legge che considera il contratto di prossimità «un atto negoziale a sé equivalente»), V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Le relazioni industriali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 219 s.

[16] Sulla diversità di prospettiva tra art. 8 e sistema dei rinvii normativi e della delegificazione cfr. sistematicamente L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, cit., pp. 114-130.

veniva dibattuto come il tema della creazione, *ex* comma 2-*bis*, di una sorta di *gerarchia* fra le fonti legislative (ovvero fra il comma 2-*bis* stesso e la futura legge intermedia), nell'art. 8 diviene il tema del rapporto fra due fonti parificate, quanto ad efficacia normativa (ovvero le norme regolanti il rapporto di lavoro abrogabili, *ex* art. 8, e il contratto collettivo abrogante), ma sviluppanti un possibile rapporto di sudditanza del contratto collettivo abrogante rispetto alla eventuale successiva legge che tale potere venga, ad un certo momento, ad eliminare, condizionare o restringere.

Per quanto il decennio trascorso dia motivo di credere che non ci sarà quella legge di abrogazione dei contratti di prossimità, le successive riforme Fornero (l. 92/2012) e Renzi (in particolare d. lgs. 81/2015) non risulta abbiamo mai dato motivo di invocare un depotenziamento dell'art. 8 in ragione di quella riscrittura di buona parte degli istituti del diritto del lavoro che l'art. 8 consente di derogare. Tale norma, invero, è in grado di modificare non solo il diritto del lavoro che era già scritto, con legge, fino all'agosto 2011, bensì anche il diritto che verrà scritto, per legge, potendo esprimere piena potenzialità derogatoria delle leggi anche successivamente emanate in tema di mansioni, inquadramento, impianti audiovisivi, tipologie contrattuali, etc., laddove non espressamente escludenti il potere derogatorio da parte della contrattazione di prossimità.

Occorre poi aggiungere che, oltre alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 nel condizionare, attraverso la creazione del contratto collettivo di prossimità "fonte", i contenuti della legge successiva che potrebbe essere appunto derogata dai contratti di prossimità a ciò legittimati dall'art. 8 – che, come accennato, costituiva la principale obiezione[17] sollevata in rapporto al comma 2-*bis*, e più diffusamente scartata[18] – il tema di una possibile violazione dell'art. 70 ss. Cost. potrebbe essere legata alla limitazione che incontra l'art. 8 nel porsi come *norma sulla normazione*.

2. Il dimensionamento del contratto di prossimità fra le fonti del diritto

L'esigenza di una compiuta sistematizzazione, anche di stampo teorico-dogmatico, del contratto collettivo in genere nel novero delle fonti del diritto, si rinviene in particolare negli studi di diritto del lavoro e sindacale. Il che può apparire singolare laddove si badi che, per ciò che attiene alla classificazione del contratto collettivo, anche la storia narra di un rifiuto – inattuato l'art. 39 Cost. (e già a motivo delle vicende legate alla sua inattuazione) – nei riguardi di un inquadramento dogmatico nel sistema ordinamentale statale di un fenomeno,

[17] *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico*, cit., nei contributi di A. MARESCA (p. 35 ss.), U. RESCIGNO (p. 507 ss.), V. SPEZIALE (§ 8), G. GHEZZI (p. 121), G. SUPPIEJ (p. 212 ss).

[18] Particolarmente critica è la posizione di M.V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni sugli obiettivi della riforma del pubblico impiego e sulle ragioni della loro mancata realizzazione*, ivi, pp. 233-236.

da un lato, compiutamente inquadrabile attraverso una nozione *teoretica*, sostanzialistica[19], di fonte del diritto e, dall'altro, più opportunamente percepibile attraverso la lente dell'ordinamento intersindacale[20].

Eppure, i contratti collettivi – i tanti[21] che si vanno delineando lungo la scena su cui si muovono le relazioni industriali – paiono costantemente contesi, come i personaggi pirandelliani, per un motivo o per l'altro, nel palcoscenico del diritto delle fonti[22].

Ed in questo senso appare perfino evidente l'utilità di un parallelismo fra contratti di prossimità e regolamenti di delegificazione[23], dal momento che i primi sono impiegati come strumenti per conseguire interessi superiori, o anche parzialmente divergenti[24], rispetto a quelli del contesto sul quale il contratto collettivo incide, presupponendo un dato indefettibile, ovverosia che alla contrattazione collettiva non possano essere assegnati poteri più ampi di quelli

[19] F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 92.

[20] «Né nel diritto scritto né nel diritto vivente sono rinvenibili tutti i requisiti necessari per identificare nel contratto collettivo una fonte del diritto obiettivo»: L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo come "fonte": teorie ed applicazioni*, in *Il sistema delle fonti*, cit., p. 3. Cfr. altresì E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, I, p. 208 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, I, spec. p. 516.

[21] Ma pur sempre rivolti a conseguire il medesimo ed unitario interesse collettivo dei lavoratori, «sebbene in "guise" diverse»: G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA. VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 11 ss.

[22] B. CARUSO, A. LO FARO, *Contratto collettivo di lavoro (voce per un Dizionario)*, in *WP*, IT-97, 2010, p. 4 ss., condividono «l'assenza di una compiuta – o di una condivisa teorica – del contratto collettivo come fonte del diritto». Sulla tendenza del sistema dei rinvii legislativi verso una omologazione del contratto collettivo alla legge, cfr. G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Napoli, Jovene, 1981; C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI, F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, I, Padova, Cedam, 2010, spec. p. 493 ss.; M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, Padova, Cedam, 2005, spec. p. 105 ss. (sui caratteri di tipicità e atipicità del contratto collettivo nel sistema delle fonti).

[23] Propone invece un paragone fra il rapporto che lega i contratti collettivi *tout court* alla legge ordinaria, e il rapporto che lega invece la legge regionale alla legge statale, F. MODUGNO, più ampiamente in *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 25-26 ed implicitamente in *Le fonti del diritto*, cit., p. 191.

Sfruttando la proposta di quel parallelo, non pare azzardato valutare se il limite che incontra la legge statale nel delegificare quanto l'art. 117 Cost. riserva alla competenza delle Regioni, quella legge statale (qui art. 8) non lo incontri anche nel "delegificare" (verso le rappresentanze sindacali aziendali o verso i sindacati territoriali) quanto l'art. 39 Cost. aveva previsto di attribuire al potere regolativo delle *sole* organizzazioni sindacali *registrate*. Il che porterebbe ad interrogarci, sempre in termini di tenuta costituzionale dell'art. 8, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale (*ex* artt. 70 e 39 assieme) della devoluzione di un amplissimo potere normativo generalizzato ai contratti di prossimità – e dunque ai relativi soggetti sindacali in quella norma individuati – senza che questi sino quelli legittimati, *ex* art. 39 Cost., ad una contrattazione collettiva chiamata ad avere efficacia per tutti, iscritti e non iscritti.

[24] V. nt. 1.

attribuibili ad un regolamento, laddove non si voglia incorrere nella violazione dell'art. 70 e ss. Cost. (altra cosa continuerebbe, comunque, ad essere quella della eventuale violazione dell'art. 39 Cost., se non altro in ragione di un inciso di C. Cost. n. 221/2012 che legittima una applicazione limitata dell'art. 8 non oltre «i casi e i tempi in essa considerati»: *omnia tempus habent*).

Dunque non vi è nulla di singolare nelle esigenze di sistematizzazione del contratto di prossimità nel novero delle fonti, considerato che tale questione, per il diritto del lavoro, «tende a coincidere con quella dell'identità della materia»[25], e la discussione sulle fonti non può che accompagnare l'evolversi e l'involversi del diritto del lavoro[26], a maggior ragione in presenza di una nuova stagione di quelle fonti, che vede il contratto collettivo di prossimità ormai pacificamente parificato, non solo in potenza, alla legge, ma pur sempre ad essa subordinato, in fatto, in base alle regole del diritto costituzionale. È dunque la costante tensione tra ciò che il contratto collettivo *può fare* (ed è chiamato a fare con forza di legge) e ciò che, in ordine alle regole delle fonti *sulla* produzione, il contratto collettivo *può essere* (o sarebbe meglio dire "ciò che non può essere"), a stimolare inevitabilmente le attenzioni e ad adombrare dubbi sul rapporto della contrattazione di prossimità con l'art. 70 Cost., oltre che con l'art. 39.

Perché il contratto collettivo, oggetto di rinvio legislativo, non può che avere, sul piano formale (nel suo "essere"), una dimensione sotto-ordinata rispetto alla legge[27], pur anche se investito (nel suo "fare") di funzioni ad essa sostanzialmente equiparate. È indubbio che «non sono configurabili fonti atti primari al di là di quelli espressamente previsti dalla Costituzione», come è vero che «per gli atti secondari subordinati a quelli primari, il sistema delle fonti del diritto è invece un sistema aperto»[28].

Ma proprio perché il contratto di prossimità non costituisce un comune caso di rinvio normativo, e proprio in ragione del costante ricorso a tale tipologia negoziale, si è indotti a riprendere le fila del ragionamento sulla sua esatta collocazione nel sistema delle fonti[29], anche senza prospettare la questione dal

[25] O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *RIDL*, 2001, I, p. 220.

[26] Cfr. la ricostruzione del contratto collettivo nella gerarchia delle fonti prospettata da P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, Cedam, 1990, p. 27 ss.

[27] Sulla necessaria superiorità gerarchica delle norme prodotte dagli organi legislativi, già G. MARANINI, A. MARZOTTO, *L'articolo 39 della Costituzione e l'organizzazione pubblica della categoria professionale*, in *RDL*, 1949, p. 183.

[28] A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2016, rispettivamente pp. 96 e 97.

[29] Riscontra l'ampio processo di cambiamento della concezione del contratto collettivo fonte, G. SANTORO PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *ADL*, 2009, p. 970 ss.

punto di vista della teoria generale[30].

In rapporto a quanto enunciato dall'art. 8, circa l'attribuzione al contratto di prossimità del potere di realizzare intese abilitate a derogare a larga parte della disciplina del diritto del lavoro, quella norma mancherebbe degli attributi necessari alla sua *classificazione dogmatica* come norma giuridica in senso tecnico, la quale può dirsi tale solo se posta da atti normativi che siano stati deliberati nel rispetto delle regole *sulla* produzione. Con riferimento alle sole fonti "atto", è pur sempre necessario che la volontà espressa dalla legge (in questo caso) rispecchi il procedimento di produzione stabilito. Nella sostanza si tratterebbe di valutare se il contratto collettivo di prossimità sia, perlomeno al pari dei regolamenti di delegificazione, dotato dei necessari presupposti e connotato dalle necessarie prerogative; ma la risposta negativa, in ordine all'art. 8, è già stata in questo senso argomentata altrove[31].

Se da un lato è vero che il contratto collettivo di prossimità presenta contenuto di norma generale e astratta che sia perlomeno riferibile ad una determinata categoria sociale; se è vero che ad esso è conferita l'abilitazione[32] a realizzare intese ad efficacia generalizzata; se è inoltre vero che l'inosservanza dei suoi precetti abilita al ricorso presso l'autorità giudiziaria; è altresì vero che non possiede ciò che è proprio delle fonti del diritto[33], con ciò intendendo, ad esempio, la sua pubblicazione in forma ufficiale; l'applicazione ad esso dei principi *iuria novit curia* e di quello secondo cui *ignorantia legis non excusat* (§ 3).

Dal punto di vista rigorosamente formale, il contratto di prossimità non potrebbe quindi che essere considerato un atto gerarchicamente subordinato rispetto alla legge[34] (un atto sub-primario), pur nella sua piena anomalia regolativa[35]. Una anomalia che «rimanda ad una nuova ri-costruzione concettuale»[36], la quale pare dunque derivare: dalla necessità di una sua esclusione dalle fonti

[30] Sempre ammesso che ci sia modo di accedere ad una sistematizzazione delle fonti che possa dirsi universalmente condivisa: F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti del diritto?*, cit., p. 26.

[31] L. LAZZERONI, *op. cit.*, pp. 118-123.

[32] R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 58 ss.

[33] Per una sintesi efficace della dimensione giuslavoristica sulle teorizzazioni dei criteri per delineare una fonte, cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto collettivo come fonte del diritto*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., p. 231 ss.

[34] Così anche S. BELLOMO, *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga, accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 2012, p. 285.

[35] Ritiene che l'uso del sintagma "sistema delle fonti" non sia in grado di dare conto dell'emergere, nella realtà sociale, di nuove fonti regolative, F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., pp. 28-30. In tal senso potrebbe dunque ritenersi sterile il dibattito attorno a tentativi classificatori in un contesto delle fonti destinato a subire continui mutamenti dal punto di vista sostanziale. In tal senso, non dovrebbe rilevare la qualificazione di fonte ma la natura teoretica che si possa assegnare alla fonte.

[36] A. PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013, I, p. 922.

"atto", per ragioni eminentemente sistemiche o di teoria generale del diritto; ma anche dall'esclusione del contratto di prossimità dalle fonti "fatto"[37]. Circostanza, quest'ultima, che deriva dal considerare che lo stesso è chiamato a perseguire interessi[38] che si presumono superiori a quelli del contesto collettivo normato[39]; ma anche dal rilevare che l'applicazione del contratto di prossimità alla generalità dei lavoratori di riferimento non deriva dalla volontà dei singoli (espressa con il mandato), e non deriva neppure dalle generali o specifiche contingenze volta a volta individuate dalla giurisprudenza per una più pervasiva efficacia dell'azione della contrattazione collettiva[40], ma deriva esclusivamente dall'appartenenza al gruppo normato dalla legge (singola azienda o aziende del contesto territoriale di riferimento) che a quella condizione riconosce *espressamente* valenza per l'efficacia generalizzata del contratto di prossimità.

Il contratto di prossimità pare tuttavia possedere entrambi i profili delle fonti "atto". Per ciò che attiene a quello *attivo* ha, innanzitutto, la capacità di innovare il diritto oggettivo, abrogando fonti atto subordinate o equiparate e, soprattutto, il profilo attivo fa emergere la piena contraddizione (di rilievo costituzionale) di una fonte che non può darsi per parificata alla legge (trattandosi di un contratto collettivo) ma che è purtuttavia capace di innovare la legge con efficacia verso tutti gli interessati, senza limiti predefiniti dalla fonte legislativa stessa[41].

Il contratto di prossimità possiede tuttavia anche il profilo *passivo*, ovvero la capacità di resistere all'abrogazione o modificazione da parte di atti fonte non dotati della medesima forza. Ed in effetti, l'aspetto legato alla capacità di *resistenza* fa sì che il contratto di prossimità (naturalmente destinato ad incidere anche sui futuri rapporti individuali di lavoro) abbia la capacità di resistere alla normazione secondaria eventualmente emanata, senza badare al fatto che tale capacità di resistenza si esprime altresì nei riguardi delle leggi successive che innovino gli istituti trattati dal contratto di prossimità, come sopra detto, quand'anche non certamente verso quelle leggi che dovessero disporre l'abrogazione dei singoli contratti di prossimità (circostanza concretamente

[37] Per una ricostruzione della teoria delle fonti fatto, G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., spec. p. 134.

[38] Interessi declinati alla nt. 1.

[39] «Se di "fonte" si trattasse, il contratto collettivo non sarebbe più espressione di libertà, essendo necessariamente funzionalizzato all'interesse pubblico»: M. NAPOLI, *Cosa significa attuare l'art. 39 della Costituzione, oggi*, in L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, M. DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 496.

[40] Come la procedimentalizzazione dei poteri datoriali nei contratti gestionali o l'immediata precettività dell'art. 36 Cost. quanto a retribuzione proporzionata e sufficiente.

[41] Sugli *escamotage* che a tal riguardo sono stati utilizzati per la delegificazione che ha dato corso a questioni analoghe (amplificate nel caso dell'art. 8), R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 199.

poco probabile).

Ancor più rilevanti sono però le considerazioni, connesse pur sempre al profilo *passivo*, relative alla capacità abrogativa del contratto di prossimità – che allo stesso deriva da quella particolare collocazione dal punto di vista delle fonti – da parte di fonti "fatto" non dotate della medesima forza, quale è il contratto collettivo nazionale. Se badiamo al dato letterale dell'art. 8 che abilita alla deroga verso il contratto nazionale con efficacia generalizzata, va aggiunto che al contratto di prossimità è attribuita una prerogativa che non trova riscontro nella casistica dei rinvii legislativi. Il contratto nazionale non potrebbe mai invalidare quanto previsto dal contratto aziendale, *ex* art. 8, a prescindere dai contenuti, dai principi o dai criteri ai quali ricorra. Non potrebbe derogarvi, si intende, neppure in senso migliorativo. Ma non v'è chi non noti come una legge che genera un meccanismo impeditivo di migliorie da parte della contrattazione nazionale, sviluppando una tale capacità di resistenza, è norma che svela un contrasto con i criteri direttivi ricavabili dai principi generali dell'ordinamento giuridico, in particolare quello che si fonda sul *favor prestatoris*. Ciò per quanto sia vero, tuttavia, che il contratto di prossimità è stato dotato di potere derogatorio per ragioni emergenziali, e nel perseguimento di interessi generali (sopra rappresentati in nota 30), che l'art. 8 assume come prevalenti per giustificare la deroga.

A dispetto delle ambiziose formule degli enunciati che caratterizzano l'art. 8, resta dunque la questione di fondo, legata alla constatazione che il contratto di prossimità non possa che essere subordinato alla legge, pena dover ammettere, in contrasto con il sistema ordinamentale, la legittimità di interventi legislativi che attribuiscano ad altre fonti un potere esattamente equiparato alla legge stessa. Senza contare che i dubbi di legittimità costituzionale della norma in questione sono ancora aperti e si tratta dei dubbi noti, legati alla indeterminatezza dei confini della deroga peggiorativa autorizzata dalla legge (che non circoscrive i livelli essenziali dei diritti dei lavoratori non suscettibili di modificazione da parte della fonte sub-primaria[42]); alla mancata declinazione dei parametri guida che definiscano le condizioni di quella deroga peggiorativa (parametri che non sarebbero peraltro ricavabili da altre norme dell'ordinamento); all'espresso conferimento di un'efficacia generalizzata che ricostruttivamente può assumersi in contrasto con l'art. 39 Cost.[43].

Un conferimento di potere normativo che è stato letto come un pericolo sia per la funzione sociale dell'autonomia collettiva, sia per il sistema stesso di negoziazione collettiva, in ragione del rafforzamento del contratto collettivo di prossimità rispetto al contratto nazionale che la Costituzione avrebbe previsto

[42] C. cost. 19 dicembre 2012, n. 297.

[43] V. la ricostruzione nel complesso proposta in L. LAZZERONI, *op. cit.*, *passim*.

di innalzare a fonte del diritto[44].

L'esito della valutazione del sistema delineato dall'art. 8 impone, tuttavia, anche una osservazione di fatto. A dispetto delle notevoli difficoltà di una adeguata ricostruzione della contrattazione di prossimità nel sistema delle fonti, la sua larga diffusione nei contesti produttivi non può che rendere cedevoli le ragioni del diritto rispetto alle esigenze regolative specifiche che dunque, a distanza di un decennio esatto, continuano a reclamare, come sta avvenendo, quel bisogno di prolungato silenzio sui dubbi di legittimità che dalla norma scaturiscono. *Ex facto oritur ius*.

3. Equilibrismi ed incertezze regolative

La distorsione del modello delineato dall'art. 8, che consegna al nuovo sistema delle relazioni industriali uno strumento estremamente ibrido dal punto di vista delle fonti, emerge inoltre nella contraddizione di fondo che esso genera. Una contraddizione che, da un lato, sostiene l'inapplicabilità alla contrattazione di prossimità del principio *iuria novit curia* – anche in adesione agli oneri di allegazione che gravano sul ricorrente, tra i quali è menzionato il contratto collettivo – mentre, dall'altro lato, ovvero nella capacità abrogativa al Ccnl e soprattutto alla legge, quella contraddizione consiste nel presupporre una oggettiva (od oggettivabile) conoscibilità del contratto di prossimità. E di quella conoscibilità la legge stessa non si cura, astenendosi dal definire obblighi di natura procedurale per rendere nota una deviazione peggiorativa dal precetto legale, se non attraverso la recente previsione amministrativa di un obbligo di deposito di tutti i contratti collettivi, per via telematica, presso l'Ispettorato territoriale competente[45], che tuttavia non è in grado di sanare le relative esigenze di conoscibilità.

Di quella pendula ambiguità sono altresì espressione le tematiche del ruolo del contratto collettivo nel processo del lavoro e della censurabilità dei contenuti del contratto collettivo di prossimità di fronte alla Corte costituzionale.

Un tema, *il primo*, che fu già affrontato attraverso l'apertura riformatrice dell'art. 360 e dell'art. 420-*bis* c.p.c., che si rivolgono alla contrattazione collettiva di livello nazionale. Ma pur avendo, tale riforma, reintrodotto il dibattito sul contratto collettivo nel sistema delle fonti del diritto[46], la stessa appare, allo

[44] Ritiene che «uno degli effetti più pregnanti della garanzia costituzionale dell'autonomia collettiva [sia] quello di porre un argine alle pur legittime operazioni di "istituzionalizzazione" dell'autonomia collettiva» e che tale argine consista «nell'inammissibilità di effetti invalidatori nei confronti di atti negoziali posti in essere da lavoratori organizzati a scopo di autotutela», A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 37.

[45] Cfr. circ. INL del 31 luglio 2020.

[46] Cfr. in particolare G. AMOROSO, *Art. 360*, in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Padova, Cedam, 2009, p. 96; F. ROSELLI, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. IANNIRUBERTO, U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*,

stato attuale, inadeguata in ordine alle prospettive della contrattazione decentrata[47].

Un tema, *il secondo*, della censurabilità dei contenuti del contratto collettivo, diversamente decifrabile in base al punto di vista che si intenda far prevalere: se quello dell'efficacia generalizzata che al contratto collettivo è nei fatti conferita (e che lo rende per nulla dissimile dalla legge: quindi sottoponibile al vaglio di costituzionalità?), o se quello della rigida conformazione delle fonti del diritto del nostro sistema costituzionale, nel connotarlo come fonte *sub*-primaria, simil-regolamentare e come tale escluso dal vaglio della Consulta.

Ed in effetti, laddove si badi all'assimilazione diffusamente prospettata del contratto aziendale al regolamento di delegificazione – o se non altro nel senso che, come i regolamenti, il contratto collettivo non potrebbe che definire una regolazione di livello secondario – la Consulta avrebbe già ampiamente escluso la propria giurisdizione, a vantaggio di quella del giudice ordinario o amministrativo[48], laddove il controllo di legittimità si attesti sull'atto chiamato a "degradare" alla legge, ovvero sia «proprio ed esclusivo del regolamento stesso»[49].

L'orientamento è fra l'altro linearmente conformato a quello che la Consulta aveva da tempo assunto a proposito della interpretazione delle clausole normative di contratto collettivo[50], stabilendo che, come fu per la legge Vigorelli, il fine che il legislatore ha perseguito con la delega, consistente nel «conferire transitoriamente efficacia generale a contratti collettivi […] non vuole alterare o modificare l'efficacia propria delle clausole dei contratti collettivi», in guisa che l'interpretazione degli stessi va condotta alla stregua dei canoni di ermeneutica contrattuale, e quindi dei criteri fissati per i contratti *ex* art. 1362 c.c. e non di quelli fissati per la legge, con la conseguenza che «spetta al giudice ordinario accertare volta per volta se sussista il contrasto di queste clausole contrattuali con le norme imperative di legge e, in caso affermativo, di disapplicarle»[51].

Milano, Giuffrè, 2007; M. RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 2009, p. 29 ss.; I. ABIGNENTE, *Per una lettura* rights based *del rapporto tra le fonti del diritto del lavoro*, in *QC*, 2015, p. 113.

[47] Cass. 3 dicembre 2013, n. 27062 e Cass. 5 dicembre 2008, n. 28859 negano l'applicazione dell'art. 360 c.p.c. alla contrattazione di secondo livello.

[48] P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1982, p. 374 s.

[49] C. cost. n. 427/2000.

[50] In tema, E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, Giuffrè, 2000; A. BOLLANI, *Contratto collettivo e interpretazione*, Padova, Cedam, 2004, spec. p. 153 ss., e il fascicolo *I saggi di NGL*, 1999, n. 1, a cura di R. FLAMMIA, in particolare i contributi di L. CASTELVETRI (p. 17 ss.); M. BIAGI, M. TIRABOSCHI (p. 59 ss.); O. MAZZOTTA (p. 73 ss.); S. LIEBMAN (p. 93 ss.). V. inoltre M. MARAZZA, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali*, in *ADL*, 2006, p. 1093 ss.

[51] In tema è copiosa la giurisprudenza successiva a C. cost. n. 106/1962 (qui citata), tra cui C. cost. 8 maggio 1974, n. 120; C. cost. 15 maggio 1974, n. 129; C. cost. 25 marzo 1975, n. 68; C. cost. 20 luglio

Va tuttavia considerato che una esclusione del giudizio di legittimità costituzionale sul contratto collettivo di prossimità – soluzione che pare appunto più probabile – rende materialmente impraticabile quel (naturale) controllo relativo "al rispetto della Costituzione" che l'art. 8 prevede per i contratti di prossimità[52]. E d'altro canto, una deviazione dai parametri ricavabili dalla Costituzione non pare inverosimile, come mostra la richiesta di cautela avanzata anche da chi ha proposto letture meno *tranchant* della riforma[53].

4. Le dinamiche in atto nel cono d'ombra della Costituzione

La strada intrapresa dalle moderne relazioni industriali pare dunque destinata a tracciare una conquista inedita da parte del nuovo modello di negoziazione a livello di impresa, e non solo dal punto di vista dell'inquadramento nel sistema delle fonti.

Il tema della partecipazione sindacale democratica al processo decisionale nella prospettiva dell'art. 39 Cost. è senza dubbio implicato nella questione dei poteri di negoziazione collettiva con efficacia generalizzata che l'art. 8 demanda ai soggetti sindacali ivi individuati («associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale ovvero loro rappresentanze sindacali operanti in azienda»).

Badiamo che l'art. 39 Cost. propone di risolvere il problema della democratizzazione *del* sindacato e della democratizzazione del processo decisionale *fra* sindacati (ma non anche di quello determinativo della rappresentanza unitaria[54]) attraverso l'adozione di regole formalistiche e sostanzialistiche. Le prime – legate alla mera definizione di un ordinamento interno a base democratica dei sindacati – furono essenziale completamento del processo di giuridificazione democratica dell'ordinamento post-fascista, e strumento atto a

1978, n. 76. La prospettiva non sarebbe mutata in ragione della riforma del processo civile, dal momento che l'equiparazione del contratto collettivo agli atti normativi sarebbe avvenuta ai soli fini processuali – relativi quindi all'ammissibilità della denuncia di violazione e falsa applicazione di clausole del contratto collettivo – e non ai fini sostanziali, quindi senza che ciò determinasse un mutamento della natura degli atti negoziali (Cass., S.U., 8 luglio 2008, n. 18621), che continuano ad essere interpretati secondo i canoni di ermeneutica contrattuale. Tuttavia, perlomeno in rapporto al lavoro pubblico, M.L. MADDALENA, *Legge e contrattazione collettiva nel lavoro privato e nel lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Il parlamento repubblicano*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 497 ss. ritiene che una volta affermata la natura normativa, l'interpretazione dei contratti collettivi debba avvenire alla stregua di criteri dettati in materia di atti normativi.

[52] «Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge (…)».

[53] R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, legge n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, p. 48.

[54] U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia* erga omnes *dei contratti collettivi da esso previsti*, in *RGL*, 2012, I, p. 554.

legittimare la devoluzione di potere para-legislativo ad apparati esterni allo Stato[55]. Il piano di quella democraticità corrisponde oggi ad una dimensione meramente esteriore e formalistica dell'essere sindacale; una dimensione che ha trovato un proprio *succedaneo* nel rinvio legislativo al sindacato più rappresentativo.

Quanto alle regole sostanzialistiche, quella democratizzazione va oltre l'asse della partecipazione al processo di contrattazione collettiva – che ivi non è democraticamente ma unitariamente strutturata – e si ricompone nella regola proporzionalistica, utile alla fase decisionale (quale forma di attuazione di un principio maggioritario *lato sensu*, ed in ciò democratica[56], laddove riferita alla fase di stipulazione del contratto collettivo). «Il diritto di stipulare il contratto collettivo deve essere riconosciuto a quello dei sindacati che conti nel proprio seno la maggioranza assoluta dei lavoratori che ne sono interessati. Ma perché lo stesso sindacato maggioritario non abbia una posizione di monopolio, e quelli minoritari, eventuali, non ne siano completamente esclusi, si può stabilire il principio che le trattative per la stipula dei contratti collettivi di lavoro abbiano diritto di partecipare anche i rappresentanti autorizzati dei sindacati minoritari, in proporzione al numero dei rispettivi aderenti»[57].

Gli anni successivi all'emanazione della Costituzione vedranno un offuscarsi di quella dimensione formalistica dell'essere del sindacato, come anche di quella sostanzialistica, con la stagione del sindacato maggiormente (e poi comparativamente più) rappresentativo, abilitato alla partecipazione al contratto collettivo a prescindere dalla preventiva ricomposizione dell'unità sindacale. Il che avverrà già con la stagione post-referendaria sull'art. 19 dello Statuto[58], grazie alla quale non sarà più il sindacato a "legittimare" l'efficacia del contratto collettivo (anche aziendale), ma il contratto collettivo a legittimare la rappresentatività del sindacato in azienda[59].

Ma è il fronte della *partecipazione* al processo decisionale a rappresentare ancora oggi il punto nodale del tema dell'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva nel prisma della libertà sindacale. Una partecipazione che, per compensare la non attuazione dell'art. 39, si è andata dipanando sia in ordine alla definizione dell'agente – la quale si è infine risolta nella soluzione elettiva

[55] V. CARULLO, *Diritto sindacale transitorio*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 74.

[56] L. MARIUCCI, *Gli eterni ritorni: dentro, fuori o oltre l'art. 39 della Costituzione*, in L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, M. DELFINO, *op. cit.*, p. 489.

[57] Così G. DI VITTORIO, *La validità obbligatoria dei contratti collettivi di lavoro*, in AA. VV., *I sindacati in Italia*, Bari, Laterza, 1955, p. 72.

[58] Di perdita di equilibrio dell'art. 19 in esito al referendum del 1995 parla R. DEL PUNTA, *L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *LD*, 2013, p. 530.

[59] In argomento, U. GARGIULO, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello "statutario" di rappresentanza sindacale in azienda*, in *RIDL*, 2013, I, p. 196.

delle Rsu (*ex ante*), nel caso della contrattazione aziendale, ma anche nella consultazione preventiva dei lavoratori; oppure nella validazione referendaria del contratto collettivo sottoscritto (dunque *ex post*)[60] – sia in ordine alla stessa predisposizione del contratto collettivo, con la sostituzione della soluzione unitaria (originaria) con quella maggioritaria.

La contraddizione interna all'art. 39 ha avuto così la sua massima esplicazione, in ragione dell'esigenza di selezionare in altro modo – rispetto alla registrazione – l'agente sindacale da ammettere al tavolo delle trattative[61], in vista di una contrattazione da applicare alla generalità[62].

Il sindacato maggiormente (o comparativamente più) rappresentativo è dunque la dimensione modernizzata, ad art. 39 inattuato, del sindacato registrato. Ma quel modello di selezione dei sindacati – un modello anch'esso, come quello basato sulla registrazione – anche avallato dal legislatore dell'ultimo mezzo secolo che ad esso si è quasi sempre rivolto, ha inevitabilmente accresciuto la tensione con il principio di libertà sindacale e con gli altri criteri costituzionali, nel momento in cui ha inteso rendere maggioritaria anche la fase preparatoria del contratto collettivo, che maggioritaria non è, ma piuttosto egualitaria, in nome del principio di libertà (qui intesa come libertà di non subire la sorte scelta da altri senza aver a quella tentato di contribuire).

Un criterio, quello della maggiore rappresentatività o della rappresentatività comparata che, come in molti hanno sostenuto, non è necessariamente in contraddizione con quello della libertà sindacale, per il fatto di rispondere ad un principio di democraticità (ed a patto di ritenere che il principio maggioritario

[60] Il tema della partecipazione referendaria è stato ampiamente affrontato in dottrina. In specie in ragione della riforma prospettata da Gino Giugni nel corso degli anni '80, cfr. U. ROMAGNOLI, *Rappresentatività del sindacato: sì alla legge, ma con meno referendum*, in *LI*, 1989, n. 2, p. 11 ss.; G. ZANGARI, *Per una disciplina legislativa del referendum sindacale*, in *DPL*, 1989, spec. p. 2036; F. BORGOGELLI, *Contrattazione aziendale e referendum sindacale*, in *RTDPC*, 1988, p. 544 ss. Cfr. inoltre B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *DLRI*, 1989, p. 414 s. In senso contrario, G. GHEZZI, *Razionalizzazione del sistema di contrattazione e procedure di consultazione: luci ed ombre della proposta Giugni*, in F. AMATO, S. MATTONE (a cura di), *Il sindacato alla svolta degli anni '90. Contrattazione rappresentanza, democrazia sindacale*, Milano, Angeli, 1988, p. 143 ss. Sul rischio di illegittimità del referendum *ex* art. 39, cfr. G. GIUGNI, *La ragion pratica di una riforma*, in *PD*, 1985, p. 485 s., e su altri limiti dello stesso B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in AA. VV., *Rappresentanza e rappresentatività*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 3 ss. Censura più recentemente il modello referendario come succedaneo del diverso modello costituzionale, A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali si sgretola sotto l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, § 6.

[61] Sulla selezione dell'agente negoziale in vista della stipulazione di accordi collettivi, la letteratura è particolarmente ampia. Anche per un resoconto delle prospettive, cfr. B. CARUSO, A. LO FARO, *op. cit.*, p. 6 ss.

[62] In tema, rilevando che l'art. 39 si oppone alla selezione, diretta o indiretta di «sindacati diversi da quelli registrati» cui attribuire il «monopolio legale della rappresentanza legale», M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, pp. 672 e 686.

trovi pieno fondamento nella Costituzione[63]). Ma il criterio del sindacato più rappresentativo continua a trovare un ostacolo insormontabile (*sub* art. 39 invariato) laddove lo si estenda *formalmente* alla selezione – in luogo della unitarietà[64] – dei *partecipanti* alla dimensione "dibattimentale"[65], e quindi nel momento che precede la fase della individuazione dei contenuti del contratto collettivo da sottoscrivere.

Su questo aspetto della unitaria partecipazione alle trattative[66] – che tuttavia reclama oggi l'adozione di un criterio di selezione dell'agente negoziale che possa dirsi "meritevole" di partecipare – si coglie la maggiore fragilità di una contrattazione di prossimità efficace *erga omnes*, non solo in rapporto all'art.

[63] Su compatibilità e limiti del principio maggioritario nei riguardi dell'azione sindacale, cfr. la compiuta ricostruzione di B. FIORAI, *Il sistema sindacale italiano e il principio di maggioranza*, Milano, Giuffrè, 1991, spec. p. 102 ss. Prima che la dottrina tentasse letture elasticizzanti del precetto costituzionale (già in G. PERA, *Il trentanovismo è nelle cose*, in *PD*, 1985, p. 506 s.), l'opinione prevalente era nel senso dell'estraneità di un principio di maggiore rappresentatività dall'art. 39: M. GRANDI, *L'efficacia del contratto aziendale*, in *PD*, 1985, p. 443; G.F. MANCINI, *Il problema dell'art. 39 (libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes)*, in ID., *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, Il Mulino, 1976; L. MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali*, in AA.VV., *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, 1966, p. 424.

[64] Per quanto la posizione di G. PERA sia andata delineandosi in maniera evidente fin da *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli, 1960, nel senso di una maggiore elasticità di interpretazione del precetto costituzionale, l'A. non mancava di rilevare che il problema del dissenso del sindacato, pur dentro la rappresentanza unitaria, poteva risolversi assicurando il diritto di partecipazione, *id est* assolvendo alla regolare convocazione di tutti i sindacati in vista delle trattative (p. 104 s.). Ben nota è altresì la posizione di M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 690 s., in vista della contrattazione collettiva ad efficacia generalizzata, sulla non essenzialità della formazione dell'organo unitario ed invece sulla imprescindibilità del criterio proporzionalistico. Sulla interazione fra unitarietà e pluralismo sindacale, nella prospettiva dell'art. 39, in particolare P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, Cedam, 1998, p. 394 ss. Sulla «unità contrattuale» come «una delle manifestazioni più pregnanti dell'autodeterminazione dell'interesse collettivo garantita costituzionalmente dall'art. 39», M. BARBIERI, *Il rapporto tra l'articolo 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, 2012, I, p. 463.

[65] Alla Costituente, peraltro, l'ipotesi di un sindacato maggioritario fu prospettata da Giuseppe Di Vittorio nella sua relazione, ma esclusa. Sulla natura compromissoria della scelta (fra cattolici e social-comunisti) nella direzione di un sistema massimamente inclusivo, P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 64 ss. Cfr. inoltre B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Angeli, 1992, p. 42; L. GAETA, *«La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano*, in *DLRI*, 2016, p. 587 s.; L. LAZZERONI, *Libertà sindacale e contrattazione collettiva: una norma impegnativa*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Roma, Ediesse, 2014, p. 239.

[66] B. FIORAI, *op. cit.*, p. 100; C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, p. 34: «tutti i sindacati hanno diritto d'essere presenti e tutti i sindacati hanno diritto che la loro eventuale posizione di maggioranza o di minoranza sia legalmente constatata, fermo il diritto della maggioranza di governare». Al contrario, sulla incompatibilità di principio fra unicità sindacale e pluralità di organizzazioni in concorrenza fra loro, già L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1954, p. 155. Cfr. inoltre A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 106 ss.

39 Cost. e a quella «garanzia democratica che sorregge l'*erga omnes* in un sistema pluralistico»[67], ma anche a motivo di possibili ostruzioni datoriali alla ammissione di un qualche sindacato alle trattative[68].

Ma v'è da dire che qui è il caso di interrompere, per dare inevitabilmente atto che la realtà ha molta più fantasia del diritto e che le esigenze emergenti nei contesti produttivi a cui il contratto di prossimità pare aver dato risposte in questo lungo decennio di utilizzo, hanno finito per surclassare e mettere in secondo piano le esigenze di sistematizzazione giuridica degli istituti nel novero delle fonti (art. 8 / art. 70 ss. Cost.) e quelle di demarcazione dei confini di operatività tra norme giuridiche e relativa legittimità (art. 8 / art. 39 Cost.).

[67] M.V. BALLESTRERO, *Intervento*, in *Le relazioni sindacali nell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 315.

[68] R. DEL PUNTA, *L'art. 19*, cit., p. 536; V. LECCESE, *Non solo diritti sindacali: il problema di costituzionalità dell'art. 19 l. 300 e l'estromissione del sindacato "scomodo" dai tavoli negoziali previsti dalla legge*, in *DRI*, 2012, p. 821. Cfr. inoltre S. SCARPONI, *Modelli di rappresentanza associativa ed elettiva, partecipazione al tavolo negoziale, costituzione delle rappresentanze nei luoghi di lavoro e articolo 39, comma 4, della Costituzione*, in *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, Roma, Ediesse, 2016, p. 59, che pone la medesima questione anche per la scarsa chiarezza, in tema, di C. cost. n. 231/2013. Ampiamente, C. ZOLI, *Obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, Cedam, 1992; P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 226 ss. Cfr. in particolare C. cost. n. 244/1996, nella parte in cui è denunciato il criterio dell'accreditamento datoriale come riconoscimento della rappresentanza sindacale aziendale. In rapporto ai rimedi esperibili – sul presupposto, tuttavia, dell'esistenza di un criterio guida che definisca i soggetti che hanno diritto di partecipare alle trattative – cfr. F. GUARRIELLO, *L'art. 19 dello Statuto rivisitato*, in *DLRI*, 2014, p. 773 ss., nella prospettiva del giudizio antidiscriminatorio (pur con limiti) in rapporto alla mancata ammissione alle trattative.

GIUSTIZIA CLIMATICA E TEORIA DELL'ATTO POLITICO: TANTO RUMORE PER NULLA

LAURA MAGI *

Sommario

1. Contenzioso strategico sui cambiamenti climatici e dottrina dell'atto politico: cenni introduttivi. – 2. Portata e natura degli obblighi di riduzione delle emissioni di gas serra. – 3. Brevi cenni sulla dottrina dell'atto politico. – 4. Quattro diverse risposte dei giudizi nazionali. – 4.1. Le decisioni delle corti olandesi nel caso *Urgenda*. – 4.2. Le decisioni delle corti irlandesi nel caso *Friends of the environment*. – 4.3. Le decisioni delle corti norvegesi nel caso *People v Arctic Oil*. – 4.4. Le decisioni delle corti statunitensi nel caso *Juliana* e quelle delle corti svizzere nel caso *Klimaseniorinnen*. – 5. Valutazione delle sentenze esaminate: tanto rumore per nulla! – 6. Separazione dei poteri e minaccia climatica: il giudice di fronte ad una scelta esistenziale.

Abstract

The political question doctrine has recently been invoked as a defensive tool by several Governments in the framework of climate change litigation before national judges. Its employment deserves attention. Indeed, it is worth investigating whether it may hinder the achievement of goals that the environmental strategic litigation purses. Moreover, a clear-cut position of national courts as far as its application is concerned will give important elements to predict the degree of effectiveness of international law in the near future.

Suggerimento di citazione

L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professoressa associata di diritto internazionale dell'Università degli studi di Firenze.
Contatto: laura.magi@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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. Contenzioso strategico sui cambiamenti climatici e dottrina dell'atto politico: cenni introduttivi

Le misure adottate dai governi e dai parlamenti di molti Stati per contrastare l'aumento della temperatura globale hanno dato origine a ricorsi davanti ai giudici nazionali[1] e, più recentemente, anche di fronte a tribunali internazionali o ad organi di controllo sul rispetto dei trattati in materia di diritti umani[2].

I ricorsi ai giudici nazionali hanno come obiettivo l'adozione di sentenze che accertino la violazione dei diritti individuali dei ricorrenti o degli individui da questi rappresentati (in particolare il diritto alla vita e alla vita privata) e ordinino ai governi e ai parlamenti di adottare atti normativi che impongano ai privati e alla pubblica amministrazione l'adozione di misure in grado ridurre le emissioni di gas serra in misura da rispettare gli obblighi assunti dagli Stati concludendo accordi internazionali in materia di contrasto ai cambiamenti climatici. Si tratta di azioni legali il cui fine va ben al di là del caso concreto in quanto intese a far pressione sulle istituzioni politiche affinché modifichino le politiche pubbliche in materia ambientale (cd. *environmental strategic litigation*).

Accanto a questi ricorsi ne sono stati presentati altri volti a contestare la legittimità costituzionale di leggi (e/o di atti normativi adottati per la loro esecuzione) per effetto delle quali gli Stati hanno provveduto ad attuare gli obblighi di riduzione delle emissioni assunti a livello internazionale. A tal riguardo

[1] I ricorsi e le sentenze sono disponibili nel ricchissimo database del Sabin Center for Climate Change Law della Columbia Law School all'indirizzo https://climate.law.columbia.edu/. Dal 2017 anche il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP) pubblica periodicamente un rapporto nel quale dà conto delle più importanti sentenze adottate dai giudici nazionali su questo tema: cfr. *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, consultabile all'indirizzo https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review.

[2] Al momento in cui si scrive sono stati presentati due ricorsi alla Corte europea dei diritti umani: *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*, ricorso n. 39371/20, presentato il 7 settembre 2020; *Verein Klimaseniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, ricorso n. 53600/20, presentato il 26 novembre 2020. Dal database del Sabin Center for Climate Change Law risulta anche che siano stati presentati alla Corte un ricorso contro l'Austria ed uno contro la Norvegia. Il Comitato per i diritti del bambino si è anche pronunciato nel caso *Chiara Sacchi e altri c. Argentina, Brasile, Francia, Germania e Turchia*, v. *Decision Adopted by the Committee on the Rights of the Child (CRC) under the Optional Protocol to the CRC in respect of Communications No. 104/2019, 105/2019 n. 106/2019, 107/2019, 108/2019* del 23 settembre 2021, consultabili nel sito dell'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani all'indirizzo https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date. È stata anche inoltrata una comunicazione al Comitato per i diritti umani contro l'Australia da parte di alcuni cittadini delle isole Torres (http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190513_Not-Available_press-release.pdf).
Dal 2013 è inoltre pendente davanti alla Commissione inter-americana dei diritti umani un ricorso dell'Associazione Arctic Athabaskan Council, in rappresentanza dell'omonima popolazione indigena che abita nell'Artico, contro il Canada (A. SZPAK, *Arctic Athabaskan Council's Petition to the Inter-American Commission on Human Rights and Climate Change: Business as Usual or a Breakthrough?*, in *Climatic Change,* 2020, pp. 1575-1593).

viene contestata la compatibilità di queste leggi con alcuni diritti individuali costituzionalmente garantiti (ad esempio il diritto ad un ambiente salubre, il diritto alla vita e alla vita privata).

A loro difesa i governi hanno invocato la non giustiziabilità delle decisioni delle istituzioni politiche (governo e parlamento), richiamando il principio della separazione dei poteri. Questa tesi difensiva, che riprende una delle giustificazioni alla base della ben nota dottrina dell'atto politico, è stata accolta solo in alcuni casi, causando la rinuncia dei giudici nazionali a pronunciarsi sulle pretese dei ricorrenti.

L'azione di individui ed associazioni in tema di giustizia climatica ha di recente anche riguardato la condotta del Governo italiano, contro il quale nel giugno del 2021 è stato presentato un ricorso al Tribunale di Roma, in cui è stata lamentata, fra le altre cose, la responsabilità extra-contrattuale del medesimo ex art. 2043 c.c.[3] secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 641 del 1987[4]. In questa pronuncia la Corte ha ritenuto che la responsabilità civile possa assumere «nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori», per scongiurare sul nascere «tutta la gamma delle conseguenze dannose» derivanti da condotte omissive sul fronte della prevenzione.

Come negli altri casi, nel ricorso contro il Governo italiano gli attori hanno chiesto al giudice di ordinare alle autorità pubbliche di modificare la normativa in vigore al fine di stabilire obiettivi di riduzione delle emissioni maggiori di quelli attualmente previsti, in modo di contribuire adeguatamente alla realizzazione dell'obiettivo dell'Accordo di Parigi[5], consistente nel contenimento dell'aumento della temperatura globale entro i 2° C e, preferibilmente, entro 1,5° C.

La difesa degli Stati basata sulla dottrina dell'atto politico ha già trovato seguito fra gli studiosi di diritto internazionale. Ad esempio un autore ha recentemente criticato, in questi termini, l'utilizzo delle norme pattizie sulla protezione dei diritti umani come una sorta di "cavallo di Troia" al servizio della lotta ai cambiamenti climatici: «human rights treaties are not a back door for judges to impose on States the obligations on climate change mitigation that

[3] «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto), obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

[4] Cfr. i documenti: *La causa "giudizio universale": l'atto di citazione spiegato ai cittadini* e *Giudizio universale: quaderno di sintesi dell'azione legale*, consultabili all'indirizzo https://giudiziouniversale.eu/wp-content/uploads/2021/06/Executive-Summary-ATTO-CITAZIONE.pdf. Per un primo commento al ricorso R. LUPORINI, *The "Last Judgment": Early reflections on Upcoming Climate Litigation in Italy*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 27 ss.

[5] Il testo ufficiale dell'accordo è consultabile nel *United Nation Treaty Collection*, Chapter XXVII, Section 7b, https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx?clang=_en.

States have never accepted»[6]. Riferendosi poi ai meccanismi di controllo istituiti a loro garanzia, lo stesso autore ha contestato che tali organi «[can] be transformed into substitutes for the fullfledged compliance mechanism that States decided not to create under the Paris Agreement»[7].

L'utilizzo della dottrina dell'atto politico nell'ambito del contenzioso ambientale merita attenzione. È infatti necessario verificare se possa costituire un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi che il contenzioso strategico in ambito ambientale persegue. La maturazione di un chiaro orientamento dei giudici nazionali a favore o contro la sua applicazione in questa materia fornirà un'indicazione ineludibile del grado di effettività del diritto internazionale contemporaneo. Se infatti è vero, come osservato a conclusione di un interessante saggio sulla dottrina dell'atto politico, che «the effectiveness of international law cannot rest solely on the shoulders of domestic judges»[8], l'entità che tale contenzioso sta conoscendo non ha precedenti. Il rapporto 2020 sul contenzioso climatico del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente indica 1550 ricorsi pendenti o già conclusi in 38 Stati, un numero quasi raddoppiato rispetto agli 884 ricorsi registrati solo tre anni prima, nel 2017[9]. L'esito dei procedimenti interni in questa materia fornirà dunque una chiara indicazione sul grado di rispetto delle norme internazionali, anche se non dovrà essere il solo elemento da tenere in considerazione.

Per tentare di rispondere al quesito che costituisce l'oggetto principale di questo studio, nei paragrafi che seguono verranno in primo luogo brevemente richiamati i principali obblighi assunti dagli Stati in materia di cambiamento climatico ed il differente approccio che gli Stati hanno seguito per dare attuazione alla Convenzione quadro delle Nazione Unite sul cambiamento climatico con il Protocollo di Kyoto e con l'Accordo di Parigi (paragrafo 2). In secondo luogo verranno richiamati i principali argomenti che gli Stati, i giudici nazionali e la dottrina hanno utilizzato per giustificare il ricorso alla dottrina dell'atto politico (paragrafo 3). Saranno poi prese in considerazione alcune pronunce di giudici nazionali che si sono confrontati con la dottrina dell'atto politico in tema di cambiamento climatico. I casi esaminati esemplificano quattro diverse reazioni dei giudici di fronte alla difesa dei governi basata sulla dottrina dell'atto politico (paragrafi 4, 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4). Ciò consentirà di valutare l'eventuale carattere *ultra vires* delle decisioni dei giudici che, respingendo l'applicazione della dottrina dell'atto politico, hanno ordinato agli Stati di

[6] B. MAYER, *Climate Change Mitigation as an Obligation under Human Rights Treaties?, The American Journal of International Law*, 3/2021, p. 409 ss., in particolare p. 405.

[7] *Ibidem*.

[8] D. AMOROSO, *Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law*, in *Chinese Journal of International Law*, 1/2015, p. 99 ss., in particolare p. 134.

[9] V. nota n. 1.

modificare i loro piani di mitigazione nazionale (paragrafo 5); fornirà inoltre lo spunto per interrogarsi sull'utilità di un approccio di rigido ossequio nei confronti del principio della separazione dei poteri di fronte alla minaccia esistenziale costituita dai cambiamenti climatici ed alla presenza di dati scientifici, ormai indiscussi e facilmente accessibili a chiunque, che forniscono agli Stati (e ai giudici) precise indicazioni sui livelli di riduzione delle emissioni da realizzare per contenere l'aumento della temperatura globale.

2. Portata e natura degli obblighi di riduzione delle emissioni di gas serra

Per meglio comprendere le decisioni dei giudizi nazionali che saranno di seguito analizzate e valutarne la portata, è utile ricordare in breve il contenuto degli obblighi che gli Stati citati in giudizio hanno assunto in materia di contrasto ai cambiamenti climatici e chiarirne la natura.

È noto che per effetto della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici gli Stati parti si sono impegnati a stabilizzare la concentrazione di gas a effetto serra in atmosfera a un livello che avrebbe dovuto prevenire interferenze antropogeniche dannose per il sistema climatico[10]. Nel 1992, anno della sua conclusione, gli Stati assunsero l'obbligo di ricondurre, entro il 2000, le emissioni di gas serra al livello esistente nel 1990. La Convenzione quadro non ha però imposto ai contraenti precise quantità di riduzione delle emissioni di gas serra, ma ne ha rinviato la definizione ad accordi successivi. Ciò è accaduto per effetto del Protocollo di Kyoto, concluso nel 1997, ma entrato in vigore solo molti anni dopo, nel 2005. Sono stati così definiti precisi obiettivi di riduzione delle emissioni che i paesi elencati nell'annesso B (cioè paesi industrializzati e paesi con economie in transizione) si sono impegnati a realizzare nel periodo 2008-2012 (cd. primo periodo di attuazione). All'indomani dell'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto ha avuto inizio un lungo negoziato per definire gli impegni di riduzione dopo il 2012[11]. Durante la Conferenza degli Stati parti del Protocollo di Kyoto tenutasi a Doha nel 2012 è stato adottato un emendamento al Protocollo che ha previsto nuovi e più significativi impegni di riduzione delle emissioni per il periodo 2013-2020[12] (cd. secondo periodo di attuazione). Nell'ambito della stessa Conferenza veniva deciso che, a partire dal 2021, un nuovo accordo internazionale avrebbe dovuto

[10] P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA, R. MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 33 ss.

[11] M. MONTINI, *Reshaping the Climate Governance for Post-2012*, in *European Journal of Legal Studies*, 4/2011, p. 7 ss.; S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2016, p. 81 ss.

[12] Il testo ufficiale dell'emendamento è reperibile nel sito delle Nazioni Unite dedicato alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici, poiché è questa Convenzione che ha istituito la Conferenza degli Stati parti, la quale funge anche da Conferenza degli Stati parti del Protocollo di Kyoto: https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/the-doha-amendment.

disciplinare, in maniera nuova, gli impegni di riduzione delle emissioni. I limiti del modello "Kyoto" erano infatti evidenti, e consistevano nel numero ridotto di Stati che si erano assunti impegni di riduzione delle emissioni. Fra di essi, poi, non figuravano i principali emettitori di gas serra, ad esempio gli Stati Uniti, storicamente il paese con il più elevato quantitativo di emissioni di gas serra in atmosfera e lo Stato che si candidava a superarlo, la Cina. Nel dicembre 2012, inoltre, il Canada perfezionava il recesso dal Protocollo[13]. Lo stesso emendamento adottato durante la Conferenza di Doha, che negli auspici dei propositori avrebbe dovuto essere applicato a partire dal 2013, stentava ad essere ratificato; infatti entrerà in vigore solo nel dicembre 2020, cioè al termine di quello che, sulla carta, avrebbe dovuto essere il secondo periodo di attuazione.

La resistenza degli Stati a vincolarsi sul piano internazionale alla realizzazione di specifiche percentuali di riduzione dei gas serra è il motivo che ha prodotto il fallimento del modello proposto con il Protocollo di Kyoto e ha condotto alla conclusione, nel 2015, dell'Accordo di Parigi[14]. Per effetto di quest'ultimo gli Stati contraenti hanno soltanto assunto l'obbligo di contenere l'incremento della temperatura media globale entro i 2° C e di porre in essere tutti gli sforzi possibili realizzare un contenimento maggiore, nell'ordine di 1,5° C (art. 2, par. 1, lett. a)). A seguito della decisione, adottata per *consensus*, a conclusione della Conferenza degli Stati parti tenutasi a Glasgow, nel novembre 2021, gli Stati hanno deciso di interpretare l'Accordo nel senso che ponga un obbligo di riduzione delle emissioni di 1,5° C[15].

L'Accordo non contiene disposizioni per quanto attiene agli impegni di riduzione delle emissioni per le singole parti contraenti. Gli Stati hanno soltanto

[13] COMPLIANCE COMMITTE, *Canada's Withdrawal from the Kyoto Protocol and its effects on Canada's Reporting Obligations under the Protocol*, CC/EB/25/2014/2, 20 August 2014, consultabile qui https://unfccc.int/files/kyoto_protocol/compliance/enforcement_branch/application/pdf/cc-eb-25-2014-2_canada_withdrawal_from_kp.pdf.

[14] Molti i commenti in dottrina, fra i quali H. VAN ASSELT, *International Climate Change Law in a Bottom-up World*, in *Questions of International Law*, 2016, pp. 5-15; A. SAVARESI, *The Paris Agreement: a New Beginning?*, in *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 1/2016, pp. 16-26; L. RAJAMANI, *Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2/2016, pp. 493-514; D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2/2016, fascicolo speciale sull'Accordo di Parigi, p. 142 ss.; C. BAKKER, *The Paris Agreement on Climate Change: Balancing «Legal Force» and «Geographical Scope»*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 299 ss.; M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2017, pp. 719-75.

[15] V. il testo del par. 16 della decisione ai sensi del quale gli Stati parti «resolve to pursue efforts to limit the temperature increase to 1.5° C». Il testo della decisione, che deve ancora essere redatto in versione ufficiale, già figura nel sito delle Nazioni Unite dedicato alla Conferenza di Glasgow, all'indirizzo https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26_auv_2f_cover_decision.pdf.

assunto l'impegno di adottare contributi determinati a livello nazionale (*Nationally Determined Contributions*, NDCs), restando liberi di stabilire in che misura ridurre le emissioni generate sul loro territorio. Hanno però assunto l'obbligo di definire piani nazionali che tengano conto delle indicazioni provenienti dalla scienza climatica (art. 4, par. 1) e che siano progressivamente aggiornati in modo da riflettere «the highest possible ambitions», pur nel rispetto del principio delle responsabilità comuni ma differenziate (art. 4, par. 3).

Inoltre con l'Accordo di Parigi scompare la distinzione fra Stati obbligati a ridurre le emissioni di gas serra e Stati contraenti che non hanno assunto lo stesso obbligo. Tutti gli Stati parti devono infatti adottare piani nazionali di riduzione delle emissioni, seppur nel rispetto del principio, già richiamato, delle responsabilità comuni, ma differenziale[16].

Da un punto di vista strettamente formale, il passaggio da Kyoto a Parigi ha prodotto un cambiamento nella natura degli obblighi di riduzione dei gas serra che gli Stati hanno assunto.

Infatti con il Protocollo di Kyoto gli Stati dell'annesso B erano tenuti a realizzare un preciso livello di riduzione delle emissioni, e di conseguenza, l'obbligo che avevano assunto era un obbligo di risultato; per effetto di tale impegno, inoltre, gli Stati operavano quel coordinamento indispensabile per dare attuazione all'obbligo di risultato, da raggiungere collettivamente, posto in essere dalla Convenzione quadro, e rappresentato dalla riduzione delle emissioni al livello di quelle prodotte nel 1990, entro il 2000.

L'Accordo di Parigi contempla, al contrario, un obbligo di riduzione che ha la natura di un obbligo di *due diligence*[17]. L'individuazione di un parametro da soddisfare quale il contenimento dell'aumento della temperatura globale di 2° C può trarre in inganno e far credere che anche l'Accordo imponga un obbligo di risultato da raggiungere collettivamente. In verità, l'assenza di un piano di ripartizione delle responsabilità fra le parti, che tenga conto dei diversi livelli di emissioni provenienti dai loro territori e dei loro diversi livelli di sviluppo e, all'opposto, la riconosciuta libertà degli Stati di definire NDCs chiariscono che l'obbligo di contenere l'aumento della temperatura globale è stato concepito dalle parti contraenti come obbligo di fare ogni sforzo in tale direzione, senza pretendere la soddisfazione di un preciso risultato.

In conclusione, il passaggio dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi marca un vero cambio di paradigma. Non va però dimenticato che la sostituzione degli impegni di riduzione delle emissioni definiti con l'emendamento

[16] C. VOIGT, P. FERREIRA, «*Dynamic Differentiation*»: *The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement*, *Transnational Environmental Law*, 2/2016, p. 285 ss.

[17] C. VOIGT, *The Paris Agreement: What is the Standard of Conduct for Parties?*, in *Questions of International Law*, 2016, pp. 17-28, in particolare p. 19 s.

adottato a Doha con quelli degli NDCs ha avuto inizio, per gli Stati dell'annesso B, solo a partire dal 2021. Di questo dato sarà dunque necessario tener conto perché le sentenze che saranno a breve prese in considerazione sono riferite a misure adottate dagli Stati in attuazione del modello di lotta al cambiamento climatico riflesso nel Protocollo di Kyoto. Inoltre va anche tenuto in considerazione che l'Unione europea, nel predisporre le misure per armonizzare l'azione dei suoi membri per attuare l'Accordo di Parigi, ha ricondotto l'obbligo di ridurre le emissioni ad obbligo di risultato. Ciò è avvenuto per effetto di due regolamenti, il 2018/842 relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri per il periodo 2021-2030 e, più recentemente il regolamento 2021/1119 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica. Entrambi, infatti, hanno imposto agli Stati membri il raggiungimento di specifici livelli di riduzione delle emissioni, tassativamente indicati in allegati agli stessi atti normativi[18].

3. Brevi cenni sulla dottrina dell'atto politico

Per meglio comprendere il tipo di giustificazione alla quale si richiamano i governi che ricorrono alla dottrina dell'atto politico nell'ambito del contenzioso climatico è utile riassumere in estrema sintesi, e rinviando agli studi dedicati a questa materia per un'analisi più approfondita[19], alcuni degli argomenti che gli

[18] Regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'Accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 (GU L 156 del 19.6.2018, p. 26 ss.); Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»), GU L 243 del 9.7.2021, p. 1 ss. I due regolamenti fanno parte di un più ambizioso programma di proposte legislative (cd. *Fit for 55% package*) volte a rivedere l'intero quadro normativo europeo in tema di energia e clima: https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-european-green-deal/package-fit-for-55.

[19] Per citare solo alcune delle opere più importanti sul tema, si veda P. DUEZ, *Les actes de gouvemement*, Dalloz, Paris, 1935 (sulla dottrina dell'*acte du government* in Francia); P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, 1959, p. 220 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Giuffré, Milano, 1961; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Cedam, Padova, 1983; C. PIPERNO, La Corte Costituzionale e il limite di political question, Giuffré, Milano, 1991 (sulla dottrina dell'atto politico in Italia); P. CANE, *Prerogative Acts, Acts of State and Justiciability*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 4/1980, p. 680 ss.; T.R.S. ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 161-200 (sulla dottrina della non giustiziabilità degli atti politici nel Regno Unito); R. BARKOW, *More Supreme Than Court: The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, 2/2002, p. 237 ss. (sulla *political question doctrine* negli Stati Uniti).

Per la teoria dell'atto politico applicata alle decisioni del governo in materia di politica estera: W. LEISNER, *La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1960, 342 ss., 343; T. M. FRANCK, *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeston, Princeton University Press, 1992; E. BENVENISTI,

Stati, i giudici nazionali e gli studiosi sono soliti invocare quale suo fondamento teorico.

Trattasi, come è noto, di una dottrina che si afferma, all'interno di vari ordinamenti, quando viene introdotto un sistema avanzato di controllo giurisdizionale sull'esercizio dei pubblici poteri[20]; essa postula infatti l'esistenza di un potere politico (esercitato dal governo e dal parlamento) le cui decisioni non possono essere sottoposte ad alcun tipo di controllo giudiziario, e che ha avuto ampia diffusione negli ordinamenti giuridici sia di *common law* che di *civil law*, seppur con non poche differenze nelle due famiglie di ordinamenti.

Secondo alcuni essa trova il suo fondamento giuridico nel principio della separazione dei poteri, principio che solo raramente è espressamente imposto dalle costituzioni, ma che vi è comunque riflesso nelle disposizioni che ripartiscono competente fra organi politici e giudiziari[21].

Vi è poi chi giustifica l'insindacabilità delle scelte delle istituzioni politiche richiamando l'assenza di parametri giuridici da utilizzare per valutarne la legittimità[22].

Vi sono poi autori che fondano l'insindacabilità delle scelte delle istituzioni politiche sull'autonomia decisionale del giudice. Quella di non esercitare la funzione costituzionalmente attribuitagli sarebbe una scelta che il giudice compie in piena autonomia, non essendo imposta dal diritto costituzionale. Tale decisione rifletterebbe la presa d'atto dell'organo giudicante della sua incompetenza istituzionale; con questa espressione si fa riferimento all'incapacità del decisore di disporre di strumenti conoscitivi e valutativi – fra i quali l'accesso alle informazioni e la capacità di effettuare proiezioni future relative ai risultati delle decisioni prese – per ridurre al minimo il rischio di compiere la scelta sbagliata. Il giudice non disporrebbe delle informazioni né sarebbe in grado di effettuare valutazioni prognostiche che gli consentano di giudicare l'operato degli organi politici[23]. Quest'ultima versione della dottrina, sebbene formulata con riferimento a qualsiasi atto politico, ha trovato applicazione soprattutto quando i giudici nazionali sono stati chiamati a pronunciarsi su scelte di

Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on the Activities of National Courts and the International Relations of Their State, in *European Journal of Int. Law*, 5/1994, 1 ss.; R. SINGH, *Justiciability in the Areas of Foreign Relations and Defence*, in P. SHINER, A. WILLIAMS (ed.), *The Iraq War and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 231 ss.; D. AMOROSO, *Insindacabilità del potere estero e diritto internazionale*, Napoli, 2012.

[20] D. AMOROSO, *Insindacabilità*, cit., p. 29.

[21] H. WECHSLER, *Towards Neutral Principle of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1/1959, p. 1 ss.

[22] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, 291 ss.; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Cedam, Padova, 1983 p. 168.

[23] F. W. SCHARPF, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, in *Yale Law Journal*, 4/1965, p. 517 ss.; J.A. KING, *Institutional Approaches to Judicial Restraint*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3/2008, 409 ss.

politica estera e di difesa, nelle quali l'incompetenza istituzionale del giudice risulterebbe più evidente[24].

4. Quattro diverse risposte dei giudizi nazionali

Nei procedimenti giudiziari che saranno analizzati nei paragrafi che seguono i governi hanno prevalentemente invocano il principio di separazione dei poteri a fondamento della dottrina dell'atto politico. Solo raramente sono state avanzate giustificazioni differenti. I giudici che hanno respinto l'applicazione di tale dottrina, come quelli che l'hanno accolta, hanno ugualmente fatto quasi esclusivamente ricorso al principio della separazione dei poteri quale suo fondamento teorico.

Qui di seguito verranno analizzate alcune decisioni che sono esemplificative di quattro diverse reazioni dei giudici nazionali all'utilizzo da parte dei governi della dottrina dell'atto politico. Ciò servirà, come indicato all'inizio di questo studio, per valutare, in primo luogo, in che misura essa costituisca un ostacolo per la cd. giustizia climatica. Inoltre l'analisi delle decisioni nelle quali la dottrina non ha trovato applicazione aiuterà a stabilire l'intensità del controllo giurisdizionale esercitato dai giudici[25].

4.1 Le decisioni delle corti olandesi nel caso *Urgenda*

Fra le sentenze più coraggiose nella materia qui esaminata figurano quelle delle corte olandesi relative al caso *Urgenda*, la controversia che ha opposto l'associazione ambientalista appena citata (che agiva per proprio conto e per conto di più di ottocento cittadini olandesi), al governo olandese. La ricorrente lamentava la violazione dell'obbligo di protezione che le autorità pubbliche hanno nei confronti della popolazione presente sul territorio olandese e di alcuni diritti individuali dei cittadini rappresentati dall'associazione medesima,

[24] D. AMOROSO, *Insindacabilità*, cit., p. 97 ss.

[25] Le sentenze che saranno analizzate a partire dal paragrafo seguente sono state commentate da molti studiosi: cfr. J.M. BELLAVIA, W*hat Does Climate Justice Look Like for the Environmentally Displaced in a Post Paris Agreement Environment? Political Questions and Court Deference to Climate Science in the Urgenda Decision*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 4/2016, pp. 453-473; O. DE SCHUTTER, *Changements climatiques et droits humains: l'affaire Urgenda*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, pp. 567-608; A. NOLLKAEMPER, L. BURGES, *The State of the Netherlands v. Urgenda*, in *International Legal Materials*, 5/2020, pp. 811-848; M. CORLETO, *La pianificazione governativa in tema di cambiamento climatico dinanzi alla Corte suprema irlandese*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2021, p. 199 ss.; C. VOIGT, *The First Climate Judgment before the Norwegian Supreme Court: Aligning Law with Politics*, in *Journal of Environmental Law*, 1/2021, p. 1 ss.; W. MONTGOMERY, *Juliana v. United States: The Ninth Circuit's Opening Salvo for a New Era of Climate Litigation*, in *Tulane Environmental Law Journal*, 2021, p. 341 ss. Più in geenrale, W. KAHL, M.-P. WELLER (ed.), *Climate Change Litigation: A Handbook,* Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2021; F. SINDICO, M.M. MBENGUE (ed.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Springer, 2021.

in particolare il diritto alla vita e alla vita privata, al cui rispetto lo Stato era tenuto sulla base della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti umani (da ora in avanti, per brevità, Cedu).

In primo grado, la Corte distrettuale dell'Aia, oltre ad aver respinto l'argomento del governo basato su considerazioni prudenziali – il giudice non avrebbe dovuto pronunciarsi per non mettere in difficoltà il governo sul piano delle relazioni internazionali[26] –, ha anche respinto l'applicazione della dottrina dell'atto politico fondata sul principio di separazione dei poteri. La Corte ha individuato nell'equo bilanciamento fra i poteri dello Stato la finalità ultima di tale principio, e ha dichiarato che il giudice è tenuto ad esercitare la sua funzione di controllo anche al fine di fornire protezione ai cittadini contro il potere pubblico. Secondo la Corte distrettuale, infatti, è una caratteristica essenziale dello stato di diritto che le azioni degli organi politici possano e debbano essere oggetto di giudizio ad opera di un tribunale indipendente. La Corte ha precisato che nell'esercizio di tale funzione il giudice esercita un controllo di liceità dell'azione dell'esecutivo e del legislativo, e non si intromette nelle scelte politiche da questi compiute[27]: «[s]eparate from any political agenda, the court has to limit itself to *its own* domain, which is the application of law»[28]. La Corte ha anche aggiunto che la presenza, alla base dell'atto normativo oggetto di controllo, di scelte politiche «is no reason for curbing the judge in his task and authority to settle disputes»[29].

La Corte ha riconosciuto che il giudice debba esercitare la sua funzione di controllo con maggiore o minore intensità in considerazione della materia oggetto di ricorso[30], ma questo non le ha impedito di respingere la dottrina dell'atto politico argomentando che il principio di separazione dei poteri richiede che il giudice contribuisca alla definizione di un equilibrio fra i poteri.

Quando la Corte distrettuale si è pronuncia nel ricorso presentato dall'associazione *Urgenda*, l'Accordo di Parigi non era ancora stato concluso. L'Olanda era però parte della Convenzione quadro e del Protocollo di Kyoto, ed aveva votato a favore della risoluzione adottata a conclusione della Conferenza degli Stati parti (CoP) tenutasi a Cancún nel 2010, per mezzo della quale gli Stati contraenti esprimevano l'intenzione di ridurre le loro emissioni di una percentuale compresa fra il 25% e il 40%, rispetto al livello del 1990, entro il 2020, tenendo conto delle raccomandazioni provenienti dall'*Inter-*

[26] The Hague District Court, *Urgenda v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, sent. 24 giugno 2015, par. 4.10.

[27] *Ibidem*, par. 4.95.

[28] *Ibidem*.

[29] *Ibidem*, par. 4.99.

[30] *Ibidem*, par. 4.95.

governmental Panel on Climate Change (IPCC)[31]. Inoltre stava per essere adottata la decisione del Consiglio dell'Unione europea che approvava l'emendamento al Protocollo di Kyoto adottato durante la CoP di Doha[32], per effetto del quale l'Unione – confermando a livello multilaterale decisioni già adottate ed applicate sul piano interno[33] – si impegnava a garantire una riduzione complessiva delle emissioni provenienti dagli Stati membri del 20%, rispetto al livello del 1990, entro il 2020.

Il governo olandese aveva deciso l'adozione di misure di contenimento delle emissioni in linea con gli obiettivi dell'Unione europea, ma la Corte distrettuale ha ritenuto questo obiettivo insufficiente per garantire il rispetto dell'obbligo di protezione (ricostruito da più disposizioni del codice civile olandese). Utilizzando gli studi scientifici e la posizione espressa dallo stesso governo olandese in seno alla CoP di Cancún, favorevole ad una riduzione delle emissioni di almeno il 25%, ha ricavato dall'obbligo di protezione il dovere dello Stato di imporre almeno la realizzazione di quest'ultimo target[34].

La Corte suprema ha ribadito la sacralità, per un ordinamento costituzionale e democratico, del principio secondo cui anche i poteri politici sono sottoposti al controllo giurisdizionale[35]. Ha inoltre sviluppato una più accurata riflessione sui limiti entro i quali il giudice può esercitare la sua funzione di controllo, chiarendo che «the courts cannot order the legislator to create legislation with a particular content»[36]. Ad opinione della Corte suprema il giudice può però ordinare all'organo politico di adottare misure che perseguano un preciso obiettivo, senza determinare i mezzi per effetto dei quali quel risultato vada raggiunto[37].

A differenza della Corte distrettuale, la Corte suprema ha individuato negli articoli 2 e 8 della Cedu il fondamento giuridico dell'obbligo di protezione

[31] Si tratta di un'organizzazione internazionale, creata nel 1988 per iniziativa del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (Unep) e dall'Organizzazione metereologica internazionale che raccoglie e analizza tutti gli studi compiuti a livello globale sui cambiamenti climatici e l'impatto economico e sociale degli stessi elaborando annualmente *assessment reports* che forniscono indicazioni e proiezioni che dovrebbero servire da base per le scelte politiche a livello nazionale.

[32] Decisione del Consiglio n. 2015/1339 del 13 luglio 2015, GU L 207 del 4.8.2015, p. 1 ss.

[33] Cfr. Decisione n. 406/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 concernente gli sforzi degli Stati membri per ridurre le emissioni dei gas a effetto serra al fine di adempiere agli impegni della Comunità in materia di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2020, GU L 140 del 5.6.2009, p. 136 ss. e Decisione della Commissione del 26 marzo 2013 che determina le assegnazioni annuali di emissioni degli Stati membri per il periodo dal 2013 al 2020 a norma della decisione n. 406/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 90 del 28.03.2013, p. 106 ss.

[34] The Hague District Court, cit., paragrafi 4.26 e 4.31.

[35] Supreme Court, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, causa n. 19/00135, sent. del 20 dicembre 2019, paragrafi 8.1-8.3.5, in particolare par. 8.2.1, disponibile su www.urgenda.nl.

[36] *Ibidem*, par. 8.2.4, ma così anche par. 8.2.5 s.

[37] *Ibidem*, par. 8.2.6.

della popolazione a carico delle autorità pubbliche e ha ritenuto che fra le misure richieste dalla Convenzione vi fossero anche quelle per contrastare il cambiamento climatico. Ha poi ritenuto che per dare corretta esecuzione a tali obblighi il governo fosse tenuto a imporre una riduzione delle emissioni di almeno del 25%, come concordato durante la CoP di Cancún[38], ed ha ordinato al governo di adottare misure di mitigazione più ambiziose.

4.2 Le decisioni delle corti irlandesi nel caso *Friends of the environment*

Nel 2017 l'Alta Corte irlandese è stata chiamata dall'associazione *Friends of the Environment CLG* a giudicare se il piano di mitigazione nazionale adottato dal governo quello stesso anno fosse conforme a quanto richiesto dal *Climate Action and Low Carbon Development Act* del 2015 poiché, secondo proiezioni dell'*Environmental Protection Agency* irlandese, avrebbe consentito un aumento dal 7,5% al 10% delle emissioni di gas serra tra il 1990 e il 2020, in contrasto con gli impegni derivanti dal diritto dell'Unione europea di ridurre le emissioni. Benché l'Irlanda non avesse assunto nuovi impegni di riduzione per effetto dell'emendamento al Protocollo di Kyoto adottato a Doha, in qualità di membro dell'Unione era comunque tenuta a contribuire al piano di ripartizione degli sforzi di riduzione delle emissioni che l'Unione aveva adottato, in considerazione del fatto che i suoi membri avevano accettato di dare attuazione al Protocollo di Kyoto, come emendato a Doha, congiuntamente[39]. Ai sensi del diritto dell'Unione, quindi, l'Irlanda era tenuta a contribuire alla riduzione delle emissioni per abbatterle del 20% (rispetto ai livelli del 1990) entro il 2020.

Il Governo contestava la competenza del giudice a conoscere del ricorso sostenendo che, diversamente, questi si sarebbe sostituito all'esecutivo nella determinazione del contenuto del piano di mitigazione. L'Alta Corte ha replicato osservando che se non spetta al giudice stabilire quale sia il miglior modo per realizzare gli obiettivi previsti dalle Costituzione, esso ha il diritto e il dovere «to interfere with the activities of the Executive in order to protect or secure the constitutional rights of individual litigants where such rights have been, or are being, invaded by those activities; or where activities of the executive threaten an invasion of such rights»[40].

Dopo aver sottolineato l'estrema cautela che deve circoscrivere la decisione

[38] *Ibidem*, par. 8.3.4.

[39] Si vedano gli atti dell'Unione citati al paragrafo 2 e ad essi si aggiunga la Decisione n. 2017/1471 della Commissione del 10 agosto 2017 che modifica la decisione n. 2013/162/UE al fine di rivedere le assegnazioni annuali di emissioni degli Stati membri per il periodo dal 2017 al 2020, GU L 209 del 12.8.2017, p. 53 ss.

[40] High Court, *Friends of the Irish Environment Clg v. the Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, sent. del 19 settembre 2019, par. 88 s.

di un tribunale quando giudica una questione come non giustiziabile[41], l'Alta Corte ha ritenuto che la legge del 2015 lasciasse al governo un ampio margine di discrezionalità nella scelta delle misure e dei tempi per realizzare i livelli di riduzione dei gas serra imposti allo Stato dal diritto dell'Unione europea. Ritenendosi obbligata a tenerne conto[42], l'Alta Corte ha giudicato il piano di mitigazione conforme a quanto richiesto dalla legge[43].

Anche la Corte suprema, a cui ha fatto ricorso l'associazione ambientalista, ha respinto l'argomento della non giustiziabilità del piano di mitigazione nazionale, ritenendo che il giudice chiamato a verificare la conformità alla legge di misure adottate dall'esecutivo in sua attuazione non stesse compiendo un'ingerenza in scelte politiche di competenza dell'esecutivo, ma piuttosto verificando se la legge era stata rispettata[44]. Diversamente dal giudice di primo grado ha però giudicato il piano di mitigazione «*excessively vague or aspirational*»[45]. Ha infatti ritenuto che dovesse indicare misure specifiche da adottare, come richiesto dalla legge[46], e ne ha ordinato l'annullamento[47]. La richiesta, contenuta nella legge, che il piano individuasse misure specifiche era stata motivata dalla necessità che il pubblico fosse a conoscenza e potesse esprimere la sua opinione sulle misure decise dal governo a questo fine[48]. La Corte ne ha preso atto ed ha aggiunto che la definizione di misure specifiche è anche condizione necessaria per realizzare gli impegni di riduzione delle emissioni che l'Irlanda si era assunta a livello internazionale[49]. In conclusione, per la vaghezza dei suoi contenuti, il piano nazionale di mitigazione adottato dal governo irlandese è stato anche giudicato inadeguato a realizzare gli impegni di riduzione delle emissioni.

4.3 Le decisioni delle corti norvegesi nel caso *People v Arctic Oil*

I tribunali norvegesi sono stati interpellati da tre associazioni che contestavano la legittimità costituzionale del decreto per effetto del quale il governo aveva concesso licenze di estrazione di combustibili fossili nell'area sud e sud est del mare di Barents. Di fronte alla Corte distrettuale di Oslo veniva lamentata la

[41] *Ibidem*, paragrafi 86, 88 s., 89, 91s., 94.

[42] *Ibidem*, par. 97.

[43] *Ibidem*, in particolare paragrafi 108 e 112 s.

[44] Supreme Court, *Friends of the Irish Environment Clg v. the Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, sent. 31 luglio 2021, par. 6.25 e 6.27: «the question of whether a plan actually does comply with the statute in such regard *is a matter of law rather than a matter of policy*. It becomes a matter of law because the Oireachtas has chosen to legislate for at least some aspects of a compliant plan while leaving other elements up to policy decisions by the government of the day».

[45] *Ibidem*, par. 6.23 ss., in particolare par. 6.43.

[46] *Ibidem*, par. 6.45.

[47] *Ibidem*, par. 9.3.

[48] *Ibidem*, in particolare i paragrafi 6.37 e 6.47.

[49] *Ibidem*, paragrafi 6.40-6.42.

violazione dell'art. 112 della Costituzione, che tutela il diritto individuale ad un ambiente sano[50]. Davanti alla Corte Suprema, alla quale le associazioni hanno fatto ricorso, è stata anche lamentata la violazione degli articoli 2 e 8 della Cedu (che nell'ordinamento norvegese ha rango superiore alla legge) e degli articoli 93 e 102 della Costituzione, anch'essi aventi ad oggetto il diritto alla vita e alla vita privata. Secondo i ricorrenti il pregiudizio era causato dalle emissioni di gas serra derivanti dalla combustione del gas e del petrolio estratti a seguito delle autorizzazioni concesse dal governo.

La Corte distrettuale ha giudicato il decreto conforme all'art. 112, precisando però che alcune delle questioni sollevate dai ricorrenti non rientravano nella sua competenza. Ha infatti distinto la decisione di concedere le licenze – la cui legittimità era oggetto del suo sindacato – da quella, a monte, di consentire lo sfruttamento delle risorse presenti nel mare di Barents e, più in generale, dalla politica ambientale norvegese in materia climatica. Ha ritenuto queste ultime due essere «*questions that involve overall assessments which are better evaluated through political processes that the courts are not suited to reviewing*»[51].

Malgrado la distinzione poco convincente[52], ai fini di questo studio rileva osservare come la Corte norvegese abbia escluso di poter conoscere di un ricorso che avesse riguardato la legittimità costituzionale di atti legislativi che riflettevano scelte politiche in materia ambientale.

La Corte suprema ha anch'essa ritenuto che il principio della separazione dei poteri non ostacoli l'azione del giudice volta a porre limiti alle decisioni politiche delle maggioranze parlamentari per proteggere valori costituzionali; ha anche ammesso, però, che in materia ambientale le decisioni necessitano di un bilanciamento fra opposti interessi, che deve essere realizzato dagli organi politici e non dai giudici. In virtù di queste considerazioni ha ritenuto che l'art. 112 della Costituzione debba essere considerato come una sorta di valvola di sicurezza: il giudice può pronunciarsi a favore dell'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto ministeriale adottato in sua attuazione solo se ha accertato che le istituzioni, nell'adottare l'atto, si sono gravemente sottratte al dovere di proteggere l'ambiente, che gli è imposto dall'art. 112, 3 co., della

[50] «Every person has the right to an environment that is conducive to health and to a natural environment whose productivity and diversity are maintained. Natural resources shall be managed on the basis of comprehensive long-term considerations which will safeguard this right for future generations as well».

[51] Oslo District Court, *Greenpeace Nordic Association et al. v. Ministry of Petroleum and Energy*, sent. 4 gennaio 2018, par. 5.2.7.

[52] Difficile capire quale differenza la Corte individui, nella sostanza, fra un decreto che autorizza la concessione di licenze per l'estrazione di combustibili fossili e la legge che ne ha deciso lo sfruttamento. Per quanto, da un punto di vista strettamente formale, è la legge a riflettere una precisa scelta politica, il decreto attuativo altro non è, anch'esso, che un riverbero della medesima scelta politica.

Costituzione[53].

Dopo aver così limitato il sindacato giurisdizionale del giudice, la Corte lo ha esercitato stabilendo che accanto al decreto contestato il governo norvegese avesse adottato misure volte a contenere l'aumento della temperatura globale, ed ha dunque escluso di trovarsi al cospetto di una condotta gravemente negligente delle istituzioni politiche[54].

Oltre ad aver respinto il ricorso sotto il profilo dell'illegittimità del decreto contestato, la Corte Suprema ha anche ritenuto che per effetto della sua adozione lo Stato non si fosse sottratto al rispetto degli obblighi derivanti dall'art. 2 della Cedu e dall'art. 102 della Costituzione. Ad opinione della Corte i ricorrenti non avevano dimostrato che la concessione delle licenze di estrazione avesse causato una *minaccia reale e imminente* al diritto alla vita degli individui che le associazioni avevano rappresentato in giudizio[55].

4.4 Le decisioni delle corti statunitensi nel caso *Juliana* e quelle delle corti svizzere nel caso *Klimaseniorinnen*

Nei casi fin qui illustrati la contestazione dell'incompetenza del giudice basata sulla dottrina dell'atto politico è stata sempre tenuta disgiunta dalla differente questione concernete la verifica dell'esistenza della legittimazione ad agire dei ricorrenti, peraltro riconosciuta in tutti i casi fin qui esaminati. Nelle sentenze che saranno adesso prese in considerazione, al contrario, le due questioni si fondono. I governi convenuti davanti al giudice, infatti, sostengono l'assenza di *locus standi* dei ricorrenti argomentando che le azioni legali da questi promosse non sono finalizzate alla riparazione di un danno subito, ma mirano ad ottenere dal giudice l'adozione o la modifica di leggi aventi ad oggetto misure per promuovere o imporre la riduzione delle emissioni, una misura che – secondo i governi – spetta alle istituzioni politiche decidere.

Alcuni giudici nazionali hanno accolto questo argomento. In questi termini si è espressa la Corte suprema elvetica, nell'ambito di un ricorso presentato da un'associazione di anziane e alcune cittadine elvetiche che, lamentando significative limitazione ai loro diritti e causa dell'inefficace azione delle autorità pubbliche per contenere l'aumento della temperatura globale, hanno chiesto al giudice di ordinare al governo l'adozione di misure più efficaci. Ad opinione della Corte, invece, la condotta omissiva delle autorità pubbliche non aveva causato alle ricorrenti un pregiudizio sufficientemente significativo e la richiesta di un rimedio non era finalizzata ad ottenere la riparazione di un danno

[53] Norwegian Supreme Court, *Greenpeace Nordic Association v. Ministry of Petroleum and Energy*, sent. 22 dicembre 2020, traduzione non ufficiale disponibile a questo indirizzo www.klimasøksmål.no/wp-content/uploads/2021/01/judgement_translated.pdf, paragrafi 141 s.

[54] *Ibidem*, paragrafi 157-163.

[55] *Ibidem* , paragrafi 167-178.

individuale. Scopo del ricorso era piuttosto ottenere, come ha osservato la Corte, «climate protection measures at the federal level (existing today and planned up to the year 2030) examined in the abstract for their compatibility with state obligations to protect»[56]. La Corte ha ritenuto che la legislazione elvetica non consentisse *l'actio popularis* e che la pressione sugli organi politici affinché adottassero misure di mitigazione più significative avrebbe dovuto avvenire non per mezzo di azioni legali, ma per mezzo di «political means, for which purpose the Swiss system with its democratic instruments opens up sufficient opportunities»[57].

In termini simili si è espressa la Corte d'appello del nono distretto nel caso *Juliana e altri*, nell'ambito di un ricorso promosso da una coalizione di giovani e avvocati (Our Children's Trust) che lamentava la violazione di diritti costituzionalmente protetti a causa della decisione del governo federale di autorizzare e sovvenzionare l'estrazione e il consumo di materie prime di origine fossile la cui combustione aumenta l'emissione di gas serra. In primo grado la Corte distrettuale del distretto dell'Oregon aveva respinto la difesa del Governo basata sull'assenza di legittimazione ad agire dei ricorrenti per la natura eminentemente politica del rimedio che veniva richiesto[58]. La Corte d'appello del nono distretto ha invece accolto la tesi difensiva del governo. Ha infatti ritenuto che l'adozione di un piano di riduzione delle emissioni di gas serra costituisse l'unico mezzo per limitare i cambiamenti climatici, e dunque per fornire un rimedio ai ricorrenti. Ha però ritenuto che l'esercizio, da parte del giudice, del controllo sul suddetto piano avrebbe necessariamente reso il giudice «a host of complex political decisions»[59]. L'assenza di standard normativi chiari e precisi che potessero guidare il giudice nella valutazione delle misure decise dal governo ha infine condotto la Corte a ritenere che i ricorrenti non fossero legittimati ad agire in giudizio[60].

[56] Federal Supreme Court, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications*, sent. 5 maggio 2020, par. 5.5.

[57] *Ibidem*.

[58] District Court for the District Oregon, *Juliana et al. v. United States of America et al.*, sent. 10 novembre 2016. Il testo originale è consultabile all'indirizzo: https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/5824e85e6a49638292ddd1c9/1478813795912/Order+MTD.Aiken.pdf.

[59] United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, *Juliana et al. v. United States of America et al.,* sent. 17 gennaio 2020, https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/5e22101b7a850a06acdff1bc/1579290663460/2020.01.17+JULIANA+OPINION.pdf 47 F.3d 1159 (9th Cir. 2020), a p. 1171.

[60] Nella sua opinione dissenziente il giudice Stanton ha al contrario affermato che il dovere del giudice di fornire un rimedio alla violazione di diritti costituzionalmente garantiti lo obbliga «to fashion and effectuate relief to […] legal wrongs, even when – as frequently happens – it requires that [they] instruct the other branches as to the constitutional limitations on their power», *ibidem*.

5. Valutazione delle sentenze esaminate: tanto rumore per nulla!

Come emerge da quando fin qui scritto, nell'ambito del contenzioso strategico sui cambiamenti climatici la dottrina dell'atto politico è stata in alcuni casi accolta dai giudici nazionali, anche se sotto le vesti della mancanza di legittimazione ad agire dei ricorrenti. Ciò è ben evidente nel caso da ultimo richiamato, nel quale il giudice ha utilizzato l'argomento dell'incompetenza istituzionale, uno dei motivi a fondamento della dottrina dell'atto politico[61].

In altri casi i giudici l'hanno formalmente respinta, ma hanno poi riconosciuto ai governi un ampio margine di discrezionalità sulle misure da adottare per contrastare il cambiamento climatico, stabilendo soglie molto alte solo oltrepassate le quali il giudice può esercitare il controllo che gli compete. In questi casi, poi, pur non rifiutandosi di giudicare le politiche ambientali dei governi, i giudici le hanno ritenute non lesive dei diritti protetti dalle costituzioni nazionali e dagli accordi internazionali sui diritti umani dei quali gli Stati convenuti erano parti.

In alcuni casi, infine, i giudici non hanno tenuto conto della dottrina dell'atto politico, esercitando un controllo giurisdizionale sull'attività degli organi politici.

L'atteggiamento più o meno prudente dei giudici nazionali nei casi esaminati è chiaramente stato influenzato dal più generale grado di deferenza che i giudici sono soliti accordare alle decisioni degli organi politici nei differenti ordinamenti[62].

Fra gli studiosi della dottrina dell'atto politico, coloro che esprimono perplessità e/o critiche sulla sua applicazione, non mancano di individuare dei limiti al controllo giurisdizionale che il giudice potrebbe e dovrebbe esercitare nei confronti delle scelte degli organi politici. Viene in particolare osservato che di fronte ad un parametro normativo internazionale contenente disposizioni dal contenuto generico, il giudice dovrebbe tener conto della discrezionalità del governo nella scelta delle misure per darvi attuazione, limitandosi a stabilire se le misure adottate siano adeguate per garantire il rispetto dei diritti dei ricorrenti. Inoltre viene escluso che il giudice possa esercitare un'interpretazione evolutiva delle norme internazionali, al fine di ricavare dalle stesse obblighi che gli Stati non hanno voluto assumere[63].

I limiti appena citati sono ragionevoli, definiscono infatti un equilibrato compromesso fra esercizio dell'azione giurisdizionale a protezione dei diritti individuali e competenze degli organi politici. Quando si tenta di applicarli al

[61] V. *supra*, paragrafo 3.

[62] Si veda per una comparazione fra alcuni ordinamenti di *civil law* (quelli di Italia e Francia) e di *common law* (quelli di Stati Uniti e Regno Unito) D. AMOROSO, *Insindacabilità*, cit., p. 18 ss.

[63] D. AMOROSO, *Judicial Abdication in Foreign Affairs*, cit., p. 129.

contenzioso climatico va ricordato che la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici, pur avendo un contenuto vago, è stata seguita da accordi attuativi che ne hanno precisato il contenuto, almeno per quanto riguarda l'obbligo di riduzione delle emissioni. È dunque tenendo conto di questo dato che vanno valutate le sentenze dei giudici nazionali che hanno respinto la dottrina dell'atto politico.

La Corte suprema olandese ha ordinato alle istituzioni politiche di perseguire obiettivi di riduzione delle emissioni più ambiziosi rispetto a quelli stabiliti dall'Unione europea, ma comunque almeno corrispondenti all'impegno che lo Stato si era assunto durante e a conclusione della CoP di Cancún. Le risoluzioni adottate dagli Stati contraenti a conclusione delle CoP, sebbene non sempre formalmente vincolanti[64], rappresentato un documento dal quale può evincersi la formazione di un accordo fra le parti sulle modalità di attuazione della Convenzione quadro e del Protocollo. Esse sono adottate, in fatto, per *consensus*, a seguito dell'impossibilità di trovare un accordo fra gli Stati parti sulle modalità della loro votazione[65].

Si tratta, in altre parole, di uno strumento da utilizzare per interpretare i medesimi accordi (art. 31, par. 3, lett. a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). L'utilizzo di tale criterio ermeneutico da parte del giudice nazionale non produce un'azione *ultra vires* del medesimo se, come chi scrive ritiene, le disposizioni della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati, a seguito dell'attuazione di questo accordo nell'ordinamento interno, sono applicabili da qualsiasi organo dello Stato, primo fra tutti il giudice.

La Corte suprema irlandese ha ordinato l'annullamento del piano di mitigazione nazionale perché vago al punto da non consentire la realizzazione degli obiettivi di riduzione delle emissioni stabiliti dall'Unione europea per fare in modo che gli Stati membri condividessero gli sforzi di riduzione delle emissioni. I giudici irlandesi si sono limitati ad ordinare al governo l'adozione di un piano più dettagliato, concepito come una garanzia per la realizzazione degli obblighi di riduzione derivanti dal diritto dell'Unione europea.

La Corte suprema norvegese ha esercitato il controllo giurisdizionale

[64] Eccessiva enfasi sulla natura non vincolante di tali atti viene posta da coloro che valorizzano l'assenza nei trattati in questione di disposizioni che attribuiscono alle risoluzioni in esame natura vincolante: così, ad esempio, D. BODANSKY, *Legally Binding Versus Non-legally Binding Instruments*, in S. BARRETT, C. CARRARO, J. DE MELO (ed.) *Towards a Workable and Effective Climate Regime*, CEPR Press and Ferdi, London, 2015, p. 157.

[65] In passato, in alcuni casi, il Presidente della CoP ha accertato l'avvenuta formazione del *consensus* malgrado l'opposizione espressa di alcuni Stati, permettendo l'adozione della decisione. Cfr. A. VIHMA, *How to Reform the UN Climate Negotiations?Perspectives from the Past, Present and Neighbour Negotiations*, Finnish Institute of International Affairs Working Paper, 2014, p. 11 ss; L. MASSAI, *Dealing with "Consensus" at the UN Climate Talks*, consultabile nel sito internet *Climalia*, http://www.climalia.eu/dealing-consensus-un-climate-talks/.

prendendo a riferimento un parametro, quello della grave negligenza delle istituzioni politiche, che rende poco probabile l'accertamento della responsabilità dei poteri politici. Nel caso preso in esame, inoltre, il giudice norvegese non ha verificato se le misure adottate dal governo per ridurre le emissioni fossero state in grado, o avrebbero potuto essere capaci in futuro, di garantire la riduzione complessiva delle emissioni prodotte dal territorio norvegese malgrado le emissioni derivanti dalle licenze concesse.

In conclusione, nei casi qui analizzati i giudici non sono andati oltre quanto deciso dai governi sul piano internazionale. Questo dato suggerisce che i governi non hanno alcun motivo di temere le pronunce dei giudici in questa materia; né vi è motivo perché utilizzino a loro difesa la dottrina dell'atto politico fondata sul principio di separazione dei poteri. I casi qui analizzati dimostrano che i giudici ben conoscono quest'ultimo principio e lo stanno applicando correttamente.

6. Separazione dei poteri e minaccia climatica: il giudice di fronte ad una scelta esistenziale

Il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente ha recentemente pubblicato un rapporto che realizza una proiezione delle riduzioni dei gas serra che saranno prodotte dall'applicazione da parte di 120 Stati dei loro NDCs[66]. Ne emerge che entro il 2050 le misure al momento previste saranno in grado di ridurre le emissioni solo del 7,5%; lo stesso rapporto stima che di questo passo la temperatura globale aumenterà entro il 2050 di 2,7 °C. Dati allarmanti sono contenuti anche nel rapporto adottato dal Working Group I dell'IPCC, che si occupa di analizzare e sintetizzare i risultati di tutti gli studi scientifici prodotti al mondo sull'aumento della temperatura globale. Nel rapporto adottato nell'agosto 2021 viene indicato un aumento rapidissimo e significativo di eventi metereologici avversi ad altissima intensità che colpiranno tutti i paesi al mondo se misure drastiche per contenere l'aumento della temperatura globale non verranno adottate nei prossimi anni da tutti gli Stati[67]. Da entrambi gli studi emerge che non c'è più tempo per posticipare la riduzione dei gas serra, poiché entro pochi anni i cambiamenti climatici saranno irreversibili.

Senza voler incedere in letture catastrofiste della realtà, non si può negare che il pericolo al quale il cambiamento climatico espone il genere umano, già oggi, non più in un domani lontano, è di tale minacciosità, estensione e

[66] UNEP, *Emissions Gap Report 2021*, October 2021, conultabile all'indirizzo https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2021. V. anche V. POPOVSKI (ed.), *The Implementation of the Paris Agreement on Climate Change*, New York, Routledge, 2019.

[67] IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Summary for Policymakers, 2021*, IPCC AR6 WG-I, consultabile all'indirizzo https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/.

soprattutto di natura irreversibile al punto da generare uno stato d'emergenza permanente, che metterà a rischio l'esistenza stessa dello stato democratico e delle libertà costituzionalmente garantite.

Di fronte ad uno scenario così spaventoso, che aumenta l'importanza del contenzioso climatico quale strumento di pressione nei confronti degli Stati, vi è da chiedersi se l'applicazione dell'Accordo di Parigi possa rendere difficile l'adozione di sentenze che condannino gli Stati ad adottare misure più efficaci di contrasto al cambiamento climatico senza causare anche la violazione del principio di separazione dei poteri. È certo vero che per effetto dell'Accordo di Parigi le parti contraenti hanno assunto l'impegno di adottare NDCs che tengano conto dei dati scientifici (art. 4, par. 1), e che riflettano «the highest possible ambition» (art. 4, par. 3). Ma l'impegno 'a tener conto' delle indicazioni provenienti dalla scienza climatica non equivale ad un impegno a garantire la realizzazione delle raccomandazioni da questa provenienti. Di fronte ai giudici nazionali si prefigurerà, allora, una scelta ineludibile fra giustizia '(parzialmente) creativa' e formalismo giuridico e, addirittura, fra sopravvivenza della democrazia e quella del genere umano.

Sacrificare un principio fondamentale dello Stato democratico come quello della separazione dei poteri non è scelta che può essere compiuta a cuor leggero, ma richiede che sia data una risposta negativa all'interrogativo se esista una vera alternativa alla rottura del patto sociale, e al sacrificio di vite umane, che saranno causati dalle resistenze degli Stati a contrastare efficacemente il cambiamento climatico.

Come non immaginare, allora, che anche i giudici nazionali, supportati dalle evidenze scientifiche, possano far pressione sulle istituzioni politiche affinché si impegnino, finché v'è tempo, ad adottare politiche di riduzione delle emissioni che, pur comportando gravi sacrifici per i bilanci degli Stati, per le imprese e per i diritti individuali, ne risparmieranno di altri, futuri, ben più gravi e soprattutto perpetui. Il giudice non dovrebbe sostituirsi alle scelte delle istituzioni politiche circa le misure da adottare per realizzare precisi livelli di riduzione. Superando l'obiezione dell'incompetenza istituzionale con il supporto della scienza climatica potrebbe però ordinare alle istituzioni politiche di raggiungere precisi livelli di riduzione delle emissioni, invece che limitarsi ad accertarne la natura non sufficientemente ambiziosa, bilanciando il sacrificio che la loro realizzazione comporterà nell'immediato con quello che, in loro assenza, dovrà essere sopportato dalle generazioni future.

LEGIFERARE MEGLIO: A PROPOSITO DELLA NUOVA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA

MARTA PICCHI*

Sommario

1. Premessa. – 2. I contenuti della Comunicazione. – 2.1. Condivisione dell'impegno per migliorare il processo regolatorio. – 2.2. Una migliore comunicazione con gli *stakeholders* e il pubblico in generale. – 2.3. Maggiore trasparenza. – 2.4. Nuovi strumenti di semplificazione e riduzione degli oneri amministrativi …. – 2.5. … e ottimizzazione di quelli esistenti. – 3. Riflessioni conclusive. – 3.1. L'approccio *one in, one out* fra innovazione, *revirement* e antiche questioni. – 3.2. Un rimedio controproducente per fronteggiare gli oneri della partecipazione.

Abstract

This essay analyzes the recent Communication of the European Commission on better regulation, highlighting the continuity with the choices made previously.

The essay gives an account of some solutions that will undoubtedly contribute to further improving the quality of the European Union's regulatory sources. However, the focus is mainly on two innovative choices that could have counterproductive effects also based on the implementation that will be carried out.

Suggerimento di citazione

M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova Comunicazione della Commissione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze. Contatto: marta.picchi@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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.

Lo scorso aprile, la Commissione europea ha varato la nuova (e attesa) Comunicazione[1] in tema di *better regulation* che si pone nel solco dei precedenti interventi, confermando alcune scelte, ma che introduce anche delle novità meritevoli di riflessione. La dottrina ha subito mostrato interesse per questa nuova Comunicazione non risparmiando critiche soprattutto per essere ancorata a un'impostazione risalente che male potrà supportare gli obiettivi ambiziosi del *Green Deal europeo*[2].

Secondo l'OCSE[3], il sistema "Legiferare meglio" creato dalla Commissione europea rappresenta uno degli approcci normativi più avanzati al mondo. Le istituzioni dell'Unione europea (UE) vantano un'esperienza ormai trentennale nel migliorare la qualità dell'attività normativa: nel 2019, la Commissione europea ha però avviato una riflessione, volta a compiere un bilancio dei risultati conseguiti e a individuare ulteriori possibili miglioramenti. Il nuovo intervento, dunque, si propone l'obiettivo di garantire che le scelte politiche compiute siano in grado di sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE, nonché le sfide che necessariamente devono essere affrontate nel lungo periodo.

Il presente contributo, dopo una breve illustrazione dei principali contenuti della Comunicazione, intende riflettere e compiere un bilancio alla luce delle novità introdotte evidenziando alcune criticità che permangono o che si aggiungono.

2. I contenuti della Comunicazione

I principali obiettivi espressi nella Comunicazione sono quattro: a) rafforzare l'impegno comune e la condivisione degli sforzi per migliorare il processo regolatorio; b) migliorare la comunicazione con i portatori di interessi e il pubblico in generale; c) garantire una maggiore trasparenza; d) rivedere e ottimizzare lo strumentario volto a potenziare la semplificazione e la riduzione degli oneri amministrativi collegati all'attività normativa.

[1] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*, COM(2021) 219 def. del 29 aprile 2021.

[2] Cfr. L. ALLIO, *"Legiferare meglio" per il* Green Deal*? La parabola incompiuta della Comunicazione della Commissione europea*, in *Rass. trim. Oss. AIR*, 3/2021, p. 19 ss., il quale evidenzia e riflette sulle occasioni mancate da questa nuova Comunicazione: fra tutte, l'Autore sottolinea come la Comunicazione non indichi i modi in cui la *better regulation* potrà affrontare l'impatto sociale del *Green Deal* in maniera tale da favorirne la legittimazione e l'accettazione da parte dei cittadini. Nello stesso senso si vedano anche le considerazioni di F. CACCIATORE, N. RANGONE, *Qualità della regolazione nella pandemia e oltre*, *ivi*, p. 6.

[3] Cfr. OCSE, *Prospettive OCSE 2018 sulla politica della regolazione*, OECD Publishing, Parigi, 2019: in merito, si veda il contributo di C.M. RADAELLI, *The state of play with the better regulation strategy of the European Commission*, in *STG Policy Brief*, 6/2021.

2.1 Condivisione dell'impegno per migliorare il processo regolatorio

La cooperazione tra i co-legislatori dell'UE, con gli Stati membri e i portatori di interessi è fondamentale. Sebbene il Parlamento europeo e il Consiglio abbiano concluso con la Commissione l'Accordo interistituzionale *Legiferare meglio* il 13 aprile 2016, non vi hanno però dato pieno seguito. La Commissione osserva di poter determinare gli impatti previsti solo limitatamente alle proprie proposte legislative: tuttavia, le modifiche introdotte durante i negoziati col Parlamento europeo e il Consiglio possono alterare significativamente le implicazioni della legislazione dell'UE per le persone e le imprese. Perciò, la Commissione invita i co-legislatori a documentare gli effetti delle loro modifiche in termini di impatto previsto.

Questo è un vecchio problema che viene adesso ripresentato con maggior forza dalla Commissione sebbene, in dottrina, vi siano posizioni critiche. Infatti, si osserva[4] che l'obbligo di effettuare valutazioni d'impatto può limitare la discrezionalità nell'operare le scelte politiche da parte dei due co-legislatori che rappresentano, in un caso, i cittadini dell'UE e, nell'altro caso, gli Stati membri. Per di più, una seria valutazione d'impatto è un processo lungo e complesso che può rallentare non poco il processo legislativo.

Ad ogni buon conto, sarebbe opportuno che la Commissione si preoccupasse anche di fare in modo che le valutazioni d'impatto – spesso documenti lunghi e ricchi di riferimenti bibliografici – fossero articolate in maniera tale da facilitare la comprensione di un atto giuridico invece di proporsi di giustificare le basi tecniche e giuridiche della proposta legislativa. In questa maniera, ai co-legislatori verrebbe fornita una base adeguata per poter apprezzare il potenziale impatto delle modifiche che si vogliono introdurre.

La Comunicazione contiene poi un riferimento anche agli Stati membri: difatti, questi svolgono un ruolo importante perché, dando attuazione agli atti dell'UE, dispongono di informazioni sugli effetti prodotti nei rispettivi ordinamenti che sono essenziali nella prospettiva di un nuovo intervento normativo a livello europeo. Fra l'altro, proprio la valutazione *ex post* rappresenta un anello debole per quanto diremo e perché non sempre gli Stati si rendono disponibili nel fornire dettagliate informazioni sui costi/benefici degli strumenti politici applicati[5]: occorre dunque una preventiva attività persuasiva nei confronti degli Stati membri e una forte volontà politica affinché vi sia da parte di questi una maggiore responsabilità e collaborazione.

[4] Cfr. F. SIMONELLI, N. IACOB, *Can We Better the European Union Better Regulation Agenda?*, in *EJRR*, 2021, p. 3.

[5] Cfr. E. GOLBERG, *"Better Regulation": European Union Style*, in *M-RCBG Associate Working Paper Series*, 98/2018, disponibile su *https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/98_final2.pdf.pdf*.

2.2 Una migliore comunicazione con gli *stakeholders* e il pubblico in generale

L'elaborazione di politiche efficaci richiede il coinvolgimento delle persone interessate dalle decisioni anche perché la fiducia nell'UE può essere preservata soltanto attraverso politiche che tengano in considerazione e rispecchino i valori e le preoccupazioni dei cittadini. La Commissione – tenuto conto anche delle difficoltà manifestate dai portatori di interessi nel fornire contributi entro i termini stabiliti durante la crisi legata alla pandemia – ritiene che le consultazioni non dovrebbero comportare oneri inutili e, di conseguenza, ha inteso adottare alcuni accorgimenti per agevolare la partecipazione. Per il futuro, ha così previsto «un sistema più razionalizzato, più inclusivo e più semplice, basato su un unico "invito a presentare contributi" e su questionari più chiari, nel rispetto delle prerogative delle parti sociali»[6].

Saranno così evitate consultazioni pubbliche su questioni molto tecniche che rivestono scarso interesse per il grande pubblico ritenendo sufficiente una consultazione mirata dei portatori di interessi per raccogliere le informazioni necessarie. In aggiunta, verrà migliorata la struttura dei questionari per ovviare non solo all'eccesso di tecnicismo ma anche alla lunghezza e alla mancanza di un giusto equilibrio tra domande aperte e chiuse e verrà promosso maggiormente il portale *web* "Di' la tua" per incoraggiare un maggior numero di persone a presentare contributi.

L'insoddisfazione manifestata in più occasioni sulla scarsa pubblicità delle informazioni sul modo in cui i contributi dei partecipanti alle consultazioni pubbliche sono stati utilizzati nel processo di elaborazione delle politiche pubbliche, fra l'altro rilevata e confermata anche dalla Corte dei conti europea[7], ha spinto la Commissione ad adottare nuovi accorgimenti. Al momento, di norma, viene pubblicata una relazione di sintesi su ciascuna consultazione pubblica, indicativamente entro otto settimane dalla chiusura. L'impegno è a fare in modo che le relazioni riepilogative che accompagnano le valutazioni d'impatto e quelle *ex post* forniscano una panoramica e un'analisi di tutte le attività di consultazione. I contributi delle diverse categorie di portatori di interessi saranno meglio distinti gli uni dagli altri e, durante tutto il processo, gli *stakeholders* riceveranno notifiche sui nuovi sviluppi di ciascuna iniziativa, come la pubblicazione della proposta della Commissione o l'adozione della legislazione definitiva a seguito delle trattative tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la

[6] Cfr. COM(2021) 219 def., § 3.

[7] Corte dei conti europea, *Relazione speciale n. 14/2019. "Di' la tua!": le consultazioni pubbliche della Commissione coinvolgono i cittadini, ma le attività per renderle note sono insufficienti*, disponibile su *https://www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=50895*.

Commissione.

Inoltre, sempre in tema di partecipazione, la Commissione ha deciso di unire due fasi finora tenute distinte: i periodi per la presentazione di osservazioni/contributi relativamente alle tabelle di marcia/valutazioni d'impatto iniziali e le consultazioni pubbliche sulla base di questionari. Gli inviti a presentare contributi includeranno una descrizione dell'iniziativa e, se del caso, un *link* alla consultazione pubblica. I cittadini avranno dodici settimane di tempo per rispondere. Questa scelta presentata come una soluzione volta a favorire la partecipazione riducendo contestualmente gli oneri cui vanno incontro i portatori di interessi nel prendere parte alle consultazioni è uno dei temi che solleva, come vedremo, alcuni problemi e ragionevoli critiche[8].

La valutazione *ex post* sugli effetti delle politiche continuerà a basarsi sui pareri delle parti interessate: tuttavia, sempre per agevolare la presentazione dei contributi da parte dei portatori di interessi e ridurre l'impegno in termini di tempo e risorse da parte dei partecipanti, il pubblico sarà consultato una sola volta al momento della revisione di medio periodo della legislazione vigente e dei programmi di spesa anziché effettuare consultazioni separate per la valutazione *ex post* e la valutazione d'impatto del nuovo intervento normativo. Anche su questo tema sono possibili, come vedremo, alcune considerazioni critiche[9].

2.3 Maggiore trasparenza

La trasparenza è essenziale per far sì che i cittadini possano svolgere un ruolo attivo nel processo di elaborazione delle politiche e possano chiedere alle istituzioni dell'UE di rispondere delle decisioni assunte. Il principale intento è l'istituzione, insieme al Parlamento europeo e al Consiglio, di un portale legislativo comune consentendo a chiunque di accedere facilmente a tutti i contributi, studi, valutazioni, ecc. alla base di una determinata iniziativa politica.

In questa maniera, verrà garantito l'accesso anche ai dati scientifici, quale scelta fondamentale per far fronte alle sfide globali e per rafforzare la fiducia dell'opinione pubblica.

Come è stato osservato[10], in tema di trasparenza, nella Comunicazione non viene in alcun modo affrontato il fatto che i decisori dovrebbero però pubblicizzare i criteri oggettivi sulla cui base è stata compiuta la selezione delle prove empiriche che hanno condotto alla decisione assunta distinguendo opportunamente tra evidenze scientifiche e dati che invece derivano dalle metodologie prospettiche o dai pareri resi dagli interessati.

[8] Cfr. *infra*, § 3.
[9] Cfr. *infra*, § 3.
[10] Cfr. L. ALLIO, *"Legiferare meglio" per il* Green Deal, cit., p. 19 ss.

2.4 Nuovi strumenti di semplificazione e riduzione degli oneri amministrativi …

Nell'ambito della politica di miglioramento della normazione vigente, l'obiettivo del programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione – *REFIT*[11] – è massimizzare i benefici per i cittadini, le imprese e la società in generale, eliminando contestualmente gli ostacoli burocratici, riducendo i costi e mirando a semplificare e ad agevolare la comprensione della legislazione dell'UE.

La Commissione intende potenziare ulteriormente lo sforzo di riduzione degli oneri adottando un approccio *one in, one out* allo scopo di garantire che gli eventuali nuovi oneri introdotti da una nuova legge siano controbilanciati dalla riduzione di oneri contemplati in precedenza nello stesso settore di attività: in particolare, la sperimentazione è iniziata già in questa seconda metà del 2021 mentre l'attuazione è prevista per il 2022[12]. Già nel 2020 la Commissione ha comunque istituito la piattaforma *Fit for future* per fornire consulenza sui metodi volti ad agevolare l'applicazione della legislazione dell'UE e renderla più efficace e più adatta al futuro.

Secondo la Commissione, approcci *one in, one out* avrebbero incoraggiato i decisori politici, negli Stati membri[13] che ne hanno fatto uso, a guardare oltre gli obiettivi strategici focalizzandosi sugli aspetti pratici dell'attuazione delle politiche, rafforzando una cultura di elaborazione delle politiche che garantisca non solo il conseguimento degli obiettivi politici, ma che presti anche maggiore attenzione a come ciò viene realizzato. L'auspicio è quello di suscitare una maggiore attenzione sui temi dell'efficienza legislativa, evitando oneri che non sono strettamente necessari per il conseguimento degli obiettivi strategici.

Per limitare le critiche, poiché l'adozione di detto approccio enfatizza l'idea che la normazione costituisca un ostacolo allo sviluppo economico anziché lo strumento necessario per garantire i diritti dei cittadini assecondando ideologie

[11] Dal 2002, la Commissione ha iniziato ad occuparsi della riduzione degli oneri normativi con il varo del programma *Legiferare meglio*. L'approccio alla riduzione degli oneri si è poi evoluto nel tempo soprattutto con l'esperienza acquisita nell'ambito del *Programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi 2007-2012*, COM(2007) 23 def. del 24 gennaio 2007: difatti, è emerso che un approccio basato esclusivamente sulla riduzione dei costi presenta notevoli inconvenienti. Nel dicembre 2012, la Commissione ha così varato il programma *REFIT* (*Regulatory Fitness and Performance Programme*, COM(2012) 746 *final*) incentrato, in sede di revisione della legislazione, sul bilanciamento dei costi con i benefici.

[12] Inoltre, la Commissione si impegna a riesaminare l'approccio *one in, one out* nel 2023 per verificare la produzione dei risultati auspicati e riesaminarne l'attuazione: COM(2021) 219 def., § 8.

[13] In merito, si veda lo studio svolto dall'OECD, *Better Regulation Practices across the European Union*, OECD Publishing, Paris, 2019, disponibile su *https://oldbetteregulation.lumsa.it/sites/default/files/9789264311732-en.pdf*.

di stampo ordoliberale, sono stati previsti degli elementi di flessibilità. Infatti, la Commissione puntualizza che detto approccio non verrà applicato in modo meccanico e non comporterà un abbassamento degli elevati *standard* economici, sociali e ambientali dell'UE, né impedirà l'adozione di nuove iniziative che abbiano un chiaro valore aggiunto perseguendo efficacemente le priorità politiche. In particolare, ai fini della flessibilità dell'approccio *one in, one out* la Commissione prevede che: a) se non è fattibile una possibilità di risparmio sui costi nel programma di lavoro dello stesso anno, questa sarà inserita successivamente; b) se la legislazione proposta che impone dei costi è necessaria ma non è realizzabile una possibilità di risparmio nel medesimo settore, la Commissione può decidere di ricavarla da un altro settore; c) se vi è una volontà politica di introdurre atti legislativi senza alcuna possibile compensazione nello stesso settore, la Commissione può decidere di esentare tale intervento normativo dall'approccio *one in, one out*.

Questo nuovo approccio, benché annunciato in più occasioni è un altro tema che, come vedremo, solleva non pochi problemi e critiche[14].

2.5 … e ottimizzazione di quelli esistenti

L'emergenza pandemica ha confermato che l'UE deve fronteggiare non soltanto le sfide odierne ma deve prevedere anche quelle future: dunque, le politiche devono essere elaborate in maniera tale da rafforzare la resilienza, affrontare le fragilità esistenti e individuare le opportunità in settori strategici tenendo conto delle grandi tendenze emergenti (cambiamenti tecnologici, iperconnettività, tendenze demografiche significative) per mezzo di analisi prospettiche volte a identificare possibili sviluppi futuri in settori specifici.

Diviene dunque essenziale la previsione strategica e scientifica per adeguare l'elaborazione delle politiche dell'UE alle esigenze future e far sì che le scelte compiute siano fondate su una prospettiva a lungo termine tenuto conto anche degli obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS). Perciò, la previsione strategica diviene parte integrante del programma *Legiferare meglio* della Commissione.

Inoltre, la Commissione osserva che la necessità di un'azione normativa urgente rende talvolta impossibile svolgere le consultazioni e/o le valutazioni d'impatto, come è accaduto durante la crisi pandemica. In questi casi, le relazioni hanno comunque illustrato le motivazioni che erano alla base delle proposte, ma non è stato possibile valutare pienamente in anticipo l'impatto sia per la mancanza di tempo che a causa della rapida evoluzione della situazione. La Commissione intende proseguire in tal senso: l'analisi e tutti gli elementi di prova saranno presentati in un documento di lavoro pubblicato insieme alla proposta o al più tardi entro tre mesi dalla pubblicazione indicando come e

[14] Cfr. *infra*, § 3.

quando l'atto sarà successivamente valutato.

Sempre nella prospettiva della ripresa dalla crisi e di un'accelerazione della duplice transizione – verso un'economia verde e digitale – saranno individuati gli OSS fissati dalle Nazioni Unite nell'ambito dell'Agenda 2030[15] per ciascuna proposta esaminando in che modo l'iniziativa inciderà sul loro conseguimento. La necessità di incorporare gli OSS nel processo di normazione costituisce un'evidenza poiché l'UE ha ottenuto scarsi risultati per quanto riguarda la strategia Europa 2020[16] e nessun Stato membro, al momento, sembra essere in grado di raggiungere tutti gli OSS nei tempi stabiliti[17]. Di conseguenza, i collegamenti con gli OSS saranno inclusi in tutte le valutazioni d'impatto e quelle *ex post* e la Commissione si impegna affinché le motivazioni alla base delle proposte normative siano chiare e accessibili per il pubblico.

In termini di trasparenza, dando attuazione agli impegni assunti in precedenza[18], la Commissione pubblicherà per ogni proposta politicamente sensibile o importante una griglia di valutazione della sussidiarietà accompagnata da una valutazione d'impatto allo scopo di rendere più facile per le istituzioni politiche capire quali aspetti dell'azione dell'UE siano controversi relativamente alla loro necessità e alle loro modalità allo scopo di incentrare la discussione su questi punti.

In tema di sostenibilità e trasformazione digitale, la Commissione si impegna a facilitare l'applicazione del principio "non arrecare danni significativi"[19] facendo in modo che le consultazioni dei portatori di interessi riguardino esplicitamente gli aspetti ambientali e digitali, se pertinenti. Inoltre, la valutazione dell'opzione preferita nelle valutazioni d'impatto sarà estesa all'analisi dei principi "non arrecare danni significativi" e "digitale per definizione". In tutte le valutazioni *ex post* vi sarà una domanda specifica per stabilire se sia possibile

[15] Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Risoluzione n. 70/1. Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, adottata il 25 settembre 2015 e disponibile su *https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf*.

[16] Comunicazione della Commissione, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def. del 3 marzo 2010.

[17] Cfr. F. SIMONELLI, N. IACOB, *Can We Better the European Union*, cit., p. 4 ss.

[18] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità: rafforzarne il ruolo nel processo di definizione delle politiche dell'UE*, COM(2018) 703 def. del 23 ottobre 2018.

[19] Al riguardo, L. ALLIO, *"Legiferare meglio" per il* Green Deal, cit., p. 19 ss., osserva come unitamente a questo criterio sarebbe stato opportuno che la Comunicazione menzionasse anche il principio dell'"uso essenziale" – definito dalla strategia sulla sostenibilità delle sostanze chimiche (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategie in materia di sostanze chimiche sostenibili. Verso un ambiente privo di sostanze tossiche*, COM(2020) 667 def. del 14 ottobre 2020) – che necessita, come il primo, di orientamenti attuativi chiari per evitare che si produca un disincentivo agli investimenti e all'innovazione.

ridurre ulteriormente l'impatto ambientale e fare di più per la trasformazione digitale. La relazione che accompagna la proposta normativa spiegherà in quali termini l'iniziativa rispetta il principio di "non arrecare danni significativi" e contribuisce a realizzare una società e un'economia digitali. Tutti questi miglioramenti consentiranno il rispetto degli obblighi stabiliti dalla legge europea sul clima nonché gli obiettivi e i principi stabiliti nella Comunicazione *Bussola per il digitale 2030*[20].

La Commissione intende poi intervenire sulle clausole di monitoraggio e di revisione poiché, per valutare un atto normativo, occorre che trascorra un lasso di tempo sufficiente prima che possano essere raccolti dati e contributi sufficienti per stimarne l'efficacia. Spesso le modifiche introdotte dai co-legislatori rendono poco chiari i requisiti relativi al tipo di riesame da effettuare oppure impongono termini per le valutazioni di atti normativi che scadono prima che vi siano sufficienti esperienze pratiche e informazioni sulla loro attuazione e sugli effetti prodotti, secondo quanto è stato evidenziato dalla stessa Corte dei conti[21]. La Commissione, per rendere più coerenti le clausole di revisione, propone ai co-legislatori di distinguere più chiaramente tra relazioni di attuazione e di valutazione *ex post*: le prime dovrebbero riguardare i progressi compiuti nel recepimento, nell'attuazione e nell'applicazione della legislazione, compresi gli eventuali problemi riscontrati in tale contesto; invece, le seconde dovrebbero essere riferite alla valutazione della normazione alcuni anni dopo l'avvio dell'attuazione.

In particolare, poiché le valutazioni *ex post* e quelle d'impatto dipendono dalla qualità, disponibilità e riutilizzo di dati e però l'attività di monitoraggio e gli obblighi di comunicazione costituiscono degli oneri amministravi per le imprese e le autorità pubbliche, occorre che i co-legislatori si adoperino affinché gli atti normativi contengano clausole relative al monitoraggio e alla comunicazione che consentano di raccogliere i dati necessari e sufficienti per la loro valutazione.

3. Riflessioni conclusive

La Comunicazione sinteticamente illustrata sicuramente opera una razionalizzazione di alcuni strumenti di *better regulation* per accrescerne l'utilità e l'efficacia.

Fra i miglioramenti, sono senz'altro importanti gli interventi volti a

[20] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM(2021) 118 def. del 9 marzo 2021.

[21] Corte dei conti europea, *Relazione speciale n. 16/2018. Riesame* ex post *della legislazione UE: un sistema ben concepito, ma incompleto*, disponibile su *https://www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=46063*.

semplificare l'accesso al portale "Di' la tua" e a proporre questionari con contenuti più accessibili per i portatori di interesse e il pubblico in generale e scevri di riferimenti eccessivamente tecnici, allo scopo di favorire e incrementare la partecipazione.

Valutazioni altrettanto positive devono essere espresse per l'impegno a rendere più articolate le relazioni riepilogative che accompagnano le valutazioni d'impatto e quelle *ex post* e per le comunicazioni di aggiornamento che verranno inviate agli *stakeholders* in relazione agli sviluppi di ciascuna iniziativa e così anche per le altre soluzioni volte a garantire una maggiore trasparenza.

Degni di nota sono anche i richiami, forse timidi ma presenti, al sostegno alla cosiddetta doppia transizione attraverso tre impegni: se del caso, le consultazioni dei portatori di interessi dovranno riguardare le questioni ambientali e la dimensione digitale; l'analisi dell'opzione preferita nelle valutazioni d'impatto terrà conto anche dei principi "non arrecare danni significativi" e "digitale per definizione"; tutte le valutazioni saranno impostate in maniera da ridurre al minimo gli impatti ambientali e favorire la trasformazione digitale.

Nondimeno, mi pare che occorra svolgere alcune riflessioni su due "innovazioni": la prima è introdotta come nuovo strumento di semplificazione e riduzione degli oneri amministrativi; la seconda è spacciata addirittura come misura per alleviare gli oneri di partecipazione degli *stakeholders* e del pubblico in generale.

3.1 L'approccio *one in, one out* fra innovazione, *revirement* e antiche questioni

Alla fine del 2019, il principio *one in, one out* era solo un impegno politico che intendeva in qualche maniera "assecondare" quei Paesi che si erano dimostrati strumentali nel fornire il necessario supporto per la Presidente Ursula von der Leyen: la Stessa vi aveva fatto esplicito riferimento nel presentare, nel dicembre del 2019, i metodi di lavoro della Commissione[22] e, poi, era stato nuovamente annunciato nel 2020 nel *Programma di lavoro della Commissione*[23]. In precedenza, invece, la Commissione Junker aveva rifiutato l'introduzione di un metodo di contabilità con effetti neutri in termini di obblighi normativi e amministrativi preferendo un approccio "caso per caso".

L'introduzione dell'approccio *one in, one out*, in questo momento, è

[22] Cfr. Communication from the President to the Commission, *The Working Methods of the European Commission*, P(2019) 2 del 1° dicembre 2019.

[23] Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Programma di lavoro della Commissione per il 2021. Un'Unione vitale in un mondo fragile*, COM(2020) 690 def. del 19 ottobre 2020, § 2.6: preme sottolineare che il riferimento all'approccio *one in, one out* è contenuto nel paragrafo intitolato *Un nuovo slancio per la democrazia europea*.

discutibile e per certi aspetti paradossale se si tiene conto dei numerosi interventi che la Commissione ha dovuto compiere durante il periodo della pandemia e di quelli contestuali (i pacchetti di proposte attuative del *Green Deal europeo* e di *FIT for 55*, la transizione al digitale e i vari testi sul rilancio dell'UE) alla stessa Comunicazione[24]. Per di più, questo principio appare stridere col fatto che, in questo periodo, le istituzioni europee mirano a fornire benessere attraverso politiche orientate ai benefici netti. Invece, il principio *de quo* sembra piuttosto rispondere alle esigenze manifestate da quanti auspicano normative più flessibili e meno rigorose per rispondere alla domanda di innovazione e progresso nella digitalizzazione ma anche alla necessità di adattarsi rapidamente alla concorrenza degli Stati Uniti e della Cina.

Sebbene altri Paesi abbiano introdotto questo tipo di approccio, talvolta anche in maniera più stringente (*one in, two out* oppure *one in, three out*), non vi sono prove empiriche che dimostrino l'effettiva efficacia ma soprattutto la sua introduzione rende ancora più complesso il processo legislativo potendolo anche rallentare sensibilmente[25].

In ogni caso, la Comunicazione ha generato scontento nei Paesi – a partire dalla Germania, Olanda, Danimarca, Svezia e Finlandia – che pur si esprimono da anni a favore della compensazione normativa: in particolare, viene criticata la flessibilità dell'approccio e le possibili esenzioni introdotte che possono finire col rendere il medesimo inattuabile nella pratica, come anche il fatto che detto approccio dovrebbe andare a regime nel 2022 (o nel 2023 se la fase pilota fosse poi estesa) e, quindi, non verrebbe applicato a una gran parte delle proposte legislative della Commissione von der Leyen.

Altri Paesi (Francia, Lussemburgo e Belgio) si sono espressi criticamente per ragioni opposte. Sebbene il controllo degli oneri sia un obiettivo fondamentale, rivolgere un'eccessiva attenzione ai costi significa escludere che un intervento normativo possa trovare la propria giustificazione anche quando i benefici attesi siano superiori ai costi[26]. Critiche sono rivolte alla stessa logica di tale approccio: cioè, l'idea che la legislazione generi oneri e costi inutili senza tener conto del fatto che lo scopo primo della normazione è proteggere i cittadini, gli operatori economici garantendo la certezza giuridica e operando come motore di integrazione, di progresso sociale e di sostegno ai valori dell'Unione. Inoltre, questo nuovo approccio, oltre a riconoscere implicitamente il fallimento del programma *REFIT*, viene presentato come un adattamento dei metodi di lavoro della Commissione mentre è una vera e propria rivoluzione nei metodi comunitari poiché volto a consentire agli *stakeholders* e alle potenti

[24] Cfr. É. VAN DEN ABEELE, *'One in, one out', an incongruous approach to the major European challenges*, in *ETUI Policy Brief*, 13/2021, p. 2.

[25] Cfr. F. SIMONELLI, N. IACOB, *Can We Better the European Union*, cit., p. 8.

[26] Cfr. É. VAN DEN ABEELE, *'One in, one out', an incongruous approach*, cit., p. 3 ss.

lobby industriali di poter contestare fin dall'inizio il merito di un atto normativo sulla base del fatto che aumenterebbe gli oneri per le imprese[27].

Ad ogni buon conto, le maggiori difficoltà verranno proprio dall'applicazione in concreto di detto principio: nell'individuazione e distinzione fra oneri da eliminare e quelli da mantenere e, conseguentemente, nei rapporti a livello istituzionale. L'indeterminatezza e flessibilità del criterio contribuirà poi all'istituzione di nuove strutture burocratiche incaricate del calcolo preventivo degli oneri *in* e *out* e vi saranno ulteriori difficoltà e possibili rallentamenti nel procedimento normativo quando occorrerà quantificare oneri non solo quantitativi ma anche qualitativi, tenendo conto non solo di quelli immediati ma anche di quelli a medio e lungo termine.

Non solo, la predisposizione di strutture adeguate allo svolgimento di queste attività, a parte la difficoltà di provvedervi nei tempi stabiliti, comporterà un sensibile incremento dei costi della *better regulation* che, fra l'altro, sono aumentati nel tempo e, secondo stime della stessa Commissione, ammontano ad un importo compreso tra i dieci e i trentasette milioni di euro annui[28].

Anche in ragione delle difficoltà attuative, soltanto la prassi potrà evidenziare come la Commissione ha inteso darvi attuazione e l'uso fatto dei criteri di flessibilità illustrati.

3.2 Un rimedio controproducente per fronteggiare gli oneri della partecipazione

Per quanto riguarda le consultazioni, al momento si svolgono in quattro diverse fasi del procedimento di formazione di un atto normativo. Infatti, la Commissione, quando vuole avviare un'iniziativa, deve elaborare delle tabelle di marcia allo scopo di individuare gli obiettivi dell'intervento e le possibili opzioni atte al loro perseguimento. Inoltre, secondo quanto stabilito nell'Accordo interistituzionale del 2016, la Commissione è tenuta ad elaborare valutazioni d'impatto quando l'iniziativa può produrre effetti rilevanti dal punto di vista economico, ambientale o sociale poiché, in questi casi, si rende da subito necessaria un'analisi più puntuale e articolata. Le tabelle di marcia e le valutazioni d'impatto sono sottoposte alla consultazione degli *stakeholders* e viene loro assegnato un termine di quattro settimane per far pervenire le osservazioni. A seguito di

[27] É. VAN DEN ABEELE, *'One in, one out', an incongruous approach*, cit., p. 4 ss., esprime anche dubbi di compatibilità di detto approccio con l'art. 17, § 1, del Trattato sul funzionamento dell'UE e con lo stesso Accordo interistituzionale del 2016 ritenendo, fra l'altro, che la Commissione avrebbe dovuto effettuare, a seguito di un'ampia consultazione e della modifica dello stesso Accordo interistituzionale, una valutazione preventiva dell'impatto di una tale sistematizzazione.

[28] Cfr. Commission Staff Working Document, *Taking Stock of the Commission's Better Regulation. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Better Regulation: taking stock and sustaining our commitment*, SWD(2019) 156 *final* del 15 aprile 2019, § 7.

questi commenti, prendono avvio le vere e proprie consultazioni che, a seconda dei casi, possono essere pubbliche oppure mirate. In particolare, le consultazioni si svolgono entro un termine di dodici settimane quando l'iniziativa sia finalizzata all'adozione di un atto legislativo ovvero quattro settimane nel caso in cui debba essere adottato un atto delegato o di esecuzione. Contestualmente viene portata avanti la raccolta e l'analisi di tutte le informazioni rilevanti, compresi dati, pareri scientifici e di esperti. Un'ulteriore consultazione è poi prevista dopo che l'iniziativa della Commissione è stata concretizzata nell'adozione di una proposta di atto: in questa fase, la durata per lo svolgimento delle consultazioni è di otto settimane[29]. La Comunicazione, come evidenziato, intende combinare le consultazioni svolte sulle tabelle di marcia/valutazione d'impatto iniziale con quelle immediatamente successive rischiando così di minare la loro efficacia.

Come noto, il momento in cui le consultazioni vengono svolte è importante[30]: iniziando la consultazione combinata quando viene pubblicata la tabella di marcia o la valutazione d'impatto iniziale, probabilmente i destinatari avranno a che fare con un'analisi ancora immatura e delle soluzioni soltanto preliminari e non ancora del tutto adeguate. In questo caso, la consultazione potrà risultare di scarso interesse per gli *stakeholders* se rapportata agli oneri che devono sostenere e, comunque, le informazioni assunte potranno essere non del tutto pertinenti o superficiali. Invece, se la consultazione combinata inizia solo quando la Commissione sta già lavorando alla valutazione d'impatto o allo studio di valutazione, il rischio è che le considerazioni delle parti interessate arrivino troppo tardi per riuscire ad avere un qualche effetto nel processo in corso[31].

Problemi analoghi nascono dalla scelta operata nella Comunicazione di consultare, ove possibile, le parti interessate una sola volta in sede di revisione della legislazione esistente e di valutazione dei programmi anziché procedere con due distinte consultazioni: ossia, una per la valutazione *ex post* e una successiva sulla valutazione d'impatto. L'intento è sicuramente quello di accelerare il processo: nondimeno, gli addetti si troveranno nella condizione di dover iniziare a lavorare ad un nuovo atto normativo senza avere una compiuta conoscenza dell'impatto avuto dall'atto da sostituire, in palese contrasto con il principio *evaluation first*[32].

[29] Cfr. S. MARINAI, *L'Unione europea e la* better regulation*: spunti di riflessione e prospettive future*, in *Eurojus*, 3/2021, p. 156 ss.

[30] Cfr. M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*.

[31] Cfr. F. SIMONELLI, N. IACOB, *Can We Better the European Union*, cit., p. 6 ss.

[32] Nell'ottobre 2013, detto principio ha trovato compiuta definizione nella Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Strenghthening the foundations of Smart Regulation – improving evaluation*, COM(2013) 686 *final*. La rilevanza della qualità della legislazione durante l'intero

Se l'intento di semplificare le procedure anche nella prospettiva di una maggiore partecipazione e della riduzione degli oneri a carico dei portatori di interessi e dei contribuenti in generale – concentrazione di tutti i bandi in un unico portale, eliminazione delle consultazioni su *dossier* estremamente tecnici – è da apprezzare, queste due altre scelte suscitano delle perplessità poiché le innovazioni non dovrebbero diminuire l'efficacia o la capacità delle parti interessate di contribuire al processo legislativo.

ciclo di vita delle scelte politiche è infatti una priorità definita dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Legiferare con intelligenza nell'Unione europea*, COM(2010) 543 def. dell'8 ottobre 2010, dove viene evidenziato come le fasi della regolamentazione vadano integrate all'interno di una strategia organica (*life cycle approach*).

L'ONDIVAGA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA SULLA PROMOZIONE DELLE PARI OPPORTUNITÀ IN AMBITO ELETTORALE AL COSPETTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE (A PROPOSITO DI ALCUNE RECENTI DECISIONI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO)*

ILARIA CARLOTTO**

Sommario

1. Premessa introduttiva. – 2. La vicenda delle elezioni regionali in Puglia: della denegata tutela. – 3. La vicenda del regolamento per l'elezione dei Consigli degli ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (nonché degli ordini degli ingegneri): della tutela diretta. – 4. La vicenda delle elezioni nei Comuni con meno di 5.000 abitanti: della tutela rimessa alla Corte costituzionale. – 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

The paper considers the recent administrative jurisprudence on the promotion of equal opportunities in the electoral framework, through the analysis of three recent rulings, in which the judges have shown a different awareness to the issue. In particular, from the third lawsuit, an order for referral to the Constitutional Court has arisen questioning the promotional measures set up by state legislation for access to elected offices in Municipalities with a population of less than 5.000 inhabitants.

Suggerimento di citazione

I. CARLOTTO, *L'ondivaga giurisprudenza amministrativa sulla promozione delle pari opportunità in ambito elettorale al cospetto della Corte costituzionale (a proposito di alcune recenti decisioni del giudice amministrativo)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* La pubblicazione rientra nell'attività di ricerca del Team "*Processi decisionali e fonti del diritto*" nell'ambito del Progetto di Eccellenza MIUR 2018/2022 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli studi di Verona ed è frutto della rielaborazione di un intervento tenuto nel convegno "*Gli strumenti di tutela del diritto alla parità di trattamento*", i cui atti saranno pubblicati dalla ES nel 2022, in un volume a cura di C. Padula.

** Ricercatrice a tempo indeterminato in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Verona.

Contatto: ilaria.carlotto@univr.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 introduttiva

L'ordinanza del 4 giugno 2021, n. 4294, con la quale la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, in merito alla promozione delle pari opportunità da parte della legislazione statale per le elezioni nei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, rappresenta l'occasione per svolgere alcune riflessioni sulla più recente giurisprudenza amministrativa in materia di parità tra i sessi in ambito elettorale[1].

In attesa che la Corte costituzionale intervenga, ponendo nuovi tasselli verso una maggiore garanzia delle politiche di genere, sembra opportuno dar conto dell'orientamento – non sempre lineare – seguito dal giudice amministrativo negli ultimi anni: come si avrà modo di attestare, infatti, tra il 2020 e il 2021 si sono susseguite diverse pronunce in cui i Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato hanno dato dimostrazione di una sensibilità per così dire "variabile", se non "ondivaga", per la materia: talvolta garantendo, talaltra negando le pari opportunità tra donna e uomo.

Come noto, uno degli ambiti nei quali il divario tra i due generi è ancora fortemente presente è quello politico-rappresentativo. E, in effetti, il settore dei diritti politici in relazione all'elettorato passivo rappresenta uno degli ultimi in cui l'ordinamento è intervenuto con "azioni positive", tese a promuovere i diritti delle donne, tuttora sottorappresentate negli organi elettivi[2].

Non è possibile in questa sede ripercorrere analiticamente i diversi interventi normativi e giurisprudenziali che si sono susseguiti e intrecciati al rialzo nel corso degli anni fino a giungere all'attuale quadro normativo[3]. Possiamo,

[1] Cons. St., Sez. III, 4 giugno 2021, n. 4294, pubblicata in *G.U.*, 1° serie speciale, n. 37/2021, con il n. 130.

[2] Per una recente ricostruzione sulle politiche di genere si può consultare il *Dossier* elaborato dal Servizio studi della Camera dei deputati, *Legislazione e politiche di genere*, disponibile all'indirizzo *https://temi.camera.it*, n. 62, terza edizione, 3 marzo 2021. Limitandoci a citare alcuni tra i più recenti contributi sulla tematica, si vedano M. D'AMICO, *Una parità ambigua, Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020; L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it*, n. 7, 2021, 39 ss.; C. TRIPODINA, *I gradini di pietra della parità di genere*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo *www.costituzionalismo.it*, 2, 2021, 88 ss.; L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Osservatorio Costituzionale*, disponibile all'indirizzo *www.osservatorioaic.it*, 5, 2021, 86 ss.; A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo *www.rivistaaic.it*, 4, 2016; 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*, disponibile all'indirizzo *www.rivistaaic.it*, 2, 2020; M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino, 2011; A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2012; M. D'AMICO, *La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo *www.rivistaaic.it*, 3, 2013; B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza: una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019.

[3] Tra le ricostruzioni più recenti in materia L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità*, cit., 86 ss., oltre ai contributi già citati in nota *supra*.

comunque, ben ricordare che si è passati da una fase in cui la Corte costituzionale bocciava le prime leggi atte a riequilibrare la presenza dei due generi nell'accesso alle cariche elettive, sostenendo – in base a un principio di uguaglianza meramente formale – l'assoluta indifferenza dell'appartenenza all'uno o all'altro sesso a fini elettorali[4], a successive pronunce in cui la Corte è giunta a ritenere, non solo ammissibili, ma anzi doverose misure atte a promuovere la parità di accesso alle consultazioni elettorali[5], posto che «le nuove disposizioni costituzionali […] pongono […] esplicitamente l'obiettivo del riequilibrio e stabiliscono come doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli specificamente alla legislazione elettorale»[6].

Parallelamente, la maggiore sensibilità della Corte per la promozione sostanziale delle pari opportunità si è accavallata ad una serie di interventi legislativi che hanno interessato tutti i livelli normativi, compreso quello costituzionale, con la revisione, nel 2001, dell'art. 117, settimo comma, Cost. (relativo alle leggi elettorali regionali) e, nel 2003, dell'art. 51 Cost., che ora conferisce espressamente alla Repubblica il compito di «promuovere con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»[7].

[4] C. cost., sent. 12 settembre 1995, n. 422. Per alcuni commenti a tale pronuncia L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI, *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle regioni*, Cedam, Padova, 2002, 1 ss.; G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3272 ss.; U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3268 ss.; G. CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, in *Giur. cost.*, 1995, 3283 ss.; S. BARTOLE, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *Le Regioni*, 1996, 313 ss. In generale sulle quote nella legislazione degli anni Novanta G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne*, in *Diritto e società*, 1994, 545 ss.; M. D'AMICO, *Il legislatore reintroduce le quote rosa?*, in *Studium iuris*, 2004, 434 ss.

[5] Il riferimento, chiaramente, è alle decisioni della C. cost. 13 febbraio 2003, n. 49; 14 gennaio 2010, n. 4; 5 aprile 2012, n. 81. In dottrina per alcuni commenti, si vedano L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. cost.*, 2003, 353; A. DEFFENU, *Parità fra i sessi in politica e controllo della Corte: un* revirement *circondato da limiti e precauzioni*, in *Le Regioni*, 2004, 918 ss.; L. CARLASSARE, *La legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, in *Giur. cost.*, 2010, 81 ss.; M. OLIVETTI, *La c.d. "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, in *Giur. cost.*, 2010, 84 ss.; S. LEONE, *La preferenza di genere come strumento per "ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva"*, in *Giur. cost.*, 2010, 93 ss.; G. FERRI, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania*, in *Le Regioni*, 2010, 902 ss.; M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella giunta della Regione Campania*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it*, n. 13, 2012, 1 ss.

[6] Cfr. C. cost. n. 49/2003, cit.

[7] M. CARTABIA, *Il principio della parità tra uomini e donne nell'art. 117, 7° comma, Cost.*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie: Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001, 129 ss.; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2003.

In linea con tali disposizioni, si è, quindi, via via provveduto ad introdurre previsioni per incentivare l'accesso del genere sottorappresentato in ambito politico: si pensi a strumenti quali le quote massime di candidati dello stesso genere che possono essere presentate nelle varie liste; alla previsione della doppia preferenza di genere; alla formazione di liste con l'alternanza dei due generi e così via.

Sono state, di conseguenza, approvate misure per ciascun livello di governo: dal Parlamento europeo[8], al Parlamento nazionale[9], al livello regionale[10] e degli enti locali[11].

Non sempre, però, queste misure si dimostrano realmente efficaci; non sempre vengono rispettate; a volte vengono deliberatamente aggirate e, come avrò modo di argomentare in sede conclusiva, seppure abbiano portato ad un miglioramento della situazione, non risultano ancora sufficienti a garantire un'equilibrata presenza di donne negli organi elettivi.

È in questo contesto di progressiva evoluzione che si collocano le pronunce del giudice amministrativo che si andranno ora a prendere in considerazione.

Verranno, in particolare, analizzate tre recenti vicende avvenute tra il 2020 e il 2021 ove, a fronte di discriminazioni verso il genere femminile, sono stati promossi alcuni ricorsi innanzi all'autorità giudiziaria.

Mentre nel primo dei tre casi la violazione è rimasta definitivamente priva di tutela, negli altri due il giudice amministrativo, dopo un'iniziale carenza di sensibilità, ha saputo intervenire in modo da garantire il principio di pari opportunità in ambito elettorale: in un caso operando direttamente, nell'altro rimettendo la questione alla Corte costituzionale con la citata ordinanza.

Peraltro, appare chiaro che il numero crescente di ricorsi promossi negli ultimi anni per violazione della promozione della pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive dimostra, in maniera evidente, la rinnovata attenzione e la sempre maggiore sensibilità per la tematica di cui stiamo discutendo.

[8] L. n. 90/ 2004 e n. 65/2014.

[9] L. n. 52/2014 (pur non applicata) e n. 165/2017. Sulle misure a promozione delle pari opportunità nella l. n. 165/2017, P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, in *Nomos*, disponibile all'indirizzo *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2, 2018, 1 ss.; L. TAGLIERI, *Parità di genere e prima applicazione della L. 165/2017. Le "quote rosa" e il percorso verso la parità di genere nel sistema elettorale*, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2018.

[10] L. n. 215/2012 e l. n. 20/2016. Per un quadro delle diverse leggi regionali si vedano, tra i contributi più recenti, il *Dossier* della Camera dei deputati, *Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario*, disponibile all'indirizzo *https://temi.camera.it*, 3 agosto 2020, e tra i più recenti S. BISSARO, *Parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del Governo ex art. 120, secondo comma, Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia*, in *Gruppo di Pisa*, disponibile all'indirizzo *www.gruppodipisa.it*, 1, 2021, 44 ss.

[11] L. n. 215/2012 e l. n. 56/2014.

2. La vicenda delle elezioni regionali in Puglia: della denegata tutela

La prima vicenda che merita di essere ricordata è quella che ha riguardato le elezioni regionali che si sono svolte in Puglia nel settembre del 2020[12].

In particolare, in tale tornata elettorale, le misure predisposte a promozione delle pari opportunità erano rappresentate dall'obbligo di rispettare la quota massima del 60% di candidati dello stesso sesso all'interno della lista[13] e la possibilità per l'elettore di esprimere la doppia preferenza di genere (e ciò, come noto, a seguito dell'intervento sostitutivo del Governo *ex* art. 120 Cost., tramite il d.l. n. 86/2020)[14].

[12] Sulla vicenda si vedano anche L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità*, cit., 112 ss. e M.G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva del principio di "parità di accesso alle cariche elettive". Riflessioni a partire da una recente sentenza del giudice amministrativo sulla carenza di strumenti sanzionatori "reali" nella legge elettorale pugliese*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo *www.osservatoriosullefonti.it*, 1, 2021, 129 ss.

[13] In tal senso si veda la l. reg. Puglia n. 2/2005, art. 8, c. 13, come modificato dalla l. reg. n. 7/2015.

[14] Va segnalato, infatti, che la possibilità di esprimere la doppia preferenza di genere non era, in realtà, stata prevista dal legislatore regionale ma è stata oggetto di un intervento sostitutivo da parte del Governo attraverso il d.l. n. 86/2020 (convertito in l. n. 98/2020). In particolare, in ambito regionale, va ricordato che la l. n. 20/2016, nel porre i principi fondamentali in materia elettorale, ha modificato la l. n. 165/2004 introducendo specifiche misure volte a promuovere le pari opportunità nelle elezioni dei Consigli regionali. Così, tra le varie regole, è disposto che, qualora la legge elettorale regionale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima. Nel caso di specie la legge della Regione Puglia, pur prevedendo la quota del 60% e il voto di preferenza, non aveva introdotto la doppia preferenza di genere. Il Governo, pertanto, dopo aver intimato il legislatore regionale a modificare la propria legge elettorale, a fronte dell'inadempimento dello stesso, ha esercitato per la prima volta il proprio potere sostitutivo *ex* art. 120 Cost. adottando il citato d.l., per introdurre la doppia preferenza di genere in Puglia nella tornata elettorale del 2020. Pur non essendo possibile in questa sede svolgere particolari approfondimenti, ci si può chiedere se tale intervento fosse realmente necessario e se fosse lo strumento adatto o se non si potesse già considerare sufficiente e direttamente applicabile il principio posto dalla citata legge statale che impone, nel caso in cui la legge regionale preveda le preferenze, la doppia preferenza di genere. Ricordando il meccanismo della legge statale cedevole a fronte dell'inerzia del livello regionale, si poteva forse ritenere già applicabile la legge statale fintantoché la Regione non fosse intervenuta autonomamente in materia. In proposito una legge statale interpretativa che, appunto, chiarisse la possibilità di utilizzare già la legge statale sarebbe stata più opportuna anche perché meno in grado di incrinare i rapporti tra lo Stato e le Regioni che, come sappiamo, sono già tesi a causa della pandemia in corso. In dottrina, per maggiori riflessioni sulla vicenda ricordata, si vedano: T. GROPPI, *La democrazia paritaria alla prova dell'inerzia della Regione Puglia*, in *27esimaora.corriere.it*, 26 luglio 2020; L. TRUCCO, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: quando il fine potrebbe già avere il mezzo*, in *Le Regioni*, 2020, 605 ss; F. CORVAJA, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: il fine giustifica il mezzo?*, in *Le Regioni*, 2020, 609 ss.; S. BISSARO, *Parità di genere, autonomia regionale*, cit., 44 ss.; F. COVINO, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine* estate, in Osservatorio Costituzionale, disponibile all'indirizzo www.osservatorioaic.it, 5, 2020, 25 ss.; S. CATALANO, *La sostituzione dello Stato alla Regione Puglia sulla "doppia preferenza di genere"*, in *Studium Iuris*, 2021, 164 ss.; L. TRUCCO, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali* "last minute" *e rappresentanze di genere di "mezza estate"*, in AA.Vv., *Liber*

Nonostante tali previsioni, gli esiti delle elezioni pugliesi sono risultati assolutamente negativi: infatti, le donne elette in Consiglio risultano essere solamente 8 su 50 componenti (con una percentuale, quindi, del 16%, contro l'84% di uomini)[15].

Una delle possibili ragioni che hanno contribuito a tale fallimento è data dal fatto che non tutte le liste hanno, in realtà, rispettato la quota del 60% nella scelta dei candidati. In particolare, in alcune circoscrizioni, partiti quali "Forza Italia" e "La Puglia domani" hanno presentato liste contenenti un numero di candidate inferiore al 40%.

Ora, il punto focale in queste circostanze è individuare quale sia la sanzione predisposta per il mancato rispetto della misura promozionale. Mentre, infatti, la maggior parte delle leggi regionali prevede l'inammissibilità della lista che non rispetta la quota[16] o, nel caso della Basilicata, la riduzione del numero di candidati eccedenti[17], la legge della Regione Puglia si limita a disporre *ex post*

amicorum per Pasquale Costanzo, disponibile all'indirizzo *www.giurcost.org*; D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto legge n. 86 del 2020*, in *Nomos*, disponibile all'indirizzo *www.nomos-leattualitànel-diritto.it*, 3, 2020, 1 ss. Si vedano altresì i contributi pubblicati nella rivista *federalismi.it*, 25, del 9 settembre 2020, disponibili all'indirizzo *www.federalismi.it*: T. GROPPI, *"La Costituzione si è mossa": la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia*; P. COLASANTE, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*; M. COSULICH, Ex malo bonum? *Ovvero del decreto-legge n. 86 del 2020 che introduce la doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi*; M. DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della Regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo *www.osservatoriosullefonti.it*, 3, 2020, 1191 ss. In generale per alcune riflessioni relative ai mancati adeguamenti (poi in parte risolti) da parte delle leggi regionali alla legge statale si vedano LECOSTITUZIONALISTE, *Il mancato adeguamento delle leggi elettorali regionali alle prescrizioni statali sulla parità di genere*, in *Gruppo di Pisa*, disponibile all'indirizzo *www.gruppodipisa.it*, 13 luglio 2020.

[15] Sugli esiti delle elezioni regionali svoltesi nel 2020 proprio in relazione alla rappresentanza delle donne nei vari Consigli regionali si vedano i dati riportati da E. AURELI, *La parità di genere nell'accesso alle cariche elettive nelle elezioni reginali del 2020. Analisi e prospettive*, in *federalismi.it*, disponibile in *www.federalismi.it*, n. 34, 2020, 18 ss.

[16] In tal senso l'inammissibilità della lista che non rispetta la quota rispettivamente: del 60% è prevista in Abruzzo (l. reg. n. 9/2013), in Calabria (l. reg. n. 17/2020), in Liguria (l. reg. 18/2020), nelle Marche (l. reg. n. 27/2004), in Molise (l. reg. n. 20/2017), in Puglia (l. reg. n. 2/2005) e in Umbria (l. reg. n. 4/2015); dei due terzi in Campania (l. reg. 4/2009); del 50% in Emilia-Romagna (l. reg. n. 21/2014), in Lazio (l. reg. n. 2/2005), in Lombardia (l. reg. n. 17/2012), in Toscana (l. reg. n. 51/2014) e in Veneto (l. reg. n. 5/2012). In alcuni Regioni l'inammissibilità è disposta direttamente, in altre è prima previsto che si proceda alla cancellazione dei nomi eccedenti nel rispetto del numero minimo di candidati necessario.

[17] Ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. reg. Basilicata n. 20/2018, «Le liste concorrenti su base circoscrizionale sono composte in modo che i candidati dello stesso sesso non eccedano il 60% del totale […]. […]. In caso di mancato rispetto delle suddette percentuali, i candidati eccedenti vengono esclusi dalla lista, a partire da quelli collocati in coda». Non essendo, tuttavia, espressamente prevista l'inammissibilità della lista nell'eventualità in cui non sia possibile, mantenendo il numero minimo di candidati per lista,

una sanzione di natura meramente pecuniaria, che comporta la riduzione dei contributi spettanti ai gruppi consiliari che si formano[18]. È chiaro che la sanzione meramente economica, soprattutto per i partiti più forti, non rappresenta affatto un deterrente e, anzi, finisce per assurdo con l'essere il modo legittimo per eludere la regola, diventa, cioè, la copertura che potrebbe fare salva anche una lista integralmente formata da candidati dello stesso genere.

È proprio a fronte di questa discriminazione che alcuni elettori hanno promosso ricorso prima innanzi al TAR Puglia e, quindi, in appello davanti a CdS, chiedendo l'annullamento del verbale di proclamazione degli eletti e sollevando il dubbio di legittimità costituzionale della mera sanzione pecuniaria per violazione dei vari parametri costituzionali che promuovono le pari opportunità[19].

Con le sentenze n. 95 del 2021 del TAR Puglia[20] e n. 4860 del 2021 del CdS[21], i giudici amministrativi, tuttavia, sia in primo che in secondo grado, hanno rigettato il ricorso, limitandosi a constatare che manca nell'attuale legge regionale pugliese un meccanismo che consenta di intervenire in fase di presentazione e ammissione delle liste e che, pur non essendo state garantite le effettive pari opportunità di partecipazione alla competizione elettorale, non vi è alcuna norma, statale o regionale, che impedisca a quelle liste di partecipare, né vi è una norma che permetta di decurtare le candidature eccedenti. Anzi, si conclude, addirittura, affermando la conformità della vigente normativa al parametro costituzionale, anche alla luce del fatto che nei principi fondamentali posti dalla legge statale n. 165 del 2004 (che fungerebbe da parametro interposto) non è prevista una sanzione "reale" che le Regioni debbano riprodurre[22].

riequilibrare le percentuali tra i due generi, la sanzione predisposta non assicura il rispetto della misura promozionale. A titolo esemplificativo una lista integralmente formata da candidati dello stesso sesso potrebbe essere ridotta al numero minimo di candidati necessari, senza, tuttavia, che si debba rispettare la quota del 60%. Sul punto si tornerà anche in seguito nel § 4.

[18] L. reg. Puglia n. 2/2005, art. 8, c. 13., terzo periodo: «Ai gruppi consiliari formatisi a seguito dell'esito delle elezioni composti dai movimenti e dai partiti politici che abbiano presentato liste non rispettose della proporzione di cui al presente comma è applicata, da parte del Consiglio regionale, in fase di erogazione per la prima annualità, una sanzione fino a un massimo della metà, in misura direttamente proporzionale ai candidati in più rispetto a quello minimo consentito, dei contributi loro assegnati ai sensi dell'art. 5 della legge regionale 11 gennaio 1994, n. 3». La sanzione pecuniaria è prevista anche nel caso di mancato rispetto della quota dei due terzi a livello di elezioni del Parlamento europeo; nel caso in cui, tuttavia, la lista non sia composta da candidati dei due sessi è disposta l'inammissibilità.

[19] Più in dettaglio i ricorrenti ritengono che l'art. 8, c. 13, terzo periodo e c. 3; l'art. 10, c. 1; l'art. 2, c. 9, lett. e) della l. reg. Puglia n. 2/2005 violino gli artt. 51, c. 1; 117, c. 7; 3, c. 2; 122, c. 1; 123, c. 1, Cost.

[20] TAR Puglia, Sez. III, 16 gennaio 2021, n. 95.

[21] CdS, Sez. II, 25 giugno 2021, n. 4860.

[22] Sul rapporto tra norme statali e norme regionali in materia si sofferma M.G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva*, cit., 138 ss.

Non solo, il Consiglio di Stato giunge anche a sostenere che «la concreta "scelta" del candidato alla carica di Consigliere regionale (e, quindi, del genere al quale esso appartenga) esclusivamente pertiene – impregiudicata la proporzionale composizione delle liste – alla sovranità del corpo elettorale: il quale, attraverso l'espressione del voto, ben potrà "sanzionare", in maniera efficacemente "reale", quelle liste, la cui composizione non si sia dimostrata rispettosa dell'equilibrio di genere». Si finisce così con il rimettere ai cittadini il compito e la responsabilità di correggere ciò che né il legislatore né il giudice sono stati in grado di fare.

Le decisioni del giudice amministrativo destano non poche perplessità, posto che si giunge a ritenere in linea con il dettato costituzionale una normativa che, di fatto, consente ai partiti politici di presentare anche liste formate interamente da candidati dello stesso genere. Dovrebbe, invero, essere dichiarata l'incostituzionalità delle sanzioni meramente pecuniarie perché di fatto finiscono con il vanificare tutta la legislazione sulle pari opportunità, eludendo il dettato costituzionale[23].

Né appaiono condivisibili le pur ampie argomentazioni che il Consiglio di Stato formula per sostenere che solo l'espressione della doppia preferenza di genere "merita" una sanzione di carattere reale essendo l'unica a determinare concrete conseguenze sulla composizione dell'organo elettivo (il che sarebbe semmai sostenibile ove l'elettore fosse obbligato a votare per due candidati di genere diverso, mentre si tratta di una facoltà che l'elettore ha a disposizione potendo, invero, anche non esprimere preferenze o limitarsi ad un'unica preferenza)[24]. Laddove, invece, l'equilibrata composizione delle liste non garantirebbe *ex se* il risultato di avere organi che comprendono candidati appartenenti ad entrambi i generi, essendo questo rimesso alla volontà del corpo elettorale, dimodoché anche una sanzione meramente pecuniaria sarebbe in sintonia con il dettato costituzionale.

Sul punto mi sembra che il giudice amministrativo non sia in linea con la giurisprudenza costituzionale che, a decorrere dalla sentenza n. 49 del 2003,

[23] In tal senso anche L. TRUCCO, *Dal mar ligure allo Ionio*, cit., p. 16, ritiene che ci si debba interrogare circa la legittimità di tale previsione, alla luce della giurisprudenza che ha statuito sull'incostituzionalità di norme che costituivano "una sostanziale elusione" di principi ricavabili dal dettato costituzionale. Ritiene che la sanzione pecuniaria prevista dalla Regione Puglia sia in violazione della Costituzione M.G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva*, cit., 137 ss., la quale osserva che la mancata previsione di un'adeguata sanzione «rende ineffettiva tutta la complessa catena di norme» previste in materia.

[24] Si vedano, in proposito, le argomentazioni della Corte cost. nella già citata sent. n. 4/2010, dove proprio al contrario si sottolinea che la previsione della doppia preferenza di genere «non è in alcun modo idonea a prefigurare un risultato elettorale o ad alterare artificiosamente la composizione della rappresentanza consiliare». Sebbene la norma favorisca un maggior equilibrio nella composizione dell'organo eletto, non lo va comunque ad imporre.

proprio al contrario, considera legittime e doverose quelle misure che garantiscono pari opportunità tra i diversi candidati nell'accesso alle cariche elettive, senza che l'appartenenza all'uno o all'altro sesso possa essere motivo di discrimine, ma a condizione che quelle stesse misure non incidano sulle elezioni vere e proprie. La legislazione elettorale è, quindi, chiamata ad introdurre misure finalizzate a rimuovere gli ostacoli che impediscono al genere sottorappresentato di raggiungere determinati risultati senza, tuttavia, attribuire direttamente quei risultati. Vanno assicurate pari opportunità nei punti di partenza (incidendo sulle scelte dei partiti in sede di formazione delle liste), senza poter garantire il punto di arrivo che va, invece, rimesso alla libera volontà degli elettori. Il senso delle quote sta proprio nel permettere un maggiore equilibrio nella fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale, che deve rimanere impregiudicata e nelle mani degli elettori.

Ciò puntualizzato, è, al contempo, chiaro che una maggiore presenza di donne tra i candidati verosimilmente porterà ad un maggior numero di donne elette, anche se – lo si ribadisce – la libera scelta degli elettori deve essere garantita. E, tuttavia, non disporre una sanzione reale in caso di violazione delle quote previste diventa lo scudo che legittima i partiti a presentare liste composte anche integralmente da componenti dello stesso genere, costringendo sì, in questo caso, l'elettore a votare solo per candidati dello stesso sesso.

Anche a non voler considerare le norme costituzionali sulle pari opportunità precettive e immediatamente vincolanti [25], il giudice amministrativo avrebbe dovuto sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale per violazione *in primis* dell'art. 117, settimo comma, Cost., che obbliga direttamente le Regioni a promuovere le pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive, oltre che per lesione dello Statuto regionale quale norma interposta nelle parti in cui promuove la parità di genere[26].

[25] Il TAR Lazio ritiene che l'art. 51 ponga un principio di ordine generale, la cui concreta attuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario. Sulla diretta prescrittività delle norme costituzionali in materia si sofferma M.G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva*, cit., 142 ss. In realtà, dal tenore della sentenza sembra che ci sia una sorta di confusione nel ragionamento del TAR tra il concetto di prescrittività e quello di diretta applicabilità.

[26] Sulle norme predisposte in materia dagli Statuti regionali sia consentito rinviare a I. CARLOTTO, La promozione delle pari opportunità tra donne e uomini negli Statuti e nelle leggi regionali, in AA. VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, ESI, Napoli, 2016, 139 ss. Anche M.G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva*, cit., 134 ss., ritiene che la legge pugliese sia viziata ove non prevede sanzioni "ripristinatorie". L'Autrice ritiene che poteva essere sollevata questione di legittimità o avverso la legge regionale o avverso la legge statale interposta.

3. La vicenda del regolamento per l'elezione dei Consigli degli ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (nonché degli ordini degli ingegneri): della tutela diretta

La seconda vicenda giunta all'attenzione del giudice amministrativo, pur non riguardando l'elezione di organi politici, si dimostra, comunque, di particolare interesse per la maggiore attenzione prestata al dettato costituzionale in materia di pari opportunità, seppure – come vedremo – dopo una iniziale presa di posizione di senso opposto.

Le decisioni in oggetto si riferiscono al regolamento elettorale per l'elezione dei Consigli degli ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e del collegio dei revisori per il 2021-2024, di cui la ricorrente chiedeva l'annullamento, oltre che sollecitare, in via cautelare, la sospensione del provvedimento con cui veniva individuata la data per lo svolgimento delle suddette elezioni[27].

Il regolamento oggetto di contestazione – in attuazione del d.lgs. n. 139 del 2005 – è un atto che viene adottato dal Consiglio nazionale e, successivamente, approvato con decreto del Ministro della Giustizia. In particolare, per quanto attiene la promozione delle pari opportunità di genere, né la fonte primaria né la fonte secondaria prevedono alcunché, con il risultato che nelle precedenti tornate elettorali solo due donne su 21 componenti facevano parte del Consiglio nazionale e potevano contarsi solo 14 donne su 131 Presidenti nei Collegi territoriali.

In un primo momento, a fronte del ricorso presentato in via cautelare, il TAR Lazio respingeva la domanda volta a sospendere le elezioni, ritenendo che il regolamento non potesse ritenersi illegittimo per diretto contrasto con l'art. 51 Cost., «mancando una previsione normativa primaria in grado di individuare le opportune integrazioni al sistema elettorale vigente» e non potendosi, al contempo, sollevare questione di legittimità costituzionale avverso il d.lgs. n. 139/2005 in quanto la materia sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore, tanto da non consentire – ad avviso del giudice – neanche un intervento della Consulta attraverso l'additiva di principio «venendo in considerazione la necessità di integrare concretamente delle regole elettorali». In altre parole, di fronte alla carenza a livello di fonte primaria, il giudice amministrativo non

[27] Più esattamente viene chiesto l'annullamento del regolamento elettorale per l'elezione dei Consiglio degli Ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei collegi dei revisori in carica dal 1° gennaio 2021 al 31 dicembre 2024; del decreto del Ministro della Giustizia del 14 settembre 2020 con cui è stato approvato tale regolamento; del provvedimento con cui il Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili aveva individuato nel 5 e 6 novembre 2020 le date per le elezioni. Sulla vicenda svolge alcune riflessioni L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità*, cit., 114 ss.

accorda alcuna tutela, pur riscontrando la non manifesta infondatezza della questione[28].

Come nel caso delle elezioni svoltesi in Puglia, la mancanza a livello legislativo induce il giudice amministrativo a non rendere effettivo il principio di rango costituzionale, dando seguito ad un ulteriore episodio di denegata giustizia.

Di diverso avviso risulta, invece, essere il Consiglio di Stato che, in riforma della citata ordinanza, accoglie l'istanza cautelare, sospendendo le operazioni elettorali. Nel dissentire dalle motivazioni sostenute in primo grado, il giudice d'appello osserva che la tesi avanzata dal TAR andrebbe ad introdurre una sfera di insindacabilità dei regolamenti, pur in contrasto con norme di rango costituzionale, ripristinando la distinzione già ripudiata dalla Corte costituzionale tra norme precettive e norme meramente programmatiche, così come da confutarsi sarebbe la tesi che non consente di sollevare il dubbio di legittimità costituzionale laddove l'additiva non operi necessariamente a rime obbligate[29].

È, quindi, a seguito della sollecitazione proveniente dal Consiglio di Stato, che il TAR Lazio muta il proprio orientamento giurisprudenziale e accoglie il ricorso promosso[30].

Il giudice amministrativo, infatti, nel ricordare che l'art. 51 della Costituzione ha valore di norma immediatamente vincolante e come tale idonea a indirizzare lo svolgimento della discrezionalità amministrativa, riscontrata la effettiva sottorappresentanza delle donne presso i Consigli degli ordini, annulla il regolamento, affermando che «una corretta lettura dell'art. 51 della Costituzione implica che la promozione delle pari opportunità non sia demandata soltanto al legislatore ma veda il coinvolgimento di tutti i poteri pubblici», compreso il Consiglio nazionale nell'adozione del relativo regolamento[31].

In questo caso il giudizio non può che essere positivo perché si è reso effettivo il principio posto dalla Costituzione, anche se la strada forse più lineare sarebbe stata quella di sollevare la relativa questione innanzi la Corte, andando a colpire la norma di rango primario in contrasto con la Costituzione nella parte in cui non prevede idonee misure promozionali.

Peraltro, a decorrere dalle successive tornate elettorali, il problema con riferimento all'ordine dei commercialisti è stato affrontato e risolto, essendo nel frattempo intervenuto il legislatore ordinario che con un decreto legge ha

[28] TAR Lazio, Sez. I, ord. 12 novembre 2020, n. 6927.

[29] CdS, Sez. III, ord. 18 dicembre 2020, n. 7323. Si rinvia all'ordinanza per le motivazioni che rigettano la tesi del TAR quanto alla richiesta di un'additiva di principio non a rime obbligate.

[30] TAR Lazio, Sez. I, sent. 22 aprile 2021, n. 4706.

[31] Il Consiglio di Stato osserva, altresì, che non è consentito al Consiglio Nazionale «esercitare il potere regolamentare secondo modalità solo formalmente rispettose della legge ma sostanzialmente in contrasto, per ammissione dello stesso organo, al precetto costituzionale».

disposto che «sono ammesse solo le liste nelle quali è assicurato l'equilibrio tra i generi in modo che al genere meno rappresentato sia attribuita una quota non inferiore a due quinti»[32].

In correlazione alla citata vicenda, merita, inoltre, di essere ricordata la recente sentenza del 27 ottobre 2021 con la quale il TAR Lazio[33] è intervenuto annullando il regolamento per l'elezione dei Consigli territoriali degli ordini degli ingegneri[34] che non poneva disposizioni a tutela della parità di genere, pur a fronte di una riscontrata sottorappresentanza del sesso femminile. Nel caso di specie, il giudice amministrativo, richiamando il proprio precedente, ribadisce che «la promozione delle pari opportunità di cui all'art. 51 della Costituzione non è demandata soltanto all'iniziativa del legislatore (ovvero, nel presente caso, del Governo) ma impone il coinvolgimento di tutti i pubblici poteri, con il conseguente obbligo per il Consiglio Nazionale di esercitare il potere regolamentare nella materia elettorale in ossequio al rispetto del principio di parità di genere».

4. La vicenda delle elezioni nei Comuni con meno di 5.000 abitanti: della tutela rimessa alla Corte costituzionale

La terza e ultima vicenda che prenderemo in considerazione potrebbe, forse, rappresentare la quadratura del cerchio e dare elementi interessanti anche per valutare la giurisprudenza amministrativa che si è sinora analizzata, posto che – come anticipato in premessa – il Consiglio di Stato si è rivolto alla Corte costituzionale sollevando il dubbio di legittimità della legge statale nella parte relativa alla promozione delle pari opportunità nelle elezioni dei Comuni con meno di 5.000 abitanti[35].

[32] Si veda l'art. 31-terdecies del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazione dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176 che aggiunge la citata previsione al'art. 21, c. 5, del d.lgs. n. 139/2005, che non risulta, tuttavia, applicabile ai procedimenti elettorali già avviati alla data di entrata in vigore della legge di conversione.

[33] TAR Lazio, Sez. I, 27 ottobre 2021, n. 11023. Anche in questo caso era stata presentata istanza cautelare accolta dal TAR Lazio, Sez. I, ord. 9 settembre 2021, n. 4846. In appello con ord. 11 ottobre 2021, n. 5628, il Cons. St., Sez. IV, aveva rigettato il ricorso presentato dal Ministero della giustizia.

[34] Trattasi del regolamento prot. n. 3677 del 3.2.2021, approvato dal Ministero della giustizia, attuativo delle disposizioni di cui all'art. 31, d.l. n. 137/2020, conv. in l. n. 176/2020, e recante la "*Procedura di elezione con modalità telematica da remoto dei consigli territoriali degli ordini degli ingegneri*".

[35] Cons. St., ord. n. 4294/2021, cit. Per un primo commento alla vicenda e a tale ordinanza P. TORRETTA, *La parità di genere nelle elezioni dei piccoli Comuni: quali garanzie per l'uguale accesso alle cariche elettive? Note a margine di Consiglio di Stato, Sez. III, ord. 4 giugno 2021, n. 4294*, in *GenIUS*, disponibile all'indirizzo *www.geniusreview.eu*, 1, 202. Secondo L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità*, cit., 116, è data la possibilità alla Corte costituzionale di condurre a sistema le affermazioni disseminate nella giurisprudenza costituzionale, anche con riferimento al profilo della precettività della norma in materia di pari opportunità. Per una ricostruzione si veda, altresì, A.L. RUM, *Ancora tracce di vulnus al principio di uguaglianza sostanziale: le diseguaglianze di genere nella normativa*

In particolare, per quanto attiene alla legislazione predisposta al fine di promuovere le pari opportunità a livello comunale, la legge n. 215 del 2012[36] è intervenuta ponendo regole diverse che, a seconda della dimensione dell'ente locale, vanno dalle misure più stringenti previste per i comuni più popolosi, a quelle intermedie, fino alle più blande predisposte per i comuni più piccoli.

Più in dettaglio, nei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, è previsto che, in ciascuna lista, nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati. In caso di mancato rispetto della quota predisposta, si provvede alla riduzione della lista cancellando i nomi dei candidati appartenenti al genere più rappresentato, procedendo dall'ultimo della lista. Qualora, tuttavia, all'esito della cancellazione delle candidature eccedenti, il numero dei candidati risulti inferiore a quello minimo prescritto, la lista viene ricusata[37]. Si tratta, evidentemente, della regola più efficace in quanto la violazione della misura determina la sanzione "reale" dell'inammissibilità della lista.

Ad un secondo livello, per così dire intermedio di tutela, si collocano i Comuni con un numero di abitanti compreso tra 5.000 e 15.000: pure in questo caso sono imposte la quota dei due terzi e la cancellazione dei candidati del genere sovrarappresentato, procedendo dall'ultimo della lista. Tuttavia, anche a seguito della riduzione, non è comunque consentito scendere al di sotto del numero minimo di candidati prescritto per ciascuna lista[38]. In questa ipotesi, pertanto, la misura promozionale risulta aver solo una valenza persuasiva, posto che una lista anche integralmente formata da candidati dello stesso genere (o con un numero irrisorio di candidati dell'altro sesso) vedrebbe, al più, la sua riduzione sino al minimo previsto senza possibilità, tuttavia, della sua esclusione[39].

nazionale in materia elettorale, in *Il diritto amministrativo*, disponibile all'indirizzo *www.ildirittoamministrativo.it*, n. 11, 2021.

[36] Si veda, in particolare, l'art. 2 della l. n. 215/2012 che ha modificato gli artt. 71 e 73 del d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e gli artt. 30 e 33 del d.P.R. n. 570/1960 (Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali).

[37] Si veda il combinato disposto degli artt. 73, c. 1, d.lgs. n. 267/2000 e 33, c.1, lett. d-bis, d.P.R. n. 570/1960, come modificati dalla l. n. 215/2012. Tali disposizioni sono state ritenute legittime dal Cons. St. con sent. n. 2393 del 2014.

[38] Si veda il combinato disposto degli artt. 71, c. 3-bis, d.lgs. n. 267/2000 e 30, c. 1, lett. d-bis, d.P.R. n. 570/1960. Da sottolineare che in una prima formulazione era stata prevista l'inammissibilità della lista ma che al Senato è stato poi approvato un emendamento che ha appunto portato all'attuale formulazione per ragioni di economicità demografica.

[39] Come prevede di fatto anche la legge della Regione Basilicata di cui *supra sub* nota n. 17. Concorda con questa conclusione P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. "quote rosa"*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 47.

Nel caso, infine, di Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, l'unica norma applicabile risulta quella che, sotto la rubrica relativa alle elezioni nei Comuni fino ai 15.000 abitanti, dispone che nelle liste debba essere assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi, senza poi prevedere alcuna sanzione per l'eventuale elusione della regola (sanzione che è, invece, espressamente riferita ai soli Comuni al di sopra dei 5.000 abitanti)[40]. La misura, pertanto, oltre ad essere estremamente blanda, è del tutto priva di un effetto reale o anche solo persuasivo, mancando una qualsivoglia conseguenza in caso di sua violazione[41].

E, in effetti, la vicenda all'origine dell'ordinanza di rinvio riguarda le elezioni svoltesi nel settembre del 2020 in un Comune campano con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti (Castello di Matese), nelle quali si erano presentate, ed erano state ammesse, due liste di cui una composta integralmente da sette uomini.

Avverso tali elezioni, avevano, quindi, promosso ricorso due elettori, nonché candidati, rivolgendosi al TAR della Campania e, quindi, in appello al Consiglio di Stato.

In primo grado, con una decisione estremamente sintetica, il TAR Campania rigetta il ricorso limitandosi a constatare l'assenza di una previsione legislativa espressa e l'impossibilità di procedere ad un'applicazione analogica delle regole poste per i Comuni con maggiore popolazione, considerata la specialità propria della disciplina elettorale[42]. Ora, per quanto effettivamente il principio di legalità imponga che sia la legge a disciplinare il sistema sanzionatorio nel nostro caso carente, non una parola viene spesa per ricordare le norme costituzionali in materia, né si cerca di dare alcuna minima argomentazione per la violazione – pur verificatasi – della disposizione di rango primario che, comunque, impone la presenza di entrambi i sessi nella composizione delle liste, con il risultato di dare il proprio *placet* ad una patente lesione che rimane così priva di tutela.

In appello, il Consiglio di Stato, riscontrata, invece, la possibile violazione da parte della legge statale degli articoli 3, 51 e 117 Cost. (in relazione all'art. 14 CEDU), valuta dapprima se sia percorribile un'operazione ermeneutica costituzionalmente orientata che gli consenta di estendere il regime sanzionatorio predisposto per i Comuni più popolosi anche a quelli con densità inferiore ai

[40] Si veda il c. 3-bis, art. 71, d.lgs. n. 267/2000 che al primo periodo riguarda, ai sensi della rubrica della norma, le elezioni nei comuni fino a 15.000 abitanti, risultando pertanto applicabile anche ai Comuni al di sotto dei 5.000 abitanti. Il periodo successivo del comma 3-bis riguarda, invece, i soli Comuni tra i 5.000 e i 15.000 abitanti.

[41] Anche la circolare del Ministero dell'interno n. 30/2013 riconosce che nei Comuni con meno di 5.000 abitanti sono assenti misure sanzionatorie a carico delle liste che non assicurino la rappresentanza di entrambi i sessi.

[42] TAR Campania, Sez. II, 16 dicembre 2020, n. 6185.

5.000 abitanti. Tuttavia, il combinato disposto delle norme in materia, che esplicitamente distinguono a seconda delle dimensioni dell'ente locale, non permette una simile lettura, né i caratteri propri del procedimento elettorale consentono un'applicazione analogica delle altre fattispecie.

Ciò premesso, il giudice amministrativo, svolto un ampio *excursus* sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale in merito alla parità di genere, evidenzia come la carenza di norme idonee a garantire le pari opportunità nei Comuni con meno di 5.000 abitanti sia tanto più grave considerato il fatto che essi rappresentano oltre i due terzi del totale[43]. Osserva, inoltre, che tale trattamento differenziato non trova giustificazione neanche sulla base di un'eventuale difficoltà da parte dei Comuni più piccoli di individuare candidate donne, posto che non sussiste un obbligo di candidare persone residenti nel Comune e che la carenza demografica dovrebbe, semmai, portare a una difficoltà di predisporre le liste a prescindere dal genere dei candidati[44].

Sulla base di queste valutazioni, che presentano una loro coerenza e linearità, il Consiglio di Stato giunge a sollevare due questioni di legittimità costituzionale che, tuttavia, destano alcune perplessità quanto alla loro formulazione[45].

In primo luogo, il giudice sostiene che la normativa in oggetto violi i parametri costituzionali[46] «nella parte in cui non prevede la necessaria rappresentanza di entrambi i generi nelle liste elettorali nei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti» e, in questo caso, non è agevole comprendere se ciò che il Consiglio di Stato reclama sia l'aggiunta dell'aggettivo 'necessaria' (da interpretarsi come un qualcosa in più della mera sufficienza di un solo candidato di genere diverso per lista) e/o l'aggiunta dell'esplicito riferimento ai Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, posto che – come si è detto – la regola generale che impone che nelle liste sia assicurata la rappresentanza di entrambi i generi è già presente e vale per tutti i Comuni a prescindere dalla loro dimensione. La questione potrebbe, quindi, risultare non fondata in quanto si chiede un qualcosa che di fatto è già previsto, anche se ricavato attraverso una lettura ragionata delle disposizioni di legge. Potrebbe, invero, avere il suo fondamento se l'intenzione fosse quella di censurare la norma

[43] Secondo il rapporto ANCI "*Atlante dei piccoli comuni*" del 5 luglio 2019 su un totale di 7.904 Comuni quelli con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti sono circa 5.500, per un totale di 10 milioni di abitanti. Il Consiglio di Stato osserva che «la tutela della parità di genere "cede" in contesti aggregativi di modeste dimensioni, nonostante questi rappresentino dei centri propulsivi di assoluta importanza nella vita del Paese».

[44] Per una critica a tali affermazioni P. TORRETTA, *La parità di genere nelle elezioni*, cit., 12 s.

[45] Sul punto si vedano anche le osservazioni di P. TORRETTA, *La parità di genere nelle elezioni*, cit., 9 ss., che parla di «brusca "virata" compiuta dal giudice rimettente nella "costruzione" della questione di legittimità costituzionale».

[46] In particolare, gli artt. 3, c. 2, 51, c. 1 e 117, c. 1, Cost., in riferimento all'art. 14 CEDU, art. 1 Protocollo Addizionale n. 12.

perché si accontenta anche di un solo candidato del genere sottorappresentato, senza fissare una quota minima da rispettare. E, in effetti, già nella propria pronuncia del 2003, la Corte costituzionale osservava che una simile vincolo, presente all'epoca nella legge elettorale della Valle d'Aosta, «non appare nemmeno tale da incidere propriamente, in modo significativo, sulla realizzazione dell'obiettivo di un riequilibrio nella composizione per sesso della rappresentanza»[47]. La misura, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, non mi sembra che possa oggi ritenersi in linea con la Costituzione. Dal tenore dell'ordinanza e dalle argomentazioni del Consiglio di Stato non pare, tuttavia, possibile ricavare una simile richiesta.

Anche il secondo dubbio di legittimità, per come articolato e argomentato, si presta a delle osservazioni critiche che potrebbero portare all'inammissibilità della questione[48]. Il Consiglio di Stato, infatti, impugna la norma «nella parte in cui esclude dal regime sanzionatorio sub specie "esclusione della lista", le liste elettorali presentate in violazione della necessaria rappresentatività di entrambi i sessi in riferimento ai comuni con meno di 5.000 abitanti». Ciò che desta perplessità è il fatto che il giudice amministrativo non si limita a chiedere l'incostituzionalità della norma laddove non prevede un regime sanzionatorio "reale/effettivo", ma indica direttamente quella che deve essere la formulazione della disposizione, rischiando con questo di invadere la sfera di discrezionalità del legislatore, che è molto ampia e delicata in ambito elettorale. In sostanza, sarebbe stato forse preferibile porre la questione in termini di "additiva di principio" piuttosto che di additiva in senso stretto[49].

Vi sono, però, delle ulteriori considerazioni che potrebbero essere spese a sostegno della richiesta così come proposta dal Consiglio di Stato verso un'additiva "a rime obbligate", anche se non esplicitate nelle motivazioni del giudice *a quo*.

La riflessione avrebbe, in realtà, dovuto riguardare in termini più generali il sistema delle sanzioni predisposte a seguito della violazione delle misure che promuovono le pari opportunità, distinguendo tra quelle che sono realmente efficaci e quelle che, invece, consentono di eludere il dettato costituzionale. Come si è visto, infatti, la lista che non rispetta la rappresentanza di genere prevista (perlopiù sotto forma di quota) può essere sottoposta a sanzioni diverse: può, ad esempio, essere immediatamente dichiarata inammissibile; può essere ridotta, cancellando il nome dei candidati eccedenti, con o senza obbligo di ricusare la lista nell'eventualità in cui non sia possibile, mantenendo il numero minimo di componenti per lista, riequilibrare le percentuali tra i due

[47] Cfr. C. Cost. n. 49/2003, cit.

[48] In proposito P. TORRETTA, *La parità di genere nelle elezioni*, cit., 10.

[49] Secondo P. TORRETTA, *La parità di genere nelle elezioni*, cit., 10 s., il Consiglio di Stato chiede una pronuncia additiva di prestazione, mentre avrebbe dovuto chiedere un'additiva di principio.

generi; o, ancora, può essere semplicemente soggetta ad una sanzione di tipo pecuniario.

Come si è già avuto modo di argomentare, a me pare che l'unico regime sanzionatorio in linea con la Costituzione sia quello che porta all'esclusione della lista che non rispetta la rappresentanza di genere stabilita dalla legge (e ciò può avvenire sia in modo automatico, come dispongono alcune leggi regionali, o previo tentativo di riduzione dei candidati sovrarappresentati, come accade per i Comuni con più di 15.000 abitanti o in alcune Regioni)[50]. Nel caso delle altre sanzioni (pecuniaria o riduzione senza ricusazione), le "regole del gioco", pur previste, finiscono con l'essere rimesse alla discrezionalità dei partiti che rimangono liberi di violarle, eludendo, con copertura legislativa, il dettato costituzionale[51]. E, tuttavia, un simile ragionamento non è assolutamente presente nelle motivazioni alla base dell'ordinanza del Consiglio di Stato, che si limita semplicemente a richiedere la sanzione dell'esclusione della lista, senza alcun argomento a sostegno del tipo di addizione richiesto.

Il fatto che la questione giunga alla Corte costituzionale è senz'altro positivo: in quanto è, appunto, data la possibilità al giudice costituzionale di esprimersi sul sistema delle sanzioni, cogliendo l'occasione per occuparsi non solo dei casi in cui la sanzione manca del tutto (come, ad esempio, nei Comuni con meno di 5.000 abitanti), ma anche di quelli in cui la sanzione non è reale in quanto meramente economica (come nel caso della Regione Puglia o delle elezioni del Parlamento europeo) o non porta, comunque, all'esclusione della lista (come nel caso dei Comuni con popolazione compresa tra i 5.000 e i 15.000 abitanti). Ovviamente, rimangono sullo sfondo la costruzione non lineare del dubbio di legittimità e la discrepanza tra dispositivo e parte in motivazione che potrebbero, appunto, indurre la Corte a non accogliere la questione per come formulata. Sarebbe in ogni caso opportuno un forte monito affinché il legislatore riveda le norme predisposte (o, piuttosto, non predisposte) a tutela delle

[50] Da segnalare che parte della dottrina ritiene che in assenza di una sanzione esplicita si possa ritenere che la violazione della misura porti all'inammissibilità della lista. Tale lettura, per quanto suggestiva e tale da potersi considerare costituzionalmente orientata, finirebbe, tuttavia, nel caso delle elezioni comunali per essere contradditoria in quanto porterebbe ad una sanzione più grave proprio per i Comuni più piccoli, mentre dai lavori preparatori si può evincere che l'intenzione è stata proprio quella di rendere meno stringente la disciplina per le realtà territoriali con minore popolazione. In tal senso L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità*, cit, 119, sub nota n. 149; C. NAPOLI, *La rappresentanza di genere nelle assemblee elettive: le quote alla prova del voto*, in *Gruppo di Pisa*, disponibile all'indirizzo *www.gruppodipisa.it*, 3, 2013, *sub* nota n. 40, con riferimento alla legge della Regione Toscana prima della modifica intervenuta nel 2014.

[51] Contra P. TORRETTA, *La parità di genere nelle elezioni*, cit., 11, che considera «comunque ragionevolmente idonee» anche altre misure sanzionatorie oltre alla esclusione della lista che rappresenta la protezione massima. Come osserva P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell'esperienza*, cit., 82, le quote sono uno strumento incisivo se corredate dalla sanzione dell'inammissibilità.

pari opportunità a livello di Comuni di piccole dimensioni oltre che, in generale, sul sistema delle sanzioni in materia[52].

5. Riflessioni conclusive

In attesa che la Corte costituzionale con la propria decisione fornisca nuovi elementi in materia, sia consentita in chiusura una breve riflessione.

Le norme giuridiche che nel corso degli anni sono state predisposte per promuovere la rappresentanza politica femminile si sono dimostrate di fondamentale importanza per giungere ad una maggiore presenza delle donne negli organi elettivi, anche se, purtroppo, non risultano ancora sufficienti per raggiungere l'obiettivo prefissato[53]. Ci sono, infatti, varie tecniche utilizzate dai partiti per eludere in maniera più o meno diretta le disposizioni di legge. Oltre ai casi più evidenti di violazione vera e propria che possono consistere nel predisporre liste che non rispettano le quote previste (come accaduto nelle vicende ricordate), i partiti possono raggirare le regole in vari modi. Così, a seconda del sistema elettorale previsto, si pensi alla decisione di porre le donne alla fine della lista, o al presentare le stesse donne in più circoscrizioni o presso collegi dove la loro elezione è meno sicura, e così via.

Ecco che, accanto alle misure promozionali dettate dalla legge che diventano valide se corredate da sanzioni efficaci, è anche necessario che le forze politiche maturino una maggiore sensibilità, altrimenti i meri congegni normativi rischiano di risultare insufficienti[54] e l'unico strumento utile finisce con l'essere il ricorso all'autorità giudiziaria che, come abbiamo visto, in alcuni casi si dimostra sensibile e in altri decisamente meno.

[52] P. TORRETTA, *La parità di genere nelle elezioni*, cit., 11, ritiene che l'esito del giudizio di legittimità potrebbe portare a un'inammissibilità per discrezionalità del legislatore in materia, «senza però che la Corte si lasci scappare l'occasione per avvertire quest'ultimo della necessità di rispondere adeguatamente all'istanza di parità dei sessi in ogni ambito territoriale».

[53] Ne sono conferma i risultati elettorali, sul quali si vedano E. AURELI, *La parità di genere nell'accesso*, cit., 18 ss.; V. FOGLIAME, *Parità di genere e rappresentanza politica. Il rendimento delle misure legislative promozionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

[54] G. TARLI BARBIERI, *Le consultazioni del 20 e 21 settembre 2020: continuità e discontinuità di elezioni (comunque) rilevanti*, in *Le Regioni*, 2020, 736.

SFIDA AL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA O ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA *RULE OF LAW*? RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO DEL 7 OTTOBRE 2021

MARTINA COLI[**]

Sommario

1. Introduzione. – 2. Premessa: le politiche europee a tutela della *rule of law* in Polonia. – 3. La sfida al primato del Tribunale costituzionale polacco. – 4. *Segue*: un confronto con la sentenza del *BVerfG* del 5 maggio 2020. – 5. Cosa aspettarsi nel prossimo futuro? – 6. Quali (possibili) reazioni da parte delle istituzioni europee? – 7. Osservazioni conclusive.

Abstract

The article examines the recent judgment K 3/21 of the Constitutional Tribunal of Poland that found Articles 1, 2, 4(3) and 19 TEU incompatible with the Polish Constitution, thus rejecting the primacy of Union law. It is submitted that the real target of the Tribunal is not the primacy of EU law as such, but the case law of the Court of Justice on the rule of law, notably the most recent one on the independence of the judiciary. The judgment will be read in the context of the deterioration of the rule of law in Poland and the related dispute between Warsaw and Brussels. The likely consequences of the judgment for the EU legal order will then be examined, in light of the principle of mutual trust. Finally, some considerations will be made on the desirable reactions by the EU institutions.

Suggerimento di citazione

M. COLI, *Sfida al primato del diritto dell'unione europea o alla giurisprudenza della corte di giustizia sulla* rule of law*? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[**] Dottoranda in *European and Trasnational Legal Studies* presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: martina.coli@unifi.it.

Ringrazio la dott.ssa Nicole Lazzerini e il *referee* anonimo per i commenti e suggerimenti ricevuti. Ogni responsabilità per eventuali errori ed omissioni è soltanto mia.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021 ha aperto un nuovo capitolo nei già tesi rapporti tra l'Unione europea e il governo di Varsavia. Quest'ultimo ha infatti deciso di "alzare la posta" in gioco, chiedendo al proprio Tribunale costituzionale un giudizio di legittimità costituzionale relativo ad alcune disposizioni del Trattato sull'Unione europea (TUE)[1]. Ad oggi non sono ancora state depositate le motivazioni della sentenza[2], che era particolarmente attesa, visto che il Tribunale costituzionale avrebbe dovuto emetterla già durante l'estate, ma ha rimandato più volte la decisione. Tuttavia, data la rilevanza della questione, pare utile fornire una prima analisi del dispositivo della sentenza e del comunicato stampa emesso dal Tribunale[3] e cogliere l'occasione anche per compiere alcune riflessioni sullo stato delle iniziative compiute dall'Unione a difesa dei propri valori. Sebbene sia difficile negare che la sentenza in esame sfidi direttamente il primato del diritto dell'Unione europea, come si avrà modo di vedere nel corso dell'analisi, il vero obiettivo del Tribunale costituzionale non pare tanto quello di compiere un atto di ribellione nei confronti di uno dei principi strutturali dell'ordinamento giuridico europeo, quanto avallare le controverse riforme del governo polacco e proteggerle dalla sempre più incalzante reazione della Corte di giustizia europea. Difatti, l'attacco al primato non è "assoluto", ma da leggersi alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *rule of law*. Inoltre, come verrà mostrato nel corso dell'analisi, la decisione in esame non esprime una genuina preoccupazione di una Corte costituzionale, ma il tentativo di assistere il governo di Varsavia nello scontro con l'Unione e impedire l'applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia da parte dei tribunali nazionali. Così facendo, però, il Tribunale costituzionale respinge – fatto ancor più grave – il principio di indipendenza della magistratura e la separazione dei poteri, marginalizzando ulteriormente la Polonia all'interno dello spazio giuridico europeo.

Il presente contributo si propone, dunque, di fornire una prima analisi critica dell'intervento del Tribunale costituzionale polacco, inserendola innanzitutto nel relativo contesto, ossia il deterioramento dello Stato di diritto in Polonia – realizzato, *in primis*, attraverso le controverse riforme volte a minare l'indipendenza della magistratura nazionale – e delle misure adottate in

[1] C. cost. Polonia, 7 ottobre 2021, n. K 3/21, disponibile al seguente indirizzo: https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej.

[2] Il presente contributo è aggiornato al 26 novembre 2021.

[3] Il comunicato stampa è disponibile, in inglese, al seguente indirizzo: https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej.

risposta da parte delle istituzioni europee (par. 2). Successivamente, si esaminerà il dispositivo della sentenza, alla luce del comunicato stampa di accompagnamento, discutendone il contenuto e la portata dell'attacco al primato del diritto dell'Unione e all'indipendenza della magistratura (par. 3). Si tenterà poi anche un primo confronto – data l'assenza delle motivazioni – della sentenza in commento con la pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco del 5 maggio 2020 (par. 4). In seguito, si procederà ad indagare le possibili ripercussioni della sentenza sull'ordinamento giuridico europeo, in particolare sui rapporti tra Stati membri ispirati al principio della fiducia reciproca, respingendo la possibilità di leggere la sentenza nell'ottica di una dichiarazione di recesso dall'Unione *ex* art. 50 TUE (par. 5). Infine, si esamineranno le reazioni delle istituzioni europee, tanto quelle auspicabili, ma politicamente difficili, quanto quelle probabili, sebbene non altrettanto soddisfacenti (par. 6). In chiusura si offriranno alcune riflessioni di sintesi (par. 7)[4].

2. Premessa: le politiche europee a tutela della *rule of law* in Polonia

Il contrasto tra l'Unione europea e la Repubblica di Polonia circa il significato e la natura giuridica da attribuire ai valori europei *ex* art. 2 TUE, primo tra tutti lo Stato di diritto, non è ormai una novità. Tuttavia, la pronuncia in esame ha portato l'*escalation* tra le due parti ad un livello molto più alto rispetto al passato. Prima di analizzare l'intervento del Tribunale costituzionale è opportuno fare un passo indietro e ripercorrere brevemente i punti salienti della cosiddetta crisi della *rule of law* polacca e delle conseguenti azioni intraprese dall'Unione a salvaguardia dei propri valori – *in primis*, la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia –, rispetto alle quali la pronuncia rappresenta una reazione e un tentativo di sfida.

Nel 2015 la vittoria elettorale del partito Diritto e Giustizia (in polacco "Prawo i Sprawiedliwość", abbreviato PiS) ha segnato l'inizio di una nuova fase di populismo e di deterioramento dello Stato di diritto – cosiddetto *rule of law backsliding*[5] – in Europa. In Polonia si è infatti assistito ad un progressivo e rapido indebolimento dello Stato di diritto e dei *check and balances*

[4] Il presente contributo rielabora ed amplia una serie di considerazioni sulla sentenza già svolte dall'autrice in un *post* sul blog Diritti comparati. V. M. COLI, *On Primacy, the Rule of Law and Poland: Going Down the Rabbit Hole?,* in *Diritti comparati*, disponibile all'indirizzzo: https://www.diritticomparati.it, 25 ottobre 2021.

[5] La nozione di rule of law backsliding è stata elaborata da Pech e Scheppele e si riferisce a quel particolare processo "*through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal 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*, 19, 2017, 3 ss, p. 8.

democratici, similmente a quanto avvenuto pochi anni prima in Ungheria[6]. Le controverse riforme adottate hanno avuto uno dei loro capisaldi nel drastico ridimensionamento delle garanzie di indipendenza e imparzialità del potere giudiziario care al costituzionalismo europeo. Ovviamente, queste riforme non sono state le uniche dalla natura problematica, ma sono quelle che hanno attirato più attenzioni e preoccupazioni da parte dell'Unione europea, in ragione della loro radicalità e dell'appartenenza ad un disegno generale volto a portare la magistratura sotto il controllo politico[7].

La prima vittima della stagione di riforme della giustizia è stata proprio il Tribunale costituzionale, i cui membri sono stati parzialmente sostituiti grazie a una nuova legge che ha permesso alla nuova maggioranza dominata dal *PiS* di annullare le nomine dei giudici fatte dalla precedente legislatura[8]. Inoltre, le maggioranze e i *quorum* richiesti per deliberare sono stati aumentati, così da impedire al Tribunale costituzionale di lavorare senza il consenso dei nuovi membri fedeli al governo. Queste riforme sono state condannate dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU) nella sentenza *Xero Flor*: in ragione della nomina illegittima di alcuni suoi membri, il Tribunale costituzionale polacco non può oggi essere che considerato un tribunale precostituito per legge ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU[9]. Nel frattempo, nel giro di pochi anni, la

[6] Per una ricostruzione del deterioramento dello Stato di diritto e della democrazia in Ungheria si v. 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 all'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*, in *Reconnect Working Paper*, disponibile all'indirizzo: https://reconnect-europe.eu, 4, 2019, 1 ss.

[7] Per un'eccellente ricostruzione della situazione polacca si v. W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, OUP, Oxford, 2019.

[8] Per una ricostruzione delle vicende relative al Tribunale costituzionale polacco si v.: T. KONCEWICZ, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, in *Review of Central and East European Law*, 43(2), 2018, 116 ss e W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule Law*, 11, 2019, 63 ss.

[9] Corte EDU, *Xero Flor w polsce sp. z o.o. c. Polonia*, n. 4907/18, 7 maggio 2021. Per un commento alla sentenza sia concesso rinviare a: M. COLI, *The judgment of the Strasbourg Court in Xero Flor v. Poland: The capture of the Polish Constitutional Court condemned by a European court, at last!*, in *Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: https://www.diritticomparati.it, 21 luglio 2021. Tra l'altro, il 24 novembre 2021 il Tribunale costituzionale polacco si è pronunciato sulla incompatibilità dell'art. 6, par. 1, CEDU con la Costituzione polacca, nella misura in cui include nella nozione di "tribunale" anche il Tribunale costituzionale stesso: C. cost. Polonia, 24 novembre 2021, n. K 6/21, disponibile al seguente indirizzo: https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11709-art-6-ust-1-zd-1-konwencji-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosci-w-zakresie-w-jakim-pojeciem-sad-obejmuje-trybunal-konstytucyjny. Per un primo commento si v:: J. JARACZEWSKI, *When is a Tribunal not a Tribunal? The Judgment of the Polish Constitutional Tribunal in case K 6/21*, in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: https://eulawlive.com, 26 novembre 2021.

maggioranza che sostiene il governo del *PiS* ha provveduto a rieleggere i nuovi membri del Tribunale costituzionale, che attualmente è formato in prevalenza da giudici vicini al governo[10].

Successivamente, le riforme dell'amministrazione della giustizia hanno interessato la Corte suprema e i tribunali ordinari, attraverso misure quali la sostituzione dei presidenti dei tribunali, l'abbassamento retroattivo dell'età pensionabile dei giudici, l'aumento del numero dei loro membri – con la conseguente nomina di nuovi giudici – e l'incremento del ruolo del presidente della Repubblica e del ministro della Giustizia nel processo di nomina e destituzione dei giudici[11]. A titolo di esempio, è significativo ricordare che i componenti del Consiglio nazionale della magistratura (CNM) – che è l'organo responsabile della nomina dei giudici – non sono più eletti dai loro pari, ma dal Parlamento[12], mentre la Corte Suprema è stata attaccata attraverso l'introduzione di un sistema di controllo disciplinare. Quest'ultimo ha il suo perno nelle due nuove sezioni disciplinari create all'interno della Corte stessa, sottoposte al controllo di giudici di recente nomina e dotate di poteri straordinari tali da renderle una sorta di "Corte Suprema all'interno della Corte Suprema" – con conseguente incremento dei procedimenti disciplinari nei confronti dei giudici[13]. La situazione è ulteriormente peggiorata con l'approvazione nel dicembre 2019 di un controverso pacchetto di riforme legislative – rinominato dai commentatori "*Muzzle Law*" ("Legge bavaglio") – che, tra le altre cose, ha ulteriormente amplificato il controllo sui giudici da parte del governo incrementato l'utilizzo dei procedimenti disciplinari[14].

[10] T. KONCEWICZ, *From Constitutional to Political Justice: The Tragic Trajectories of the Polish Constitutional Court*, in *Reconnect*, disponibile all'indirizzo: https://reconnect-europe.eu, 13 marzo 2019 e A. BIEŃ-KACAŁA, *Illiberal judicialisation of politics in Poland*, in *Comparative Law Review*, 25, 2019, 198 ss.

[11] Le riforme polacche sull'organizzazione della giustizia sono state ben analizzate (e criticate) dalla Commissione di Venezia, ossia l'organo consultivo del Consiglio d'Europa in materie costituzionali. Si v. in particolare il Parere sul progetto di legge che modifica la legge sul Consiglio nazionale della magistratura, sul progetto di legge che modifica la legge sulla Corte suprema e sulla legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari, n. 904/2017.

[12] Tra l'altro, il 28 ottobre 2021 il Consiglio nazionale della magistratura polacco è stato espulso dalla Rete europea dei Consigli di Giustizia in ragione della sua mancanza di indipendenza.

[13] K. GAJDA-ROSZCZYNIALSKA and K. MARKIEWICZ, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 12, 2020, 451 ss.

[14] Per un'analisi critica della legge si v. il Parere congiunto urgente della Commissione di Venezia e della Direzione Generale dei Diritti dell'Uomo e dello Stato di Diritto (DGI) del Consiglio d'Europa sulle modifiche polacche alla legge sui tribunali comuni, alla legge sulla Corte suprema e ad alcune altre leggi, n. 977/2020 e D. MAZUR, *Annual report for 2020*, seconda edizione, Associazione di giudici THEMIS, 31 dicembre 2020, disponibile all'indirizzo: http://themis-sedziowie.eu, 31 dicembre 2020. Per un approfondimento della legge si rimanda invece a: L. PECH, W. SADURSKI, K. L. SCHEPPELE, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law"*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 9 marzo 2020 e P. MARCISZ, *Discipline*

Simili riforme hanno progressivamente attirato le attenzioni di Bruxelles e Lussemburgo, in ragione dell'impatto sull'ordinamento europeo, *in primis* sulla fiducia reciproca tra Stati membri. Tuttavia, le prime iniziative europee – ad opera della Commissione europea e, in misura più marginale, del Consiglio – non hanno dato risultati soddisfacenti[15]. Esse si fondavano essenzialmente su un approccio dialogico, concretizzatosi nell'attivazione del Nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto[16], che però non è riuscito ad incidere sulla situazione polacca, nonostante le quattro raccomandazioni della Commissione al governo di Varsavia. Davanti all'indisponibilità di quest'ultimo, a fine 2017 la Commissione ha deciso di attivare la procedura *ex* art. 7, par. 1, TUE[17], ossia quel particolare meccanismo che consente all'Unione di constatare l'esistenza di "un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2 TUE"[18]. Tuttavia, poiché tale constatazione deve essere effettuata dal Consiglio alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, attualmente la procedura si trova bloccata nelle stanze del Palazzo

and Punish: New Polish Reforms of the Judiciary, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 22 dicembre 2019.

[15] Per una panoramica delle iniziative europee a tutela dello Stato di diritto in Polonia si rimanda a: M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 4(1), 2019, 271 ss, e A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE Online*, 38(1), 2019, 19 ss.

[16] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM/2014/0158, dell'11 marzo 2014. Sull'attivazione del Nuovo quadro si v.: 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; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari 2017, 605 ss.

[17] 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. Sull'attivazione dell'art. 7, par. 1, TUE e le altre iniziative europee adottate in risposta alla situazione polacca si v: 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*, 13, 2021, 1 ss; 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*, 3, 2016, 1253 ss; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi,* in *Federalismi*, disponibile all' indirizzo: https://www.federalismi.it/, 1 aprile 2020, 166 ss.

[18] La letteratura sull'art. 7 TUE è particolarmente vasta. Si v., tra gli altri: W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, 385 ss; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di) *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, 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, 2019, 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.

Europa[19]. La Commissione si è dunque orientata verso l'utilizzo della procedura di infrazione quale strumento di tutela della *rule of law*; uno sviluppo che è stato reso possibile dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*[20]. Evidenziando il rapporto *genus-species* tra gli artt. 2 e 19, par. 1, TUE, leggendo quest'ultimo alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Corte di giustizia ha affermato che l'obbligo che l'art. 19, par. 1, TUE pone in capo agli Stati membri di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione comprende la garanzia di una piena indipendenza dei tribunali nazionali, indipendentemente dal fatto che questi attuino il diritto dell'Unione nel caso concreto[21]. Così facendo, la Corte di giustizia ha aperto la strada all'utilizzo della procedura di infrazione *ex* artt. 258-260 per violazione dell'art. 19, par. 1, TUE contro tutti quegli Stati membri che limitano l'indipendenza della propria magistratura. Inoltre, essa ha anche affermato la propria competenza nell'ambito del rinvio pregiudiziale a risolvere questioni interpretative che riguardino nel merito, ossia ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE, l'indipendenza dei tribunali nazionali[22]. Tale novità è stata immediatamente recepita dai giudici nazionali, *in primis* quelli polacchi, che non hanno atteso molto prima di inviare una serie di richieste pregiudiziali a Lussemburgo con lo scopo di censurare le misure liberticide poste in essere dal governo del *PiS*.

Grazie a questi sviluppi, si è rapidamente andata formando una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia sui criteri relativi al requisito di indipendenza della magistratura, che ha ulteriormente precisato il contenuto dell'art.

[19] Tra l'altro, altrettanto è accaduto alla procedura *ex* art. 7, par. 1, TUE attivata dal Parlamento Europeo nei confronti dell'Ungheria nel settembre 2018. Si v. per un'analsisi: L. PECH, *Article 7 TEU: From 'Nuclear Option' to 'Sisyphean Procedure'?* in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS (a cura di) *Constitutionalism under Stress*, OUP, Oxford, 2020, 157 ss.

[20] CGUE, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, 27 febbraio 2018, EU:C:2018:117. Fino a tale sentenza i limiti strutturali dello strumento, ossia il suo limitato ambito di applicazione, confinavano il raggio d'azione della procedura di infrazione alla sola violazione di obblighi puntuali di diritto dell'Unione.

[21] Si v. per un commento alla sentenza, 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 *Com. mar. law rev*, 55, 2018, 1827 ss; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: How Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2018, 622 ss; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in Diritti umani e diritto internazionale, 2018, 421 ss, e 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*, 3, 2018, 985 ss.

[22] N. LAZZERINI, *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia sull'indipendenza dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Carucci, Bari, 171 ss.

19, par. 1, secondo comma, TUE[23]. Allo stesso tempo, questa giurisprudenza rappresenta una censura – diretta, nel caso del procedimento di infrazione, e indiretta nell'ambito del rinvio pregiudiziale – delle misure polacche relative all'organizzazione della giustizia, attualmente illegittime ai sensi del diritto europeo[24]. Tutto ciò non poteva essere accettato da Varsavia, in quanto percepito come un pericolo per i tentativi di indebolimento e "addomesticamento" della magistratura interna. Il governo polacco ha così iniziato una strenua opposizione alla giurisprudenza di Lussemburgo[25] ed è proprio in quest'ottica che la recente sentenza del Tribunale costituzionale deve essere letta. Infatti, è al fine di screditare la giurisprudenza della Corte di giustizia ed impedirne l'applicazione da parte dei giudici nazionali che il governo di Varsavia ha chiesto al proprio Tribunale costituzionale – la cui indipendenza è ormai un lontano ricordo – di pronunciarsi sulla compatibilità con la Costituzione di alcune disposizioni del TUE. Il ricorso di legittimità costituzionale è infatti stato presentato dal primo Ministro Morawiecki nel marzo 2021 a seguito alla sentenza *A.B. e altri*, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che il diritto dell'Unione osta a misure, quali quelle polacche, che impediscono ai giudici nazionali di

[23] Per quanto riguarda le pronunce originate da un rinvio pregiudiziale si v., *inter alia*, le sentenze CGUE: cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e altri*, 19 novembre 2019, EU:C:2019:982; causa C-824/18, *A.B. e altri*, 2 marzo 2021, EU:C:2021:153; causa C-558/18, *Miasto Łowicz,* 26 marzo 2020, EU:C:2020:234; causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, EU:C:2021:311; causa C-487/19, *W. Ż.*, 6 ottobre 2021, EU:C:2021:798 e causa C-748/19, *W.B.,* 16 novembre 2021, EU:C:2021:931. In merito alle procedure di infrazione contro la Polonia relative alla *rule of law* v. *infra*, nota 24. Per un'ottima ricostruzione della giurisprudenza di Lussemburgo successiva alla pronuncia sui giudici portoghesi si v. L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, in *SIEPS*, 3, 2021, 1 ss.

[24] Si v. innanzitutto le procedure di infrazione contro la Polonia per violazione dell'art. 19, par. 1, TUE in ragione delle misure di prepensionamento dei giudici in CGUE, causa C-619/18, *Commissione c Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, 11 luglio 2019, EU:C:2019:531 e causa C-192/18, *Commissione c Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, 5 novembre 2019, EU:C:2019:924. Si v. poi la pronuncia nella procedura di infrazione relativa al regime disciplinare per la Corte suprema e la relativa ordinanza di provvedimenti provvisori: CGUE, causa C-791/19, *Commissione c Polonia (Régime disciplinaire des juges),* 15 luglio 2021, EU:C:2021:596. Si v. infine l'ordinanza di provvedimenti provvisori relativa alla pendente procedura di infrazione c. la cd *Muzzle law*: CGUE, ordinanza della vicepresidente della Corte nella causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*, 6 ottobre 2021, EU:C:2021:834.

[25] Secondo una delle più "tradizionali" linee di difesa del governo polacco, le riforme dell'ordinamento giudiziario rientrerebbero nella competenza esclusiva dello stato nazionale. In conseguenza, le azioni dell'Unione a difesa del principio di indipendenza della magistratura – prime fra tutti le procedure di infrazione aperte dalla Commissione – rappresenterebbero ingerenze inammissibili nell'architettura costituzionale e istituzionale del suddetto Stato membro. Si v. a titolo di esempio le argomentazioni sollevate per opporsi ai provvedimenti cautelari adottati dalla Corte di giustizia nell'ordinanza relativa alla causa C-791/19 R, *Commissione c Polonia (Régime disciplinaire des juges),* 8 aprile 2020, EU:C:2020:277.

effettuare il rinvio pregiudiziale e che regolano la nomina giudiziaria alla Corte suprema[26].

Tra l'altro, il contrasto tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e Tribunale costituzionale ha avuto una progressione graduale, nei termini di una vera e propria *escalation*. Una prima reazione si era avuta a seguito della pronuncia in *A.K. e altri*[27]. In tale sentenza, originata da un rinvio pregiudiziale polacco, la Corte di giustizia aveva fornito al giudice nazionale indicazioni dettagliate per valutare l'indipendenza di una sezione disciplinare e di un CNM quali quelli polacchi ai sensi del diritto dell'Unione. In seguito alla pronuncia, tre sezioni della Corte suprema avevano ritenuto che tanto il CNM quanto la sezione disciplinare creata in seno alla stessa Corte suprema non potessero essere considerati organi giurisdizionali indipendenti e imparziali ai sensi del diritto dell'Unione[28]. Tale decisione della Corte Suprema è stata però dichiarata incostituzionale dal Tribunale costituzionale, che aveva così impedito alla prima di applicare quanto stabilito dalla Corte di giustizia in *A.K. e altri*[29].

Un attacco più diretto al principio del primato si era avuto nella successiva sentenza del 14 luglio 2021[30], in cui il Tribunale ha ritenuto incompatibili con la Costituzione polacca l'art. 4, par. 3, TUE e l'art. 279 TFUE, nella misura in cui permettono alla Corte di giustizia di imporre provvedimenti provvisori riguardanti l'organizzazione della magistratura. Tale decisione era una diretta reazione alle ordinanze di provvedimenti provvisori con le quali la Corte di giustizia chiedeva, fino alla pronuncia nel merito, l'interruzione dell'attività delle sezioni disciplinari della Corte suprema per rischio di violazione dell'art.

[26] CGUE, *A.B. e altri*, cit.

[27] CGUE, *A.K. e altri*, cit.

[28] Risoluzione congiunta della Sezione civile, della Sezione penale e Sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Corte Suprema del 23 gennaio 2020. Una traduzione, non ufficiale, in inglese è disponibile all'indirizzo: https://ruleoflaw.pl.

[29] C. cost. Polonia, 20 aprile 2020, n. U 2/20, disponibile al seguente indirizzo: https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11040-uchwala-skladu-polaczonych-izb-cywilnej-karnej-oraz-pracy-i-ubezpieczen-spolecznych-sadu-najwyzszego-z-dnia-23-stycznia-2020-r-sygn-akt-bsa-i-4110-120. Si v. in commento: A. BIEŃ-KACAŁA, *Polexit is Coming or is it Already Here? Comments on the Judicial Independence Decisions of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, disponibile all'indirizzo: http://www.iconnectblog.com, 28 aprile 2020 e D. MIĄSIK, A. SOŁTYS, *National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order – Polish Report*, in M.R. BOTMAN, J. LANGER (a cura di) *The XXIX FIDE Congress in The Hague,* Vol. 1, Eleven, L'Aia, 2020, 365 ss.

[30] C. cost. Polonia, 14 luglio 2021, n. P. 7/20, al seguente indirizzo: https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11589-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-ksztaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa. Si v. per un commento immediatamente successivo alla pronuncia: A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di AISDUE*, disponibile all'indirizzo: https://www.aisdue.eu, 15 luglio 2021.

19, par. 1, secondo comma, TUE[31]. Il ricorso davanti al Tribunale costituzionale era infatti stato presentato dai giudici della sezione disciplinare il giorno successivo all'ordinanza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2020[32]. Si trattava, quindi, da un lato, di un chiaro tentativo di ribellione contro la prima decisione della Corte di giustizia che richiedeva la sospensione delle attività della sezione disciplinare e, dall'altro, di una conferma dell'efficacia della giurisprudenza della Corte di giustizia nel difendere la *rule of law* dagli attacchi all'indipendenza della magistratura polacca.

3. La sfida al primato del Tribunale costituzionale polacco

Il 7 ottobre 2021 il Tribunale costituzionale polacco si è pronunciato sulla compatibilità con la Costituzione di alcune disposizioni del TUE, rispondendo al ricorso di legittimità costituzionale promosso dal primo Ministro Morawiecki[33]. La sentenza è stata adottata in seduta plenaria a maggioranza dei membri, con sole due opinioni dissenzienti, ed ha acquisito efficacia giuridica cinque giorni dopo, a seguito della pubblicazione da parte del governo nella Gazzetta Ufficiale[34].

Il Tribunale costituzionale polacco ha innanzitutto rilevato un contrasto tra gli artt. 1 e 4, par. 3, TUE e alcune disposizioni della Costituzione polacca – in particolare, gli artt. 2 (che dichiara la Polonia uno stato democratico governato dalla legge), 90, par. 1 (sulla partecipazione alle organizzazioni internazionali), 8, par. 1 (secondo cui la costituzione è la legge suprema della Repubblica di Polonia)[35], nella misura in cui consentono alle istituzioni europee di agire *ultra vires* e impediscono alla costituzione polacca di prevalere sulle norme europee, con conseguente perdita di sovranità. In secondo luogo, l'art. 19, par. 1, TUE, nella misura in cui impone ai giudici nazionali di far prevalere il diritto dell'Unione rispetto alla Costituzione polacca e di disapplicarne le disposizioni in giudizio, in caso di contrasto con il diritto europeo, è stato ritenuto incompatibile con gli artt. 2, 8, par. 1, e 90, par. 1 della Costituzione, nonché gli artt. 7 (ai sensi del quale le autorità pubbliche funzionano sulla base e nei limiti della

[31] Tali violazioni sono state poi riconosciute dalla Corte di giustizia nella successiva sentenza *Commissione c Polonia,* C-791/19, del 15 luglio 2021.

[32] CGUE, ordinanza in C-791/19 R, cit.

[33] Una traduzione in inglese del ricorso è disponibile al seguente indirizzo: https://ruleoflaw.pl/pm-action-to-review-constitutionality-of-eu-treaty-now-in-english/

[34] Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (Gazzetta della Repubblica di Polonia) del 12 ottobre 2021, n. 1852. Ai sensi dell'art. 190, par. 3, della Costituzione polacca, le sentenze del Tribunale costituzionale acquisiscono efficacia giuridica a partire dal giorno della loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

[35] Una traduzione inglese della costituzione polacca è disponibile sul sito del parlamento polacco al seguente indirizzo: https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm. Ogni traduzione in italiano è a cura dell'autrice.

legge), 178, par. 1 (relativo all'indipendenza dei giudici) e 190, par. 1, (secondo cui le sentenze del Tribunale costituzionale sono universalmente vincolanti e definitive). Infine, gli artt. 2 e 19, par. 1, secondo comma, TUE, consentendo ai giudici polacchi di valutare l'indipendenza dei propri pari, sono stati valutati inconciliabili con gli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, e 179 della Costituzione, nonché con l'art. 144, par. 3, punto 17 (ai sensi del quale gli atti del Presidente della Repubblica relativi alla nomina dei giudici non richiedono la controfirma ministeriale) e con l'art. 186, par. 1 (che prevede che il Consiglio nazionale della magistratura salvaguardi l'indipendenza dei tribunali e dei giudici).

Il fatto che il dispositivo si limiti a qualificare come incostituzionali le disposizioni del TUE solo *nella misura in cui* ("*insofar as*" nella versione inglese) esse hanno certi effetti, potrebbe già far riflettere sul fatto che l'interpretazione offerta dal Tribunale costituzionale non sia di totale chiusura, ma si limiti a contestare solo l'ultima evoluzione della giurisprudenza *rule of law*, della quale è difficile negare il carattere espansivo. Effettivamente, nel comunicato stampa, il Tribunale costituzionale si preoccupa di precisare che l'art. 1 TUE è incompatibile con la Costituzione polacca solo in quanto le norme del diritto europeo si collochino al di fuori delle competenze conferite dalla Polonia all'Unione con i Trattati[36]. Il vero obiettivo è chiaramente l'art. 19, par. 1, TUE, come interpretato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza relativa alla *rule of law*. Invero, il Tribunale si preoccupa di precisare che "*the scope of the competences conferred by EU Member States is primarily regulated in the Treaties, and in particular in Art. 3(1) and Article 4(2) of the TFEU. Those competences comprise neither the functioning of the judicial system nor the organisational structure thereof*"[37]. Al paragrafo successivo del comunicato si legge poi che "*a distinction between the area of conferred competences and those exclusively reserved for the EU Member States is also essential for specifying the boundaries of the so-called principle of the primacy of EU law*". Tuttavia, attraverso una simile lettura – qualora confermata nelle motivazioni della sentenza –, il Tribunale costituzionale sembra confondere primato del diritto europeo e competenze dell'Unione[38]. La ripartizione delle competenze tra gli Stati Membri e l'Unione *ex* artt. 2-6 TFUE riguarda infatti le competenze legislative di quest'ultima, non il diritto primario, quale l'art. 19, par. 1, TUE, che ben può godere del primato indipendentemente dall'esistenza di una competenza legislativa. Probabilmente, ciò è dovuto ad una visione fortemente dualista del Tribunale che, tuttavia – se confermata nelle motivazioni –, mal si concilia con la lettura delle

[36] Comunicato stampa *supra* nota 3, paragrafi 9-12.

[37] Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 10.

[38] D. KRAPPITZ, N. KIRST, *The Primacy of EU law Does Not Depend on the Existence of a Legislative Competence — Debunking the flawed analysis of the Polish Constitutional Court*, in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: https://eulawlive.com, 20 ottobre 2021.

competenze dell'Unione offerta dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza che, notoriamente, è ben risalente rispetto alla tematica della *rule of law*. È difatti giurisprudenza consolidata della Corte che, nell'esercitare le proprie competenze, gli Stati membri debbano rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione[39]. Da ciò non può essere esclusa l'organizzazione della giustizia, come confermato dalla Corte stessa in pronunce più recenti[40].

Le divergenze tra la Corte di giustizia e alcune Corti costituzionali nazionali circa l'origine e la portata del primato del diritto europeo sono risalenti all'enunciazione del principio stesso – affermato nella storica sentenza *Costa c. ENEL* del 1964[41]. Se è vero che in tempi più recenti lo scontro si è riacuito[42], bisogna tuttavia riconoscere che il Tribunale costituzionale polacco ha innalzato i toni ad un livello inedito. La storia dell'integrazione giuridica europea ci insegna che il dialogo e il confronto giudiziario tra la Corte di giustizia e le corti nazionali, *in primis* quelli costituzionali, è essenziale per la corretta applicazione e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione. Il dialogo tra le massime autorità giurisdizionali nazionali e la Corte di giustizia può certamente svolgere una funzione positiva nella definizione dell'ordinamento europeo, ma per farlo deve essere animato dalla volontà di garantire la massima tutela ai diritti fondamentali dei cittadini europei[43]. Difatti – e sarebbe il caso di ricordarlo al Tribunale costituzionale polacco – il primato è innanzitutto una garanzia di uguaglianza degli Stati membri e dei loro cittadini davanti alla legge, nonché una sicurezza che gli Stati membri non facciano "*cherry-picking*" del

[39] Si v. per una definizione generale del principio, ad esempio, la sentenza CGUE, causa C-279/93, *Schumacker*, 14 febbraio 1995, EU:C:1995:31, punto 21. Si v. poi per un approfondimento: L. AZOULAI, *La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de Justice de l'Union européenne'* in E. NEFRAMI (ed), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 341 ss, e B. DE WITTE, *Exclusive Member State Competence – Is There Such a Thing?*', in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences in the EU Legal Order: Reflections on the Past, the Present and the Future*, 2017, Hart Publishing, Oxford, 59 ss.

[40] Si v. in particolare le già citate sentenze della Corte di giustizia *Commissione c Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 52 e *Repubblika*, punto 48.

[41] CGUE, causa 6-64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, 15 luglio 1964, EU:C:1964:66. Si v. per un'analisi delle vicende che portarono alla sentenza: A. ARENA, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *European Journal of International Law*, 30(3), 2019, 1017 ss.

[42] Si v., in particolare, le pronunce della Corte Cost. ceca del 31 gennaio 2012, *Landtova*, n. Pl. ÚS 5/12, della Corte Suprema danese del 6 dicembre 2016, *Ajos*, n. 15/2014, (la Danimarca prevede un sistema di controllo di costituzionalità diffuso), della Corte Cost. tedesca del 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15, e della Corte Cost. rumena dell'8 giugno 2021, n. 390/2021.

[43] G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2018, 781 ss; B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in G. de BÚRCA and P. CRAIG (a cura di), *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 2021, 323 ss; T. TRIDIMAS, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability*, in D. CHALMERS, A. ARNULL (a cura di.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP, Oxford, 2015, 403 ss;

diritto dell'Unione, ossia scelgano a piacimento quali disposizioni applicare e quali no[44].

A parere di chi scrive, la sentenza in esame, lungi dall'essere un tentativo di dialogo costruttivo, rappresenta invece un atto di insubordinazione "strumentale" nei confronti del primato del diritto europeo, in quanto il vero bersaglio dell'azione è la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela della *rule of law* polacca. Un attacco dietro al quale si cela, in realtà in modo ben poco nascosto, il governo di Varsavia. Ed è per questo che la sentenza del Tribunale costituzionale appare di particolare serietà: il problema non è tanto la contestazione del primato in sé – sulla quale molte altre Corte costituzionali potrebbero trovarsi d'accordo, sebbene non con questa intensità di toni – quanto la negazione dell'indipendenza della magistratura, elemento cardine di ogni moderna democrazia e altresì essenziale per garantire un principio sostanziale e strutturale del diritto europeo quale la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti individuali.

Per come descritto nel comunicato stampa, il ragionamento del Tribunale costituzionale si apre sottolineando come la Costituzione si trovi al vertice della gerarchia polacca delle fonti del diritto, mentre gli accordi internazionali, incluso il TUE, si collocano in posizione ad essa subordinata e pertanto le devono essere conformi[45]. Successivamente, dopo aver ricordato la propria competenza alla luce dell'art. 188 della Costituzione a esaminare la compatibilità del TUE con la Costituzione polacca[46], il Tribunale affronta la questione della compatibilità con quest'ultima degli artt. 1 e 4, par. 3, TUE, facendo riferimento alla sua precedente giurisprudenza, in particolare la sentenza K 18/04 relativa all'adesione[47] e il "Lisbon judgment" (polacco) K 32/09[48]. Effettivamente, il Tribunale costituzionale, quando era ancora un'istituzione

[44] K. LENAERTS, *No Member State is More Equal than Others: The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 8 ottobre 2020 e F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 16(4), 2015, 1003 ss.

[45] Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 1.

[46] Interessante è poi il fatto che il Tribunale costituzionale si preoccupi "*as a side remark*" di sollevare dubbi circa l'indipendenza dei giudici della Corte di giustizia "*in the light of the Polish constitutional standards*", in quanto nominati dagli esecutivi nazionali per un numero illimitato di mandati. V. Comunicato stampa *supra* nota 1, par. 5.

[47] La risoluzione K 18/04, rilasciata l'11 maggio 2005, era relativa alla compatibilità del Trattato di adesione polacco all'Unione europea con la costituzione polacca. Si v. per un'analisi: K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, in *German Law Journal*, 2005, 6(10), 1355 ss.

[48] Una traduzione in inglese della sentenza K 32/09 è disponibile al seguente indirizzo: https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_09_EN.pdf. Si v. per una analisi: A. LAZOWSKI, *Half full and half empty glass: The application of EU law in Poland (2004–2010)*, in *Com. mar. law rev.*, 2011, 48(2), 503 ss.

indipendente, non ha mai accettato in modo incondizionato il primato del diritto dell'Unione, ma aveva comunque riconosciuto la compatibilità dei Trattati europei con il testo costituzionale[49]. Dunque, nella sentenza in esame, per spiegare perché, a Trattati invariati, il TUE non è più compatibile con la Costituzione polacca il Tribunale ha dovuto compiere una re-interpretazione delle disposizioni costituzionali. Nel comunicato stampa si legge che la sentenza è conforme all'art. 9 della Costituzione (ai sensi del quale la Polonia rispetta il diritto internazionale vincolante) in quanto esso si applica solo al diritto dell'UE adottato nei limiti delle competenze conferite all'Unione e nel rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri *ex* art. 4, par. 2, TUE[50], segnando, ancora una volta, una confusione tra il primato di Trattati e le competenze dell'Unione. Ad opinione di illustri giuristi e magistrati polacchi, un'altra interpretazione del testo costituzionale era possibile, in conformità con la giurisprudenza consolidata del Tribunale stesso sulla risoluzione dei conflitti tra Costituzione e diritto europeo[51]. Essi hanno altresì rilevato come la Costituzione polacca autorizzi il Tribunale costituzionale a esaminare i trattati internazionali, ma non la giurisprudenza delle relative corti, inclusa quella della Corte di giustizia[52].

Di quest'ultima, peraltro, il Tribunale costituzionale dà un'interpretazione tutt'altro che corretta. Infatti, contrariamente a quanto si legge nei paragrafi del comunicato stampa relativi agli artt. 2 e 19 TUE, la Corte di giustizia – e tantomeno la Commissione – non si è arrogata la competenza di decidere l'organizzazione interna della giustizia nazionale, ma si è preoccupata di garantire la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di matrice europea, nel rispetto delle competenze degli Stati membri. Le basi della già ricordata giurisprudenza in

[49] Sugli elementi di continuità tra la sentenza in esame e la giurisprudenza pregressa del Tribunale costituzionale polacco si rimanda a: C. CURTI GIALDINO *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it,* disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 20 ottobre 2021. Per una ricostruzione della giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco sul primato, oltre agli articoli menzionati *supra* note 47 e 48, si v.: W. SADURSKI, *Solange, chapter 3': Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*, in *EUI Working Paper Law*, 2006, 40, 1 ss; P. TULEJA, *The Polish Constitutional Tribunal*, in A. VON BOGDANDY, P. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooksin European Public Law, Volume III: Constitutional Adjudication: Institutions*, OUP 2020, Oxford, 619 ss.

[50] Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 13.

[51] J. JARACZEWSKI, *Gazing into the Abyss: The K 3/21 decision of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, disponibile al seguente indirizzo: https://verfassungsblog.de, 12 ottobre 2021 e S. BIERNAT, E. ŁĘTOWSKA, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment!: Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 27 ottobre 2021.

[52] Si v. e la risoluzione del comitato per le Scienze giuridiche della Accademia polacca delle scienze n. 04/2021 del 12 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo: https://ruleoflaw.pl e lo statement dei presidi dei dipartimenti di giurisprudenza delle università polacche del 24 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo: https://ruleoflaw.pl.

materia di ripartizione di competenze tra Unione Stati membri, che pur ha recentemente conosciuto nuove applicazioni, erano già presenti al momento dell'ingresso della Polonia nell'Unione[53]. Altrettanto vale per il fondamentale principio del primato: come sottolineato in dottrina, con l'adesione del 2004 e la successiva ratifica del Trattato di Lisbona, la Polonia "non poteva ignorare l'essenzialità di tale principio per il sistema giuridico al quale aveva liberamente deciso di prendere parte"[54].

Nel comunicato stampa il Tribunale costituzionale sottolinea poi che l'art. 2 TUE non contiene principi giuridici, ma meri valori dalla portata assiologica e pertanto non può costituire la fonte delle competenze della Corte di giustizia per decidere sull'organizzazione dei tribunali polacchi. Tale affermazione è incompatibile non solo con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia[55], ma anche con alcune disposizioni dei trattati, *in primis* gli artt. 7 e 49 TUE, che impongono agli Stati, rispettivamente membri e candidati, di rispettare i valori europei. Per quanto riguarda invece l'idea che l'organizzazione della giustizia negli Stati membri "non rientri nella identità costituzionale comune agli Stati membri" in ragione del fatto che questi ultimi applicano procedure diverse per la nomina dei giudici[56], essa si pone in diretto contrasto con l'art. 2 TUE ai sensi del quale lo Stato di diritto e gli altri valori europei sono "comuni agli Stati membri".

4. *Segue*: un confronto con la sentenza del *BVerfG* del 5 maggio 2020

A questo punto, è difficile non tentare un confronto tra la sentenza in esame e quella, altrettanto dibattuta, del Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfG*) del 5 maggio 2020 sul *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), dove quest'ultimo rigettava l'interpretazione dell'operato della Banca centrale europea (BCE) fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Weiss*[57], mettendo pertanto in discussione il carattere assoluto del primato[58]. Effettivamente, non

[53] V. supra nota 39.

[54] P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: http://rivista.eurojus.it, 4, 2021, 1 ss,

[55] V. tanto la giurisprudenza *Associazione sindacale dei giudici portoghesi* e seguenti, *supra* note 20, 23 e 24, quanto quella relativa alla fiducia reciproca, rispetto alla quale il rispetto dei valori si pone come "premessa fondamentale": CGUE, Parere 2/13, *Adesione dell'Ue alla CEDU*, 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 168. Per un'analisi approfondita si rimanda a: L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 19, 2020, iv ss.

[56] Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 19.

[57] CGUE, causa C-493/17, *Weiss*, 11 dicembre 2018, EU:C:2018:1000.

[58] *BVerfG*, 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15. Per un'analisi della sentenza del *BVerfG* si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's Public Sector Purchase Programme: An Attempt to "Break the Toy" or a New Starting for the Eurozone?*, in *Federalismi.it,* disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 16, 2020, 36 ss; F.

si può omettere di sottolineare come la giurisprudenza del *BVerfG* sia stata una fonte d'ispirazione per la corte polacca, come dimostrato dal fatto che lo stesso ricorso del primo ministro si fondava anche sulla sentenza relativa al PSPP. Sembrano così avverarsi quei timori, espressi da vari studiosi all'indomani della sentenza del *BVerfG* del 5 maggio 2020, sui rischi di utilizzo abusivo di questa da parte di altre corti europee e della mancanza di lungimiranza del *BVerfG*[59].

Tuttavia, come già sostenuto nei primi commenti[60], le due sentenze sono profondamente diverse per contesto, contenuto e conseguenze. Innanzitutto, per quanto riguarda il contesto, si è già avuto modo di sottolineare come, ormai, il Tribunale costituzionale polacco non possa più essere considerato un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi degli artt. 19 TUE e 6 CEDU, ma, piuttosto, deve essere visto come un fedele alleato del governo polacco. La decisione in esame è più vicina ad uno *statement* politico in favore del governo piuttosto che ad una vera sentenza di un organo giurisdizionale genuinamente preoccupato per l'equilibrio dei rapporti tra ordinamenti giuridici. In quest'ottica, ci si potrebbe legittimamente domandare se la decisione di pubblicare un dispositivo "incendiario" come quello in esame non sia stata dovuta proprio al fatto di voler garantire all'esecutivo un'arma nello scontro con l'Unione, riservandosi poi successivamente la possibilità, a seguito delle negoziazioni tra governo e istituzioni europee, di mitigare l'attacco attraverso le motivazioni. Al contrario, dell'indipendenza e autonomia del Tribunale costituzionale federale tedesco non si può certo dubitare, soprattutto considerando che la sentenza del 5 maggio 2020 condannava anche l'inerzia di governo e parlamento tedeschi per non aver impedito al consiglio direttivo della BCE l'adozione del programma PSPP[61].

Per quanto riguarda l'aspetto dei contenuti, la decisione del Tribunale costituzionale polacco è molto più radicale della sentenza del *BVerfG*, non solo

DONATI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?*; in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: http://rivista.eurojus.it, 3, 2020, 170 ss; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? The Reasoning on the Principle of Proportionality in the Judgment of 5 May 2020 of the German Constitutional Court*, in *Rivista CERIDAP*, disponibile all'indirizzo: https://ceridap.eu, 2, 2020, 52 ss e M. PICCHI, *La pronuncia del Bundesverfassungsgericht sul Public Sector Purchase Programme: quando da una "prova di forza" possono scaturire le premesse per un necessario "cambio di passo"*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: http://www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 795 ss.

[59] Si v. ad esempio M. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 6 maggio 2020 e P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum Quad. Cost.*, 2, 2020, 306 ss.

[60] A. THIELE, *Whoever equates Karlsruhe to Warsaw is wildly mistaken*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 10 ottobre 2021.

[61] J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *I Post di AISDUE*, disponibile all'indirizzo: https://www.aisdue.eu, 7 maggio 2020.

in quanto qualifica apertamente il diritto europeo come incompatibile con la costituzione polacca, ma lo fa con riferimento alle disposizioni del TUE. La sentenza del *BVerfG* riguardava la politica monetaria e i programmi di acquisto della BCE, non i valori fondanti dell'Unione. In particolare, il Tribunale costituzionale polacco definisce incompatibile con la Costituzione gli artt. 2 e 19 TUE, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, così facendo, rigetta tanto il valore dello Stato di diritto in generale, quanto la sua peculiare espressione dell'indipendenza del potere giudiziario e, in definitiva, la separazione dei poteri. Inoltre, a differenza di quanto fatto dal *BVerfG* in *Weiss* e dalla Corte costituzionale italiana in *M.A.S.*[62], il Tribunale costituzionale polacco ha scelto di non effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di giungere allo scontro diretto. Tuttavia, le ragioni che esso adduce per motivare il mancato rinvio pregiudiziale appaiono di natura pretenziosa. Nel comunicato stampa il Tribunale sostiene che non c'era alcuna utilità nel chiedere un'interpretazione del diritto europeo alla Corte di giustizia in quanto la questione in esame riguardava la conformità delle disposizioni del TUE con la Costituzione polacca, sulla quale la Corte di Lussemburgo non è competente a pronunciarsi. Eppure, il problema principale del Tribunale sembra essere l'interpretazione del TUE, ed in particolare dell'art. 19, offerta dalla giurisprudenza di Lussemburgo, sulla cui portata la Corte di giustizia è certamente competente. Ciò conferma ulteriormente il comportamento non cooperativo del Tribunale costituzionale, che sembra così dimenticarsi di far parte di un ordinamento giuridico integrato e composito quale quello europeo.

Infine, per quanto riguarda le conseguenze, la decisione del Tribunale costituzionale polacco è chiaramente mossa dall'intento di impedire l'applicazione da parte dei giudici polacchi delle future decisioni della Corte di giustizia relative alla *rule of law*. La parte conclusiva del comunicato stampa suona infatti come una vera e propria minaccia rivolta a Lussemburgo. Il Tribunale costituzionale, non solo si dichiara competente a valutare la compatibilità della giurisprudenza di Lussemburgo con la Costituzione polacca, ma non esclude la possibilità di ricorrervi e di "eliminare le sentenze della Corte di giustizia

[62] CGUE, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, 5 dicembre 2017, EU:C:2017:936. Per un commento alla sentenza si v., ex plurimis: N. LAZZERINI, *Il rapporto tra primato del diritto dell'Unione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali nella sentenza Taricco-bis: buona la seconda?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2018, p. 234 ss; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Dir. Un. eur., Osservatorio europeo*, 2017, 1 ss; B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, 441 ss. Si v. inoltre i due volumi interamente dedicati alla "saga Taricco": A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017 e C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano 2018.

dall'ordinamento giuridico polacco" qualora quest'ultima non freni il suo attivismo giudiziario[63].

5. Quali le conseguenze della sentenza nel breve e medio periodo?

Per capire quali saranno gli effetti della pronuncia sulla corretta applicazione del diritto europeo a livello nazionale si dovrà attendere di poter valutare la prassi dei giudici nazionali. Infatti, sebbene la Polonia sia ancora formalmente tenuta ad applicare il diritto dell'Unione e a dare attuazione alle sentenze della Corte di giustizia, la sentenza del 7 ottobre mette a repentaglio la corretta applicazione del diritto europeo in Polonia. I giudici polacchi si troveranno a breve a dover scegliere se dare attuazione alla sentenza del Tribunale costituzionale, e quindi ignorare il diritto dell'Unione, oppure se continuare ad applicare l'art. 19, par. 1, TUE così come interpretato dalla Corte di Giustizia, disapplicando quindi le norme nazionali incompatibili col principio europeo di indipendenza della magistratura. In questo caso, però, dovranno essere pronti ad affrontare dei procedimenti disciplinari. Purtroppo questi ultimi saranno altresì destinati ad aumentare in numero e intensità adesso che è possibile avvalersi della sentenza del Tribunale costituzionale come leva per spingere i giudici a rispettare le riforme della maggioranza di governo.

Altra questione è quella relativa alle conseguenze della sentenza esaminata sull'ordinamento giuridico europeo e, in particolare, sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri. Come la Corte di giustizia ha avuto modo di dichiarare più volte, la fiducia reciproca "riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne" e pertanto essa "impone a ciascuno [degli Stati membri], segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo"[64]. Indubbiamente, la decisione del Tribunale costituzionale rende molto più difficile giustificare questa presunzione nei confronti della Polonia. Come reagiranno dunque le altre corti nazionali davanti alla sentenza in questione e, soprattutto, al fatto che le loro controparti polacche non sono più tenute – secondo la Corte costituzionale nazionale – a rispettare il primato del diritto UE relativamente ad una questione nevralgica quale l'indipendenza della magistratura e, quindi, la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti individuali? Potranno ancora fidarsi nel dare attuazione agli

[63] Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 22.

[64] CGUE, Parere 2/13, cit, punto 191. Per un'analisi della fiducia recipraca si v. K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *Com. mar. law rev.*, 54(3) 2017, 805 ss e F. MAIANI, S. MIGLIORINI, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Com. mar. law rev.*, 57(1), 2020, 7 ss.

strumenti di cooperazione giudiziaria verso la Polonia o si rifiuteranno di farlo? Chiaramente, se alcune corti nazionali non ritenessero più soddisfatti i presupposti della fiducia reciproca nei confronti della Polonia, il rischio sarebbe quello di una frammentazione e parcellizzazione dello spazio giuridico europeo[65]; una conseguenza che la Corte di giustizia ha finora cercato di evitare.

Probabilmente, numerose richieste pregiudiziali da parte delle corti nazionali arriveranno presto a Lussemburgo nella speranza di ottenere un chiarimento da parte della Corte di giustizia in merito all'atteggiamento da tenere rispetto ai giudici polacchi dopo la sentenza del Tribunale costituzionale. Sicuramente, data la radicalità di quest'ultima, la Corte di giustizia non farà alcuna concessione sul primato e, soprattutto, sul principio di indipendenza della magistratura, data la loro essenzialità per l'ordinamento giuridico europeo. Il primo è infatti il criterio fondamentale per la risoluzione dei conflitti tra norme sovranazionali e domestiche, mentre il secondo rappresenta uno degli aspetti essenziali della nozione europea di Stato di diritto, che a sua volta è condizione per la stessa appartenenza all'Unione europea[66] e "per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro"[67].

Tuttavia, la Corte di giustizia potrebbe trovarsi costretta a modificare parte della propria giurisprudenza in materia di fiducia reciproca. I tribunali nazionali potrebbero chiedersi quale peso attribuire alla sentenza del Tribunale costituzionale polacco nel contesto dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo (MAE) verso la Polonia. Com'è noto, nella sentenza *LM*[68] – in risposta al quesito pregiudiziale della *High Court* irlandese – la Corte ha sviluppato un doppio test – successivamente confermato in *L e P*[69] – per stabilire se un'autorità giudiziaria può astenersi dal dare esecuzione ad un MAE qualora nel paese richiedente vi siano carenze generalizzate tali da precludere alla persona che ne è oggetto il suo diritto fondamentale ad un equo processo. In primo luogo, l'autorità giudiziaria di emissione deve determinare "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". Questa analisi non è però sufficiente in quanto l'autorità emittente deve in secondo luogo "valutare, in modo concreto e preciso, se, nelle circostanze del caso di specie,

[65] C. HILLION, *Last station before 'Polexit'?* in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: https://eulawlive.com, 28 ottobre 2021.

[66] Ai sensi dell'art. 49 TUE solo un paese che "che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli" può accedere all'Unione europea.

[67] CGUE, *Repubblika*, cit, punto 63.

[68] CGUE, causa C-216/18 PPU, *LM*, 25 luglio 2018, EU:C 2018: 586.

[69] CGUE, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, L e P, 17 dicembre 2020, EU:C:2020:103. Si v. in commento: 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.

esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla sua consegna allo Stato membro emittente, il ricercato corra tale rischio"[70]. A questo punto, dato che la sentenza del Tribunale costituzionale ha segnato un nuovo traguardo nella degenerazione dello Stato di diritto in Polonia, pare opportuno chiedersi se la Corte di Giustizia deciderà di optare per una modifica della seconda fase del test di *LM*, già ampiamente auspicata in dottrina[71]. Le pendenti cause *Openbaar Ministerie*[72] e *W.O e J.L c. Minister for Justice and Equality*[73] potrebbero rappresentare un'ottima occasione per compiere questo passo dato che le richieste del Tribunale di Amsterdam e della Corte Suprema irlandese vertono, essenzialmente, sulla necessità, alla luce del significativo peggioramento della situazione polacca dopo la sentenza *LM*, di continuare ad applicare la doppia verifica stabilita dalla Corte di giustizia in tale occasione. Addirittura, la Corte di giustizia porrebbe spingersi fino dichiarare essa stessa che i requisiti per la fiducia reciproca non sono più soddisfatti in Polonia in ragione della generale mancanza di indipendenza del sistema giudiziario nazionale, con conseguente sospensione del mutuo riconoscimento e della cooperazione giudiziaria[74]. Tuttavia, non solo tale scenario non sembra verosimile, ma in merito la Corte si è ritrovata in un vero e proprio vicolo cieco. Infatti, se da un lato potrebbero esserci i presupposti per modificare il test di *LM*, dall'altro ciò comporterebbe l'esclusione dei tribunali polacchi dal meccanismo del rinvio pregiudiziale. Le corti polacche non potrebbero più essere considerate una "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE, dato che, per giurisprudenza consolidata della Corte, tale nozione richiede l'indipendenza del giudice del rinvio[75]. Fino ad oggi – ed è questa una delle ragioni dell'approccio prudente

[70] CGUE, *LM*, cit., punti 60-68.

[71] Per una critica al test di *LM* si v.: K. L. SCHEPPELE, *Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) "Celmer" Decision*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 28 luglio 2018 e P. BARD, 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*, 9(3), 2018, 353–365.

[72] Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Amsterdam il 14 settembre 2021, causa pendente C-562/21 PPU, *Openbaar Ministerie*.

[73] Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Supreme Court d'Irlanda il 3 agosto 2021, causa pendente C-480/21, *W.O e J.L. v Minister for Justice and Equality*.

[74] P. BÁRD, A. BODNAR, *The end of an era. The Polish Constitutional Court's judgment on the primacy of EU law and its effects on mutual trust*, in *CEPS Policy Insights*, disponibile all'indirizzo: https://www.ceps.eu, 15, 2021, 1 ss.

[75] Si v. in particolare le sentenze CGUE nelle cause C-24/92, *Corbiau*, 1993, 30 marzo 1993, EU:C:1993:118;C-54/96, *Dorsch Consult*, 17 settembre 1997, EU:C:1997:413 e C-516/99, *Schmid*, 30 maggio 2002, EU:C:2002:313 e ., Si v. altresì la sentenza nella causa C-274/14, *Banco de Santander*, 21 gennaio 2020, EU:C:2020:17, dove la Corte di giustizia ha ritenuto di dover aggiornare i criteri relativi al requisito dell'indipendenza dei tribunali nazionali *ex* art. 267 TFUE alla luce della sua più recente giurisprudenza in materia di *rule of law*. Si v. per un'analisi delle problematiche connesse al tema dell'indipendenza delle giurisdizioni *ex* art. 267 TFUE: C. REYNS, *Saving Judicial Independence: A*

adottato in *LM* – la Corte ha voluto scongiurare questa eventualità, per una duplice ragione. Innanzitutto, togliere ai giudici polacchi la possibilità di effettuare richieste pregiudiziali alla Corte di giustizia indebolirebbe ulteriormente la protezione giurisdizionale dei diritti di matrice europea in Polonia. Inoltre, poiché negli ultimi anni il meccanismo del rinvio pregiudiziale ha rappresentato per i giudici polacchi un importante strumento per contestare le misure liberticide e autoritarie del loro governo, escluderli dal novero delle "giurisdizioni" *ex* art. 267 significherebbe privarle di questo importante strumento. Come testimoniano le numerose pronunce della Corte di giustizia che originano da quesiti pregiudiziali posti dai giudici polacchi, il rinvio pregiudiziale è ormai diventato uno strumento di *enforcement* dei valori europei.

Alla luce di quanto detto, ci si potrebbe chiedere come la decisione esaminata si rapporti con la tanto discussa "*legal polexit*", ossia la possibilità di un progressivo abbandono da parte la Polonia dello spazio giuridico europeo, con le conseguenze sopra menzionate per la fiducia reciproca. Tuttavia, contrariamente a quanto affermato da parte della dottrina[76] e, soprattutto, nella stampa giornalistica, la sentenza del Tribunale costituzionale non può avere le conseguenze di una vera e propria *polexit*, ossia integrare una richiesta di uscita dall'Unione *ex* art. 50 TUE. La disposizione in questione richiede infatti che uno Stato membro, dopo aver deciso di recedere dall'Unione "conformemente alle proprie norme costituzionali", notifichi al Consiglio europeo tale intenzione. Tale notifica "non può non essere un atto formale diretto specificamente al Consiglio [europeo] che esprime in maniera chiara ed inequivocabile la volontà di recedere dello Stato"[77] – e questo non è ancora il caso della Polonia visto che manca una dichiarazione in tal senso del governo di Varsavia. Inoltre, nella sentenza *Wightman* la Corte di giustizia ha sottolineato come la decisione di recedere dall'Unione dipenda solo dalla "scelta sovrana" dello Stato membro in questione, il quale "non può essere costretto a recedere dall'Unione contro la sua volontà"[78].Tutto ciò mal si concilia con l'idea che ad attivare la procedura di recesso possa essere una sentenza, sebbene proveniente da una Corte costituzionale non indipendente e fedele al governo[79]. Il fatto che la sentenza sia entrata in vigore solo dopo la pubblicazione da parte del governo non può alterare tale conclusione, in quanto non costituisce una formale notifica di

Threat to the Preliminary Ruling Mechanism? in *European Constitutional Law Review*, 17(1), 2021, 26 ss.

[76] H. HOFMANN, *Sealed, Stamped and Delivered: The Publication of the Polish Constitutional Court's Judgment on EU Law Primacy as Notification of Intent to Withdraw under Art. 50 TEU?*, in Verfassungsblog, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 13 ottobre 2021.

[77] P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, cit, 6 ss.

[78] CGUE, causa C-621/18, *Wightman*, 10 dicembre 2018, EU:C:2018:999, punti 50 e 65.

[79] R. REPASI, *Poland's withdrawal from the 'Community of Law' is no withdrawal from the EU*, in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: https://eulawlive.com, 15 ottobre 2021.

recesso da parte di un organo sovrano. Come è stato osservato[80], il futuro dell'appartenenza della Polonia all'Unione è una questione politica e non giuridica. L'espulsione di uno Stato membro è, *de iure condito*, impossibile e l'Unione verrebbe meno alle disposizioni dei Trattati e, in definitiva, al rispetto dello Stato di diritto, se decidesse di "aggirare il problema" con un'interpretazione creativa dell'art. 50 TUE. Inoltre, dato il profondo impatto del recesso "sui diritti di tutti i cittadini dell'Unione"[81], una simile azione significherebbe anche tradire la popolazione polacca che, stando alle manifestazioni di piazza successive alla sentenza [82], si riconferma favorevole alla permanenza nell'Unione.

6. Quali reazioni (possibili) da parte delle istituzioni europee?

La decisione del Tribunale costituzionale polacco non poteva certamente passare inosservata a Bruxelles. Tuttavia, nonostante qualche dichiarazione dai toni accesi[83], ad oggi le istituzioni europee non hanno preso nessuna vera contromisura nei confronti della Polonia. Una chiara occasione mancata è stata quella offerta dal Consiglio europeo immediatamente successivo alla pronuncia del Tribunale costituzionale, il 20 e 21 ottobre 2021. Le aspettative, rinforzate dalle dichiarazioni del Presidente Michel[84], che il Consiglio europeo discutesse e prendesse posizione nei confronti della sentenza del Tribunale costituzionale sono rimaste disattese dato che tra le Conclusioni del summit non figura nessun riferimento alla questione polacca[85]. Dal canto suo, la Commissione europea non solo non ha ancora iniziato una (doverosa) procedura di infrazione contro la Polonia, ma continua a procrastinare l'attivazione del

[80] M. STEINBEIS, *The Exit Door*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 10 ottobre 2021.

[81] CGUE, *Wightman*, cit, punto 64.

[82] '*We are staying!': Poles demonstrate in support of EU membership*, in *The Guardian*, disponibile all'indirizzo: https://www.theguardian.com,11 ottobre 2021. In generale, i cittadini polacchi sono favorevoli all'Unione europea. Si v. per un approfondimento: S. GUERRA, *Central and Eastern European Attitudes in the Face of Union*, Palgrave Macmillan, Londra, 2013.

[83] Si v. in particolare la Dichiarazione della Commissione europea che ribadisce il primato del diritto dell'Ue del 7 ottobre 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_21_5142, il Discorso della Presidente della Commissione von der Leyen al Parlamento europeo sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia del 19 ottobre 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_5361 e la dichiarazione congiunta dei ministri degli esteri francese e tedesco del 9 ottobre 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/pologne/evenements/article/pologne-declaration-conjointe-de-jean-yves-le-drian-ministre-des-affaires.

[84] V. le Osservazioni del presidente Charles Michel prima della riunione del Consiglio europeo, 21 ottobre 2021, disponibili al seguente indirizzo: https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/10/21/remarks-by-president-charles-michel-before-the-european-council-meeting-on-21-october-2021/

[85] Conclusioni del Consiglio europeo del 21-22 ottobre 2021, EUCO 17/21.

meccanismo di condizionalità relativo allo Stato di diritto[86]. Bisogna ricordare che, in occasione del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, i leader europei hanno raggiunto un (controverso) compromesso sull'interpretazione del regolamento di condizionalità per sbloccare l'*impasse* politica e consentire la sua approvazione da parte del co-legislatore europeo[87]. In particolare, il Consiglio europeo ha richiesto alla Commissione di attivare il meccanismo nei confronti di uno Stato membro solo a seguito dell'adozione di una serie di linee guida sulle modalità e metodologie di applicazione del regolamento e di posticipare la redazione di quest'ultime fino alla pronuncia della Corte di giustizia sui pendenti ricorsi di annullamento presentati da Polonia e Ungheria[88]. Tuttavia, così facendo, il Consiglio europeo non solo ha "ridimensionato" il ruolo del regolamento[89], ma è addirittura intervenuto per modificarne il contenuto, entrando in tensione con il dettato dell'art. 15, par. 1, TUE, ai sensi del quale il Consiglio europeo "non esercita funzioni legislative, e dell'art. 278 TFUE, che prevede che i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non abbiano effetto sospensivo[90]. La prassi della Commissione successiva al "compromesso" sembra confermare l'intenzione di quest'ultima di mantenere fede a quanto richiesto dal Consiglio europeo, nonostante tali richieste siano state compiute in totale inosservanza di alcune disposizioni dei Trattati.

Dal canto suo, il Parlamento europeo, nella risoluzione del 21 ottobre ha condannato la sentenza del Tribunale costituzionale, ritenendola illegittima e in violazione del diritto europeo, e ha invitato Commissione e Consiglio a prendere seri provvedimenti, inclusi l'adozione di una procedura di infrazione e la sospensione dei fondi[91]. Tuttavia, neanche le iniziative di questa istituzione paiono idonee a scalfire in modo significativo il quadro di sconfortante inerzia sopra tratteggiato. Tra l'altro, il 29 ottobre 2021 il Parlamento europeo ha

[86] 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.

[87] Si v. in merito le Conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020 e, per un'analisi: K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 13 dicembre 2020; C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 214 ss; E. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Values? Or, "Europe's Moment" – Part II*, in *European Papers*, 5(2), 2020, 1101 ss.

[88] CGUE, cause pendenti C-156/21, Ungheria c. Parlamento e Consiglio e C-157/21, Polonia c. Parlamento e Consiglio.

[89] B. NASCIMBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: http://rivista.eurojus.it, 3, 2021, 172 ss.

[90] ALEMANNO, M. CHAMON: *To Save the Rule of Law You Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 11 dicembre 2020.

[91] Risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021 sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE, 2021/2935(RSP).

attivato un ricorso in carenza *ex* art. 265 TFUE[92] contro la Commissione per la mancata attivazione del regolamento di condizionalità contro la Polonia[93]. Purtroppo, tale azione è intervenuta molto tardi, dopo svariati mesi durante i quali il Parlamento aveva "minacciato" il ricorso a suddetta procedura[94]. Si pone così il rischio che l'arrivo della sentenza relativa al ricorso di annullamento contro il regolamento e la sua successiva attivazione da parte della Commissione facciano venir meno l'oggetto del ricorso in carenza.

Bisogna ricordare che l'Unione dispone di una serie di strumenti per rispondere alla sentenza polacca e dovrebbe utilizzarli senza remore, soprattutto in considerazione del fatto che la pronuncia in esame segue ad una espressa richiesta del governo di Varsavia[95]. Innanzitutto, la Commissione potrebbe attivare una procedura di infrazione *ex* art. 258 TFEU contro la Polonia, per violazione del principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE), del principio di uguaglianza degli Stati membri (art. 4, par 2, TUE) e anche delle competenze della Corte di giustizia (artt. 19, par. 1, TUE e 267 TFUE) – dato che solo a quest'ultima compete l'interpretazione finale del diritto dell'Unione[96]. Secondo giurisprudenza consolidata della Corte, gli Stati membri sono responsabili per le violazioni del diritto dell'Unione commesse dai propri organi giurisdizionali[97] e, infatti, la Commissione ha avviato una procedura di infrazione in risposta alla sentenza del *BVerfG* del 5 maggio 2020[98]. Sebbene la Commissione goda di ampio potere discrezionale nell'attivare una procedura di infrazione, sarebbe opportuno, rispetto a questo tipo di situazioni, evitare cd *double standards*, specialmente in ragione della maggiore radicalità della sentenza del Tribunale costituzionale polacco. Nel fare ciò, la Commissione dovrebbe muoversi nel solco della strada già tracciata in risposta alla precedente pronuncia del Tribunale costituzionale del 14 luglio. In seguito a quest'ultima, infatti, la Commissione si era mostrata più intransigente del solito con la Polonia[99].

[92] Sul ricorso in carenza in generale v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 146 ss.

[93] CGUE, Causa pendente C-657/21, *Parlamento c. Commissione*.

[94] Si v. ad esempio la 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).

[95] Per una panoramica generale degli strumenti dell'Unione a tutela dei propri valori si v. l'opera di M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Cacucci, Bari, 2020.

[96] L. PACE, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE*, disponibile all'indirizzo: https://www.aisdue.eu/blogdue/, 28 ottobre 2021.

[97] CGUE, causa C-224/01, *Köbler*, 30 settembre 2003, EU:C:2003:513.

[98] Commissione europea, Pacchetto infrazioni di giugno: decisioni principali, 9 giugno 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_21_2743.

[99] M. EJCHART-DUBOIS, S. GREGORCZYK ABRAM, M. WAWRYKIEWICZ, P. KIESZKOWSKA-KNAPIK, *The Jokes Have Ended: Why the European Commission Has Lost Patience with Poland's Ruling Party*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: https://verfassungsblog.de, 17 settembre 2021.

Innanzitutto, aveva richiesto alla Corte di giustizia di imporre il pagamento di una penalità fino a quando la Polonia non avesse dato esecuzione all'ordinanza di provvedimenti provvisori del 14 luglio 2021[100]. Quest'ultima è stata imposta dalla Corte con la successiva ordinanza del 27 ottobre, nella misura di 1 milione di euro per ogni giorno di mancata esecuzione[101]. Inoltre, la Commissione ha avviato la procedura della c.d. "doppia condanna" *ex* art. 260, par. 2, TFUE per inosservanza della sentenza *Commissione c. Polonia* (C-791/19). Pertanto, è auspicabile che, anche a seguito della pronuncia del 7 ottobre, la Commissione si attivi per iniziare una procedura di infrazione, corredata dalla richiesta di provvedimenti provvisori – ossia la sospensione dell'applicazione della sentenza del Tribunale costituzionale –, accompagnati dalla richiesta di penalità pecuniarie e da quella del procedimento accelerato. In caso di mancato rispetto della sentenza della Corte di giustizia, la Commissione dovrebbe poi essere pronta ad attivare l'art. 260, par. 2, TFUE. Inoltre, essa potrebbe anche cogliere l'occasione per iniziare – finalmente – una procedura di infrazione contro la Polonia per violazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE per essere venuta meno all'obbligo di assicurare l'indipendenza del proprio Tribunale costituzionale.

In secondo luogo, l'Unione può (e dovrebbe) utilizzare la leva finanziaria contro la Polonia. In risposta alla degenerazione della *rule of law*, la Commissione non ha ancora ancora approvato i piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) di Polonia e Ungheria, posticipando così la concessione dei 36 miliardi di euro che la Polonia dovrebbe ricevere nell'ambito del *Recovery and Resilience Facility* (RRF)[102], ossia la principale componente del *Next Generation EU*[103]. Probabilmente ciò è stato possibile grazie alla mancata previsione nel

[100] CGUE, C-204/21 R, 6 ottobre 2021, cit.

[101] CGUE, ordinanza del vicepresidente della Corte nella causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*, 27 ottobre 2021. In risposta, il 15 novembre 2021 il Procuratore generale polacco ha richiesto al Tribunale costituzionale un giudizio di legittimità costituzionale relativo alle disposizioni di diritto dell'Unione che permettono alla Corte di giustizia di adottare misure provvisorie corredate da sanzioni finanziarie (art. 279 TFUE e art. 39 dello Statuto della Corte di giustizia). V. AA.VV., *Poland asks top court to rule if EU court fines are constitutional*, in *Reuters*, disponibile all'indirizzo: https://www.reuters.com, 15 novembre 2021.

[102] Regolamento 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility*).

[103] Regolamento 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19. Per un'analisi del *Next Generation EU* si rimanda a: L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020: i dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Wolters Kluwer, 2021, 169 ss; L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: http://rivista.eurojus.it, 4, 2020, 22 ss; B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Com. mar. law rev*, Review, 58(3), 2021, 635 ss.

PNRR polacco di misure efficaci per venire incontro alle richieste relative alla salvaguardia dell'indipendenza della magistratura[104] contenute nella raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma della Polonia, rispetto alla quale il PNRR polacco deve adeguarsi[105].

Sarebbe altresì auspicabile che l'Unione facesse immediatamente uso dei poteri di cui dispone ai sensi del già menzionato regolamento 2020/2092 sul regime di condizionalità per sospendere i fondi europei nei confronti della Polonia. Il 19 novembre la Commissione ha inviato una lettera a Polonia e Ungheria chiedendo loro di fornire, entro due mesi, informazioni su questioni relative allo Stato di diritto nei rispettivi paesi[106]. Tale possibilità è espressamente prevista dall'art. 6, par. 4, del regolamento di condizionalità e consente alla Commissione di raccogliere tutte le informazioni necessarie per valutare l'attivazione del relativo meccanismo nei confronti di uno Stato membro. Tuttavia, non si tratta ancora di un'attivazione vera e propria del meccanismo, né di un primo passo necessario in quella direzione. Probabilmente, la Commissione sta "sondando il terreno" per essere poi pronta ad attivare il regolamento di condizionalità in tempi brevi a seguito della sentenza della Corte di giustizia nel relativo ricorso di annullamento. Tuttavia, a parere di chi scrive, in ragione della sua dubbia compatibilità con i Trattati, *in primis* con l'art. 15 TUE e l'art. 278 TFUE[107], il compromesso del dicembre 2020 in sede di Consiglio europeo

[104] Si v. in merito la proposta di A. ALEMANNO, J. MORIJN, L. PECH e D. SARMIENTO, *6 reasons why the EU should use the approval of National Recovery and Resilience Plans to enforce the rule of law in Hungary and Poland*, del 1 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo: https://www.thegoodlobby.eu e la richiesta congiunta dei principali gruppi politici del Parlamento europeo alla Presidente della Commissione europea: Leaders of political groups address a letter to Commission President on the Polish Recovery plan, disponibile al seguente indirizzo: https://www.greens-efa.eu/en/article/document/leaders-of-political-groups-address-a-letter-to-commission-president-on-the-polish-recovery-plan, 15 novembre 2021.

[105] Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 della Polonia e che formula un parere del Consiglio sul programma di convergenza 2020 della Polonia, COM(2020) 521 final, punto 4. Ai sensi dell'art. 17, par. 3, del Regolamento 2021/241, i piani nazionali per la ripresa e la resilienza devono essere "coerenti con le pertinenti sfide e priorità specifiche per paese individuate nell'ambito del semestre europeo". Inoltre, ai sensi dell'art. 19, par. 3, lett. b, dello stesso regolamento, nel valutare i piani per la ripresa e la resilienza la Commissione deve ter conto se essi sono "in grado di contribuire ad affrontare in modo efficace tutte, o un sottoinsieme significativo delle sfide, individuate nelle pertinenti raccomandazioni specifiche per paese, compresi gli aspetti di bilancio, e, se del caso, nelle raccomandazioni formulate a norma dell'articolo 6 del regolamento (UE) n. 1176/2011 rivolte allo Stato membro interessato o le sfide individuate in altri documenti pertinenti adottati ufficialmente dalla Commissione nell'ambito del semestre europeo". Infine, l'allegato al regolamento al punto 2.10 specifica che, nell'esaminare i PNRR, la Commissione deve valutare se "gli attori (organismi/entità) responsabili dei controlli hanno la capacità giuridica e la capacità amministrativa di esercitare i loro ruoli e compiti previsti".

[106] J. SHOTTER, S. FLEMING, M. KHAN, *European Commission presses Poland and Hungary on rule of law*, in *Financial Times*, disponibile all'indirizzo: https://www.ft.com, 20 novembre 2021.

[107] *Supra*, sezione 5.

dovrebbe essere ignorato dalla Commissione, permettendo un'attivazione subitanea del meccanismo di condizionalità contro la Polonia.

Inoltre, sarebbe auspicabile che la sentenza del Tribunale costituzionale polacco rappresentasse uno stimolo per rompere lo stallo nel Consiglio in merito alla procedura *ex* art. 7, par 1, TUE contro la Polonia, pendente dall'ormai lontano dicembre 2017. Anche il ricorso alla procedura *ex* art. 7, par. 2, TUE, deve essere seriamente valutato. Non si può disconoscere che, stante l'attuale scenario politico, l'unanimità necessaria per la constatazione di una "violazione grave e persistente" dei valori europei è molto difficile da raggiungere. Tuttavia, la sola attivazione della procedura – da parte della Commissione o di un terzo degli Stati membri – rappresenterebbe un'importante presa di posizione, anche solo simbolica, da parte dell'Unione nei confronti di Varsavia.

Infine, una più incisiva risposta da parte degli Stati membri sarebbe altrettanto auspicabile. Ciò può avvenire su una pluralità di fronti. Innanzitutto, essi potrebbero esercitare una forte "*peer pressure*" nei confronti della Polonia, *in primis* attraverso l'utilizzo di sanzioni diplomatiche sul modello del caso Haider[108]. Inoltre, gli Stati membri potrebbero mettere in discussione l'approvazione in sede europea di misure e riforme care alla Polonia. Da ultimo, essi hanno il potere di iniziare sia le procedure di infrazione *ex* art. 259 TFUE[109], sia la già discussa procedura all'art. 7, par. 2, TUE. Come è noto, gli Stati membri sono generalmente restii ad intraprendere azioni che vanno direttamente contro un altro Stato membro. Tuttavia, la minaccia all'unità dell'ordinamento giuridico europeo richiederebbe anche da parte degli Stato membri una risposta di pari intensità.

È probabile che il governo polacco tenterà di utilizzare la sentenza del Tribunale costituzionale come "moneta di scambio" nella negoziazione con la Commissione sullo sblocco dei fondi del *Next Generation EU* e, probabilmente, per ottenere ulteriori rassicurazioni sulle prossime azioni dell'UE in difesa dello Stato di diritto. Infatti, non è escluso che il governo polacco possa chiedere al proprio Tribunale costituzionale di emettere un'altra sentenza "correttiva" della pronuncia del 7 ottobre, riducendo così le dichiarazioni espresse e "aggiustando il tiro". Ciò potrebbe altresì avvenire attraverso delle motivazioni

[108] F. CASOLARI, *La protezione dello stato di diritto nell'unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando?*, in *SIDIblog*, disponibile all'indirizzo: http://www.sidiblog.org, 7 aprile 2020 e *The judgment of the Polish Constitutional Tribunal in case K 3/21: What can the Member States do to shield the EU values?*, in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: https://eulawlive.com, 9 novembre 2021.

[109] G. di FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?* in *BlogDUE*, disponibile all'indirizzo: https://www.aisdue.eu/blogdue/, 13 ottobre 2021. L'idea di utilizzare le procedure *ex* art. 259 TFEU a tutela della *rule of law* è stata largamente sostenuta negli ultimi anni dal professor Kochenov. Si v. in merito: D. KOCHENOV, *Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, in *The Hague Journal of the Rule of Law*, 7(2), 2015, 153 ss.

dai toni più concilianti, che vadano ad "ammorbidire" il dispositivo della sentenza. Addirittura, a parere di alcuni giuristi polacchi, non è da escludere che il governo decida semplicemente di rimuovere la sentenza dalla Gazzetta Ufficiale, togliendole così efficacia vincolante[110]. In tal caso, sarebbe opportuno evitare lunghi e inconcludenti negoziati tra la Polonia e la Commissione. Questa strategia si è già rivelata in passato assolutamente infruttuosa e anche deleteria per lo Stato di diritto in Polonia e Ungheria. Difatti, il rischio è quello di procrastinare l'attivazione degli strumenti di *enforcement* dei valori europei, lasciando ulteriore tempo a disposizione al governo polacco per portare avanti le proprie misure autoritarie.

Chiaramente, i rimedi di cui sopra comporterebbero ingenti perdite economiche per la Polonia e, quindi, per i suoi cittadini. Per circoscrivere il problema, l'Unione dovrebbe cercare di catalizzare lo scontro contro il governo di Varsavia e non contro la popolazione. In quest'ottica, il meccanismo di condizionalità rappresenterebbe un importante alleato, dato che consente alla Commissione di scegliere quali (e quanti) fondi sospendere nei confronti di uno Stato membro e, allo stesso tempo, tutela l'accesso ai finanziamenti per i destinatari e i beneficiari finali[111]. In ogni caso, non si può non vedere un'ingiustizia nel fatto che i cittadini polacchi saranno costretti a ricevere una quota inferiore di fondi europei a causa degli errori del proprio governo e del Tribunale costituzionale. Attualmente, oltre alla già menzionata recente sanzione di 1 milione al giorno, alla Polonia è stata inflitta una sanzione di 500.000 euro al giorno per non aver rispettato l'ordinanza con cui la Corte di giustizia le richiedeva di far cessare le attività nella miniera di Turów[112]. In definitiva, spetterà al governo polacco chiedersi quanto denaro offertogli dai contribuenti europei è disposto a sprecare e risponderne di questa decisione, economicamente e politicamente, di fronte ai propri cittadini, che ormai da vari anni beneficiano significativamente di interventi realizzati grazie ai fondi europei.

7. Osservazioni conclusive

La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021 rappresenta una chiara reazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia a difesa della *rule of law*. È vero che, dichiarando incompatibili con la Costituzione polacca alcune disposizioni del TUE e affermando la prevalenza della prima, il Tribunale ha deciso di respingere il primato del diritto europeo. Tuttavia, l'intenzione del giudice delle leggi polacco non tanto è pervenire ad una rottura

[110] J. JARACZEWSKI, *How do you even "roll back" a constitutional court judgement?*, https://twitter.com/J_Jaraczewski/status/1450743238520942592, tweet del 20 ottobre 2021.

[111] V., rispettivamente, gli artt. 5, par. 1, e 5, par. 2 del Regolamento 2020/2092.

[112] CGUE, ordinanza della vicepresidente della corte nella causa C-121/21 R, *Repubblica ceca c. Polonia (Mine de Turów)*, 20 settembre 2021, EU:C:2021:752.

assoluta con il diritto europeo, quanto fornire uno strumento al governo nelle negoziazioni con la Commissione europea e, soprattutto, nel reprimere i tentativi di ribellione dei giudici polacchi rispetto alle misure autoritarie. È probabile, infatti, che la sentenza verrà utilizzata dal governo polacco tanto nell'arena sovranazionale quanto sul fronte interno, per impedire ai giudici di seguire la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Così facendo, però, il Tribunale costituzionale ha respinto *in toto* il principio di indipendenza della magistratura come formulato dalla Corte di giustizia, ossia quale elemento essenziale per garantire la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di matrice europea. Si tratta non della sincera preoccupazione di una Corte costituzionale circa l'interazione tra ordinamenti giuridici, ma – come anticipato – di uno *statement* in favore di un governo illiberale e semi-autoritario, emesso da un tribunale illegittimo e non indipendente. A conferma di ciò vi sono le contraddizioni e imprecisioni inserite nel comunicato stampa che, qualora confermate nelle motivazioni della sentenza, sarebbero una dimostrazione delle forzature compiute dal Tribunale costituzionale per giungere al verdetto che il Primo ministro voleva vedersi consegnato. Si conferma, così, la sottomissione del diritto alla politica in Polonia, secondo una visione più vicina alla *rule by law*[113] che alla *rule of law*, con buona pace del principio della separazione dei poteri.

Dato che contesta il principio del primato e, soprattutto, l'indipendenza della magistratura, la pronuncia esaminata è di particolare rilevanza e destinata ad avere conseguenze nel confronto tra Bruxelles e il governo di Varsavia. A meno che le due parti non trovino velocemente un compromesso, la Polonia rischia di ritrovarsi, di fatto, ai margini dell'ordinamento europeo, attraverso una (improbabile) pronuncia esplicita della Corte di giustizia, oppure una, più probabile e anche preoccupante, serie di decisioni delle altre corti nazionali, con conseguente rischio di frammentare e parcellizzare dello spazio giuridico europeo.

A parere di chi scrive, la sentenza del Tribunale costituzionale dovrebbe spingere le istituzioni europee ad una reazione "robusta". Mai prima d'ora un governo di un Paese membro si era spinto fino al punto di chiedere alla propria Corte costituzionale di dichiarare incostituzionali le disposizioni del Trattato. L'Unione si è recentemente dotata di una serie di strumenti per la tutela dei propri valori che andrebbero utilizzati, anche congiuntamente e in modo più strategico rispetto al passato. Certamente, il dialogo con il governo di Varsavia non deve essere abbandonato e i cittadini polacchi devono, per quanto possibile, essere messi al riparo da eventuali ritorsioni. Tuttavia, sono proprio gli

[113] G. PALOMBELLA, *The rule of law as an institutional ideal*, in L. MORLINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *Rule of law and democracy: internal and external issues*, Brill, Leiden, 2010, 1 ss.

innumerevoli tentativi di un dialogo a tutti i costi con i governi illiberali che hanno favorito il consolidamento della crisi dello Stato di diritto europeo. Se l'Unione non vuole danneggiare del tutto la propria credibilità, tanto all'interno dei propri confini quanto agli occhi dei paesi candidati, è arrivato il momento di maggiore volontà politica e determinazione da parte sia delle istituzioni europee, sia degli Stati membri.

TEMPO E MUTAMENTO NEL SISTEMA DELLE FONTI: UNA INTRODUZIONE*

RENATO IBRIDO, ERIK LONGO***, GIUSEPPE MOBILIO****

Sommario

1. Le ragioni di una ricerca. – 2. Tempo, fonti e interpretazione. – 3. Durata, sperimentazione ed efficacia delle fonti normative.

Suggerimento di citazione

R. IBRIDO, E. LONGO, G. MOBILIO, *Tempo e mutamento nel sistema delle fonti: una introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'introduzione al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Firenze.
Contatto: renato.ibrido@unifi.it

*** Professore associato in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.
Contatto: erik.longo@unifi.it

**** Ricercatore in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.
Contatto: giuseppe.mobilio@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 una ricerca

Il primo ottobre 2021 si è svolto *online* il terzo convegno annuale dell'*Osservatorio sulle fonti* i cui contributi sono contenuti in questo numero speciale.

I convegni annuali di questa *Rivista* affrontano temi e problemi attuali del sistema delle fonti secondo quella modalità di indagine, legata allo studio della prassi normativa, che a partire dal 1995 il professor Ugo De Siervo ha inaugurato dando vita alla omonima esperienza scientifica fiorentina.

Il terzo convegno, dall'ambizioso titolo "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", è stata l'occasione per ragionare con un gruppo di giovani ricercatrici e ricercatori su un tema che nella letteratura giuridica e nello studio delle fonti solo raramente viene affrontato: il rapporto tra tempo e diritto[1].

Il silenzio che su questo importante argomento hanno spesso i giuristi positivi può essere giustificato facendo riferimento a due distinti ragionamenti.

Per un verso, la dottrina giuridica è solita definire il rapporto fra il diritto e il tempo come un rapporto meccanico e perciò non interessante sul piano scientifico perché è inesorabilmente imposto al diritto[2].

Per altro verso, la scarsa considerazione del rapporto tra diritto e tempo deriva dalla aspirazione, che ha origine nella stessa Rivoluzione francese, ad avere norme e ordinamenti giuridici astratti dal tempo ed eterni[3]. Come noto, la modernità giuridica ha invano tentato di conferire autorità e supremazia alla legge portandola fuori dal tempo attraverso la codificazione[4]. È un postulato della modernità, infatti, che gli individui debbano sottrarsi al dominio della consuetudine e dell'esempio come regola dell'agire pratico e sottoporsi all'unico dominio della legge che crea ordine fuori dalla contingenza[5]. Un obiettivo che si collegava all'esigenza di realizzare la sicurezza dei rapporti giuridici[6].

[1] Per un inquadramento sul punto si v.: E. OPOCHER, *Diritto e tempo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1981, p. 151 ss. e più recentemente R.R. FRENCH, *Time in the Law*, in *U. Colo. L. Rev.*, 2001, p. 663 ss.; R.H. TUR, *Time and law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 2002, p. 463 ss.; P. NONET, *Time and Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 1, 2007; p. 311 ss.; A. LONGO, *Tempo interpretazione Costituzione. Vol. 1 Premesse teoriche*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013;E.A. POSNER, *Introduction*, in *The Timing of Lawmaking*, a cura di F. FAGAN, S. LEVMORE, Edward Elgar Publishing, London, 2017, p. 1 ss.; S. RANCHORDÁS, Y. ROZNAI, *Time Matters: How Time Shapes Law and Regulation*, in *Time, Law, and Change: An Interdisciplinary Study*, a cura di S. RANCHORDAS, Y. ROZNAI, Hart, New York, 2020, p. 2 ss.

[2] Come mette in evidenza O. PFERSMANN, *Il quadro strutturale della temporalità degli ordinamenti normativi giuridici*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, ESI, Napoli, 2013, p. 269 ss. parlando delle "costrizioni" che il tempo impone al diritto.

[3] S. COTTA, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1981, pp. 139-140.

[4] P. CAPPELLINI, *Il codice eterno*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. CAPPELLINI, B. SORDI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 11 ss.

[5] F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, 1, Giuffrè, Milano, 1967, p. 495-497.

[6] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 3 ss.

Il Novecento giuridico ha depotenziato moltissimo tale assunto, facendo capire che il nesso tempo-diritto non è un semplice dato ma un problema[7]. Lo testimoniano le posizioni spesso tra di loro contrastanti che hanno determinato la rivoluzione scientifica consumatasi tra le due guerre. Si pensi allo scontro che si è verificato all'inizio del secolo scorso tra due idee fondanti della contemporaneità scientifica, la teoria della relatività, da un lato, e l'analisi filosofico-esistenziale della relazione di essere e tempo, dall'altro[8].

Tali teorie, pur nella complessità che le caratterizza, hanno permesso ai giuristi di poter guardare con occhi diversi alla dimensione temporale delle norme come elemento che identifica il diritto.

Gli studiosi che hanno affrontato l'argomento a valle di tali rivoluzioni scientifiche hanno recuperato al rapporto tra diritto e tempo una duplice dimensione: una ontologica e una logica[9]. Con la prima si sono descritte questioni riguardanti l'"essere" del *diritto nel tempo*, la storicità di un ordinamento giuridico positivo, il principio e la fine della sua validità, la continuità dello Stato e la validità delle costituzioni, l'efficacia retroattiva delle proposizioni giuridiche, ecc. Con la seconda si sono intesi quei particolari significati e le forme di quelle rap-presentazioni giuridiche che implicano riferimenti a ciò che si vo-glia indicare usando la parola "tempo", cioè l'uso che il diritto fa del tempo come mezzo per regolare la convivenza degli uomini e le dimensioni temporali dell'applicazione, cioè il problema del *tempo nel diritto*[10].

Sebbene tale distinzione sia di ordine essenzialmente speculativo[11], essa è molto utile, anche ai nostri fini, per dare conto dei problemi che lo studioso di diritto costituzionale, ed in particolare l'esperto delle fonti del diritto, si trova a dover affrontare[12]. Quando si parla di tempo nel sistema delle fonti è bene intendersi a quale delle due dimensioni menzionate ci si riferisce.

I diversi contributi pubblicati in questo speciale si riferiscono, ad esempio, ad entrambe le dimensioni, toccando variamente aspetti connessi tanto alla storicità degli ordinamenti giuridici quanto alla "temporalizzazione" delle norme (si pensi in questo senso a tutto il problema legato alla sperimentazione[13]). Da

[7] P. GROSSI, *Novecento giuridico - Un secolo pos-moderno*, Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2011, *passim*.

[8] H. BERGSON, *Durata e simultaneità: a proposito della teoria di Einstein e altri testi sulla teoria della relatività*, R. Cortina, Milano, 2004, *passim*.

[9] K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, C. Winter, Frankfurth am Main, 1955, *passim*.

[10] G. HUSSERL, *Recht und Zeit: Funf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1955, *passim*.

[11] L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 3, 1998, p. 635 ss.

[12] Su questi aspetti si v. la analisi di T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Giuffrè, Milano, 1978, p. 785 ss.

[13] Su cui si sofferma anche la relazione di I. CITINO. Il pregio della relazione è certamente quello di riprendere un tema, quello della legislazione sperimentale e della sperimentazione normativa, che solo raramente viene affrontato dai nostri giuristi, mentre è notevolmente presente nella dottrina

tali dimensioni i contributi prendono spunto per affrontare il rapporto sia oppositivo sia di circolarità dialettica di diritto e tempo.

Al primo livello, quello della opposizione, corrisponde il problema del mutamento – che è la vittoria del tempo sul diritto – e della invenzione del tempo giuridico, che è il tentativo opposto di recuperare il potere delle regole giuridiche rispetto al fluire del tempo[14]. Al secondo livello (circolarità dialettica) corrisponde il dominio del diritto sul tempo: mediante la normazione e l'istituzionalizzazione viene superato il tempo che, però, a sua volta consuma progressivamente e fa sparire le norme e le istituzioni; non appena quelle norme o istituzioni scompaiono sotto l'azione del tempo, altre ne sorgono a contrastare e vincolare il dominio del tempo, e così di seguito[15].

Ciò è particolarmente evidente per il discorso sulle fonti, perché fa comprendere come dietro il tema dell'incessante progredire e avvicendarsi di certe disposizioni di legge (si pensi all'incessante produzione normativa attraverso la decretazione d'urgenza) vi sia l'idea di un rapporto a volte dialettico e a volte oppositivo delle fonti con il tempo. Lo stesso si vede nel caso della sperimentazione. Sperimentare vuol dire rincorrere la effettività, in una continua circolarità dialettica tra realtà temporale e fenomeno giuridico[16].

Sono solo categorie che però ci dicono della incessante opera che l'uomo svolge nel cercare di darsi un diritto che sia effettivo e rispondente non solo formalmente ma anche sostanzialmente con la sua realtà[17].

Tali dinamiche ci sono parse un punto di vista privilegiato per analizzare alcuni fenomeni recenti relativi al sistema delle fonti come è nello spirito di questa *Rivista*.

estera. Si v. a tale proposito Z.J. GUBLER, *Experimental Rules*, in *BCL Rev.*, 2014, p. 129 ss.; S. RANCHORDAS, *The Whys and Woes of Experimental Legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 3, 2013, p. 415 ss.; F. CROUZATIER-DURAND, *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, in *Revue francaise de droit constitutionnel*, 3, 2003, p. 675 ss.; J. CHEVALLIER, *Les lois expérimentales: le cas français*, in *L'écriture du droit*, a cura di D.T. BOURCIER, CLAUDE, Éditions Diderot, Paris, 1996, p. 167 ss.

[14] O. PFERSMANN, *Il quadro strutturale della temporalità degli ordinamenti normativi giuridici*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, cit., p. 270 ss.

[15] Lambiamo così uno degli aspetti del rapporto tempo-diritto che in questo convegno abbiamo tenuto da parte e non trattato per una scelta scientifica a monte e per l'esigenza di rimanere attaccati alla indagine della prassi: il problema del mutamento costituzionale e del tempo delle costituzioni. Sul tema si v. il saggio illuminante di L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, p. 527 ss.

[16] Ancora, si guardi al rapporto dialettico che esiste tra la tecnica come trasformazione e il diritto che tenta continuamente di afferrarne il dinamismo. Su questo aspetto si v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*. Il problema filosofico sotteso è affrontato da R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 260 ss.

[17] Secondo l'insegnamento di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, 18, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 126 ss.

2. Tempo, fonti e interpretazione

La prima sessione, dedicata a "Tempo, fonti e interpretazione", ospita alcune relazioni che approfondiscono il tema del fattore tempo in rapporto alla produzione delle fonti normative e all'interpretazione offerta dalle pronunce dei giudici.

La relazione di Massimiliano Malvicini si interroga innanzitutto sul tempo come fattore che determina la successione delle norme, allorché quest'ultima diviene a sua volta oggetto di regolazione per il tramite delle categorie delle norme transitorie e del diritto intertemporale. Il contributo ha il pregio di contribuire ad inquadrare più sistematicamente il rapporto tra tempo e norme, sul piano della teoria generale e della dogmatica delle fonti.

La relazione di Chiara Graziani, invece, si concentra sul rilievo del fattore tempo nell'attività delle Corti e, in particolare, sulla sua capacità di orientare e condizionare l'opera interpretativa delle previsioni costituzionali e legislative. Qui la dimensione temporale viene in gioco come elemento caratterizzante l'oggetto della regolazione, costituito dalle nuove tecnologie, le quali si connotano per la loro rapida e continua evoluzione. La relazione assume una prospettiva comparata e appunta l'attenzione sul peso assunto dall'elemento delle tecnologie impiegate a garanzia della sicurezza pubblica all'interno del *reasoning* giudiziario.

Anche nella terza relazione, di Francesco Laviola, il tempo assume rilevanza per l'oggetto della regolazione, costituito dalle nuove tecnologie, sebbene questa volta ci si sposti nuovamente sul piano della produzione normativa e su come quest'ultima sia costretta ad adeguarsi al suo oggetto specifico quanto alle forme e ai metodi di produzione. L'analisi mostra come la tecnologia e il fattore tempo impongano alla legislazione, e alla regolazione più in generale, un vero e proprio cambiamento di paradigma.

Da ultimo, la quarta relazione di Maria Antonella Gliatta si sofferma sempre sull'influenza del tempo a livello di produzione normativa. In particolare, la riflessione ritorna su uno dei fenomeni di crisi più tradizionali del sistema delle fonti, ovvero la c.d. fuga dal regolamento, per verificare se, e in che misura, il tempo possa costituire una concausa che spieghi tale fenomeno.

3. Durata, sperimentazione ed efficacia delle fonti normative

La seconda sessione apre una finestra sui problemi relativi alla durata, sperimentazione ed efficacia delle fonti normative.

Il tema della c.d. "legislazione sperimentale", intesa, anche sulla base di suggestioni provenienti dalla dottrina tedesca[18], quale "legislazione in prova", è oggetto del contributo di Edoardo Caterina. In particolare, alla luce di una analisi empirica condotta in relazione al periodo 2016-2021, l'indagine di Edoardo Caterina si propone di verificare se ed eventualmente in che termini anche il caso dei decreti legislativi correttivi possa essere ricondotto a tale categoria o se invece tale tecnica di produzione normativa sia stata impiegata in un'ottica diversa da quella prettamente sperimentale.

Peraltro, per quanto significativa, la legislazione sperimentale costituisce pur sempre una eccezione rispetto all'idea di una legislazione stabile e non meramente provvisoria. Come emergerà nell'ambito del contributo di Ylenia Citino, questo rapporto regola-eccezione tende invece a ribaltarsi nel quadro del sub-sistema delle fonti del diritto parlamentare, in particolare alla luce del ruolo svolto dai pareri sperimentali adottati dalla Giunte per il regolamento. Una tendenza, quest'ultima, la quale tuttavia non è priva di importanti implicazioni rispetto alla tenuta del procedimento tipico di revisione regolamentare tracciato dall'art. 64 Cost. e dagli stessi Regolamenti parlamentari.

Al pari dei pareri sperimentali delle Giunte per il regolamento, un problema di stabilità del diritto determinato da un uso prettamente "strategico" delle fonti emerge anche nell'ambito dell'ultimo contributo, relativo alla decadenza del decreto-legge. Emblematiche sono da questo punto di vista le varie tecniche di "decreti-legge minotauro" affinate nel corso della XVIII legislatura ed in particolare nel corso dell'emergenza pandemica. Peraltro, in che misura questa evoluzione delle strategie di gestione della decretazione d'urgenza siano compatibili con il quadro costituzionale (interpretato anche alla luce della giurisprudenza in materia di reiterazione) sarà il tema, o meglio il problema, al centro del lavoro di Caterina Domenicali.

Al di là dei singoli temi e casi-studio oggetto di analisi, tutti i contributi pubblicati all'interno di questo speciale dell'Osservatorio sulle fonti muovono da una fondamentale indicazione di carattere metodologico.

Come ci ha insegnato Ugo De Siervo, all'interno di dibattiti privi per definizione di incontrovertibili parametri deducibili dalle disposizioni costituzionali, lo studioso delle fonti non può pensare di fare affidamento esclusivamente su criteri interpretativi di ordine logico-concettuale, dovendo tenere in attenta considerazione anche l'effettiva prassi delle dinamiche di produzione normativa ed il concreto operato degli attori istituzionali. Una esigenza tanto più importante se si considera il rischio immanente con i quali sono chiamati a confrontarsi gli studi costituzionalistici, ossia la tentazione di deformare la

[18] H.-D. HORN, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Duncker u. Humblot, Berlin, 1989, p. 24.

comprensione delle dinamiche giuridiche sulla base di astratti, ma non necessariamente solidi, castelli logici[19].

[19] U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa contenute in fonti primarie (a proposito del c.d. Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Osservatorio sulle fonti 2001*, a cura di ID., Giappichelli, Torino, 2002.

APPUNTI PER UNO STUDIO SUI RAPPORTI FRA DISPOSIZIONI TRANSITORIE E DIRITTO INTERTEMPORALE TRA FONTI COSTITUZIONALI E PRIMARIE*

MASSIMILIANO MALVICINI**

Sommario

1. Premessa. – 2. Diritto transitorio, criteri di applicabilità e diritto intertemporale: considerazioni preliminari. – 3. I rapporti fra norme transitorie e norme intertemporali: spunti ricostruttivi. – 4. Contrappunti di sintesi e qualche annotazione sul principio (intertemporale) di irretroattività.

Abstract

The essay considers the relationship between time and law focusing on transitional law and intertemporal law within the Italian Constitutional system, providing, specifically, a general framework of the relationships between these two types of sources of law from a taxonomic point of view. The first part of the work is dedicated to the general profiles of transitional law and intertemporal law; in this perspective, the relationships between the first and second type of norms are analyzed following the consolidated categories of the theory law; finally, in the third part of the work some particularities of the relationships between intertemporal norms and the Constitutional and Statutory (Primary) norms will be illustrated, referring, in particular, to the principle of non-retroactivity of the law.

Suggerimento di citazione

M. MALVICINI, *Appunti per uno studio sui rapporti fra disposizioni transitorie e diritto intertemporale tra fonti costituzionali e primarie*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale.
Contatto: massimiliano.malvicini@uniupo.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 rapporti fra sfera giuridica e dimensione temporale sono molteplici ed eterogenei. Gli atti e le norme giuridiche hanno le proprie radici e producono i loro effetti nel tempo; d'altro canto, le azioni alle quali si riferiscono le norme hanno necessariamente luogo nella stessa dimensione temporale (oltre che nello spazio)[1]. Ciascun ordinamento è poi contraddistinto da una duplice dinamica: con il passare del tempo nuove norme sono incorporate in esso, mentre altre cessano di farne parte[2]. Più in generale, entro certi termini, la stessa esperienza giuridica costituisce una tecnica di manipolazione temporale:

> le leggi, emanate nel passato, sono collocate anzi confitte nel momento in cui esse furono promulgate: sicché si usa riferirsi ad esse con l'indicazione della loro data di nascita; ma queste leggi restano letta morta se non vivono nel presente della loro interpretazione e applicazione. Lo storico del diritto fa storia in quanto indaga sulla formazione delle leggi e quindi le ricrea nel loro momento genetico; ma il giurista che si richiama ai testi di legge per emettere una sentenza, o per prendere un provvedimento, o per fornire una comparsa legale, costringe la legge ad inserirsi nel tessuto del presente, opera non una trasposizione temporale, ma una vera e propria immedesimazione di ciò che fu in ciò che è[3].

Dal punto di vista analitico, da un lato si pongono così le questioni attinenti alla dimensione temporale del diritto (*il diritto nel tempo*), ossia al rapporto assiologico tra l'esperienza giuridica e valori come l'universalità, la stabilità, la prevedibilità e la stessa temporalità; dall'altro emergono quelle concernenti la sua declinazione – come entità misurabile (tempo oggettivo) e/o come

[1] H. KELSEN, *General theory of law and state*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diitto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, 42 (con riferimento alle norme) 223 ss (con riferimento all'ordinamento giuridico statale); G. HUSSERL, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1955, trad. it. di R. Cristin, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998, 3 ss.

Sul rapporto tra dimensione temporale e esperienza giuridica anche dal punto di vista filosofico cfr., ex multis, G. CAPOZZI, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1968; G. GASPARRI, *Sul rapporto tra diritto e tempo*, *in Riv. int. fil. dir.*, 1974, 544 ss; S. COTTA, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1981, 119 ss; E. OPOCHER, *Diritto e tempo*, in *Ibidem*, 130 ss; O. PFERSMANN, *Il quadro strutturale della temporalità degli ordinamenti giuridici normativi*, in AA. VV., *Diritto intertemporale e rapporti civilisti*ci. *Atti del 7° Convegno Nazionale – 12-13-14 aprile 2012 Gran Hotel Quisisana – Capri*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, 269-281.

[2] E. BULYGIN, *Teoria e tecnica della legislazione*, in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995: «mentre il sistema geometrico, una volta fissati i suoi assiomi e le sue regole di inferenza, è determinato una volta per tutte per sempre e permane identico, il sistema giuridico è un processo in costante evoluzione» (42).

[3] V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 432.

riferimento fasico – all'interno di un procedimento, relativamente alle fattispecie o alle conseguenze giuridiche previste da una o più norme *(il tempo nel diritto)*[4].

Del resto, è proprio osservando dall'angolatura temporale le dinamiche di produzione del diritto che si può approfondire la precarizzazione della funzione normativa. In particolare, dinanzi alla presa d'atto che «le istituzioni e il prodotto dei processi democratici appaiono vulnerabili e assai incapaci di "resilienza"; cioè di adattarsi alla velocità dei cambiamenti in corso», solo da questa prospettiva è possibile analizzare efficacemente le trasformazioni del sistema delle fonti del diritto, intese ormai quali mezzi di consumo flessibili, orientati al continuo perfezionamento temporale[5].

Naturalmente, questo esito può essere raggiunto mediante strade differenti. In questa sede ci concentreremo su un tema specifico: i rapporti fra diritto transitorio e diritto intertemporale all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano fornendo, nello specifico, un inquadramento generale dei rapporti fra questi due tipi di norme in ottica tassonomica.

Si tratta, in altre parole, di chiarire alcuni dei presupposti teorici che, in concreto, sorreggono il fenomeno dell'"intertemporalità normativa"; come rilevava un decennio fa Maria Rosaria Ferrarese, si tratta di uno tra gli ambiti di maggior interesse per comprendere alcune delle più recenti tendenze dell'attuale panorama giuridico come, per esempio, la pervasività degli sfasamenti temporali tra norme, fonti e ordinamenti differenti (e i loro rapporti) e, parallelamente, la centralità dell'attività interpretativa e delle norme costituzionali[6]. Si tratta, del pari, di un ambito nel quale la verifica dell'idoneità delle attuali chiavi interpretative rispetto agli sviluppi normativi e giurisprudenziali degli ultimi anni emerge come prioritaria, oltre che propedeutica all'eventuale

[4] Per questa dicotomia E. OPOCHER, *Diritto e tempo*, cit., 130 ss.

[5] In questi termini E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 20 ss. al quale si rimanda per un'approfondita ricostruzione delle dinamiche concernenti la precarizzazione e la specializzazione delle fonti primarie all'interno della forma di governo italiana. Spunti interessanti già in V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, cit., 436: «Il rapporto che intercorre fra il tempo, la temporalità e il diritto (considerato quest'ultimo con riferimento ora al tempo esterno ad esso, ora al tempo interno o temporalità) va tuttavia sottoposto ad una nuova considerazione riguardo al profondo mutamento sopravvenuto nelle relazioni sociali con l 'avvento della società conformata dalla civiltà tecnologica (…)».

Con specifico riferimento al rapporto tra dimensione temporale e Costituzione si vedano, secondo approcci diversi, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti,* vol. III, Giuffrè, Milano, 1978, p. 783 ss (ma anche in ID., *Opere*, Tomo I – Teoria generale, Giuffrè, Milano, 2000, 477-573); P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1984; M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, XXXIX, 1992, 39 ss; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009.

[6] M.R. FERRARESE*, L'intertemporalità tra cambiamento normativo ed evoluzione giuridica*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistic*i, cit., 367-381.

sviluppo di argomentazioni orientate all'evoluzione dei concetti e delle teorie esistenti.

In questa prospettiva, la prima parte del lavoro sarà dedicata ai profili essenziali del diritto transitorio e del diritto intertemporale; in seguito si procederà ad analizzare i rapporti formali tra le norme del primo tipo e del secondo seguendo un'impostazione di carattere teorico-generale; infine, nella terza parte del lavoro si illustreranno alcune particolarità dei rapporti tra le norme intertemporali e le fonti costituzionali e primarie facendo riferimento, in particolare, al principio di irretroattività della legge.

2. Diritto transitorio, criteri di applicabilità e diritto intertemporale: considerazioni preliminari

In generale, gli studiosi si riferiscono al diritto transitorio in termini funzionali o strutturali. Da un lato, si qualificano come tali quelle norme che «la legge sopravveniente detta espressamente al proprio fine di regolare il passaggio da una legislazione a un'altra»[7]; dall'altro, invece, sono intese come transitorie quelle norme che hanno un'applicabilità limitata nel tempo, a causa della previsione *ab origine* di un termine finale di efficacia[8].

Queste definizioni derivano da una diversa impostazione rispetto al fenomeno in oggetto. Le definizioni di carattere funzionale si fondano su riflessioni di ordine "macro" rispetto alle transizioni normative e tendono a ricondurre sotto una stessa categoria tutte le norme, le disposizioni e gli atti normativi che contribuiscono variamente a essa; al contrario, le definizioni di carattere strutturale prendono le mosse dalle caratteristiche essenziali delle norme appartenenti al fenomeno transitorio. Entrambi gli approcci, del resto, colgono alcuni dei caratteri essenziali della fenomenologia connessa alle transizioni giuridiche

[7] R. TARCHI, *Disposizioni transitorie e finali*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro, Bologna-Roma, 1995, 22 ss. V. altresì R. QUADRI, voce *Diposizioni transitorie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino: «Così, nel linguaggio legislativo e corrente, l'espressione "diritto transitorio" tende ad indicare piuttosto delle norme il cui carattere precipuo è quello della provvisorietà in rapporto alla necessità o bisogni contingenti o straordinarie» (1133).

[8] R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 286-287 (ID. *Il tempo e le norme*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1999, 731). Sul punto v. altresì la posizione di P. SCARLATTI, voce *Disposizioni transitorie (diritto costituzionale),* in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, VIII, Utet, Torino, 2021, 141 per il quale «la limitazione temporale degli effetti giuridici rappresenta un elemento imprescindibile e costitutivo della nozione di disposizione transitoria, che persiste nonostante le diverse modalità cui la vicenda della transizione normativa ha nel tempo dato luogo». Accanto a questo elemento, l'A. elenca le altre caratteristiche essenziali delle norme transitorie quali: la terzietà e la materialità rispetto alla successione nel tempo di due normative, che tramite le norme transitorie vengono collegate in modo graduale; l'autonomia «che si riscontra in relazione alle indeterminate modalità di governare la transizione normativa al fine di agevolare un aggiornamento non traumatico dell'ordinamento; la singolarità: intesa come attitudine a disciplinare concretamente singole vicende transitorie.

nel tempo; in particolare, con riferimento al primo, è senz'altro vero che per facilitare il passaggio da una disciplina normativa a un'altra vengono spesso emanate norme diverse, autonome, rispetto all'una e all'altra; del pari, guardando al secondo, spesso il legislatore opera in questa direzione approvando effettivamente delle norme che hanno un ambito di applicabilità limitato nel tempo ma – e questo è il punto – nulla gli vieta di agire diversamente, ottenendo lo stesso risultato mediante altri mezzi (ad esempio, attraverso l'approvazione di specifiche direttive che delimitano nel tempo l'applicabilità di una o più norme).

Così, anche in base a queste considerazioni, e in virtù del fatto che, come vedremo, la stessa nozione di diritto intertemporale è strutturata in senso teleologico, in questa sede si assume come riferimento la definizione in senso funzionale di diritto transitorio.

Ciò posto, le norme transitorie formano una categoria eterogenea. Infatti, sono potenzialmente idonee a creare «un allaccio fra l'esperienza giuridica in base a norme abrogate e quella futura»[9] non solo le norme precettive (vale a dire norme che, dal punto di vista del "destinatario primario" qualificano un certo comportamento secondo la modalità deontica dell'obbligatorio o del vietato o, con riferimento all'organo che deve applicarla, l'obbligo di applicare una sanzione), ma anche quelle permissive (quelle che qualificano un comportamento secondo la modalità deontica del "permesso"), quelle costitutive (quelle che non prescrivono ma creano la "situazione", che ne sono oggetto attraverso un "automatismo giuridico"), le norme di competenza (che regolano la produzione di atti giuridici e normativi mediante l'esercizio di un potere giuridico) e infine le meta-norme (ossia direttive volte a regolare l'interpretazione e l'applicazione di altre norme)[10].

Una conferma di questa caratteristica è data dalle disposizioni transitorie della Costituzione, rispetto alle quali[11] anche la più recente dottrina ha rilevato l'opportunità di distinguerle, ad esempio, a seconda della ratio sottesa al loro contenuto (lasciando sullo sfondo considerazioni di carattere formale). In questa direzione, per esempio, le norme transitorie contenute nella Carta costituzionale sono state suddivise in tre grandi partizioni a seconda che riguardino:

- l'organizzazione e il funzionamento degli organi e degli assetti istituzionali della Repubblica (*norme costituzionali di organizzazione o strutturazione*).

[9] R. QUADRI, *Disposizioni transitorie*, cit., 1133.

[10] Su questi aspetti v. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I, La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2016, 69.

[11] In tal senso già R. TARCHI, *Disposizioni transitorie e finali*, cit., 16.

Appartengono a questo gruppo le disposizioni transitorie: I (attribuzioni del Capo provvisorio dello Stato), II (elezione del Presidente della Repubblica), IV (concernente le disposizioni per il Molise in vista della prima elezione del Senato), V (in materia di trattati internazionali che importano oneri alle finanze o modificazioni di legge), VIII, commi 2 e 3 (concernenti l'uno il trasferimento delle funzioni attribuite alle Regioni dallo Stato; l'altro il correlativo passaggio dei funzionari e dipendenti statali alle Regioni); XV (conversione in legge del decreto legislativo luogotenenziale n. 151 del 25 giugno 1944); XVII (convocazione e attribuzioni dell'Assemblea Costituente in attesa dell'elezione delle nuove Camere);

- la declinazione assiologica dell'assetto repubblicano mediante l'attuazione di nuovi principî e valori ordinamentali (*norme costituzionali di programmazione o adeguamento*).

  Appartengono a questo gruppo le disposizioni transitorie VI (in materia di revisione degli organi speciali di giurisdizione e di riordino del Tribunale supremo militare), VII, commi 1 e 2 (norme sull'ordinamento giudiziario e di controversie ex art. 134 Cost.), IX (adeguamento delle leggi della Repubblica alle esigenze delle autonomie locali e alle competenze attribuite alle Regioni) e XVI (coordinamento con la Costituzione delle leggi costituzionali non abrogate);

- la protezione di alcuni aspetti tipici e fondativi dell'ordinamento repubblicano (*norme costituzionali di garanzia o salvaguardia*).

  Appartengono a questo gruppo la disposizione transitoria X (applicazione delle norme del Titolo V per il Friuli-Venezia Giulia) e XII, comma 2 (limitazioni temporanee al diritto di voto ed eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista)[12].

Tra di esse, la XV disposizione transitoria assume un significato giuridico del tutto peculiare. In particolare, statuendo che «Con l'entrata in vigore della Costituzione si ha per convertito in legge il decreto legislativo luogotenziale 25 giugno 1944, n. 151, sull'ordinamento provvisorio dello Stato»[13] la nostra

[12] È l'impostazione proposta da P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 96 ss al quale si rimanda per una trattazione approfondita delle singole norme transitorie previste a livello costituzionale. Sulle disposizioni transitorie e finali v. R. TARCHI, *Disposizioni transitorie e finali*, cit., *passim.*

[13] Il decreto legislativo luogotenziale 25 giugno 1944, n. 151 sancì l'inizio della fase costituente. In particolare, mediante esso si stabilì che dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali sarebbero state scelte dal popolo italiano mediante l'elezione di una Assemblea Costituente, a suffragio universale diretto e segreto, con il compito di deliberare la nuova costituzione della Stato

Carta fondamentale, in quanto fonte generale sulla produzione del diritto, legittima la norma che è stata alla base dello stesso processo che ha portato alla sua approvazione e, così facendo, più in generale, si erge quale fonte di validità per le altre norme positive che compongono l'ordinamento, anche di quelle adottate precedentemente al 1° gennaio 1948; sul punto, valgono le considerazioni di Costantino Mortati: «Il fatto che il d.l. n. 151, da cui ebbe inizio il procedimento costituente, sia stato convertito in legge dalla XV disposizione transitoria della costituzione non può avere avuto l'effetto di attribuire ad esso un carattere suscettibile di mutarne la funzione. È da notare che la conversione effettuata non può ricondursi neppure per la forma seguita alla prescrizione dell'art.6 del decreto n.151 perché questo aveva affidato la conversione stessa alla competenza delle "assemblee legislative". Tale fatto si deve interpretare invece proprio in senso opposto a quello che si vorrebbe attribuirgli, e cioè come autoassunzione di potere da parte della costituente, diretta ad affermare il carattere originario dell'ordinamento per opera del quale essa era sorta, e consacrarne la legittimità in confronto della nuova costituzione che ne era stato il risultato»[14].

3. I rapporti fra norme transitorie e norme intertemporali: spunti ricostruttivi

In generale, tra i vari tipi di norme transitorie, in questa sede assumono particolare interesse quelle che regolano l'interpretazione e l'applicazione di altre norme giuridiche; si tratta, infatti, delle norme che, come vedremo, possono entrare in diretto collegamento con il cosiddetto diritto intertemporale.

Prima di procedere oltre sono però necessari alcuni chiarimenti. Anzitutto, per applicazione di una norma s'intende, in questa sede, il suo utilizzo nell'ambito di una decisione di un caso. In questa operazione, l'interprete è orientato da specifici criteri (cd. "di applicabilità") che forniscono un'indicazione sulle

(art. 1). Al contempo, il decreto stabilì: l'abrogazione del comma terzo dell'articolo unico del R. decreto-legge 2 agosto 1943, n. 175, relativa all'elezione di una nuova Camera dei Deputati e alla sua convocazione entro quattro mesi dalla cessazione dello stato di guerra (art. 2); l'istituzionalizzazione della cd. tregua istituzionale, mediante l'autonomizzazione del Governo dalla figura del Re («I Ministri e Sottosegretari di Stato giurano sul loro onore di esercitare la loro funzione nell'interesse supremo della Nazione e di non compiere, fino alla convocazione dell'Assemblea costituente, atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale») (art. 3); il conferimento del potere legislativo al Consiglio dei Ministri in attesa della elezione del nuovo Parlamento; nello specifico, il Consiglio poteva adottare decreti legislativi che dovevano essere sanzionati e promulgati dal Luogotenente del Regno (art. 4).

[14] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1962[6], 159 ss; ID., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. La Costituzione dello Stato e le garanzie costituzionali, (anno accademico 1959-1960)*, Ricerche, Roma, 1960, 210. *Contra* C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Utet, Torino, 1963, 40 ss. Queste considerazioni si legano concettualmente alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sua prima sentenza (1/1956). Su di essa v. AA.VV., *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, 261 ss.

motivazioni per le quali un atto normativo e/o una norma possono e devono essere usati per adottare (e giustificare) una decisione autoritativa (nel caso degli atti normativi e delle disposizioni per trarne delle norme esplicite; nel caso delle norme per applicarle all'interno di una specifica argomentazione giuridica). In questo senso, i criteri di applicabilità si differenziano rispetto a quelli di validità di un ordinamento perché mediante essi si determina solo la preferenza di una norma o disposizione rispetto ad altre norme o disposizioni, senza sindacare la sua conformità all'ordinamento giuridico[15].

I criteri di applicabilità sono contenuti, a loro volta, in convenzioni interpretative praticate dalla cultura giuridica di riferimento e/o in altre norme positive e, dal punto di vista formale, assumono la conformazione di vere e proprie "meta-norme"[16]. Con questa espressione si indica, in generale, l'insieme delle direttive che riguardano altre norme e le attività ad esse connesse (*e.g.* norme sulla produzione, abrogazione, interpretazione e applicazione del diritto)[17].

In generale, come ha indicato la autorevolissima dottrina, si possono distinguere almeno tre categorie di meta-norme:

I. quelle ad oggetto la produzione del diritto, specificando i fatti abilitati a produrlo e i correlativi presupposti formali e materiali (cd. *meta-norme procedimento*);

II. quelle relative ai criteri mediante i quali orientare l'interpretazione testuale del diritto, ossia la traduzione di disposizioni in una o più norme esplicite[18] (cd. *meta-norme interpretazione*);

[15] G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 11, 2011, 835-836.

[16] E. BULYGIN, *Tempo e validità*, in *Norme, validità, sistemi normativi,* cit., 74. Sulle meta-norme cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 22-23.

[17] Sul concetto di meta-norma e sulle diverse interpretazioni fornite si rimanda a T. MAZZARESE, *Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, 125-158 in quella sede, il concetto di meta-norma viene impiegato per indicare, nello specifico: «(a) l'insieme delle norme che attengono all'individuazione e alla definizione dei criteri di (in)validità degli atti giuridici, degli atti, cioè, la cui (in)validità determina la (in)validità delle norme che di essi sono il risultato, e (b) l'insieme delle norme che attengono all'individuazione e alla definizione dei criteri di (in)validità delle norme, diversi dall'essere il risultato di un atto giuridico» (130-131). Cfr. altresì R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale,* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. I, tomo 1, Giuffrè, Milano, 1998, 30-31; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2010, 22.

[18] Nel senso proposto da P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, 49 ss.

III. quelle concernenti le regole che disciplinano i rapporti tra singole leggi e/o ordinamenti e che ne limitano, in vario modo, la sfera di validità e/o la sfera di applicabilità, sia dal punto di vista temporale che dal punto di vista spaziale (cd. *meta-norme ordinamento*)[19].

Rispetto a questo schema, i criteri di applicabilità si collocano nell'ultima categoria. Nello specifico, di fronte alle fisiologiche conseguenze che derivano dall'accettazione dei principî di inesauribilità e pluralità delle fonti normative[20], essi riguardano:

a) l'introduzione di ordini di preferenza tra le fonti del diritto (in termini gerarchici o di competenza);
b) i metodi per risolvere eventuali antinomie, per esempio mediante l'utilizzo del criterio gerarchico, cronologico, di specialità e di competenza; il bilanciamento fra diversi principî; l'identificazione delle ipotesi di "defettibilità" di norme;
c) la disciplina dell'applicabilità temporale delle norme con riguardo, per esempio, ai casi di retroattività, irretroattività, ultrattività delle stesse[21].

Ora, in generale, l'insieme dei principî e delle regole che disciplinano la successione delle norme nel tempo determinando, in modo tendenzialmente stabile e perenne, i relativi rapporti di applicabilità costituisce quello che, in senso specifico, è denominato diritto intertemporale[22].

[19] E. ZITELMANN, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Diritto internazionale*, 1961, 152-169; si tratta della traduzione italiana a cura di T. Ballarino dello scritto *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts*, in *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für K. Bergbohm*, Bonn, 1919, 207 ss.

La terminologia tra parentesi è ripresa da A. RUGGERI, *Norme sulla normazione e valori*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 3, 2011; cfr. ID., *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Politica del diritto*, 2, 1987, 175-243.

[20] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1978, 162 ss). Sul principio di inesauribilità cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1984, 39-40.

[21] G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit., 143-144.

[22] G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 221. In dottrina non si registra un orientamento condiviso in merito alla linea di demarcazione tra diritto transitorio e diritto intertemporale. Sul punto cfr. R. QUADRI, *Disposizioni transitorie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Utet, Torino, 1960, 1132-1133; G. GROTTANELLI DE SANTI, voce *Diritto transitorio*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989; E. BINDI, voce *Diritto transitorio Postilla di aggiornamento*., in *Enciclopedia giuridica,* Treccani, Roma, 2007.

In questo senso, più che "modi di essere delle norme", i criteri di applicabilità intertemporali sono delle vere e proprie direttive che risolvono (*rectius*, forniscono all'interprete uno strumento di risoluzione) questioni controverse concernenti l'interpretazione o l'applicazione delle regole e dei principî giuridici nel tempo[23].

Nel nostro ordinamento possono essere ricondotte alla categoria dei criteri inter-temporali non solo le direttive che si riferiscono al tempo di applicabilità di tutte le norme di un ordinamento giuridico (ad esempio, la regola generale dell'efficacia immediata delle norme, tale per cui esse disciplinano ogni situazione giuridica che rientri nella loro previsione in modo immediato e con effetti *ex nunc*; direttiva positivizzata nell'art. 11, comma primo delle Disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile - «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo»), o di quelle derivanti da un certo tipo di fonte (ad esempio, art. 73, comma terzo Cost. e l'art. 10, comma primo delle Preleggi), ma anche le meta-norme che delimitano nel tempo l'applicabilità di uno specifico testo normativo o di singole norme[24].

Le meta-norme inter-temporali assolvono una funzione fondamentale all'interno degli ordinamenti giuridici i quali, come ha rilevato Alessandro Pizzorusso, consentono al legislatore di derogare al principio della non retroattività della legge e della sua illimitata efficacia nel futuro in almeno quattro forme, ammettendo:

i. la retroattività di una legge o di una disposizione o l'abrogazione di *ex tunc* di una legge o disposizione preesistente;

ii. l'immediata applicabilità di una legge con riferimento a fatti anteriori che possono essere presi in esame dal soggetto che deve applicare il diritto (principio *tempus regit actum*);

iii. il differimento di una o più disposizioni di una legge ad un momento successivo a quello della sua entrata in vigore;

[23] In questo senso G.U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie,* cit., 226.

[24] R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 173; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 285. Un esempio è rappresentato dal comma sesto dell'art. 154 del Regolamento della Camera dei deputati: «Le disposizioni dell'articolo 102, comma 3, [concernenti la trasmissione dei progetti di legge alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, n.d.A.] si applicano ai progetti di legge assegnati dalla data dell'entrata in vigore di esse».

iv. l'approvazione di leggi la cui efficacia è delimitata mediante la previsione di un termine[25].

In termini analitici, anche i criteri di applicabilità si compongono di (almeno) due elementi essenziali: il soggetto a cui la prescrizione è diretta, ossia l'interprete; il contenuto, vale a dire la qualificazione deontica del comportamento dell'interprete.

Per esempio, se guardiamo alla struttura della norma giuridica, che possiamo esprimere in senso condizionato[26], per cui mediante il rapporto di imputazione tra una protasi e un'apodosi certi effetti giuridici vengono ricondotti a una certa fattispecie (se F allora C)[27], l'applicazione del principio di irretroattività della legge si può qualificare nel seguente modo:

se F (norma in ambito penale) allora non X (divieto per l'interprete di applicare le norme retroattivamente);

dove X: sostituzione della conseguenza giuridica prevista dall'ordinamento inizialmente per una fattispecie al t-1 (se F allora A) con diversi o nuovi effetti giuridici (dato che F allora B)[28]

[25] A. PIZZORUSSO, *Art. 1-9. Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano - Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 2011², 480-481.

[26] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 45 ss; ID., *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979, trad. it., di M. Torre, a cura di M.G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, 4 ss, spec. 46 ss;

[27] G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit. 49 ss, spec. 50 e i riferimenti in note 20 e 21. Sul punto vedi le recenti considerazioni di O. CHESSA, *Concetto e tipologie di norma giuridica*, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 1, 2019, secondo cui il rapporto di imputazione giuridica conforma in modo tipico il nesso tra la protasi e l'apodosi: «mentre nel rapporto di causalità naturale la regione sufficiente, che appartiene al dominio dell'*essere*, determina come conseguenza un altro fatto, sempre appartenente all'*essere*, invece nel rapporto di imputazione giuridica ciò che consegue dal prodursi dell'antecedente non è un fatto, un *essere*, bensì un *dover essere*. Lo schema non è più "se A, allora è B, ma "se A, allora *deve essere* B". Ed è chiaro che la ragione sufficiente del *dover essere* B non si risolve interamente nell'evento A, ma è questo stesso evento in quanto qualificato giuridicamente (…) Non è un *essere* a determinare un altro *essere*, ma è un *essere* giuridicamente tipizzato a determinare un *dover essere*» (33-34).

[28] Cfr. R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Giuffrè, Milano, 1990, 189 ss, spec. 212; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 287 ss; Cfr. R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 5, 1990, spec. 1355 ss il quale propone la seguente definizione del principio di retroattività: «valutazione o rivalutazione di un interesse istantaneo del passato o di quel tratto dell'interesse durevole che si situa nel passato»; in questa prospettiva, «La *valutazione* di un interesse del passato significa qualificazione da parte della norma di un interesse sorto in un momento anteriore all'entrata in vigore della medesima e *fino ad allora inqualificato*. Alla qualificazione fa seguito la previsione di un effetto giuridico nel presente diretto a realizzare l'interesse medesimo. La *rivalutazione* di un interesse de passato significa riqualificazione da parte della norma di un interesse sorto in un momento anteriore all'entrata in vigore della medesima e *fino ad allora*

Dal punto di vista formale, i criteri di applicabilità intertemporale sono delle vere e proprie regole[29]: in particolare, essi hanno come oggetto una classe di azioni – ossia un'azione ricorrente elevata a modello (prescrizioni astratte) – che, nel caso in specie, coincide nell'applicare o meno il criterio *ogni qual volta* ricorrano le condizioni da essi presupposti, determinando, in tal modo, l'ambito di retroattività, di efficacia differita nel tempo o, ancora, l'ultrattività delle norme interessate.

Come accade per le regole in genere, anche tra i criteri di applicabilità intertemporale sono ipotizzabili delle antinomie che, a loro volta, possono generare problematiche di primario rilievo. Un esempio di questo fenomeno proviene dalla prassi più recente in materia di legislazione emergenziale anti Covid-19 e, nello specifico, nei casi di abrogazione di alcune disposizioni contenute in alcuni decreti-legge emanati, e non ancora convertiti, ad opera di successivi decreti-legge (*e.g.*, con riferimento ai primi provvedimenti di contrasto all'emergenza, i d.l. nn. 18 del 2020; n. 19 del 2020; n. 23 del 2020).

Dinanzi a questo fenomeno si sono contrapposte diverse impostazioni. Ad esempio, secondo una prima lettura, avanzata dal Comitato per la legislazione della Camera [30], l'abrogazione delle disposizioni del decreto-legge,

tutelato mediante la previsione di un effetto giuridico diretto a realizzarlo ai sensi della passata legislazione. Alla riqualificazione fa seguito la revisione di un effetto giuridico nel presente volto a rimettere nel nulla o a modificare gli effetti giuridici previsti dalla passata legislazione» (corsivi non testuali).

[29] Cfr. N. BOBBIO, *Per una classificazione degli imperativi giuridici*, in AA. VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Vol. I, Cedam, Padova, 1956, 109-122; ora in ID. *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino, 2021. In quella sede Bobbio sviluppò una suddivisione delle prescrizioni giuridiche prendendo le mosse dalle caratteristiche del contenuto e del destinatario. In particolare, secondo questo A., il soggetto destinatario e il contenuto delle norme possono essere i) universali, se si riferiscono a tutti a tutti i membri di una determinata classe; ii) particolari, se si riferiscono ad un singolo elemento (soggetto; azione) specificamente identificato. Ciò posto, combinando a questi due elementi strutturali è possibile identificare quattro casi di prescrizioni "tipiche" (prescrizione con soggetto passivo universale, cd. "prescrizioni generali"; prescrizione con soggetto passivo individuale, cd. "prescrizioni individuali"; prescrizione avente per oggetto un'azione tipo, cd. "prescrizioni astratte; prescrizione avente per oggetto un'azione singola, cd. "prescrizioni concrete"). Combinando, a loro volta, queste prescrizioni è possibile identificare quattro tipologie di norme: generali-astratte; generali-concrete; individuali-astratte; individuali-concrete. Ora, riprendendo le riflessioni di Austin in contrapposizione alle posizioni di Kelsen, secondo Bobbio la differenza a tra le vere e proprie regole e gli altri imperativi giuridici (comandi, ordini) dovrebbe essere identificata non tanto il numero di soggetti al quale il precetto è rivolto (la "generalità") ma al contrario «la classe delle azioni che ne formano il contenuto» (l'"astrattezza") (12 ss).

[30] ATTI PARLAMENTARI, CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconti del Comitato per la Legislazione*, Mercoledì 15 aprile 2020, Esame ai sensi dell'articolo 96-bis, Comma 1, del regolamento: «(…) da un lato, infatti, l'abrogazione di una norma da parte di un successivo atto normativo opera usualmente, salvo che sia diversamente indicato, pro futuro; dall'altro lato però, ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione, le disposizioni dei decreti-legge non convertiti perdono efficacia sin dall'inizio; nel caso specifico, al fine di evitare un aggiramento del dettato costituzionale, appare ragionevole ritenere che l'impossibilità per il Parlamento di convertire le specifiche disposizioni richiamate, a causa della loro

comportando l'impossibilità per il Parlamento di convertirle, darebbe origine ad una loro decadenza sin dall'inizio (*ex nunc*). Ad essa si è però contrapposta un'altra interpretazione, avanzata dalla dottrina, secondo la quale, invece, occorrerebbe tener separati l'istituto dell'abrogazione delle disposizioni del d.l. (con effetti *ex nunc*) e quello della mancata conversione dell'atto (con effetti *ex tunc*) e concentrarsi, quindi, sull'identificazione del momento in cui si determina la mancata conversione in legge del decreto-legge e, del pari, sugli effetti della "soppressione", in sede di conversione, delle disposizioni del d.l. che abroga disposizioni di altro d.l.[31].

Ad ogni buon conto, considerando un diverso profilo, i criteri di applicabilità intertemporale non condividono la stessa struttura degli ordini (i comandi concreti) i quali si riferiscono a un'azione concreta, compiuta la quale la prescrizione si estingue; al contrario, essi si qualificano per essere prescrizioni che possiedono il carattere della ripetibilità[32].

Ciò posto, all'interno del cosiddetto diritto intertemporale è possibile identificare delle meta-norme che hanno caratteristiche strutturali e funzionali diverse, tali da conformarle secondo il modello delle regole e dei principî. Infatti, posto che la differenza tra le regole e i principî può essere letta come una distinzione di grado[33], alcuni criteri di applicabilità intertemporale (come quello di irretroattività, su cui *infra*) si contraddistinguono per determinate caratteristiche "tipiche" dei principî in senso *strutturale* (genericità e indeterminatezza), *funzionale* (importanza *in re ipsa* della portata assiologica del principio che proclamano) e *operativo* (in tema di conflitti e bilanciamento con altri principî, ma anche di capacità normo-genetica)[34], che altri condividono in misura ridotta.

Così, il diritto intertemporale si compone delle meta-norme (principî e regole) che governano la successione e l'applicazione delle norme nel tempo. Ora, come abbiamo accennato, le norme di diritto intertemporale possono essere

abrogazione ad opera di un successivo decreto-legge, comporti anch'essa la loro decadenza sin dall'inizio (si tratta pur sempre infatti di una loro mancata conversione); in tale ipotesi si potrebbe pertanto porre l'esigenza, sempre ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione, di disciplinare con legge gli effetti delle disposizioni non convertite, in particolare chiarendo se sia necessario fare salvi gli effetti prodotti nel periodo della loro vigenza; sede idonea a ciò potrebbe risultare la legge di conversione del decreto-legge n. 23; sul punto potrebbe risultare comunque opportuno un chiarimento già in occasione della discussione in Assemblea del provvedimento in esame, ad esempio attraverso l'approvazione di uno specifico atto di indirizzo al Governo».

[31] Sul punto essenziale la ricostruzione di 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*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, numero speciale - 1, 2020, spec. 644 ss.

[32] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale,* vol. I, Cedam, Padova, 1970, 21 ss; sul punto, v. le recenti considerazioni di O. CHESSA, *Concetto e tipologie di norma giuridica*, cit., 32 ss.

[33] Su cui v. G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit., 73-96; ID., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131-158.

[34] G. PINO, *Teoria analitica del diritto,* cit., 85 ss.

riconosciute dalla cultura giuridica di riferimento in base a convenzioni interpretative, ma possono anche essere codificate dal legislatore e, in quest'ultimo caso, possono costituire il contenuto di specifiche norme di diritto transitorio. Infatti, nulla vieta che i singoli criteri di applicabilità siano l'oggetto di specifiche norme transitorie e, d'altro canto, non è un caso che nel definirle parte della dottrina abbia fatto specifico riferimento a questa caratteristica[35].

Questa dinamica si verifica generalmente perché nell'ambito di una transizione tra una disciplina e un'altra può rendersi necessario risolvere i conflitti nel tempo tra due o più norme. A sua volta, questo risultato può essere raggiunto *in primis* mediante la riconduzione delle fattispecie interessante all'interno della disciplina normativa previgente o, in alternativa, all'interno di quella nuova, l'una a esclusione dell'altra.

L'identificazione, rispetto a singole norme o fattispecie, del limite fra la vecchia disciplina (con riferimento al suo eventuale ambito di ultrattività) e quella nuova (con il suo possibile ambito di retroattività) costituisce l'articolazione di una norma di diritto intertemporale singolare. Del pari, questa può essere oggetto di una regolamentazione di carattere transitorio.

In generale, l'assenza di una disciplina transitoria che contenga norme di diritto intertemporale può essere all'origine di numerose problematiche concernenti le transizioni normative. Nel corso dell'esperienza repubblicana questo fenomeno si è verificato più volte e, dal punto di vista della prassi, ha portato a esiti differenti.

Si pensi, ad esempio, alle vicende della fine degli anni Cinquanta – inizio anni Sessanta concernenti il problema dell'estensione *erga omnes* del contratto collettivo in assenza di una legge attuativa dell'art. 39 Cost. o di specifiche norme transitorie ad asso riferibili.

Allora, attraverso la legge 14 luglio 1959 n. 741 (cosiddetta legge Vigorelli) si conferì al governo la delega ad emanare – entro un anno dall'entrata in vigore della legge-delega – dei decreti legislativi allo scopo di «assicurare minimi

[35] Cfr. R. TARCHI, *Disposizioni transitorie e finali*, cit., 22. Alla luce di queste considerazioni, norme transitorie come direttive «dettate espressamente dal legislatore per indicare i casi in cui la nuova norma opera retroattivamente» (A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. I, Utet, Torino, 1999, cap. IV) o come «insieme delle prescrizioni dettate di volta in volta per regolare gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica un mutamento legislativo» (R. CAPONI, Tempus regit processum. *Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2006, 450 ss, spec. 459 ss; anche ID., *L'efficacia della legge processuale nel tempo in Italia*, in AA. VV., *Estudos de direito processual civil, in onore del prof. Egas Moniz de Aragão,* Editoria dos tribunais, Sao Paulo, 2005, 66-77) colgono solo un aspetto della più ampia e variegata fenomenologia del diritto transitorio. Invero, nel primo caso si tratta di definizioni troppo specifiche, ben potendosi dare casi di norme transitorie che non riguardano, nello specifico, gli ambiti di applicabilità delle norme; al contrario, negli altri due la definizione è fin troppo ampia e, in questa sede non ci permettono di approfondire i rapporti con le regole e i principî di diritto intertemporale.

inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria» uniformandosi, nello specifico, «a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriali, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge» (*i.e.* i contratti di diritto comune conclusi fino a quel momento).

In attuazione della delega, vennero emanati circa un migliaio di decreti-legislativi (cosiddetti decreti "Vigorelli"), ognuno dei quali era la copia di un contratto collettivo (contratti nazionali, contratti integrativi provinciali, cui abbiano fatto rinvio contratti collettivi nazionali)[36] il quale, proprio a causa della sua trasfusione in un atto normativo, acquisiva efficacia generale (e non più circoscritta ai soli iscritti al sindacato stipulante).

Ben presto, però, le premesse sulle quali si articolò questa disciplina transitoria vennero messe in discussione; in un primo momento, il termine di un anno previsto dall'art. 6 della l. 741/1959 venne prorogato di quindici mesi dall'art. 2 della legge 1° ottobre 1960, n. 1027 anche nella prospettiva di estendere a tutti le clausole retributive dei contratti stipulati nel frattempo (art. 1). Successivamente, il tentativo di estendere a tutti i lavoratori i contratti collettivi mediante il meccanismo della loro ricezione negli atti aventi forza di legge del Governo venne sanzionato dalla Corte costituzionale, che sottolineò la legittimità di questo meccanismo solo se inteso in termini transitori ed eccezionali, e non in quanto meccanismo surrettiziamente derogatorio rispetto alla via tracciata dall'art. 39 Cost.[37]

[36]«od a quei contratti collettivi stipulati in sede provinciale da associazioni affiliate ad associazioni aventi carattere nazionale che non prevedano nel caso di esistenza di norme nazionali, condizioni inferiori per i lavoratori» (l. 491/1959, art. 4, ultimo periodo).

[37] Corte costituzionale, sentenza n. 106 del 1962: «4. I limiti che l'attività legislativa incontra in materia di rapporti di lavoro possono essere rintracciati in numerosi principi e norme della Costituzione, ma di essi non occorre fare in questa sede una compiuta rassegna, essendo sufficiente che la Corte indichi quelli che sorgono dall'art. 39, che le ordinanze di rinvio ritengono violato dalla legge impugnata. L'art. 39 pone due principi, che possono intitolarsi alla libertà sindacale e alla autonomia collettiva professionale. Col primo si garantiscono la libertà dei cittadini di organizzarsi in sindacati e la libertà delle associazioni che ne derivano; con l'altro si garantisce alle associazioni sindacali di regolare i conflitti di interessi che sorgono tra le contrapposte categorie mediante il contratto, al quale poi si riconosce efficacia obbligatoria *erga omnes,* una volta che sia stipulato in conformità di una determinata procedura e da soggetti forniti di determinati requisiti. Una legge, la quale cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima. Né si può dire che la questione di costituzionalità, posta in questi termini, possa essere superata col richiamo alla norma contenuta nel primo comma dell'art. 36 della Costituzione. Al di là della intitolazione della legge e delle intenzioni che il legislatore si è attribuite, o che sono state attribuite al legislatore, vale la realtà delle norme contenute nella legge di delegazione e il modo col quale la delegazione è stata esercitata: l'una e l'altro non lasciano dubbi sul fatto che la legge abbia inteso di conferire e abbia in effetti conferito efficacia generale a contratti collettivi e ad accordi economici con forme e procedimento

Un altro caso problematico di transizione normativa è quella concernente l'applicazione dell'art. 10 della legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 con la quale si dispose, con riferimento alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano, un meccanismo transitorio di adeguamento automatico dei loro ordinamenti rispetto al nuovo sistema di autonomia ordinaria, limitatamente alle parti in cui quest'ultimo risultava più ampio (cd. "clausola di maggior favore")[38]. In particolare, assieme ai problemi concernenti la sua struttura[39], in assenza di altre disposizioni autenticamente integrative

diversi da quelli previsti dall'art. 39 della Costituzione. 5. Senonché, la Corte non può ignorare che le forme e il procedimento previsti dalle norme costituzionali non sono ancora applicabili. La Corte non deve ricercare i motivi di questa inadempienza costituzionale, ma non può non prendere atto della carenza legislativa che ne deriva e delle conseguenze che essa provoca nel campo dei rapporti di lavoro. *In questa situazione la legge impugnata assume il significato e compie la funzione di una legge transitoria, provvisoria ed eccezionale, rivolta a regolare una situazione passata e a tutelare l'interesse pubblico della parità di trattamento dei lavoratori e dei datori di lavoro. In questo senso, e soltanto in questo senso, può ritenersi fondata l'osservazione che ricorre ripetutamente nelle difese svolte davanti alla Corte, che con la legge impugnata non si sia voluto dare attuazione al sistema previsto dall'art. 39 della Costituzione, del quale, anzi, si può aggiungere, si presuppone imminente l'attuazione.* Del che pare conferma la norma contenuta nell'art. 7, secondo comma, che limita l'efficacia delle norme delegate fino al momento in cui non siano intervenuti accordi e contratti validi per tutti gli appartenenti alla categoria: sicché si può dire che la legge miri a collegare il regime dei contratti di diritto comune con l'altro dei contratti con efficacia generale, a mezzo di un regolamento transitorio: circostanza che la pone al riparo dal contrasto con l'art. 39 della Costituzione. 6. Ma queste medesime ragioni, che inducono la Corte a dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge 14 luglio 1959, n. 741, impongono, viceversa, di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge 1 ottobre 1960, n. 1027: più esattamente, dell'art. 1 di questa legge, il quale conferisce al Governo il potere di emanare norme uniformi alle clausole degli accordi economici e dei contratti collettivi stipulati entro i dieci mesi successivi alla data di entrata in vigore della richiamata legge n. 741. Questa norma, infatti, estende il campo di applicazione della delega oltre la data del 3 ottobre 1959 e ne allarga l'efficacia agli accordi e ai contratti stipulati dopo questa data. È da ritenere, infatti, che anche una sola reiterazione della delega (a tale riducendosi la proroga prevista dall'art. 1 della legge impugnata), toglie alla legge i caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità che consentono di dichiarare insussistente la pretesa violazione del precetto costituzionale e finisce col sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo. La stessa cosa non si può dire del successivo art. 2, che, preso da sé, si limita a prorogare di quindici mesi l'esercizio della delega, che, pertanto, il Governo dovrà esercitare soltanto con riferimento ai contratti collettivi stipulati entro il termine fissato dalla prima legge di delegazione» (corsivo non testuale). Sul punto cfr. V. CRISAFULLI, *Su alcuni aspetti problematici della delega contenuta nella legge 14 luglio 1959, n.741, e dei relativi decreti delegati*, in *Giur. cost.*, 1962, 1414 e ss.; M. MAZZIOTTI, *Osservazione alla sentenza della Corte costituzionale 19 dicembre 1962 n.106, ivi*, 1423 e ss.; M. CONTI, *Legge e contratto collettivo nella disciplina delle condizioni di lavoro*, *ivi*, 1434 e ss.; P.D. PINELLI, *La Corte costituzionale e l'estensione* erga omnes *della efficacia dei contratti collettivi*, *ivi*, 1651 e ss.

[38] «fino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionali si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite».

[39] Sul punto v. le considerazioni di P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, cit., 215: «Sotto il profilo strutturale, dunque, la clausola transitoria definita dall'articolo 10 della richiamata legge costituzionale n. 3 del 2001 si presenta come una norma la cui durata è sottoposta ad una clausola risolutiva espressa, ovvero appartiene a quel tipo di norme transitorie che esauriscono i priori effetti

predisposte dal legislatore ordinario[40], la stessa formulazione lessicale della norma in questione ha creato numerosi problemi interpretativi che hanno coinvolto la Corte costituzionale in un'intensa attività di calibrazione ed integrazione di questo diritto (costituzionale) transitorio, con importanti ricadute sulla natura modulazione della clausola di maggiore favore, da un lato, rispetto alle competenze delle Regioni ad autonomia speciale e delle Province autonome rispetto a quelle ordinarie e, dall'altro, ai limiti connessi alla portata della competenza legislativa dello Stato[41].

Ad ogni buon conto, in sintesi, il nesso tra diritto intertemporale e transitorio coincide con la possibilità che le norme transitorie – che, come abbiamo visto, rappresentano una categoria eterogenea – possono aver come oggetto uno o più criteri di applicabilità delle norme così che, in definitiva, nei casi in cui si individui il limite di applicabilità temporale tra due discipline, vi sia coincidenza tra diritto transitorio e diritto intertemporale.

Si faccia attenzione: questa coincidenza è eventuale e non ricorre ogniqualvolta una o più norme di diritto transitorio riguardano il problema della successione temporale tra due o più norme. Non vi è corrispondenza tra diritto transitorio e diritto intertemporale né nel caso in cui il legislatore si preoccupi di disciplinare, entro una transizione normativa, le situazioni giuridiche pendenti ponendo rispetto ad esse una disciplina diversa da quella vecchia e da quella nuova, né quando, dinanzi all'approvazione di una nuova normativa la cui applicabilità è differita nel tempo, si assiste all'applicazione di un *corpus* normativo "terzo" per il tempo di *vacatio* della prima.

In questi casi, infatti, mediante il diritto transitorio si articolano delle vere e proprie norme materiali – che disciplinano esse stesse le fattispecie e le situazioni giuridiche interessate – mentre, come abbiamo visto, le norme di diritto intertemporale si limitano a richiamare la disciplina disposta da un'altra norma (da qui il loro carattere di "meta-norme"). In secondo luogo, anche dal punto di vista della politica del diritto, muta l'impostazione al problema rispetto alla

non in virtù di un limite temporaneo certo e chiaramente prestabilita, bensì in conseguenza dell'avveramento di una condizione risolutiva […] Mentre invece, sul versante degli effetti, il meccanismo di equiparazione automatica fissato dal citato articolo 10 […] produce una sospensione temporanea delle norme dello statuto speciale ritenute meno favorevoli per l'autonomia, che si traduce sul piano pratico, in attesa dell'adeguamento degli stessi statuti, in una mera disapplicazione».

[40] A parte l'art. 11 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (concernente, per l'appunto, "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3") «Per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano resta fermo quando previsto dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, nonché dall'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre, n. 3». Sul punto, criticamente v. A. RUGGERI, *La legge La Loggia e le Regioni ad autonomia differenziata, tra «riserve di specialità» e clausola di maggior favore,* in *Le Regioni*, 2004, 782 ss.

[41] Sul punto si rimanda all'accurata ricostruzione di P. Scarlatti, *Diritto costituzionale transitorio*, cit., 262 ss.

successione delle leggi nel tempo: infatti, in entrambi questi ultimi due casi (benché con forme e modi diversi) viene disposta una vera e propria normativa di passaggio che, però, nel primo caso, regola tutte quelle situazioni giuridiche che non possono più essere disciplinate dalla norma abrogata o da quella definitiva (che però è già efficace), mentre nel secondo costituisce lo strumento mediante il quale regolare un numero indeterminabile di fattispecie fino al momento in cui non inizia l'efficacia della norma definitiva[42]. Rispetto a questi scenari, viene in rilievo la posizione di "terzietà" delle norme transitorie rispetto alla normativa abrogata e a quella più recente tanto che, secondo la più recente dottrina, questo elemento contribuirebbe a distinguerle anche in sede di teoria generale[43].

4. Contrappunti di sintesi e qualche annotazione sul principio (intertemporale) di irretroattività

Possiamo riassumere alcuni dei principali punti meritevoli di considerazione. Innanzitutto, si sono affrontati alcuni dei tratti qualificanti il diritto transitorio e il diritto intertemporale e, nello specifico, si è approfondito in quali termini possono essere considerati due tipologie di norme che presiedono alla successione delle norme nel tempo. In questa prospettiva, si è chiarito qual è il nesso tra queste due tipologie di norme: si tratta di un legame eventuale che deriva dalla circostanza che alcune norme transitorie possono contenere direttive di diritto intertemporale. Più in generale, dato che non tutte le norme transitorie sono norme di diritto intertemporale (e viceversa), ci si è concentrati sulle differenze tra le direttive intertemporali contenute in norme transitorie e le norme "intermedie" – terze – approvate per disciplinare, in termini materiali, la transizione tra una disciplina giuridica ed un'altra.

Ciò posto, oltre che per una disciplina transitoria *ad hoc*, la nostra Costituzione si caratterizza per il riconoscimento di alcune norme di diritto intertemporale la cui portata dipende da una serie di variabili di diverso tipo.

Come abbiamo visto, il diritto intertemporale si compone di meta-norme, ossia da criteri di applicabilità, il cui compito è, in generale, quello di facilitare la risoluzione di eventuali conflitti tra le norme nel tempo e, così, salvaguardare la sistematicità dell'ordinamento giuridico. A loro volta, le modalità con le

[42] G.U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie,* cit., 227 ss, spec. 231.

[43] Così, P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, cit., 29 «L'intervento transitorio si configura, prima di tutto, come una regolamentazione ponte, distinta da ambedue le normative in successione temporale e destinata a frapporsi direttamente tra queste come regola o disciplina intermedia (…) Il carattere di terzietà proprio nella norma di diritto transitorio trova riscontro in particolare in un modello di norma materiale che soddisfa la funzione di raccordo operando per il tramite di una disciplina espressa e di natura sostanziale, quindi ulteriore rispetto a quella vecchia e a quella nuova ad essa posteriore».

quali le meta-norme di diritto intertemporale entrano in rapporto con le altre regole e principî previsti dai singoli sistemi giuridici dipendono da molti fattori: *in primis* loro ratio giustificatrice e la loro collocazione all'interno del sistema delle fonti.

Si pensi, ad esempio, con riferimento al nostro ordinamento, alla rispettiva posizione dell'art. 11 delle Preleggi e dell'art. 25, c. 2 Cost. che, essendo espressione del principio (anch'esso intertemporale) di irretroattività delle leggi, vincolano in modi diversi i rapporti tra le fonti costituzionali e quelle primarie e, di conseguenza, anche il ruolo del legislatore e dei giudici.

In termini generali, il principio di retroattività della legge rappresenta un principio generale dell'ordinamento[44] che contribuisce ad articolare i rapporti tra norme e tempo – ossia la retrovalutazione giuridica del passato – a tutela di alcuni valori su cui poggia l'ordinamento[45].

Come abbiamo accennato, il principio di retroattività si caratterizza, da un lato, per la sua capacità "normogenetica", ossia per l'attitudine a fornire valore giustificativo nei confronti di altre norme e meta-norme giuridiche di carattere intertemporale e, dall'altro – anche in virtù della generalità delle fattispecie e della non esaustività delle conseguenze giuridiche legate alla sua applicazione – per la sua attitudine a relazionarsi variabilmente con le altre componenti dell'ordinamento (regole e/o principî, costituzionali e primari) favorendo, sua volta, l'elaborazione di specifici ordini di preferenza tra di esse[46].

[44] Sul punto v. per tutti G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzioni della irretroattività delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1970, 2 ss.

[45] M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (prima parte),* in *Giur. it.*, 7, 2007, 1825 ss il quale suggerisce, in opposizione alla dottrina tradizionale, si accantonare entro certi termini la stessa nozione di retroattività/irretroattività a favore di una maggiore attenzione rispetto alle conseguenze giuridiche derivanti dalle differenti articolazioni dei rapporti tra norme e tempo; «L'imperativo dell'irretroattività, in realtà, altro non è che l'imposizione, in epitome, dell'esigenza di non sacrificare (ovvero di non sacrificare se non in presenza di valori contrastanti almeno equiordinati e nel rispetto dei principî di proporzionalità e non eccessività) alcuni fondamentali valori giudici (che trovano ospitalità variamente modellata elle norme costituzionalmente scritte), come la sicurezza dei traffici giuridici, la certezza del diritto, l'affidamento, la libertà di autodeterminazione, l'eguaglianza di trattamento di soggetti parimenti consapevoli dei loro diritti e doveri (…)». Sul punto cfr. A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, in C. PADULA (a cura di*), Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 11-31.

[46] Cfr. G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit., 93-95. Sul bilanciamento cfr. ID., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, 173 ss.

Come ha chiaramente evidenziato questo autore (ID., *Legalità penale e* rule of law, in G. PINO – V. VILLA (a cura di), Rule of law. *L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, 177-233, spec. 189 ss) un esempio "tipico" è la riconduzione del principio di irretroattività delle leggi all'interno di quello di legalità in materia penale sulla base di un comune fondamento assiologico concernente la duplice garanzia dei cittadini "contro gli abusi dello strumento penale" e della loro autonomia individuale (sul punto cfr. Corte cost. sent. n. 230/2012).

Sotto il primo versante, come accennato, questo principio si "concretizza" in specifiche norme. Così, come ha sottolineato Massimo Luciani, nei confronti dell'interprete esso si traduce in uno specifico imperativo ermeneutico: «la legge deve essere interpretata in modo da minimizzare il suo impatto sul passato» mentre, nei confronti legislatore, anche in virtù del suo altri principî costituzionali, esso impone che la sua attività non determini «effetti pregiudizievoli per i precetti costituzionali ai quali quel principio, appunto, di volta in volta si salda»[47].

L'art. 25, c. 2 contiene una prima specificazione del principio di irretroattività. In particolare, mediante questa disposizione, da un lato, si è posto al legislatore un divieto generale concernente la retrovalutazione normativa in ambito penale, attraverso la trasformazione di una direttiva di applicabilità intertemporale in criterio di validità delle leggi e degli atti aventi forza di legge; dall'altro, si è fissata la ratio di altre norme in ambito penale (siano esse esplicite o implicite: si pensi, ad esempio, all'art 2 c.p "successione di leggi penali" o, ancora, all'estensione di questo principio alle norme che introducono o inaspriscono sanzioni amministrative)[48].

[47] M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., «Più che di una presunzione di irretroattività, impossibile ad asserirsi perché è impossibile definire l'effetto che si vorrebbe presunto, si deve parlare di una presunzione di minimo impatto temporale, che ovviamente può essere vinta se dall'uso dei normali criteri interpretativi (letterale, sistematico, teleologico, ecc. emergono indicazioni contrarie (che devono essere tanto più robuste quanto più netta è l'incidenza nel passato). Va da sé che questo criterio direttivo dell'attività dell'interprete può essere neutralizzato dal legislatore con l'adozione di apposite norme transitorie».

[48] v. Corte cost. n. 196 del 2010; di recente Corte cost. sent. 223 del 2018 di cui v. spec. par. 6.1 del considerato in diritto «È generalmente riconosciuto che dall'art. 25, secondo comma, Cost. (…) discende un duplice divieto: un divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante; e un divieto di applicazione retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato. Tale secondo divieto è, del resto, esplicitato nelle parallele disposizioni delle carte internazionali dei diritti umani (…). Entrambi i divieti in parola trovano applicazione anche al diritto sanzionatorio amministrativo, al quale pure si estende, come questa Corte ha già in più occasioni riconosciuto (sentenze n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), la fondamentale garanzia di irretroattività sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost., interpretata anche alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani, e in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 7 CEDU. Anche rispetto alle sanzioni amministrative a carattere punitivo si impone infatti la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto».

A sua volta, l'estensione dell'ambito operativo dell'art. 25, c. 2 Cost. ha influito sugli interventi di depenalizzazione portati avanti dal legislatore. Paradigmatica, in tal senso, nell'ambito della gestione dell'emergenza Covid-19, la depenalizzazione della contravvenzione di violazione delle prescrizioni con applicazione retroattiva, operata mediante il decreto-legge 25 marzo n. 19 (convertito con legge 22 maggio 2020, n. 35); in merito v. M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2, 2020, 503.

Ad ogni buon conto, lasciando da parte l'ambito penale, anche in virtù della posizione delle norme ex art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile e di quelle ad esse assimilabili[49] rispetto al nostro sistema delle fonti, il principio di irretroattività (e le norme intertemporali da esso legittimate) entra in rapporto con le norme primarie agendo come limite a salvaguardia dei principî e dei valori costituzionali che da esse rischiano di essere pregiudicati.

Così, rispetto al principio di retroattività, le principali coordinate interpretative ci arrivano, da un lato, dalle pronunce della Cassazione, regolarmente impegnata a specificare la portata temporale delle norme di legge soprattutto in ambito penale, lavoristico e previdenziale, familiare, tributario e fallimentare, e dall'altro dagli interventi della Corte costituzionale, impegnata a valutare la conformità della retrovalutazione legislativa rispetto ai principî sanciti nella nostra Carta fondamentale[50].

Da parte sua, già con la sentenza n. 118 del 1957, la Corte costituzionale ha rilevato che, per le materia diverse da quella penale, l'osservanza del principio generale della irretroattività delle leggi «è dunque rimessa – così come in passato – alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro – salvo estrema necessità – dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preferiti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile».

Coerentemente con questa impostazione, come affermato nella successiva sentenza n. 81 del 1958, non si può «escludere che in singole materie, anche fuori di quella penale, l'emanazione di una legge retroattiva possa rivelarsi in contrasto con qualche specifico precetto costituzionale». In particolare, a questo esito si può giungere a seguito di una valutazione della legittimità dell'intervento normativo (sia esso interpretativo o meno) verificando la ragionevolezza del suo effetto retroattivo (nella sentenza n. 155 del 1990 la Corte si è riferita al suo "razionale fondamento")[51].

[49] Si veda, ad esempio, art. 1 legge 24 novembre 1981, n. 689 recante "Modifiche al sistema penale": «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati»; art. 3 legge 27 luglio 2000 n. 212 recante "Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente": al netto dei casi di interpretazione autentica, «le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo. Relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono».

[50] Su cui importanti spunti ricostruttivi nei saggi raccolti in C. PADULA, *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, cit.

[51] F. MAISTO, *Il «diritto intertemporale». La ragionevolezza dei criteri per la risoluzione dei conflitti tra norme diacroniche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007; ID., *Diritto intertemporale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlinghieri, I, V, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007. Adesivo sulla possibilità di configurare la ragionevolezza come

Così, più di recente, si è affermato che «l'accertamento della eventuale incidenza sull'esigenza di stabilità normativa e sulla tutela delle legittime aspettative s'inserisce nel giudizio di ragionevolezza legislativa, teso a verificare che la scelta operata dal legislatore (nella specie, l'adozione di norme di portata retroattiva) non sia sproporzionata rispetto agli scopi che devono essere perseguiti: una valutazione che viene compiuta a proposito dell'intervento che colpisce i rapporti esauriti prima dell'entrata in vigore della riforma di legge e, in generale, di ogni mutamento che indice sui rapporti rispetto ai quali l'affidamento sia pervenuto ad un "elevato livello di consolidamento"»[52].

Da qui l'importanza dell'individuazione del momento il cui, sulla base della normativa anteriore, viene in essere il legittimo affidamento del cittadino a non subire in modo irragionevole delle modifiche peggiorative rispetto alla condizione maturata sulla base della normativa previgente o, addirittura, ad esserne privato[53].

In tal modo, la tutela dell'affidamento si qualifica come uno dei limiti agli interventi legislativi retroattivi i quali, da un lato, devono conformarsi al principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza e al rispetto funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, qualificati come "fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento", (Corte cost. sentt. n. 156 del 2007; n. 236 del 2015; n. 276 del 2016) e, dall'altro, devono fondarsi su una specifica ratio che coincide nella tutela di «principî, diritti e beni di rilievo costituzionale» che si qualificano, a loro volta, sulla base del dialogo tra la nostra Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo, quali «altrettanti "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU» (Corte cost. sentt. n. 146 del 2015; n. 156 del 2014; n. 264 del 2012)[54].

"necessario fondamento della temporaneità del precetto di legge" D. CARUSI, *La legge e il tempo*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2013, 325-334, spec. 331.

[52] G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Cedam, Padova, 2009, 62-63.

[53] *Ivi,* 64.

[54] L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile*, in *Europa e Diritto privato*, 4, 2017, 1219 ss spec. nt. 8. Sul punto v. altresì riassuntivamente L. LORELLO, *La retroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 163-183, spec. 175: «Il principio dell'affidamento o il principio di eguaglianza, non rappresentano in sé confini invalicabili per la legge retroattiva, ma appaiono piuttosto come recinzioni "elastiche", che possono essere "allentate" dal legislatore disponendo in via retroattiva. Egli dovrà però giustificare le ragioni degli "allentamenti" operati volta per volta, la loro coerenza con lo scopo perseguito, la loro giusta misura rispetto al caso concreto».

INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA E TECNOLOGIA NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI*

CHIARA GRAZIANI**

Sommario

Introduzione. – 2. Corti, interpretazione e tecnologia: uno sguardo "orizzontale". – 2.1. Il contesto europeo: le corti interne. – 2.2. Corti, interpretazione e tecnologia: uno sguardo "verticale". – 3. Corti, interpretazione e tecnologia: uno sguardo "orizzontale". – 3.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3.2. La Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. Alcune riflessioni conclusive.

Abstract

This work examines the impact of the technological development in the case law of courts – not only supreme and constitutional, but also ordinary ones – in Western "advanced" democracies. In other words, the author aims to grasp to what extent the evolution of technology tools had an influence on how courts interpret some provisions (especially, but not just, constitutional ones).

In order to restrict the scope of the analysis, this contribution addresses the above-mentioned topic from a specific perspective: that of the use of technology for public security purposes, with a focus on counter-terrorism measures.

The analysis identifies different trends in the approach of courts to technology in their interpretative efforts and argues, first, that a "technologically-oriented interpretation" should be welcome, and, second, that courts should always explicitly clarify that they are interpreting some provisions in the light of the technological evolution. In this way, the importance of the reasoning of judicial decisions would be emphasized, benefitting both policy-makers and civil society.

Suggerimento di citazione

C. GRAZIANI, *Interpretazione evolutiva e tecnologia nella giurisprudenza delle Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

L'Autrice ringrazia i *discussants* per le osservazioni e i commenti in merito alle riflessioni proposte.

** Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato presso l'Università di Milano-Bicocca; *academic fellow* (docente a contratto) presso l'Università Bocconi di Milano.

Contatti chiara.graziani@unimib.it; chiara.graziani@unibocconi.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 rapporto che esiste tra diritto e tecnologia può essere letto da almeno due macro-angolature[1]. In primo luogo, esso si può inquadrare dal punto di vista del Legislatore, il quale, nel tentativo di tenere dietro al rapidissimo incedere dell'evoluzione tecnologica, si trova spesso a fare fronte a significative sfide. La prospettiva è, in questo caso, principalmente *de iure condendo*, nel senso che l'interazione del diritto con la tecnologia interessa il *law-maker* soprattutto nel momento in cui è necessario adottare un nuovo assetto regolatorio – o modificare quello esistente – per tenere in debito conto lo sviluppo tecnologico[2].

È possibile, in secondo luogo, prendere in esame la relazione tra diritto e tecnologia dal punto di vista delle corti, che, nel proprio ruolo di interpreti del diritto, si vedono impegnate in sforzi esegetici che tengano in considerazione il continuo progresso dei *technology tools*. Si tratta di un'analisi che si può definire, in maniera preponderante, *de iure condito*, perché i giudici, dato un certo quadro normativo già esistente, si trovano a doverne dare una lettura che dia conto del progresso della tecnologia.

Il presente contributo si concentra su questo secondo versante. In particolare, ci si accinge a esaminare come e se il fattore tecnologico abbia contribuito ad orientare le corti nell'interpretazione delle disposizioni – soprattutto costituzionali, ma non solo – applicabili ad un caso pendente. Il lavoro si focalizza su un particolare utilizzo della tecnologia, ossia quello finalizzato a contrastare alcune delle più importanti minacce alla sicurezza[3], che caratterizzano il XXI

[1] Entrambe queste prospettive richiedono un significativo sforzo interdisciplinare, venendo a confronto il mondo del diritto con quello della tecnologia. Sul tema dell'interdisciplinarietà e sulle sfide che essa lancia al diritto, v. A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2021, 301 ss.

[2] Sul rapporto fra tecnologia e politica, v. E. CATELANI, *Evoluzione del rapporto tra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti di uno "Stato tecnologico"?*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo http://www.osservatoriosullefonti.it/, 2, 2021, 382 ss.

[3] Il concetto di sicurezza è stato oggetto, nel corso del tempo, delle più varie elaborazioni a livello giuridico, filosofico e politologico. Non potendosi compiutamente soffermare sulle origini storiche (su cui v., per tutti, M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, il Mulino, Bologna, 2017), ci si limita qui a rammentare le principali teorizzazioni *post*-11 settembre 2001. Secondo alcuni Autori, la sicurezza, anche dopo gli attentati terroristici del 2001, deve continuare ad essere concepita come un limite eccezionale alla "regola", che è costituita dal godimento pieno dei diritti e delle libertà. In questo senso, A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2, 2013, 177 ss. Questa idea riprende e conferma quella propria del periodo storico precedente all'11 settembre 2001, diffusa tra la dottrina italiana, ma pure fra quella francese. V., al proposito, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, CLXV, 1963, 111 ss. e M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, 62 ss. Una seconda posizione, invece, fa assurgere la sicurezza a vero e proprio diritto soggettivo, bilanciabile con gli altri. In questo senso, G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *AIC, Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'Associazione, Bari, 17-18 ottobre 2003, Padova, 2007, 56 ss.; T.E. FROSINI, C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. DI

secolo fin dagli albori, ovvero il pericolo del terrorismo internazionale[4]. Tale delimitazione del perimetro di indagine si è ritenuta necessaria non solo e non tanto per esigenze di contenimento del contributo, ma soprattutto per assicurare una certa omogeneità dei *case-studies* presi in esame e, di conseguenza, una comparabilità sotto il profilo scientifico che potesse condurre a risultati metodologicamente corretti.

L'analisi si caratterizza per il respiro comparato, prima orizzontale (sez. 2), poi verticale (sez. 3). Sul primo fronte, la comparazione è attuata fra il piano europeo (§ 2.1.) – intendendosi per tale la giurisprudenza delle corti, non solo costituzionali e supreme ma anche di merito, di alcuni selezionati Stati membri – e quello statunitense (§ 2.2.) – con riferimento precipuo al *corpus* giurisprudenziale della Corte Suprema federale.

Per quanto riguarda la comparazione verticale, invece, si prendono in esame le corti sovranazionali, limitatamente, questa volta, alla sola area europea, non essendo gli Stati Uniti incasellati in alcun sistema sovranazionale che implichi la giurisdizione di una corte sovrastatale. Viene quindi esplorato il panorama giurisprudenziale offerto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (§ 3.1) e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (§ 3.2).

Seguono, infine, alcune considerazioni conclusive che rilevano similitudini e differenze negli approcci presi in considerazione.

2. Corti, interpretazione e tecnologia: uno sguardo "orizzontale"

Al fine di esaminare la tematica proposta comparando il contesto europeo e quello statunitense, tre preliminari precisazioni si rendono opportune.

La prima è di tipo generale e costituisce la premessa dell'intera analisi svolta in questo lavoro. Infatti, l'esame del binomio tecnologia-diritto sotto il profilo della sicurezza e dall'ottica giurisprudenziale chiama necessariamente in causa un terzo termine, che deve essere sotteso a qualsiasi ragionamento in merito. Si tratta della tutela dei diritti e delle libertà individuali, che spesso finiscono per essere le "vittime collaterali" di quelle misure volte a garantire la sicurezza dei cittadini che fanno largo utilizzo del fattore tecnologico. È chiaro che "vittime" sono soprattutto quei diritti maggiormente toccati dall'elemento

GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, 77 ss. Un'ulteriore visione legge la sicurezza come un valore costituzionale, presupposto imprescindibile per il godimento di tutti gli altri diritti e libertà e, quindi, mai soggetto al bilanciamento con gli altri. G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi cost.*, 1/2008, 31 ss.

[4] A. VEDASCHI, À la guerre comme à la guerre*? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2007.

tecnologico, e cioè la *privacy* e la libertà di espressione, nelle loro diverse declinazioni e accezioni[5].

La seconda precisazione è il portato diretto della prima osservazione e la cala nel contesto della comparazione tra lo scenario europeo e quello statunitense. A tal riguardo, conviene ricordare che i due contesti[6] si distinguono per letture assai diverse – almeno tradizionalmente – delle garanzie della *privacy* e della libertà di espressione[7]. Se negli Stati Uniti il IV Emendamento viene, in via di regola, considerato recessivo dinanzi ad altri interessi contrapposti (la sicurezza è uno di questi)[8], il versante europeo è solitamente indicato come terreno più "fertile" per la tutela della *privacy* (e della correlata, ma più "giovane", *data protection*[9]). D'altro canto, gli Stati Uniti sono visti come la culla del *marketplace of ideas*, grazie a storiche sentenze della Corte Suprema che hanno interpretato il I Emendamento (e in particolare la *free speech clause*) come un diritto quasi assoluto[10]. Tali nette differenze possono certamente essere messe in discussione e, anzi, sono proprio le reazioni giuridiche alle sfide

[5] In particolare, in tema di *privacy*, va rilevato il suo accostamento, soprattutto in epoca contemporanea, con il diritto alla protezione dei dati personali (*data protection*). A questo proposito, si deve notare che, in dottrina, vi sono opinioni divergenti, circa lo statuto giuridico di questi due diritti. Secondo alcuni, la *privacy* e la *data protection* sarebbero due diritti distinti e, quindi, la *data protection* godrebbe di propria autonomia. Nello specifico, mentre il diritto alla *privacy* si limiterebbe a tutelare la "non interferenza" del potere pubblico nella sfera privata, la *data protection* avrebbe una natura maggiormente garantistica, volta a tutelare un novero più ampio di dati rispetto a quelli strettamente attinenti alla sfera personale. In questo senso, O. LINKSEY, *Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' of a Right to Data Protection in the EU Legal Order*, in 63 *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, 569 ss. Per altri Autori, invece, la *data protection* non sarebbe altro che l'altra faccia della medaglia della *privacy*, ossia la tutela "in positivo" (che implica un *facere* delle autorità pubbliche) o "dinamica" del diritto alla vita privata e personale. V. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 397. Per altri ancora, poi, bisogna assumere una posizione intermedia e considerare la *data protection* alla stregua dell'"avanzamento" della *privacy*, resasi necessaria nella c.d. *digital society*. C. DOCKESEY, *Four Fundamental Rights: Striking the Balance*, in 6 *International Data Privacy Law*, 3/2016, 195, 197.

[6] Non è ancora opportuno di parlare di ordinamenti giuridici, dato che l'Europa viene presa in considerazione per alcuni tratti comuni che caratterizzano le corti nazionali di tale area .

[7] D. COLE, F. FABBRINI, *Bridging the transatlantic divide? The United States, the European Union, and the protection of privacy across borders*, in 14 *International Journal of Constitutional Law*, 2016, 255 ss. V., inoltre, L.P. VANONI, *Balancing privacy and national security in the global digital era: a comparative perspective of EU and US constitutional systems*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/vanoni.pdf, 14 giugno 2017.

[8] Per le prime teorizzazioni di un'idea di *right to be let alone*, v. S. WARREN, L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in 4 *Harvard Law Review* 1890, 193 ss. Circa le (numerose) eccezioni elaborate negli Stati Uniti rispetto alla tutela della *privacy*, v. *infra* nel presente contributo.

[9] Cfr. *supra*, nota 5.

[10] Il primo riferimento, da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, al *marketplace of ideas* deve rinvenirsi nella sentenza *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). A livello teorico, tuttavia, il concetto era già stato elaborato da J.S. MILL, *On Liberty*, The Walter Scott Publishing Co., Ltd, London and Felling-on-Tyne-New York and Melbourne, 1859.

alla sicurezza *post* 9/ 11 ad averle fatte vacillare; tuttavia, non si può negare che questa impostazione tradizionale in materia di *privacy* e di libertà di espressione nei due contesti di riferimento abbia influenzato gli atteggiamenti delle corti che i seguenti paragrafi vanno a dettagliare.

Il terzo *caveat*, essenziale prima di entrare nel vivo dell'analisi giurisprudenziale, è metodologico. Per quanto concerne l'Europa, i *case-studies* giurisprudenziali trattati nel § 2.1. sono tutti relativi a Paesi dell'Europa occidentale definibili come democrazie mature. La scelta è maturata al fine assicurare una comparabilità con il sistema statunitense, oggetto del § 2.2., che sarebbe stata messa in crisi da eventuali riferimenti – pur importanti e che potrebbero essere l'oggetto di una diversa analisi – a corti di Paesi europei che non rientrano nella categoria sopra indicata[11].

2.1 Il contesto europeo: le corti interne

L'impatto che il fattore tecnologico ha avuto sulle linee interpretative delle corti dei Paesi dell'area europea è vario e piuttosto frammentato. Si possono distinguere perlomeno quattro tendenze, ciascuna delle quali può essere esemplificata da diversi casi concreti.

Un primo *trend* consiste nell'accettazione piuttosto acritica dell'utilizzo della tecnologia nell'ambito delle misure di contrasto alle minacce alla sicurezza e nella rinuncia, per certi versi aprioristica, a trovare una lettura "tecnologicamente orientata" delle garanzie che il diritto nazionale predispone a favore dei diritti e delle libertà individuali. In altri termini, questo orientamento tende a non considerare in modo minuzioso i problemi aggiuntivi che la tecnologia avanzata può porre in relazione a determinate misure giuridiche e a condannarne l'operato senza un *reasoning* chiaro e dettagliato. Si tratta di una sorta di "presunzione di colpevolezza" nei confronti dell'elemento tecnologico, giudicato inidoneo a garantire qualsivoglia diritto, pur in una condizione "di tensione" come è quella dei rischi per la sicurezza. Questo approccio può essere riscontrato, tra le altre, nella pronuncia con cui, nell'aprile 2021, la Corte costituzionale belga ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa interna in materia di *data retention* a fini di contrasto del terrorismo[12]. Questa sentenza è stata pronunciata dal giudice delle leggi belga dopo aver ottenuto la risposta ad un rinvio pregiudiziale di interpretazione sollevato dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)[13]. Con il rinvio, la Corte costituzionale

[11] V., ad esempio, in tema di *privacy* in Paesi dell'Est Europa, il lavoro di M.A. ORLANDI, *Estonia: sviluppo dell'"e-government", tutela della "privacy" e "cybersecurity"*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2019, 383 ss.

[12] Corte costituzionale belga, *arrêt* n. 57/2021, 22 aprile 2021.

[13] Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), *La Quadrature du Net e a. contro Premier ministre e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, 6 ottobre 2020. G. FORMICI, *La* data retention

belga chiedeva al giudice di Lussemburgo se la normativa dell'Unione in tema di protezione dei dati personali ostasse ad una legislazione nazionale che impone ai *providers* la raccolta e conservazione dei metadati delle comunicazioni a fini di prevenzione del terrorismo e di gravi reati transnazionali. Tra i molti motivi del rinvio, la Corte belga sottolineava come vi fosse il rischio che la tecnologia esistente, pur permettendo l'anonimizzazione dei dati nei confronti di qualsiasi soggetto non autorizzato a trattarli, non ne escludesse poi la ri-personalizzazione oppure la perdita prima della trasformazione in dati anonimi, aprendo dunque alla possibilità di abusi e *data breaches*. Pur avendo ricevuto dalla CGUE un riscontro piuttosto aperto e non certo totalmente preclusivo alla normativa interna (si tratta della recente sentenza *La Quadrature du Net and others*, su cui v. *infra*), la Corte belga, una volta trovatasi a dover chiudere il procedimento sul piano nazionale, opta per l'incostituzionalità secca. Più nel dettaglio, sullo specifico punto dell'anonimizzazione, la Corte rileva che, nonostante i *providers* siano in grado di porre in essere questo procedimento, «il y a des raisons de penser que ces données sont susceptibles de perte ou de modification», senza ulteriormente motivare il punto. Si profila, allora, secondo la Corte, una violazione dell'art. 22 della Costituzione belga (diritto alla vita privata e familiare) nonché della normativa dell'Unione europea in materia di *data protection* direttamente applicabile nell'ordinamento interno. Le violazioni rilevate dai giudici del Belgio non si limitano al profilo dell'anonimizzazione; le altre, tuttavia, non hanno una connessione diretta con l'operatività del fattore tecnologico e, pertanto, risultano di minore interesse per questo contributo. Ciò che preme rilevare è che, quando si è dovuta confrontare con il funzionamento delle tecnologie di anonimizzazione, la Corte ha proceduto con un'affermazione piuttosto apodittica e prevenuta nei confronti di queste ultime, senza tentare un'interpretazione che potesse conciliarle con l'articolato costituzionale[14].

saga *al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in *DPCE Online*, 1, 2021, 1361 ss.

[14] V., su una posizione simile, la sentenza con cui, nel luglio 2021, l'Investigatory Powers Tribunal britannico ha dichiarato totalmente incompatibile con il diritto dell'Unione la normativa interna in materia di sorveglianza di massa, sempre in risposta ad un rinvio pregiudiziale presentato alla Corte di giustizia dell'Unione europea e risolto da quest'ultima con la sentenza *Privacy International* del 6 ottobre 2020 (si tratta, infatti, di una sentenza "gemella" rispetto alla sentenza *La Quadrature du Net*). V. Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Camera), *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e altri*, C-623/17, 6 ottobre 2020; *Privacy International v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, IPT/15/110/CH, 22 July 2021. L'Investigatory Powers Tribunal, con questa decisione, ha motivato l'incompatibilità *per relationem*, facendo ampio riferimento ai principi statuiti dalla Corte di Lussemburgo, senza calarli in modo specifico nel contesto del Regno Unito. Si nota, inoltre, che questa decisione contiene alcune *dissenting opinions*, le quali, però, non sono state rese pubbliche. È pendente, nel momento in cui si scrive questo lavoro, un ricorso

Una seconda tendenza consiste nell'utilizzo, piuttosto raffinato, di tecniche di bilanciamento sicurezza-diritti alla luce dell'aspetto tecnologico, che conduce però alla prevalenza del primo fattore (la sicurezza). Un esempio di questo atteggiamento si può trovare nella decisione con cui, nel settembre 2019, l'Alta Corte di Inghilterra e Galles si è pronunciata in merito alla *facial recognition* utilizzata dalla polizia gallese nell'ambito di grandi eventi pubblici con l'intento di prevenire eventuali pericoli per la sicurezza[15]. A questo proposito, la Corte ha avuto modo di notare come, da un lato, tale tecnologia disponga di un potenziale altissimo a fini preventivi, ma, dall'altro, implichi rischi significativi sul piano della protezione dei dati, essendo basata su algoritmi che consentono un'analisi automatizzata e su ampia scala, peraltro di dati particolarmente delicati quali sono quelli biometrici[16]. Con questa premessa, l'Alta Corte è andata ad analizzare ciascuna garanzia ritenuta dai ricorrenti violata, provando a verificare la compatibilità con la strumentazione tecnologica. Esemplificativo è il passaggio in cui ha dedotto la proporzionalità della misura di sorveglianza (tra l'altro) dal fatto che l'applicazione concreta del *tool* tecnologico fosse stata in grado di evitare "falsi positivi" e che alcuni arresti erano stati possibili solo grazie ad un tale grado di avanzamento della tecnologia. In questo modo, la Corte ha legato il funzionamento tecnico dell'algoritmo di riconoscimento facciale e le valutazioni circa la sua efficacia al principio di proporzionalità, interpretato, dunque, in una nuova luce, consapevole del "modo di funzionamento" dello strumento tecnologico. Né sotto questo profilo né sotto altri l'Alta Corte ha riscontrato violazioni del principio di proporzionalità che, in base alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) come "incorporata" nel Regno Unito con lo Human Rights Act 1998[17], deve informare le limitazioni della vita privata e familiare, sia pure per esigenze di sicurezza nazionale. Pur essendo arrivata ad una conclusione prettamente "*pro* sicurezza", la Corte ha mostrato consapevolezza del fattore tecnologico, rinunciando ad un atteggiamento frettolosamente apodittico sul punto[18].

in sede di *judicial review*, presentato da Privacy International, volto a richiedere che sia ordinata la pubblicazione delle *dissenting opinions*.

[15] *R (on the application of Edward Bridges) v The Chief Constable of South Wales and others* [2019] EWHC 2341. Per un'analisi di questa decisione, v. A. PIN, *Non esiste la "pallottola d'argento": l'*Artificial Face Recognition *al vaglio giudiziario per la prima volta*, in *DPCE Online*, 4, 2019, 3075 ss.

[16] Sull'uso dei dati biometrici a fini securitari, v. C. GRAZIANI, *La creazione di* databases *di dati biometrici: l'Unione europea tra sfide alla sicurezza e* data protection, in L.E. RÍOS VEGA, L. SCAFFARDI, I. SPIGNO (a cura di), *I diritti fondamentali nell'era della* digital mass surveillance, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 171 ss.

[17] Human Rights Act 1998 c. 42. V. G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua "incorporation" nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 1999, 125 ss.

[18] Un simile atteggiamento si riscontra in una decisione, più risalente, della Corte costituzionale tedesca in tema di sorveglianza acustica. 109 BVerfGE 279 (2004). Qui, il Tribunale di Karlsruhe riconosce l'impatto che lo sviluppo della tecnologia può avere non solo sul diritto alla *privacy*, ma

Un terzo *trend* vede anch'esso l'interpretazione bilanciata del complesso rapporto sicurezza-diritti con particolare attenzione per le *technicalities*, ma con un *outcome* diverso rispetto alla tendenza evidenziata *supra*. Si tratta di decisioni che conducono all'indubbia prevalenza del secondo elemento del binomio, ossia i diritti, quasi a sottolineare una "mancanza di fiducia" circa la capacità dell'elemento tecnologico di operare in maniera rispondente al requisito di proporzionalità. Questo atteggiamento si distingue dal primo (quello ascritto alla Corte costituzionale belga) poiché, pur conducendo agli stessi risultati – l'operato del *tool* tecnologico viene ritenuto illegittimo – giunge alla conclusione grazie ad un *reasoning* piuttosto articolato. Esemplare in questo senso è la decisione della Corte d'Appello di Inghilterra e Galles adottata nell'agosto 2020[19], dopo che la decisione prima citata dell'Alta Corte che "salvava" la *facial recognition* era stata impugnata. La sentenza di appello ha riformato la decisione di primo grado, dichiarando il sistema di riconoscimento facciale utilizzato dalla polizia gallese in violazione dell'art. 8 CEDU. Per giungere a questa conclusione, la Corte ha notato, fra l'altro, che l'algoritmo di riconoscimento facciale ha bisogno di essere "allenato" sulla base di specifici *data sets* e che la polizia gallese non era in grado di dimostrare che tali *data sets* non contenessero dei *biases* intrinseci o indotti. Anche i giudici di appello assumono dunque un atteggiamento oculato circa il funzionamento tecnico dell'algoritmo, che li porta, tuttavia, a conclusioni opposte rispetto ai colleghi di primo grado. È interessante osservare che la Corte d'Appello dà un peso minore, rispetto a quella di prima istanza, al fatto che la pratica non abbia restituito falsi positivi. Infatti, sembra voler intendere che il rischio, pur astratto, di *biases* e discriminazioni abbia un peso maggiore rispetto ad una buona resa concreta[20].

Una quarta postura giurisprudenziale è quella che sembra aderire all'idea di una "interpretazione tecnologicamente orientata" che si possa dire allo stesso tempo evolutiva e garantistica dei diritti, nonostante queste sentenze non facciano esplicita menzione del c.d. argomento tecnologico (come invece

anche sul più ampio valore della dignità umana. Tuttavia, afferma che, alla luce della gravità dei crimini perseguiti – quelli, per l'appunto, di matrice terroristica – il rischio implicato dallo strumento tecnologico risultasse controbilanciato. Sul tema, R.A. MILLER, *Balancing Security and Liberty in Germany*, in 4 *Journal of National Security Law and Policy*, 2010, 369 ss.

[19] *R (on the application of Edward Bridge) v the Chief Constable of South Wales and others* [2020] EWCA Civ 1058. B. KEENAN, *Automatic Facial Recognition and the Intensification of Police Surveillance*, in 84 *Modern Law Review*, 4, 2021, 886, ss.

[20] V., per un simile *trend*, la decisione con cui la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale del programma di *data mining*, posto in essere dalle autorità tedesche a fini di antiterrorismo. Qui, la Corte si è addentrata in un'analisi approfondita dell'utilizzo del c.d. *big data*, rimarcando che, all'aumentare della quantità dei dati, aumenta l'impatto sui diritti fondamentali. 1 BvR 3214/15, 11 December 2020.

faranno altre corti, v. *infra*). Una lettura di questo tipo si può riscontrare nella sentenza con cui, nell'aprile 2021, il Consiglio di Stato francese si è pronunciato su alcune disposizioni interne in materia di *data retention*[21]. Si tratta di una decisione per certi versi "gemella", quanto al tema e al contesto di riferimento, di quella belga vista *supra*. Infatti, il Consiglio di Stato francese aveva precedentemente presentato alla CGUE una domanda di pronuncia pregiudiziale che coinvolgeva la normativa interna sulla *data retention* a fini di antiterrorismo e la relativa causa era stata riunita dalla Corte di Lussemburgo con quella afferente alla normativa belga, dando luogo ad una pronuncia unica – per l'appunto, la decisione *La Quadrature du Net* – nell'ottobre 2020[22]. Per quanto attiene all'aspetto squisitamente tecnologico dei sistemi di *data retention* utilizzati, il supremo consesso giurisdizionale amministrativo francese si interrogava circa la compatibilità con il quadro euro-unitario di una normativa interna che prevedesse il trattamento e l'analisi dei metadati conservati con modalità automatizzate. Come nel caso belga, dopo aver ricevuto riscontro dalla CGUE, il Consiglio di Stato francese ha dovuto pronunciarsi per chiudere il caso a livello nazionale. A tale proposito, i giudici amministrativi di Palais-Royal hanno dimostrato una lodevole capacità di leggere le garanzie dei diritti interne in considerazione della tecnologia. Da un lato, la CGUE aveva ritenuto che l'utilizzo di tecniche di analisi automatizzate dei dati fossero incompatibili con il *corpus* di diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati, nonché che esse potessero avere un effetto deterrente sulla libertà di espressione. Dall'altro lato, però, il Consiglio di Stato non ha accettato in maniera acritica la posizione della CGUE e, pur nel rispetto di essa, ne ha dato un'applicazione ragionata. Il supremo giudice amministrativo ha affermato che è opportuno distinguere tra diversi ambiti di applicazione della stessa tecnologia: i c.d. crimini ordinari gravi; i crimini ordinari non qualificabili come gravi; il terrorismo (*rectius*, l'ambito della sicurezza nazionale). Solo nell'ultimo caso, il Consiglio di Stato ha intravisto una possibilità di utilizzo di questo *tool* tecnologico, mentre negli altri due casi ha giudicato opportuno che le autorità si astengano e ricorrano a mezzi di sorveglianza meno intrusivi. In questo modo, la *stessa* tecnologia viene sottoposta a diversi *standard* di giudizio a seconda del grado di rischio per l'altro termine del bilanciamento, ossia la sicurezza. In tal modo, la tecnologia entra a pieno titolo nel bilanciamento, come se fosse un

[21] Consiglio di Stato francese, N° 393099, 21 aprile 2021. A. VEDASCHI, *"Customizing" La Quadrature du Net: The French Council of State, National Security and Data Retention*, in *BRIDGE Blog*, disponibile all'indirizzo https://bridgenetwork.eu/2021/05/05/customizing-la-quadrature-du-net-the-french-council-of-state-national-security-and-data-retention/, 5 maggio 2021; V. J. ZILLER, *Le Conseil d'Etat se refuse d'emboiter le pas au joueur de flûte de Karlsruhe*, in *Blogdroiteuropéen*, disponibile all'indirizzo https://blogdroiteuropeen.com/2021/04/23/le-conseil-detat-se-refuse-demboiter-le-pas-au-joueur-de-flute-de-karlsruhe-par-jacques-ziller/, 23 aprile 2021.

[22] V. *supra*, nota 13.

fattore di carattere giuridico e non meramente tecnico. Così facendo, il Consiglio di Stato francese ha dimostrato una sensibilità attenta a parametrare l'intrusività dell'elemento tecnologico al pericolo per l'elemento giuridico, asservendo il primo al secondo, e non viceversa[23].

Questi quattro *trends* identificati mostrano che l'assunto per cui la tutela della *privacy* risulta sempre preponderante nel contesto europeo non pare più essere così assoluto[24]. Si è visto come la tecnologia stia guidando molte corti verso nuove tecniche di bilanciamento che sembrano stare cambiando la nozione stessa di *privacy*. In parole più chiare, se prima la si poteva considerare a pieno titolo un diritto soggettivo, ora essa sta mutando in qualcosa di molto simile ad un interesse legittimo. In altre parole, si dà per scontato che esistano delle interferenze, nell'era della tecnologia e delle minacce alla sicurezza, rispetto alle quali l'individuo è in una posizione di soggezione e può solo legittimamente aspettarsi che le intrusioni dell'autorità pubblica avvengano secondo procedure corrette e senza violare il principio di proporzionalità.

2.2 Il contesto statunitense: la Corte Suprema degli Stati Uniti

Esaminato il quadro europeo, conviene focalizzare l'attenzione sul versante statunitense. Qui, è noto come la c.d. *third party doctrine* caratterizzi tradizionalmente la giurisprudenza che riguarda (non solo ma anche) le misure di sorveglianza di massa in ottica di tutela della sicurezza nazionale. Senza ripercorrere l'intera casistica, basti ricordare come, per molti anni, la Corte Suprema abbia ritenuto "affievolite" le garanzie del IV Emendamento nel caso in cui un soggetto volontariamente ceda dei dati ad una terza parte[25]. Con un approccio totalmente differente da quello europeo, basato sul principio della *purpose limitation*[26], i giudici statunitensi hanno argomentato come la cessione di dati da

[23] V. pure l'approccio che il Consiglio di Stato francese ha utilizzato, sebbene in un contesto emergenziale parzialmente diverso – ossia quello della crisi sanitaria da Covid-19 –, in tema di impiego di droni per verificare che la popolazione si conformasse ai divieti di circolazione imposti dalle autorità. V. Consiglio di Stato francese, N°s 440442, 440445, 18 maggio 2021.

[24] C. GRAZIANI, *Privacy vs. sicurezza tra Stati Uniti ed Europa nell'era del terrorismo internazionale: un esempio di «circolazione inversa» di modelli?*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2019, 365 ss.

[25] V. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979). V., sulla *third party doctrine* e sulle sue applicazioni successive agli anni '70, L.P. VANONI, *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e* datagate*: Security v. Privacy*, in *Federalismi.it*, 1, 2015.

[26] Come noto, il principio di *purpose limitation* indica che, quando dei dati personali vengono trattati, il soggetto a cui essi pertengono (*data subject*) ha il diritto che lo scopo del trattamento sia esplicitamente chiarito. Di conseguenza, tali dati non possono essere trattati per scopi ulteriori rispetto a quelli prestabiliti. A livello di Unione europea, il principio di *purpose limitation* è specificato dall'art. 5(1)(b) del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (c.d. General Data Protection Regulation – GDPR). Sul GDPR, in particolare con riferimento ai suoi profili in relazione

parte di un soggetto (il c.d. *data subject*) a terzi di varia natura (banche, compagnie telefoniche, *Internet service providers*, ecc.) faccia sì che il primo non debba più nutrire alcuna «reasonable expectation» di riservatezza, pure nel caso tali terzi diffondano quei dati per finalità diverse rispetto a quelle per cui li avevano originariamente raccolti. Se si cala questo principio nello scenario della sorveglianza posta in essere dal potere federale a scopi di tutela della sicurezza, si ha che il soggetto il quale volontariamente e consapevolmente rende i propri dati disponibili ad un terzo (ad esempio un *provider* di servizi Internet) deve aspettarsi l'accesso, da parte delle autorità pubbliche, a tali informazioni. Pertanto, tale sorveglianza può essere attuata senza che l'autorità – solitamente la polizia o i servizi di *intelligence* – debba ottenere alcun *warrant* da un giudice (come invece richiederebbe il IV Emendamento).

A ciò si aggiunge un'altra specifica *doctrine* diffusa tra le corti statunitensi: si tratta della c.d. *special needs doctrine*. In base ad essa, quando vi sono specifiche necessità di carattere urgente (come un pericolo per la sicurezza nazionale) e sarebbe impossibile, per ragioni di tempo o di praticabilità, ottenere un *warrant* di una corte, si può procedere ugualmente.

Con la diffusione delle più avanzate tecniche di sorveglianza, il quadro giurisprudenziale delineato è rimasto praticamente inalterato[27], perlomeno fino al 2018, quando si è notato un cambio di rotta da parte della Corte Suprema, nel noto caso *Carpenter v. United States*[28]. Nella decisione *Carpenter*, per la prima volta, la Corte ha effettivamente fatto utilizzo di quello che può essere chiamato l'"argomento tecnologico" per dare una nuova interpretazione del IV Emendamento, nonché della ormai consolidata *third party doctrine*.

Il caso riguardava la costituzionalità o meno della normativa federale, rappresentata dallo Stored Communications Act[29], che obbligava i *providers* a fornire, su richiesta, i metadati relativi alle comunicazioni degli utenti ad un'autorità governativa, qualora questa fosse impegnata in un'attività di prevenzione e repressione del crimine. La richiesta governativa non necessitava di essere supportata da alcun *warrant* di un organo giurisdizionale. Nel caso di specie, si trattava della richiesta di dati di geolocalizzazione del cellulare di alcune persone ricercate – per reati che, lo si ricorda, non avevano direttamente a che fare con la sicurezza nazionale, ma potevano configurarsi come crimini ordinari. Si trattava indubbiamente di una nuova categoria di dati, poiché, fino a pochi

all'intelligenza artificiale, G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020.

[27] V., ad esempio, nelle decisioni *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012).

[28] *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ____ (2018). V., in dottrina italiana, a commento di questo caso, V. FANCHIOTTI, *"Carpenter v. U.S.": si amplia la tutela contro la "global police surveillance"*, in *Giur. it.*, 10, 2018, 2262 ss.

[29] Pub. L. 99–508.

anni prima, i cellulari non includevano sistemi GPS capaci di tracciamento continuativo e preciso. Inoltre, il potenziale incrocio dei dati di geolocalizzazione può condurre alla rivelazione di informazioni ulteriori rispetto al posizionamento geografico. Si possono rilevare, tra l'altro, le persone incontrate, la tempistica di permanenza in un determinato luogo, il mezzo utilizzato per raggiungerlo; incrociando la geolocalizzazione con i dati bancari è poi possibile conoscere dati di rilievo circa operazioni commerciali o finanziarie.

Secondo gli organi giurisdizionali che, prima della Corte Suprema, si erano pronunciati sul caso, esso rientrava nell'ambito di applicazione della *third party doctrine*: qualunque individuo che sottoscrive un contratto con un operatore di telecomunicazione rinuncia volontariamente e consapevolmente alla propria aspettativa di *privacy*[30]. Ciononostante, la maggioranza della Corte Suprema (costituita da soli cinque giudici, ossia il Chief Justice Roberts, redattore, e i giudici Breyer, Ginsburg, Kagan e Sotomayor) ha adottato una differente lettura. Ciò che Roberts ha chiarito in prima battuta è che la *third party doctrine*, è stata elaborata in un periodo storico – tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 – assai differente, si potrebbe dire incomparabile, rispetto a quello attuale. In quegli anni, lo sviluppo della tecnologia era decisamente inferiore. Di conseguenza, le informazioni cedute (e cedibili) erano assai diverse e avevano una portata meno invasiva rispetto a quelle attuali. Grazie alle potenzialità di *crossing* prima evidenziate, nonché alla rapidità dell'opera di analisi resa possibile da *devices* automatizzati o semi-automatici e alla capacità di raccogliere enormi quantità di informazioni in pochissimo tempo (c.d. *big data*), la sorveglianza sui dati in questione può facilmente diventare massiva e generalizzata, coinvolgendo di fatto un numero di soggetti assai più alto rispetto agli individui ricercati. Perciò, secondo la Corte, queste evoluzioni tecnologiche devono indurre i giudici a mettere da parte «a mechanical interpretation»[31] del IV Emendamento, basata sull'applicazione pedissequa e acritica di *doctrines* risalenti nel tempo, che lascerebbero i cittadini «at the mercy of advancing technology»[32]. Al contrario, bisogna fare perno su interpretazioni più flessibili che tengano conto delle situazioni contingenti derivanti dallo sviluppo della tecnologia. Quindi, se negli anni '70 era possibile ritenere che non fosse necessario un *warrant* perché il Governo chiedesse alle banche di cedere limitate e controllabili informazioni relative alle operazioni di una persona fisica o giuridica, la stessa tesi non è sostenibile con riferimento alle informazioni di localizzazione che, nel 2018, un telefono cellulare è in grado di registrare e che sono conservate

[30] United States District Court for the Eastern District of Michigan, *United States v. Carpenter*, No. 12-20218 (2013); United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, *United States v. Carpenter*, 819 F.3d 880 (2016).

[31] *Carpenter v. United States*, cit., II.

[32] *Ibid.*

dai *service providers*. L'accesso a questi dati da parte della autorità pubbliche integra, per la Corte, una vera e propria operazione di *search* ai sensi del IV Emendamento e richiede, per poter essere attuata, un *warrant* preventivamente emesso da un organo giurisdizionale.

Carpenter può essere considerata la dimostrazione che la classica posizione "tiepida" del sistema statunitense rispetto alla tutela della *privacy* non va più vista alla stregua di un dogma infallibile, giacché, grazie alla considerazione calibrata del funzionamento dei *tools* tecnologici, la Corte Suprema è stata in grado di distaccarsi da tale assunto.

La sentenza *Carpenter* è nondimeno assai controversa negli Stati Uniti. Ciò si nota, *in primis*, dal fatto che la maggioranza che è giunta ad adottarla, seppur compatta (non ci sono *concurring opinions* che arrivino allo stesso dispositivo con motivazioni diverse[33]), è risicata, con solo cinque giudici su nove. Alcuni dei quattro giudici dissenzienti (Alito, Gorsuch, Kennedy e Thomas) hanno, con varie argomentazioni, ritenuto applicabile la *third party doctrine* relegando lo sviluppo tecnologico ad un ruolo più marginale rispetto a quanto fatto dalla maggioranza[34]. Inoltre, sebbene la presa di posizione della maggioranza sia lodevole, a giudizio di chi scrive, preme notare che i giudici non hanno chiarito in maniera esplicita la futura applicazione della *Carpenter doctrine* (se in questi termini se ne può parlare)[35]. In altre parole, cosa ne è della sorveglianza, con gli stessi strumenti tecnologici, attuata non in relazione a reati c.d. ordinari, ma a crimini di stampo terroristico o altri gravi reati che abbiano portata transnazionale? In mancanza di indicazioni da parte della Corte Suprema, si potrebbe argomentare in due sensi opposti. Affermare che, essendo coinvolta *la stessa* tecnologia, il *reasoning* di *Carpenter* (applicazione piena delle garanzie del IV Emendamento) può essere replicato inalterato; oppure ritenere che, essendo le minacce alla sicurezza caratterizzate da un maggiore grado di gravità rispetto al crimine ordinario – i ricorrenti del caso *Carpenter* erano ricercati per mero

[33] Ma v. le peculiarità del *dissent* di Gorsuch, *infra*, nota 34.

[34] Secondo l'opinione dissenziente di *Justice* Kennedy, si tratta di dati che, pur se utilizzati a fini di prevenzione del crimine, vengono ceduti nell'ambito di operazioni commerciali e, quindi, non vi sarebbe ragione di ritenerli al di fuori dell'ambito di applicazione della *third party doctrine*. Per *Justice* Thomas, poi, bisogna ritenere che il diritto alla *privacy* possa essere negato a condizione che, *a priori*, l'autorità pubblica renda chiaro che esso non venga applicato al caso di specie. Ancora, secondo *Justice* Alito, si può parlare di *search* solo nel momento in cui vi sia un'interferenza della parte pubblica in una *proprietà* privata del cittadino; e, per Alito, i dati non rientrano nel concetto di proprietà. Da ultimo, *Justice* Gorsuch adotta un'opinione che, pur essendo formalmente dissenziente, somiglia maggiormente ad un'opinione concorrente, poiché concorda con la maggioranza, ma utilizza argomenti diversi. Gorsuch ritiene che i dati di geolocalizzazione debba essere considerati come proprietà di una persona e, perciò, non possono essere sottoposti ad una *search* in mancanza di un *warrant*.

[35] V., sul tema, M. TOKSON, *The Aftermath of Carpenter: An Empirical Study of Fourth Amendment Law, 2018-2021*, forthcoming in *Harvard Law Review*, disponibile in SSRN all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3932015.

furto – l'interesse della sicurezza deve fare premio sulla "interpretazione tecnologicamente orientata" (e, di conseguenza, sui diritti individuali).

La comparazione tra gli approdi della giurisprudenza statunitense e quelli della giurisprudenza – nazionale – di area europea mostra che la prima è stata in grado, più della seconda, di usare il fattore tecnologico per distanziarsi da approcci di tipo tradizionale assai consolidati, e di esplicitarlo in modo chiaro. C'è da augurarsi che lo stesso *trend* prosegua e che sia in grado di resistere ai cambi di equilibrio all'interno della Corte Suprema degli Stati Uniti.

3. Corti, interpretazione e tecnologia: uno sguardo "verticale"

Dopo aver analizzato il tema oggetto di indagine secondo le prospettive nazionali di due "mondi", rispettivamente quello europeo e quello statunitense, è utile spostarsi sul piano sovranazionale. Ciò consente di vedere se (ed eventualmente come) i *trend* precedentemente osservati siano stati influenzati da pronunce di corti sovra-statali. Come già rilevato in Introduzione, questo tipo di indagine, e quindi di comparazione, può essere svolta solo per quanto riguarda l'area europea, visto che non esistono sistemi sovranazionali di cui gli Stati Uniti fanno parte (*rectius*, essi aderiscono alla Organization of American States, ma non hanno mai ratificato la Convenzione interamericana dei diritti umani né accettato la giurisdizione della Corte interamericana dei diritti dell'uomo).

Focalizzandosi solo sull'area europea, conviene prendere in esame prima la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e poi quella della CGUE. Tale ordine di analisi dipende dal fatto che la Corte EDU può fare conto su un sostrato giurisprudenziale più ampio, dato essa opera a pieno titolo come "corte dei diritti" da tempo maggiore rispetto alla CGUE, influenzando, in alcuni casi, le posizioni della CGUE. Inoltre, si deve notare che il sistema del Consiglio d'Europa è rimasto l'unico, tra i due analizzati, ad inglobare ancora il Regno Unito, dato il suo recente recesso dall'esperienza dell'Unione europea[36].

Naturalmente, è opportuno tenere in considerazione il diverso impatto delle decisioni delle due corti, che dipende dalle loro diverse competenze, in ultima analisi rapportabili alla ben nota differente natura dell'Unione europea rispetto al Consiglio d'Europa. Se le decisioni della Corte EDU possono

[36] Si deve però rilevare che, nel corso delle negoziazioni in vista della *Brexit*, il Regno Unito aveva più volte paventato la possibilità di recedere dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, il Trade and Cooperation Agreement fra il Regno Unito e l'Unione europea, adottato il 24 dicembre 2020, impegna il Regno Unito a continuare a rispettare la CEDU (v. Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, art. 524). Sul punto, F. COWELL, *The Brexit deal locks the UK into continued Strasbourg Human Rights court membership*, in *LSE Blog*, disponibile all'indirizzo https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2021/01/17/the-brexit-deal-locks-the-uk-into-continued-strasbourg-human-rights-court-membership/, 17 gennaio 2021.

portare solo ad una condanna in termini pecuniari dello Stato, la CGUE possiede un più ampio ventaglio di competenze che le permette di relazionarsi a vario titolo con gli Stati membri. Nonostante ciò, entrambe le corti hanno inciso in modo significativo, stabilendo, in modo più o meno diretto, forme di dialogo con i giudici nazionali.

3.1 La Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte EDU ha iniziato ad occuparsi di sorveglianza attuata a scopi di prevenzione del crimine – anche terroristico – almeno dagli anni '70, con la sentenza *Klass and others v. Germany* del 1978[37]. In questa pronuncia, la Corte ha affermato che le minacce alla sicurezza nazionale legittimano le interferenze delle autorità nelle comunicazioni individuali. Si trattava però, nel caso di specie, di intercettazioni telefoniche totalmente individualizzate, ossia attuabili solo nei confronti delle persone nei cui confronti esistessero gravi sospetti di legami con organizzazioni terroristiche. Nel prosieguo degli anni, anche *post*-9/11, la Corte ha continuato ad adottare atteggiamenti piuttosto bilanciati e riflessivi, andando caso per caso a calibrare il grado di intrusività della misura e di generalizzazione della sorveglianza[38].

Una maggiore attenzione per lo sviluppo tecnologico (o perlomeno tecnico-scientifico) si ha con il caso *S. and Marper v. the United Kingdom*[39], del 2008, quando la Corte EDU si è trovata a valutare se la conservazione di dati biometrici (nello specifico, le impronte digitali) e genetici (le tracce di DNA) in *databases* volti a schedare sospetti criminali – non necessariamente terroristi – violi o meno l'art. 8 CEDU. Qui la Corte EDU ha adottato un approccio ermeneutico in un certo senso precursore di quello della Corte Suprema statunitense in *Carpenter*. Infatti, nella costruzione del proprio *reasoning*, i giudici di Strasburgo chiariscono esplicitamente come la modernizzazione della tecnologia debba portare il collegio giudicante a ripensare gli approdi giurisprudenziali fino a quel momento consolidati. Uno Stato – come nel caso in questione il Regno Unito – che gioca un ruolo pioneristico nello sviluppo di una nuova tecnologia e nell'applicazione della stessa a settori delicati come quello della lotta al crimine deve parimenti assumersi «a special responsibility»[40] nella ricerca di inedite forme di bilanciamento con quei diritti che il mezzo tecnologico può intaccare. Si nota, quindi, l'utilizzo di quello che può essere indicato

[37] Corte europea dei diritti dell'uomo (Plenaria), *Klass e altri c. Germania*, n. 5029/71, 6 settembre 1978.

[38] V., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo (Terza Sezione), *Weber e Saravia c. Germania*, n. 54934/00; Id., (Quarta Sezione), *Liberty e altri c. Regno Unito*, n. 58243/00, 1° luglio 2008.

[39] Id. (Grande Camera), *S. e Marper c. Regno Unito*, nn. 30562/04 e 30566/04, 4 dicembre 2008.

[40] Ibid., § 112.

come "argomento tecnologico" per richiamare il Legislatore ad una speciale attenzione nella predisposizione di nuove misure.

Nel 2016, in *Szabó and Vissy v. Hungary*[41], la Corte EDU pare mitigare questa posizione. Mentre in *S. and Marper* aveva sottolineato con forza come la tecnologia avanzata dovrebbe implicare un'attenzione particolarmente alta per i diritti, invitando il giudice ad uno scrutinio assai rigoroso, in questa decisione del 2016 essa ha ammesso come l'utilizzo, su ampia scala, di tecnologie definite «cutting-edge» per prevenire i reati di stampo terroristico sia ormai inevitabile. Tuttavia, non ha rinunciato totalmente alle sue precedenti posizioni, specificando che è sempre necessaria la verifica casistica su come il singolo sistema tecnologico interagisce con le garanzie dei diritti. E, nel caso di specie, il bilanciamento attuato dal Legislatore ungherese appariva inappropriato, facendo sì che le misure violino l'art. 8 CEDU, poiché l'uso di *databases* di conservazione dei metadati di comunicazione, peraltro, facenti ricorso all'automazione, non si limitava a soggetti sospettati di legami con il terrorismo, ma coinvolgeva la generalità dei cittadini ungheresi.

Di interesse per l'indagine che si sta conducendo è poi la decisione *Privacy International v. the United Kingdom*[42], del 2020, in materia di poteri di intercettazione dei servizi segreti britannici. In essa, sebbene la Corte EDU abbia concluso per un'inammissibilità per motivi procedurali, non ha mancato di rilevare, in un *obiter dictum*, che più la tecnologia utilizzata diventa sofisticata, più vi è il rischio che essa venga strumentalmente utilizzata dai governi per rendere poco trasparente il proprio operato, sottraendosi al principio di *accountability*.

Questa rapida rassegna mostra come la Corte EDU abbia più volte fatto ricorso all'argomento c.d. tecnologico per giustificare una forma di scrutinio rigorosa, a cui non ha totalmente rinunciato neanche nel momento in cui, con l'acuirsi della minaccia terroristica, si è dovuto prendere atto che i mezzi, anche massivi, di sorveglianza, rappresentano l'unica reazione non utopistica ad un pericolo pervasivo e imprevedibile.

3.2 La Corte di giustizia dell'Unione europea

Il raffronto della giurisprudenza della Corte EDU con quella della CGUE in materia di tecnologia e diritti sotto il profilo della sicurezza pubblica mostra che la Corte di Lussemburgo ha iniziato ad occuparsi del tema molto più tardi rispetto alla Corte di Strasburgo. Ciò risulta indubbiamente legato al peculiare

[41] Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), *Szabó e Vissy c. Ungheria*, n. 37138/14, 12 gennaio 2016.

[42] Corte europea dei diritti dell'uomo (Prima Sezione), *Privacy International c. Regno Unito*, n. 46259/16, 7 luglio 2020.

percorso dell'Unione europea con riferimento alla tutela dei diritti, che la ha portata a superare l'iniziale vocazione meramente mercantilistica in tempi relativamente recenti[43]. Se già nel 1978 la Corte EDU, con la sentenza *Klass*, si occupava di misure di sorveglianza – sia pure ad uno stadio albare della tecnologia utilizzata –, la CGUE inizierà a prendere in considerazione il tema negli anni 2000, in particolare nel 2006 con la sentenza *European Parliament v. Council*[44]. Con questa pronuncia, la CGUE ha dovuto esaminare il primo accordo con cui l'Unione europea e gli Stati Uniti disciplinavano lo scambio di dati PNR (Passenger Name Record) dei passeggeri dei voli aerei al fine di sottoporli ad analisi per prevenire eventuali minacce alla sicurezza. Non si tratta, invero, di una sentenza in cui si è particolarmente riflettuto sulla strumentazione tecnologica utilizzata dai sistemi di raccolta e analisi; tuttavia, essa è significativa perché la Corte ha affermato che il *PNR exchange* comporta un non trascurabile impatto sui diritti della persona e, perciò, qualsiasi normativa sul tema deve avere un'appropriata base giuridica che non riguardi solo l'aspetto del mercato interno, ma pure quello della cooperazione in materia di polizia.

La prima decisione in cui la CGUE prende in esame precipuo il funzionamento della tecnologia in ottica di sorveglianza è la notissima *Digital Rights*, del 2014[45]. Nell'enucleare i profili di invalidità della direttiva c.d. *data retention*[46], la Corte di Lussemburgo nota come molti di essi derivino dal fatto che i *tools* tecnologici usati dai *providers* per raccogliere e conservare i metadati ne permettano l'incrocio, cosa che conduce, in ultima analisi, alla possibilità di profilare gli individui. Pur senza esplicitarlo con riferimenti diretti, la CGUE fa notare come gli aspetti più preoccupanti dell'operatività della direttiva conseguano esattamente al *modus operandi* della tecnologia, che, fino a pochi anni

[43] Sul cammino della Comunità (poi Unione) europea verso la caratterizzazione come organismo non solo mercantilistico, ma anche di tutela dei diritti umani, v. V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, 404 ss., spec. 411 ss.

[44] Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione*, C-317/04 e C-318/04, 30 maggio 2006. V. M. MENDEZ, *Passenger Name Record Agreement. European Court of Justice. Annulment of Commission Adequacy Decision and Council Decision Concerning Conclusion of Passenger Name Record Agreement with US Grand Chamber Judgment of 30 May 2006, Joined cases C-317/04 and C-318/04, European Parliament v. Council and Commission*, in 3 *European Constitutional Law Review*, 2007, 127 ss.

[45] Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Camera), *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e altri*, C- 293/12 e C-594/12, 8 aprile 2014. A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy*, in 20 *Tilburg Law Review*, 2015, 14 ss.

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

prima, non sarebbe stata così performante da assicurare incroci quasi istantanei di un'enorme quantità di dati.

A mero titolo di esempio, gli orientamenti in *Digital Rights* vengono ripresi più volte nella giurisprudenza successiva (ad es. *Schrems I* nel 2015[47], *Tele2 Sverige* nel 2016[48], il Parere 1/15 sulla bozza di accordo tra il Canada e l'Unione europea per lo scambio dei dati PNR del 2017[49]). Tutte queste decisioni tengono sempre in debita considerazione il modo in cui la tecnologia lavora per valutare la proporzionalità delle diverse misure di sorveglianza. Una più esplicita attenzione per il fattore tecnologico si riscontra nel Parere 1/15, in cui la Corte si dilunga a riflettere sui rischi dell'automazione, che l'avanzamento della tecnologia permetteva oramai di utilizzare per conservare e analizzare i dati PNR[50].

Nelle due più recenti decisioni che si occupano di questi temi, ossia *La Quadrature du Net and others*[51] e *Privacy International* (entrambe dell'ottobre 2020)[52], la Corte affronta vari temi legati alla tecnologica: di nuovo l'automazione, il problema dell'anonimizzazione e il fatto che, proprio per garantire così alti *standards* tecnologici per portare avanti le proprie *policies* volte alla protezione della sicurezza, le autorità pubbliche statali debbano necessariamente appoggiarsi a soggetti privati, con tutti i problemi che ne derivano. In queste due decisioni di nuovo l'argomento "tecnologico" è silente, ma esistente. La CGUE non lo ha richiamato esplicitamente – come hanno fatto invece la Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte EDU in alcune decisioni – ma si nota uno scrutinio più intenso nei passaggi in cui il ruolo del fattore tecnologico è maggiormente evidente.

Questo *corpus* giurisprudenziale della CGUE ha senza dubbio un'importanza cruciale nel costruire un sistema europeo di tutela dei diritti pur nel momento in cui i pericoli per la sicurezza spingono i Legislatori ad adottare

[47] Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Camera), *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14, 6 ottobre 2015. V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Shield"*, Roma Tre Press, Roma, 7 ss.

[48] Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Camera), *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximillian Schrems*, C-311/18, 16 luglio 2020. C. GENTILE, *La saga "Schrems" e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 1, 35 ss.

[49] Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Camera), Parere 1/15, 26 luglio 2017. A. VEDASCHI, *Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU–Canada PNR agreement*, in 8 *International Data Privacy Law*, 2018, 124 ss.

[50] E. MENDOS KUŞKONMAZ, *Privacy and Border Controls in the Fight against Terrorism. A Fundamental Rights Analysis of Passenger Data Sharing*, Brill, Leiden-Boston, 2021.

[51] Cit., *supra*, nota 13.

[52] Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Camera), *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e altri*, cit.

normative assai intrusive con riguardo alla *privacy* e alla protezione dei dati personali. Le corti interne hanno reagito a questa giurisprudenza in maniera varia, anche con riferimento alla considerazione dell'elemento tecnologico. È emblematica, a tal proposito, la differente reazione della Corte costituzionale belga e del Consiglio di Stato francese alla sentenza *La Quadrature du Net*: la prima ha implementato la decisione sovranazionale con un'incostituzionalità secca della normativa interna, mentre il secondo ha "ritagliato" quanto espresso dalla Corte di Lussemburgo rispetto all'ordinamento francese[53]. Forse – ma si tratta solo di una supposizione – nel caso in cui la CGUE avesse dettagliato in maniera più esplicita l'argomento "tecnologico", chiarendo quali *caveat* aggiuntivi esso debba comportare, si sarebbe avuto un recepimento più uniforme della sua decisione negli ordinamenti interni dei giudici del rinvio[54].

4. Alcune riflessioni conclusive

Lo scenario che questo lavoro ha delineato mostra almeno due contesti in cui si è fatto un ricorso esplicito e chiaro all'argomento c.d. tecnologico. Si tratta della sentenza *Carpenter* della Corte Suprema degli Stati Uniti e di alcune delle citate sentenze in materia di sorveglianza e sicurezza pubblica della Corte EDU. In questi casi, le corti in questione non solo hanno riservato agli strumenti che si potrebbero definire "a tecnologia avanzata" uno scrutinio particolarmente penetrante, ma hanno anche esplicitato l'uso di questa argomentazione, chiarendo che l'impiego di tecnologie avanzate chiama il giudice al dovere di ripensare approdi giurisprudenziali particolarmente consolidati[55].

La CGUE così come molte corti nazionali – in un'ottica di influenza reciproca, e il dialogo non è mancato neppure con le posizioni della Corte EDU – hanno anch'esse spesso mostrato lo stesso atteggiamento nel merito (garanzie rinforzate in caso di ricorso a nuove tecnologie particolarmente intrusive), ma senza affermarlo esplicitamente nella motivazione della sentenza.

Tale diversità di approccio potrebbe apparire poco rilevante: si potrebbe affermare che ciò che davvero conta è il grado di tutela offerto da una corte, più che l'esplicitazione dei propri argomenti. Tale visione, però, è parziale, perché non considera la centralità che, negli ordinamenti improntati alla *rule of law*, la motivazione di una sentenza ha. Infatti, l'esplicazione chiara del *reasoning* serve non solo a rendere la sentenza controllabile da parte tanto di altri

[53] V. *supra*, § 2.1.

[54] Si veda la "reazione" della corte interna britannica, *supra*, nota 14.

[55] Un primo accenno, invero, di ricorso alla c.d. interpretazione tecnologicamente orientata non manca neanche nel panorama giurisprudenziale italiano, con la sentenza n.135/2002 della Corte costituzionale. Con questa decisione, la Consulta richiama i «progressi tecnici successivi», che devono orientare l'interprete della Costituzione, nonostante il Costituente, nella redazione del testo costituzionale, non abbia potuto naturalmente tenerli in considerazione.

eventuali giudici – si pensi ai gradi di appello – quanto della società civile, ma anche a formare una coscienza collettiva su un dato tema.

Se le corti – come la Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte EDU hanno fatto – esplicitassero sempre in maniera cristallina il fatto che l'evoluzione tecnologica deve portare qualsiasi giudice ad un atteggiamento particolarmente elastico nei confronti dei propri precedenti (e nei sistemi di *common law* e in quelli di *civil law*[56]), ciò aiuterebbe sicuramente la società tutta a considerare in maniera più consapevole l'uso della tecnologia, portando i Legislatori ad essere più oculati nella predisposizione della regolamentazione sul tema.

[56] V. A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Cedam, Padova, 2017.

REGOLAZIONE DELLA TECNOLOGIA E DIMENSIONE DEL TEMPO*

FRANCESCO LAVIOLA**

Sommario

1. Premessa: regolazione, tempo, tecnologia e rivoluzione – 2. L'età degli algoritmi e il suo diritto: profili problematici – 3. Una prospettiva cronologica del problema della regolazione della tecnologia – 4. La tartaruga del diritto contro la lepre del tempo – 5. Un diritto a prova di futuro – 6. Testare, sperimentare, valutare… – 7. Conclusioni.

Abstract

Law and technology are two human phenomena. In fact, they both derive from man's creativity and ability to find solutions to problems. The legal and technological phenomena are not, however, unconnected, but quite the opposite. The stages of technological and regulatory development are indeed interdependent, in the sense that the choices regarding the timing of regulation should take into account the degree of diffusion of technology. However, it is not only the law that is called upon to adapt to social and technical progress, but vice versa*, technologies must also conform to legislative changes. In fact, law can make use of technology by incorporating principles and rules into technology itself, thus becoming a real 'law through technology'. The effectiveness of this new way of regulating power lies precisely in the technical rules and in the internalisation of principles by design and by default. This implies, however, an effort on the part of the jurist in the sense of an increasingly marked ability to have an interdisciplinary approach.*

Suggerimento di citazione

F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: francesco.laviola@uniroma3.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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: regolazione, tempo, tecnologia e rivoluzione

Regolare la tecnologia in un'epoca in cui il tempo appare scorrere sempre più rapidamente può comportare l'innesto di problemi nuovi su questioni giuridiche già a lungo dibattute[1]. Infatti, la necessità di normare la tecnologia va a sommare elementi di criticità al progressivo sgretolamento del liberalismo politico e giuridico. Del resto, l'emergere di una società disomogenea, pluralista, pluricategoriale e ultranazionale aveva messo in crisi la legge dello Stato liberale borghese quale «atto normativo primario per eccellenza o per antonomasia, generalmente accettato, produttore – come si dice – di regole generali e astratte, limiti esterni dell'attività fondamentalmente libera dei consociati: tutto ciò che non è obbligatorio per legge o vietato dalla legge è permesso»[2], portando alla trasformazione della funzione legislativa, non solo attraverso la modificazione delle fonti tradizionali, ma anche tramite l'emersione di nuove tipologie di fonti; traducendosi, così, nel trasferimento del potere di produzione normativa dal Parlamento nazionale ad altre sedi[3], andando ad influire sia sulla forma di Governo che sulla forma di Stato[4]. A ciò si aggiunge, oggi, la sempre più

[1] Cfr. N. IRTI, E. SEVERINO, *Un dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; vedi anche L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001. Sul punto, G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2012, 831-832 specifica la differenza tra tecnologia e tecnica, qualificando l'una in termini di studio applicativo delle scienze e delle tecniche, l'altra come attività volta alla progettazione, alla produzione e all'utilizzo di strumenti meccanici finalizzati a migliorare le modalità di conduzione della vita dell'uomo. Per altro verso, quest'ultima, come evidenziato da U. GALIMBERTI, *Psiche e techne*, Milano, 1999, 33-34, "funziona" più che rivolgersi verso la realizzazione di un fine. Sempre l'A. chiarisce che «con il termine ''tecnica'' intendiamo sia l'universo dei mezzi (le tecnologie) che nel loro insieme compongono l'apparato tecnico, sia la razionalità che presiede al loro impiego in termini di funzionalità ed efficienza». Vedi anche A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2021, 727 ss. per un punto di vista più marcatamente giuspubblicistico.

[2] F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, 2000, 2. Cfr. anche E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017; M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.,* 2003, 140 ss.

[3] Così sempre F. MODUGNO, *A mo' di introduzione*, cit., *passim* il quale chiarisce, peraltro, che così la "crisi" si tramuta in imposizione eteronoma «che non risulta del tutto spiegabile con i tradizionali criteri di composizioni delle fonti in sistema, in quanto spesso funzionale a dare forma a decisioni che, in questo contesto, non possono non essere che espressione della volontà degli esecutivi degli Stati e di potenti tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca mondiale) capaci di incidere sulla politica a livello mondiale.

[4]Sull'impatto della società di massa e del suffragio universale sulla forma originaria del sistema politico liberale cfr. C. SCHMITT, *The crisis of parliamentary democracy*, Cambridge, 1988, 26 ss.; vedi anche S. CASSESE, *Lo stato come problema storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/ 2013, 186 ss.; G. SILVESTRI, *Lo stato di diritto nel XXI secolo*, in *Rivista AIC*, 2011; M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, in *Ars interpretandi*, 1, 2011; R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011; C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo: corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2009, 76 ss.; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969. Sulla

evidente rottura tra capitalismo e liberalismo, dovuta ad un'evoluzione del sistema economico verso una valorizzazione sempre più massiccia dell'impiego di macchine e nuove tecnologie[5], che permette peraltro la nascita, lo sviluppo e la crescita di soggetti privati con poteri sempre più accentuati anche sotto il profilo regolatorio[6].

Come accennato, la crisi della legge è, dunque, un fenomeno in corso dalla prima metà del Novecento[7] e, tuttavia, progressivamente più evidente per via di una serie di fenomeni, tra i quali la riduzione della distanza tra Stato e società, nonché di elementi che negli ultimi decenni sono esplosi in maniera incontrollabile; uno su tutti il progresso delle nuove tecnologie, il quale ha introdotto cambiamenti sempre più significativi nel contesto sociale[8]. E, benché in questo

correlazione tra crisi delle fonti e crisi delle istituzioni si veda anche F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009.

[5] Crisi rilevata da autori come Y. N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, trad. it. M. Piani, Firenze, 2019, 373, sulla base del fatto che «i liberali sono a favore del libero mercato e di elezioni democratiche poiché credono che ogni umano sia un individuo prezioso in un modo unico e irripetibile, e che le sue libere scelte rappresentino l'origine ultima dell'autorità. Nel XXI secolo tre sviluppi concreti potrebbero rendere obsoleta questa fede: 1. gli umani diventeranno sempre meno utili sia sotto il profilo economico che sotto quello militare, di conseguenza il sistema economico e politico cesserà di accordare loro così tanta importanza; 2. il sistema continuerà a considerare preziosi gli umani come collettività, ma non come singoli individui; 3. Il sistema continuerà a considerare preziosi alcuni singoli individui, ma questi costituiranno una nuova élite di superuomini potenziati, non la massa della popolazione. […] è difficile immaginare come la democrazia, il libero mercato e altre istituzioni liberali potranno sopravvivere a un colpo simile». Vedi anche V. MAYER-SCHÖNBERGER, T. RAMGE, *Reinventare il capitalismo nell'era dei Big Data*, trad. it. G. Maugeri, Milano, 2018. Sul punto cfr. anche S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri,* trad. it. P. Bassotti, Roma, 2019, secondo cui «Il capitalismo della sorveglianza si appropria dell'esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti. Alcuni di questi dati vengono usati per migliorare prodotti o servizi, ma per il resto diviene un *surplus comportamentale privato* sottoposto a un processo di lavorazione noto come "intelligenza artificiale" per essere trasformato in *prodotti predittivi* in grado di vaticinare cosa faremo immediatamente, tra poco e tra molto tempo. Infine, questi prodotti predittivi vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato per le previsioni comportamentali, che io chiamo *mercato dei comportamenti futuri*».

[6] K. KLONICK, *The new governors: the peoples, rules and processes governing online speech*, in *Harvard Law Review*, 2018; G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso,* Torino, 2005. Di particolare interesse, peraltro, è l'utilizzo del diritto della concorrenza volto alla limitazione del potere privato, cfr. *ex multis* L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 712 ss.; D. SRINIVASAN, *The Antitrust case against Facebook: a Monopolist's journey towards pervasive surveillance in spite of consumers' preference for privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2018, 40 ss.

7 Cfr. *ex multis* F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubbl*, 1930; 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*, III, 1901; W. CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1936.

[8] Così, F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e Società*, 1989, 411, i quali proseguono: «l'Autorità dello Stato-persona di fronte alle richieste, che provengono dalla società, viene esaurendosi e, conseguentemente, comincia a perdere di significato il concetto stesso di sovranità, inteso come potere supremo all'interno di una comunità omogenea, formata cioè di cittadini tutti astrattamente uguali tra loro. […] Infine, la complessità dei problemi del giorno d'oggi richiede

contesto le problematiche che scaturiscono dall'alterazione del piano spaziale della normazione, dovuta alla globalizzazione[9] e alla necessità di regolare i fenomeni transnazionali correlati alle tecnologie – non ultimi quelli collegati a Internet –, risultino le più evidenti[10], non può certo essere ignorato l'impatto sul piano temporale della regolazione. Sebbene, dunque, sia stato il fattore spaziale ad attirare la maggior parte delle riflessioni, non v'è dubbio che la dimensione del tempo non può essere da meno, atteso che i rapidissimi cambiamenti in atto richiedono delle risposte decisionali ben più repentine di quelle offerte dalle tradizionali procedure di approvazione delle norme, le quali

«non tengono infatti il passo con la velocità dello scambio dei servizi, delle merci e delle informazioni»[11].

Peraltro, anche la percezione del tempo entrò, in un certo senso, in crisi all'inizio del Novecento, tanto dal punto di vista "soggettivo", grazie alla rilettura operata da autori come Proust o Bergson[12], quanto da quello "oggettivo", per via dell'elaborazione di teorie fondamentali della scienza contemporanea quali la relatività generale di Albert Einstein e il principio di indeterminatezza

interventi di tipo planetario: la tutela dell'ambiente, gli squilibri economici tra le diverse aree del globo, i confronti sempre più aspri tra gruppi di interesse che trascendono l'ambito nazionale, hanno dimostrato l'incapacità dello Stato, chiuso nella propria ristretta dimensione nazionale, ad affrontarli adeguatamente. Il complesso di tali fenomeni e le dimensioni da essi assunte fanno pensare alla crisi della forma-Stato, quale sinora siamo stati abituati a pensare, crisi che si riflette sull'idea stessa di legge, di cui vengono perdendosi tutti i caratteri tradizionali: preventività, generalità ed astrattezza, centralità dei codici sovranità e primazia. La legge […] perde in definitiva la caratteristica di comando.».

[9] Sull'argomento si veda, in particolare, la vasta dottrina di inizio millennio, tra i quali *ex multis* Z. BAUMAN*, Dentro la globalizzazione,* Roma-Bari, 2002; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000; F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000.

[10] A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017.

[11] S. SILEONI, *Autori delle proprie regole: i codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011, 24, secondo la quale, «i risvolti di carattere temporale della interdipendenza (ovvero della contestuale esportazione di effetti da una parte all'altra dell'emisfero) e della virtualità (ovvero di una realtà distinta da quella tangibile, priva di spazio e di tempo), dal momento che impongono cambiamenti rapidi e una condizione di costante presente, vanificano i tempi lunghi dei processi decisionali, e costringono all'individuazione di più rapide modalità di decisione».

[12] Sul problema del tempo nel diritto costituzionale, specialmente per una ricostruzione anche dal punto di vista filosofico, si veda A. LONGO, *Tempo, Interpretazione e Costituzione*, Napoli, 2016, *passim*, il quale distingue tra una concezione meccanicistica, stando alla quale il tempo è "vuoto" e rappresenta un mero contenitore degli accadimenti, quasi uno spazio in cui unire dei punti, e una concezione di un tempo "soggettivo", legato appunto alla coscienza, e che non può non coincidere con il concetto stesso di mutamento. In particolare, molto suggestivo su questo punto H. L. BERGSON, *Essai sur le donneés immédiates de la coscience*, 1927, trad. it. *Saggio sui dati immediati della conoscenza,* Milano, 2002.

di Werner Heisenberg, che hanno comportato un ripensamento dal punto di vista fisico[13], mediante il superamento della stabilità del sistema newtoniano.

Alla luce, dunque, di queste considerazioni, non si può ragionare sul tempo senza contestualmente riflettere sul mutamento. Oggi, a maggior ragione, sembra impossibile prescindere dalla coscienza del cambiamento in corso allorché si affronti un discorso sui rapporti tra tecnologia e diritto. È del tutto evidente, infatti, che il mutamento in atto viaggia ad una velocità estremamente più elevata rispetto a quanto accadesse nei decenni – per non dire "nei secoli" – precedenti[14].

[13] Sul punto si sofferma E. LONGO, *La legge precaria,* cit., 16 il quale evidenzia anche le conseguenze dal punto di vista giuridico e sociale; in particolare, viene riportato in nota un interessante parallelo tra il fatto che il tempo e lo spazio finiscano per dipendere dallo stato di moto del corpo e dal sistema di riferimento e il costituzionalismo. Cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari-Roma, 2000, 133 e 134, che afferma: «se è vero che il mondo non è più una realtà oggettiva posta dinanzi all'uomo, "semplicemente" da scoprire e svelare, tuttavia esso è una costruzione concettuale che dipende dai mezzi di osservazione di cui l'uomo si serve e dai sistemi di riferimento che adotta». Per quanto riguarda le opere di Einstein e Heisenberg si rimanda a A. EINSTEIN, *Relatività esposizione divulgativa*, Torino, 1963; W. HEISENBERG, *The physical principles of the quantum theory*, Toronto, 1949, 20 ss. Peraltro, relativamente ai rapporti tra "legge della pratica" e "legge naturale" cfr. F. MODUGNO, *Legge (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973. Secondo il quale, «la differenza tra la legge naturale e la legge (della) pratica o, come si può convenire di chiamarla, norma o regola *tout court*, sta soprattutto nella distinzione, di carattere eminentemente empirico, che può istituirsi, tra mondo della realtà (*Sein*) e mondo della doverosità (*Sollen*), tra ordine reale e ordine deontologico, tra ciò che è e ciò che dev'essere. La distinzione, si sa, apre la porta alla separazione delle scienze della natura (*Naturwissenschaften*) da quelle dello spirito (*Geisteswissenschaften*) o scienze morali, tra le quali si annovera la scienza giuridica. Le prime sarebbero propriamente rivolte a scoprire, sperimentalmente, l'esistenza e a stabilire, quindi, la certezza (e la verità) delle leggi naturali, le seconde, invece, a riconoscere la vigenza (e la validità) delle norme di condotta. Ma non sarebbe difficile mostrare come tali attributi siano, in definitiva, vicendevolmente riducibili, ossia come la vigenza delle norme equivalga all'esistenza delle leggi (naturali) e la certezza (e la verità) di queste ultime non sia diversa dalla validità di quelle. Se, poi, si risalga dalla scienza giuridica, intesa come disciplina meramente conoscitiva, all'attività politica, rivolta a stabilire la convenienza, l'opportunità e la giustizia delle norme, è bensì possibile empiricamente distinguere tali norme - che si tratta appunto di porre - dalle leggi (naturali) - che si tratta invece di riconoscere -; ma la distinzione presuppone, da un lato, l'accettazione di una illimitata e arbitraria libertà legislatrice dell'uomo, per quanto riguarda la sua condotta, e, dall'altro e all'inverso, la credenza, non meno discutibile, di una precostituzione della natura come un qualcosa di già formato e conchiuso in sé (*fysis*) che si tratta semplicemente di svelare».

[14] Basti pensare che la quantità di dati prodotta negli ultimi anni grazie alle nuove tecnologie è maggiore di quella prodotta dall'umanità nella sua intera storia. Ciò ha condotto a parafrasare una nota massima hegeliana, al fine di descrivere questa nuova dimensione informazionale, definita "infosfera" in cui gli uomini concepiscono e si relazionano con la realtà, arrivando ad affermare che «tutto ciò che è reale è informazionale e tutto ciò che è informazionale è reale» Così L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano 2017., 44-45, il quale nelle pagine precedenti svolge anche una riflessione assai suggestiva sulle epoche della storia umana, ritenendo che «preistoria e storia sono termini che operano come avverbi: esprimono *come* le persone vivono, non *quando* o *dove* vivono. In questa prospettiva, le società umane dispiegano tuttora i loro modi di vita attraverso queste tre epoche. In base a rapporti relativi a un certo numero di tribù isolate nella regione amazzonica, all'inizio del secondo millennio vi sono società che vivono ancora in un una sorta di età preistorica, senza registrare documenti. Se, o piuttosto, quando quelle tribù un giorno spariranno,

È, del resto, superfluo premettere che, negli ultimi tempi, la tecnologia ha fatto segnare un progresso[15] esponenzialmente più veloce rispetto a quello dei secoli precedenti, tanto che in dottrina tale fenomeno viene definito come una vera e propria accelerazione[16].

L'innovazione appare, così, un processo incessante che continua a trasformare l'economia e la società ad un ritmo incalzante, le cui cause scatenanti sono forse da rinvenire nel dispiegarsi degli effetti della c.d. Quarta Rivoluzione industriale[17], che è soprattutto una Rivoluzione scientifica[18]. Ciò comporta il fatto che l'uomo, oltre ad essersi accorto di non essere più al centro dell'universo – prima rivoluzione scientifica, "copernicana" –, né al centro della natura in quanto evolutosi dalla scimmia – seconda rivoluzione scientifica, "darwiniana" – e nemmeno al centro della propria mente – terza rivoluzione scientifica, "freudiana" –, ha preso coscienza di non essere neanche più al centro della comunicazione – quarta rivoluzione, provocata da Alan Turing –, in quanto le macchine interagiscono tra loro più di quanto lo facciano gli esseri umani.

sarà compiuto il primo capitolo della nostra storia evolutiva. La maggior parte delle persone vive tuttora nell'età della storia, in società che fanno affidamento sulle ICT per registrare, trasmettere ed utilizzare dati. In tali società storiche, le ICT non hanno ancora preso il sopravvento sulle altre tecnologie, in particolare su quelle fondate sull'uso di energia, in quanto risorse di importanza vitale. Infine, vi sono talune persone nel mondo che vivono già nell'età dell'iperstoria, in società e ambienti nei quali le ICT e le loro capacità di processare dati non sono soltanto importanti ma condizioni essenziali per promuovere il benessere sociale, la crescita individuale e lo sviluppo generale».

[15] Il presente contributo si focalizza in maniera particolare sul problema della tecnologia. Ciò non toglie che il progresso tecnologico non è certo sciolto da quello scientifico, che ha molteplici implicazioni sul diritto costituzionali. In proposito, si rinvia a G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, 2019; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015.

[16] Sulla "drammatica accelerazione" intesa in senso giuridico cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, trad. it di L. Cimmino, in *Diritto e cultura*, 1995, 7 ss. Cfr. L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009. Peraltro, secondo quanto riportato nella Strategia europea per i dati, il volume globale dei dati trattati aumenterà, entro il 2025, del 530% (da 33 zettabyte nel 2018 a 175 zettabyte, una quantità equivalente a circa 36.000 anni di video in HD), per un valore economico dei dati trattati corrispondente a 829 miliardi di euro, in un business che arriverà ad impiegare circa 11 milioni di professionisti dei dati. Cfr. *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*, 19 febbraio 2020, reperibile in *https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_it*.

[17] K. SCHWAB, P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, München, 2016.

[18] L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo,* cit.

2. L'età degli algoritmi e il suo diritto: profili problematici

È stato obiettato che non esiste un diritto della tecnologia, più di quanto non sia, all'epoca, esistito un "diritto del cavallo"[19]. Basterebbe, infatti, conoscere i principi generali del diritto, secondo alcuni, per poter stabilire quali siano le norme giuridiche che ordinano determinati settori, seppur particolari, a prescindere dall'individuazione di regole specializzate. V'è, però, una valida controargomentazione, basata sul fatto che la dimensione informatica è qualcosa di immensamente più complesso da regolare – oltre che da descrivere e spiegare – rispetto all'anatomia o alla fisiologia di un cavallo e dei problemi giuridici da essi derivanti; peraltro, la legge – nella varietà di significati del termine in generale[20] – manifesta dei limiti nell'andare a regolare particolari materie, come ad esempio il "cyberspazio", e allora si rende necessario ricorrere ad altre forme di regolazione[21]. Per vari motivi, infatti, «la legge da sola non basta»[22] ed

[19] Cfr. L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 2/1999, 501, il quale fa riferimento a F. H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *U. Chi. Legal. F.*, 1996, 207.

[20] In virtù di quella omogeneità dei due significati che «risulta, inequivocabilmente, dal facile, ripetutamente usato e talora perfino abusato, scambio dei termini «legge» e «diritto» o, che è lo stesso, «legge» e «norma»; per un approfondimento si rimanda a F. MODUGNO, *Legge (dir. cost)*, cit., il quale testualmente: «La «legge», allora, oltre che la norma o regola di condotta, trapassa ad indicare un siffatto «momento creativo della regola»; designa il producente rispetto al prodotto e, in altri termini, il farsi stesso, il *fieri* della norma. Un tale sdoppiamento del punto di vista, dal quale può riguardarsi la legge, come produttore e come prodotto, come fatto o atto e come norma, dà ragione poi della duplicità di significati del termine che può rinvenirsi in qualsiasi scienza pratica: la «legge» intesa, indifferentemente, come «norma» o «regola» di condotta e come «fonte» della norma. In tal senso la legge non è soltanto una tra le fonti delle norme o regole di condotta, ma la fonte per antonomasia. Basti pensare alla «legge morale» che designa, al tempo stesso, la fonte dell'imperativo morale, ovvero questo stesso imperativo in quanto immanente alla coscienza. Anche nella storia del diritto è possibile rinvenire il peculiare significato della «legge», intesa non già come sinonimo di norma o regola, ma come la fonte per eccellenza della norma giuridica, nella sua posizione di supremazia rispetto alle altre eventuali fonti. Prescindendo qui dall'esame della posizione e del significato delle *leges* nell'antica Roma - dove, in ogni caso, è significativo notare la diffusione dell'uso del termine per designare così le manifestazioni legislative unilaterali (*leges datae*), come quelle resultanti dal consenso popolare alla proposta del magistrato (*leges rogatae*) e ciò perfino in regime pluralistico (in cui si distinsero *leges consulares*, *leges praetoriae* e *leges tribuniciae*) - giova ricordare che la concezione della legge ha sempre rispecchiato significativamente la stessa configurazione globale del diritto e della società politica -. Infatti, se nel Medioevo la legge positiva fu considerata meramente dichiarativa della legge divina o della legge naturale, nell'epoca moderna fu collegata, volta a volta, alla sola autorità (e volontà) del Sovrano, nell'assolutismo; a questa medesima e al concorso della nobiltà, per quanto riguardava la proprietà privata e la libertà individuale, nell'Inghilterra antiassolutistica; infine, esclusivamente alla rappresentanza popolare, ossia al parlamento, nella ideologia della sovranità popolare propria della Rivoluzione francese. In questi due ultimi modelli, variamente combinati e modulati nei vari regimi dell'Ottocento, la legge è assorta a quella posizione di supremazia che le deriva dall'essere espressione, totale o parziale, dei parlamentari, organi rappresentativi di uno o più ceti o dell'intiero popolo, a garanzia della libertà dei cittadini e dell'aderenza alle effettive esigenze della società».

[21] Così sempre L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, cit.

[22] E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 291.

ecco allora – come si vedrà diffusamente nel corso di questo saggio – che vi è una regolazione di altro tipo che entra in gioco[23].

Come è stato giustamente osservato, del resto, oltre a porsi «al crocevia fra numerose discipline perché presenta profili di riflessione di diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto privato, diritto internazionale, pubblico e privato, diritto globale, e non solo»[24], la regolazione delle fattispecie a contenuto tecnico-scientifico ha molteplici ricadute. Ciò conduce a dover ricorrere alla proposta classificatoria proveniente dagli studiosi che sostengono l'idea del diritto globale[25]. Sposando questo orientamento, le norme tecniche vengono, quindi, incluse nella categoria generale della regolazione transnazionale, facente capo all'*international regulatory cooperation*, al quale vengono ricondotte anche altre due tipologie regolatorie: l'una, costituita dal prodotto delle diverse forme di cooperazione regolatoria fra organizzazioni internazionali pubbliche e tra queste e i soggetti privati; l'altra afferente alla regolazione transnazionale privata, che provvede a predisporre *standard* e darvi attuazione direttamente o mediante il concorso delle amministrazioni statali, «promuovendo armonizzazione per superare le barriere derivanti dalle regolazioni pubbliche nazionali e operando sia attraverso modelli territoriali multilivello, sia facendo ricorso "a modelli funzionali che non riflettono le distinzioni istituzionali classiche"»[26].

[23] In particolare, per un'analisi sugli effetti dell'Intelligenza Artificiale si veda G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, 401 ss.

[24] A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 21-22.

[25] Sul punto, cfr. sempre A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto,* cit., 22, il quale richiama sul punto anche F. CAFAGGI, Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato, in F. Cafaggi (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Bologna, 2017; S. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino 2009; M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009. Contra C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, 2016.

[26] Così ancora A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto,* 23, il quale rinvia a F. CAFAGGI, *A Comparative Analysis of Transnational Private Regulation: Legitimacy, Quality, Effectiveness and Enforcement*, in *European University Institute Working Paper Law*, 15/2014. Prosegue l'A., osservando che «questo tipo di regolazione opera attraverso standard locali e transnazionali e con strumenti privatistici come il contratto o il diritto delle associazioni, ma finisce per incidere su ambiti della regolazione nazionale di matrice pubblicistica come, per esempio, quelli relativi alla sicurezza alimentare, al trattamento dei dati personali, alla regolazione finanziaria, alla normativa anticorruzione. Queste ricerche dischiudono una prospettiva d'indagine diversa perché accomunano lo studio di una rete di regolatori internazionali pubblici e privati senza far leva sul carattere puramente tecnico-scientifico delle norme prodotte, quanto prevalentemente sull'efficacia globale delle norme volontarie. La considerazione attenta di queste interessanti indagini rivela che oggi esistono circa duemila diversi regimi regolatori che operano in un numero ormai sterminato di settori materiali e che fanno emergere un problema nuovo rappresentato dagli inevitabili conflitti fra regolatori portatori di istanze diverse, come si mette immediatamente a fuoco se solo si pensa al corto circuito potenziale fra regolazione prodotta da associazioni di

Peraltro, anche all'interno del contesto statuale, il quadro della "regolazione" appare più che mai frammentato e, a tratti, confuso. Vi è, infatti, sempre più una commistione inestricabile tra ciò che è norma in senso proprio e ciò che, invece, non rientrerebbe nel concetto. Un esempio su tutti è quello delle Linee guida, che, quanto meno in linea teorica, dovrebbero rappresentare l'idealtipo del *soft law*. Eppure, appare consolidato l'orientamento della sezione atti normativi del Consiglio di Stato che, in alcuni settori, attribuisce a tali atti caratteri simili alle fonti regolamentari.

È il caso delle "Regole tecniche" di cui all'art. 71 del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, c. d. "Codice dell'Amministrazione Digitale" (c.d., CAD) il quale prevede l'adozione da parte dell'AGID[27] di «Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del […] Codice»[28]. Sul punto, il Consiglio di Stato, con parere del 10 ottobre 2017, n. 2122 reso sullo schema di decreto recante le disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente "modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82", ha precisato che le Linee Guida adottate dall'AGID ai sensi del sopracitato art. 71 CAD hanno carattere vincolante ed efficacia *erga omnes* e, quindi, «dovrebbero essere inquadrate, sotto il profilo della gerarchia delle fonti, come un atto di regolazione seppur di natura tecnica», e, conseguentemente, dovrebbero ritenersi pienamente giustiziabili dinanzi al giudice amministrativo. Come accennato in precedenza, peraltro, non si tratta di un caso isolato, considerando che con il parere n. 855/2016, sempre il Consiglio di Stato aveva già adottato una decisione analoga con riferimento alle Linee guida vincolanti emanate dall'ANAC[29].

produttori di beni e sevizi, di cui si parlerà nel capitolo successivo, e quella posta in essere da associazioni di consumatori».

[27] Ai sensi dell'art. 14-bis, co. 2, lett. a) del CAD. l'AgID svolge le funzioni di «emanazione di linee guida contenenti regole, standard e guide tecniche, nonché di indirizzo, vigilanza e controllo sull'attuazione e sul rispetto delle norme di cui al presente Codice, anche attraverso l'adozione di atti amministrativi generali, in materia di agenda digitale, digitalizzazione della pubblica amministrazione, sicurezza informatica, interoperabilità e cooperazione applicativa tra sistemi informatici pubblici e quelli dell'Unione europea».

[28] L'art. 71 CAD prevede un particolare procedimento per l'adozione delle Linee Guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del CAD, basato su una consultazione pubblica da parte di AGID da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, e divengono efficaci dopo la loro pubblicazione nell'apposita area del sito Internet istituzionale dell'AgID; di essa ne è data notizia nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Lo stesso procedimento viene utilizzato per la modifica.

[29] Sulle quali si rimanda a V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Appalti e lavori pubblici*, 2/2018, 145 ss.; vedi anche G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 12 ss.

Si dia, dunque, per assodato che la regolazione della tecnologia comporta una serie di problemi dal punto di vista sistematico e che ad essi se ne aggiungano anche degli altri sia dal punto di vista logico che da quello più marcatamente giuridico. Spesso non v'è, ad oggi, una soluzione univoca e il dibattito è ancora aperto. Tuttavia, il presente contributo si concentra soltanto su uno di essi: la dimensione del tempo. Questo è un aspetto della regolazione della tecnologia non certo di poco conto, in quanto proprio il trascorrere del tempo pone il giurista dinanzi al fatto che il diritto è chiamato ad adattarsi ai cambiamenti socio-tecnologici[30]. O, almeno, così sembrerebbe.

Ammesso e non concesso, infatti, che ciò sia universalmente vero, non è forse opportuno chiedersi se non sia valido anche l'enunciato in cui i termini sono invertiti? È sempre la legge a dover aderire ai cambiamenti della tecnologia nel tempo o, viceversa, anche le tecnologie devono adattarsi all'evoluzione normativa?

Va da sé, dunque, che il progresso della tecnologia, specialmente della *Information and Communication Technology* (ICT), comporti una serie di interrogativi sia sotto il profilo spaziale e territoriale, che sotto quello della sovranità, nonché per quanto riguarda gli aspetti legati all'intellegibilità, alla trasparenza, alla privacy, ai diritti fondamentali delle persone. Ma, come già anticipato, la domanda intorno alla quale ruota questo ragionamento riguarda, in particolare, la possibilità di regolare qualcosa che è in continuo mutamento.

Allo stato attuale del progresso, non v'è infatti quasi neanche il tempo di prendere coscienza di quali siano le tecnologie emergenti e di quale sia il loro funzionamento, che esse già vengono sostituite da modelli più avanzati o addirittura da nuove tecnologie di tipologia diversa. Lo sviluppo tecnologico, pertanto, sembrerebbe, per sua natura, molto più rapido di quello del diritto, tanto che il tentativo del legislatore di regolarne i fenomeni parrebbe correre il rischio di rivelarsi inefficace.

Difatti, secondo una concezione classica, l'intervento regolatorio non può che avvenire *ex post*, cioè al consolidarsi di determinati fenomeni, i quali diventano oggetto di decisione da parte del legislatore o, comunque, della giurisprudenza[31]. Peraltro, aderendo a tale filone di pensiero, in un sistema liberale la regolazione delle tecnologie emergenti può essere esclusivamente una

[30] L. BENNETT MOSES, M. ZALNIERIUTE, *Law and technology in the dimension of time*, in S. RANCHORDAS, Y. ROZNAI, *Time, Law and Change: An Interdisciplinary Study*, Oxford, 2020.

[31] S. RANCHORDAS, Y. ROZNAI, *Time, Law, and Change*, Oxford, 2020; Y. DROR, *Law and Social Change* in *Tulane Law Review*, 787; J. J. HUA, *Toward A More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems* in the *Digital Network Era*, Berlin, 2014; E. CLOATRE, M. PICKERSGILL (a cura di), *Knowledge, Technology and Law*, London, 2014; R. J. NEUWIRTH, *Law in the Time of Oxymora*: *A Synaesthesia of Language, Logic and Law*, London, 2018) 198-199; G. MARCHANT, B. R. ALLENBY, J. HERKERT (a cura di.), *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal Ethical Oversight*, Berlin, 2011.

regolazione di metodo e non anche di contenuto, atteso che è impossibile disciplinare *ex ante* quest'ultimo.

Lo scopo di questo contributo è quindi quello di cercare di inquadrare, da una prospettiva temporale, qual è e quale dovrebbe essere l'approccio del legislatore al problema della regolazione tecnologica e se l'idea della tecnologia futura influenza o meno in qualche modo la legislazione odierna. Sul punto, si anticipa fin da subito, che non si tratta di una mera speculazione teorica, ma di un metodo in corso di adozione, specialmente nel contesto europeo. Si avrà, infatti, modo di approfondire nel dettaglio l'approccio della nuova proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale della Commissione Europea, orientata al futuro.

3. Una prospettiva cronologica del problema della regolazione della tecnologia

La cronologia della Quarta Rivoluzione ha la sua origine al tempo dell'invenzione del computer da parte del matematico britannico Alan Turing, il quale, come noto, venne dapprima impiegato per scopi militari. Dopo la guerra, le macchine elaboratrici di dati iniziarono ad essere utilizzate anche per scopi civili e si rese così necessario regolarle. I problemi giuridici da affrontare, però, diventavano man mano più complessi[32].

Tra gli anni '60 e gli anni '80, le principali questioni giuridiche inerivano, invero, per lo più a questioni attinenti alla proprietà intellettuale del software, con l'obiettivo di chiarire se essa fosse da ricondurre al diritto d'autore o al brevetto[33]. Ad esse, a partire dagli anni '70, si aggiunsero anche i problemi legati alla protezione dei dati personali e alla tutela dai trattamenti automatizzati effettuati con elaboratori elettronici, i quali, nel contesto europeo, trovarono spazio in una serie di atti normativi nazionali e convenzionali[34].

[32] Sul punto, si rinvia a G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Torino, 2010, 13 ss.; tra i primi scritti in materia di informatica, si segnalano M.G. LOSANO, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969; S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; V. FROSINI, *La giuritecnica: problemi e proposte*, in *Informatica e diritto*, 1/1975, 26 ss. Vedi anche G. ALPA, *L'applicazione delle tecnologie informatiche nel campo del diritto*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/1996, p. 515.

[33] Per quanto riguarda l'evoluzione storica, si veda F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 80 ss.

[34] La prima legge in assoluto sulla protezione dei dati fu adottata dal Land dell'Assia nel 1970, a cui si aggiunse la legge federale tedesca del 1977 e la *loi informatique et libertes* francese del 1978. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, nel 1981 venne stipulata la Convenzione n. 108 (c.d. Convenzione di Strasburgo) relativa alla tutela dai trattamenti automatizzati. Sul punto, si veda S. RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività*, in *Politica del diritt*o, 1974, 551, il quale già all'epocaa affermava che «esiste una costante relazione tra mutamenti delle tecnologie delle informazioni e mutamenti del concetto di privacy che è, infatti, un concetto soggettivo e variabile in funzione dei soggetti, dei momenti storici, dei luoghi». Cfr. anche S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla*

Le difficoltà per il regolatore, però, cominciarono a diventare sempre più insormontabili a partire dagli anni '90. La diffusione massiccia dei computer e l'avvento di Internet, infatti, aprirono una serie di scenari nuovi dal punto di vista giuridico e, in particolare, posero nuovi interrogativi anche per il diritto pubblico, dal momento che apparvero sulla scena temi come la sovranità nello spazio digitale – nonché la sua determinazione –, la necessità di assicurare delle regole comuni e di garantire i diritti fondamentali – prima fra tutte, la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero –[35], nonché il diritto di accedere ai servizi digitali in quanto abilitanti all'esercizio di altri diritti.

A ciò si aggiunsero le complessità dovute all'integrazione europea, che proprio in quegli anni stava accelerando il suo cammino muovendosi sempre più verso una tutela multilivello dei diritti. Agli interventi volti a regolare la tecnologia adottati sul piano nazionale e convenzionale cominciarono, così, ad aggiungersi quelli sul piano comunitario. Nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) adottata nel 2000, il diritto alla protezione dei dati personali trovò spazio all'art. 8, mentre nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (c.d. TFUE) venne riconosciuto all'art. 16[36].

Anche sul piano nazionale, è da segnalarsi che a partire dagli anni '90 vennero adottate una serie di norme[37] volte a regolare l'ambiente tecnologico e, soprattutto, vennero istituite delle autorità di controllo come il Garante per la protezione dei dati personali[38] o l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)[39].

Eppure, le complessità dei problemi regolatori si sono accresciute ulteriormente con lo sviluppo del c.d. web. 2.0 e, successivamente, dei Big Data, degli algoritmi, dell'Intelligenza artificiale, della *blockchain* e di varie altre applicazioni tecnologiche sempre più sofisticate e pervasive. Senza menzionare il vero e proprio shock tecnologico avvenuto a causa delle misure di contrasto alla diffusione del Covid-19. Tanto è vero che l'evoluzione normativa annaspa nel

riservatezza alla protezione dei dati personali, Padova, 2006. Vedi anche S. SIMITIS, *Die Informationskrise des internationalen Rechts und die Datenverarbeitungen*, in *Zetischrift für Rechtsvergleichung*, 1969.

[35] J. M. BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 2004.

[36] Insieme alla previsione di un'Autorità garante indipendente che assicuri tale diritto. Si noti che tale Autorità garante per la protezione dei dati personali è l'unica authority esplicitamente menzionata dai trattati.

[37] F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, cit.

[38] Cfr. l. n. 675/1996. Cfr. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione: commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria ed internazionale*, Milano, 1997.

[39] Cfr. l. n. 249/1997.

creare fattispecie nelle quali sia possibile sussumere i casi dell'esperienza futura e nel prevedere disposizioni "*future proof*"[40].

Come si avrà modo di approfondire in seguito, una delle più moderne strategie legislative nel campo della regolazione tecnologica in continuo sviluppo è quella di affidarsi ad una legislazione per principi, che faccia in modo che le tecnologie stesse interiorizzino il diritto. Un ottimo esempio è rappresentato dal Regolamento UE 2016/679, *General Data Protection Regulation* (meglio noto con l'acronimo GDPR), che, sia pure in modo non esclusivo, privilegia un approccio *risk-based* basato sull'*accountability* – vale a dire la capacità di rendere conto delle misure adottate al fine di evitare violazioni, superando il concetto di *compliance* come pedissequo rispetto ad una serie di prescrizioni positive –, orientato da principi fondamentali e, soprattutto, rafforzato da istituti come la *privacy by design*, in forza della quale le tecnologie devono essere pensate e progettate nel rispetto delle regole sulla privacy[41].

Peraltro, vi sono stati, in realtà, dei tentativi di co-regolazione[42] o di autoregolazione, come i codici di condotta adottabili secondo quanto previsto dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali[43], assai interessanti da

[40] S. RANCHORDÁS, M. VAN'T SCHIP, *Future-Proofing Legislation for the Digital Age*, in S. RANCHORDAS, Y. ROZNAI, *Time, Law, and Change*, Oxford, 2020.

[41] Sul Regolamento UE n. 2016/679 in materia di protezione dei dati personali cfr., ex *multis*, L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; S. SIMITIS, G. HORNUNG, I. SPIECKER, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG. Großkommentar*, Baden-Baden, 2019; C. KUNER, L. BYGRAVE, C. DOCKSEY, *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary*, Oxford, 2020; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Torino, 2016; ID., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016; G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2016; L. BOLOGNINI, E. PELLINO, C. BISTOLFI (a cura di*), Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), GDPR e Normativa Privacy. Commentario, Milano, 2018.

[42] In questo senso può essere letta l'istituzione da parte dell'AGCOM del "Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali", finalizzato a definire strumenti, obiettivi e principi che assicurino l'adeguato e corretto svolgimento delle campagne elettorali. A tal fine l'Autorità ha predisposto le regole necessarie per garantire pari possibilità di accesso alle piattaforme online durante le campagne elettorali stabilendo che come «già previsto per i mezzi di informazione offline dalla legge n. 28/2000, è necessario che sia garantita per tutti i soggetti politici, con imparzialità ed equità e alle medesime condizioni, l'accesso agli strumenti di informazione e comunicazione politica forniti dalle piattaforme digitali (Google e Facebook, in particolare». Cfr. AGCOM, *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, delibera del 1° febbraio 2018, n. 10; vedi anche S. FOÀ*, Pubblici poteri e contrasto alle fake news. Verso l'effettività dei diritti aletici?,* in Federalismi.it, 11/2020.

[43] Sul tema si rinvia a S. SILEONI, *Autori delle proprie regole: i codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011.

parte di talune imprese private; e questo, specialmente, ove esse risultino ormai dotate di veri e propri poteri privati, assimilabili in qualche modo al potere pubblico, con delle implicazioni del tutto innovative. Addirittura, vista la portata di talune policy interne, si è reso perfino necessario il ricorso a esperienze "paragiurisdizionali" al fine di poter controbilanciare questa sorta di potere normativo privato. Un valido esempio è offerto dall'*Oversight Board* di Facebook, il quale funge da giudice supremo ed imparziale delle decisioni relative alla libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero nella piattaforma[44].

Ponendo – in maniera assiomatica in questa sede – che il diritto deve regolare le nuove tecnologie, non è, infatti, un'univoca conseguenza che la tutela giuridica possa essere approntata solo dalla legge[45].

4. La tartaruga del diritto contro la lepre del tempo

Tornando all'interrogativo iniziale, alla luce di quanto fin ora esposto, sembrerebbe che in questi ultimi anni il diritto sia stato affannosamente impegnato nello sforzo di regolare la tecnologia in una fase di crescita dirompente e vorticosa. Senonché, v'è da considerare il fatto che talvolta è, invece, la legge a cercare di orientare e dar forma ai cambiamenti in atto in una società.

La "legge"[46] guarda simultaneamente al passato, al presente e al futuro. Del resto, di ciò si trova traccia anche nelle disposizioni preliminari al Codice civile, che all'art. 11 stabiliscono che «la legge non dispone che per l'avvenire», ma che all'art. 12 richiamano inequivocabilmente l'esperienza passata, prevedendo che: «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Ebbene, le questioni relative al tempo della legge non si esauriscono certo qui, tenuto conto di tutto ciò che concerne l'attuazione, l'applicazione e la validità della legge e delle decisioni giudiziali. Senza considerare che proprio i giudici «guardano al passato per costruire il futuro»[47], facendo essi riferimento

[44] Sul punto, *funditus* K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in The Yale Law Journal, 2020, 2422 ss. Vedi anche G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* in *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545*; L. GRADONI, *Constitutional Review via Facebook's Oversight Board*, in *https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/*; Cfr. B. ARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in F*ederalismi.it*, 2019; P. BONINI. L*'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici,* in *Federalismi.it*, 11/2020, 265 s.

[45] L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, cit.

[46] Nell'accezione ampia di *law*, «*whether made by legislators, judges, extralegal actors; public officials and others*» come scrive testualmente S. RANCHORDAS, Y. ROZNAI, *Time, Law, and Change*, Oxford, 2020, 8 che traduce più propriamente il termine "diritto".

[47] L. BENNETT MOSES, M. ZALNIERIUTE, *Law and technology in the dimension of time*, cit., p. 9

ai precedenti per dare forma ai principi sulla base dei quali decidere i casi presenti e ai quali, a loro volta, i giudici del futuro ricorreranno per giudicare le controversie a loro sottoposte. Esiste, quindi, un senso di progresso del diritto che tra innovazioni legislative e giurisprudenziali adegua le regole che ordinano l'agire umano ai tempi correnti[48].

Per quanto riguarda più specificamente la regolazione della tecnologia, occorre, però, fare i conti anche con il senso di accelerazione esponenziale insito nello sviluppo di essa. Ogni anno la tecnologia futura diventa tecnologia del presente e le innovazioni si susseguono a ritmo incalzante. Dinanzi alla lepre tecnologica, la tartaruga del diritto sembra, così, restare indietro ad arrancare faticosamente[49].

Eppure, è forse opportuno chiedersi se il parametro rispetto al quale si misura il "progresso" possa essere considerato alla stessa maniera in campo tecnico-scientifico e in ambito giuridico-politico, atteso che i campi di indagine sono diversi così come il metro per valutarne il grado di sviluppo[50]. Peraltro, come è stato giustamente rilevato, i giuristi hanno da sempre dimostrato un forte interesse per i problemi generati dalle nuove tecnologie e sono piuttosto le "vecchie" tecnologie a ricevere meno attenzione[51].

Abramo Lincoln, sedicesimo Presidente americano, era un noto avvocato, esperto in diritto ferroviario, materia che negli USA di metà Ottocento era di grande attualità, tanto che si scrivevano trattati e organizzavano corsi e convegni per sviscerarne i singoli argomenti. Volendo interessarsi di diritto ferroviario oggi, è abbastanza faticoso trovare dei corsi universitari o delle conferenze su questo tema così come degli avvocati specializzati preminentemente in quest'ambito – al netto dei legali e dei consulenti delle società ferroviarie –. D'altro canto, è assai facile imbattersi in corsi, convegni, seminari, pubblicazioni relativi agli aspetti giuridici connessi ad algoritmi, intelligenza artificiale, *blockchain*, *IoT*, nuove tecnologie o, comunque, ad argomenti particolari quali la tutela del *copyright* nell'economia digitale, il valore economico dei dati, la protezione dei dati di carattere personale e così via. Pertanto, non si può certo ritenere che il diritto resti "indietro" rispetto alla tecnologia in valore assoluto: il mondo giuridico non ignora, infatti, i cambiamenti in atto nella realtà sociale ed economica.

La sfida per il giurista è, piuttosto, quella di riuscire a trovare delle soluzioni ai problemi sempre nuovi che sorgono "alla frontiera del cambiamento socio-

[48] L. BENNETT MOSES, M. ZALNIERIUTE, *Law and technology in the dimension of time*, cit.

[49] M. KIRBY, *Medical Technology and New Frontiers of Family Law*, in *Australian Journal of Family* Law, 1987, 196; L BENNETT MOSES, *Agents of Change: How the Law "Copes" with Technological Change, in Griffith Law Review*, 2020, 263.

[50] G. N. MANDEL, *Legal Evolution in Response to Technological Change*, cit., 238.

[51] L. BENNETT MOSES, M. ZALNIERIUTE, *Law and technology in the dimension of time*, cit., 11.

tecnico"[52]. Specialmente per il legislatore, tale sfida si trasforma spesso in un problema di previsione di quali saranno le fattispecie da regolare, in una dimensione sempre *in fieri*.

Emerge, così, il c.d. "dilemma di Collingridge"[53]: un intervento troppo anticipato rischia di produrre leggi mal congegnate che non riescono a sussumere i casi derivanti dall'esperienza concreta in fattispecie in grado di descriverli efficacemente; al contrario, un intervento tardivo comporta un'eccessiva rigidità che rende difficile adeguarsi al nuovo stato dell'arte della tecnica[54].

In dottrina è stato osservato che nel tempo dell'accelerazione è necessaria «una legge fatta per divenire, anziché per durare»[55]. A riguardo, è molto interessante notare come la nuova proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale (c.d. *Artificial Intelligence Act*), resa pubblica dalla Commissione europea il 21 aprile 2021, si sia orientata verso la previsione di un generale obbligo di revisione, a partire da cinque anni dall'entrata in vigore e, a seguire, a cadenza quinquennale[56], partendo dall'assunto che occorre una regolazione «*stable, but not still*»[57].Questa previsione, del resto, non va considerata certo un *unicum* nel panorama giuridico mondiale[58]. L'art. 1.2 della *Directive on Automated Decision-Making* adottata dal Canada il 1° aprile 2021 prevede un sistema di revisione automatico «*planned every 6 months after the date it comes into effect*»[59].

Più in generale, con riferimento alla legislazione a carattere tecnico-scientifico, occorre tenere presente come il consolidato orientamento della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo propende per la previsione di una fase di manutenzione della norma, «monitorando costantemente l'evoluzione delle conoscenze scientifiche», a cui fa eco anche la giurisprudenza costituzionale italiana[60]. A titolo esemplificativo, si tenga presente il caso S.H. e altri contro

[52] L. BENNETT MOSES, M. ZALNIERIUTE, *Law and technology in the dimension of time*, cit., 11.

[53] D. COLLINGRIDGE, *The Social Control of Technology*, New York, 1982.

[54] A. KNIE, *Yesterday's Decisions Determine Tomorrow's Options: The Case of the Mechanical Typewriter,* in M. Dierkes, U. Hoffmann (a cura di), *New Technology at the Outset: Social Forces in the Shaping of Technological Innovations*, New York ,1992.

[55] E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 298.

[56] C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3/2021; Cfr. il punto 5.1. dell'*Explanatory Memorandum* e il punto 2.1 delle *Mangement Measures* del *Legislative Financial Statement*.

[57] Così R. POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, 1923: «*Law must be stable, and yet it cannot stand still*».

[58] Cfr. C. CASONATO, *21st Century BioLaw: a proposal*, in *BioLaw Journal*, 2017, 81-95.

[59] Cfr. In *https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592*

[60] A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 150; cfr. inoltre ID., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti nazionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, in ID. (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti,* Napoli, 2015, 64 ss. a cui ci si consenta di fare riferimento soprattutto per rinviare alla giurisprudenza

Austria, riguardante la procreazione medicalmente assistita, in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ammonito il legislatore austriaco, ricordando che: «che questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati contraenti»[61].

Un altro esempio interessante è, inoltre, quello offerto dalla c.d. "clausola di necessario aggiornamento", introdotta dall'art. 1, comma 1-ter, d.l. n. 73/2017, sulla quale ha avuto modo di esprimersi favorevolmente anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 5/2018. In tale decisione, infatti, il Giudice delle leggi ha mostrato un certo apprezzamento nei confronti di tale meccanismo, in quanto «questo elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso»; detto altrimenti, tale clausola «obbliga ad una futura rivalutazione della scelta normativa, che è così necessariamente rivedibile alla luce di nuovi fondamenti tecnico-scientifici e di nuovi dati statistici e limita il rischio di rapida obsolescenza delle norme contenute nel decreto-legge, come convertito»[62].

È, dunque, una legge leggera quella che si propone di regolare efficacemente la tecnologia emergente. Essa, infatti, delinea i confini, ma lascia spazio ai cambiamenti e agli aggiornamenti delle fattispecie, al fine di non perdere il contatto con la realtà in continua evoluzione. Sono, invece, i principi a restare fermi e a rappresentare un elemento di certezza del diritto in questo campo. Anche perché, una volta individuati, essi permettono di invertire il rapporto tra diritto e tecnologia, in quanto non è solo la legge a doversi adeguare alla tecnologia, ma è anche la tecnologia a doversi adeguare ai principi giuridici.

Con particolare riferimento alla materia della regolazione tecnica, un metodo comunemente utilizzato è quello di prevedere «un testo "statico" che contenga la base normativa della materia e una serie di "allegati" i cui contenuti

convenzionale rilevante per la formazione dell'orientamento di cui si discorre nel testo. Cfr. anche S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 1/2013, 235-270.

[61] Corte EDU, S.H. e altri c. Austria, 57813/00, Prima Sezione del 1° aprile 2010 e Grande Camera 3 novembre 2011.

[62] Vedi A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispettodella discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta Online,* 1/2018, 91-92.

più "flessibili" potranno adeguarsi agevolmente all'evoluzione tecnologica»[63]. Ciò espressamente al fine di «garantire un adattamento costante ai cambiamenti imposti dall'incessante rivoluzione digitale».

Tra di essi, una particolare menzione merita il principio di neutralità tecnologica[64]. In virtù di tale principio, «il legislatore non deve interferire nello sviluppo della tecnologia, condizionandola, favorendo determinate tecnologie rispetto ad altre, né nello sviluppo del mercato, favorendo determinati prodotti rispetto ad altri»[65]. Se è vero, però, che il diritto deve essere neutro tecnologicamente, dall'altra parte bisogna osservare che la tecnica non è giuridicamente neutra[66]. Proprio per questo, lo scopo del diritto non deve essere tanto quello di indirizzare lo sviluppo tecnologico in un senso piuttosto che in un altro, quanto quello di influenzarlo, permeandolo dei suoi principi.

5. Un diritto a prova di futuro

Il diritto e la tecnologia sono due fenomeni umani. Entrambi, infatti, derivano dall'ingegno e dalla creatività dell'uomo e dalla sua capacità di trovare soluzione ai problemi. Il fenomeno giuridico e quello tecnologico non sono, peraltro, sciolti tra loro, ma, anzi, è vero esattamente l'opposto[67].

Gli stadi dello sviluppo tecnologico e di quello normativo sono, invero, interdipendenti tra loro, nel senso che le scelte relative ai tempi della regolazione dovrebbero tenere da conto il grado di diffusione della tecnologia, tanto da imprimere una maggiore urgenza alle istanze regolatorie allorquando un determinato prodotto tecnologico abbia raggiunto una massa critica di utenti[68]. Non è, però, soltanto il diritto ad essere chiamato ad adattarsi al progresso sociale e

[63] Così testualmente, ad esempio, le Linee Guida dell'AGID riguardanti "Tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici" adottate ex lettera b) comma 3-bis articolo 73 e dell'articolo 51 del Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82

[64] Sancito anche dal Regolamento (UE) n. 283/2014 relativo alle reti transeuropee nel settore dell'infrastruttura di telecomunicazioni.

[65] Così G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, cit., 833, che prosegue: «Il diritto deve essere tecnologicamente neutro. I vantaggi della neutralità tecnologica sono evidenti: il diritto non condiziona il mercato, favorendo questa o quella tecnologia; non condiziona lo sviluppo della tecnica; non deve rincorrerla. L'approccio del diritto, nella neutralità tecnologica, è «funzionale». Non si concentra sul «cosa», ma sul «come». Legiferare in questo modo può essere più difficile, perche´ non si norma l'oggetto, ma la funzione».

[66] Notava giustamente S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, 28 come «vi sono effetti che si produ- cono per il solo fatto che si sceglie di ricorrere ad una determinata tecnologia».

[67] G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, cit., 831, la quale sottolinea come «diritto e tecnica sono due termini sempre più spesso declinati congiuntamente».

[68] L. BENNETT MOSES, M. ZALNIERIUTE, *Law and technology in the dimension of time*, cit.; G. BERNSTEIN, *The Paradoxes of Technological Diffusion: Genetic Discrimination and Internet Privacy*, in *Connecticut Law Review,* 39/2006, 243.

tecnico, ma viceversa anche le tecnologie debbono conformarsi ai mutamenti legislativi[69].

In realtà, il diritto può servirsi della tecnica per mezzo dell'incorporazione di principi e regole nella tecnologia stessa[70], giungendo a divenire un vero e proprio "diritto attraverso la tecnica". Un approccio di questo tipo permette, infatti, di evitare improvvidi interventi di riforma volti a regolare puntualmente una tecnologia il cui progresso tecnologico è caratterizzato, quanto meno al giorno d'oggi, da straordinaria rapidità; e ciò vale anche per quanto riguarda eventuali interventi sulle fonti di livello costituzionale, ad esempio attraverso l'introduzione di specifiche disposizione relative agli algoritmi o all'Intelligenza Artificiale, considerato, peraltro, che «l'assetto costituzionale che caratterizza gli Stati membri dell'Unione europea, ivi compreso quello italiano, appare al momento sufficientemente strutturato per cogliere e presidiare le aree su cui l'IA avrà impatti maggiori, nonché per poter indicare i principi fondamentali da seguire affinché il suo svilluppo avvenga con modalità rispettose della persona umana»[71]. Pertanto, la migliore soluzione sembrerebbe quella di progettare algoritmi costituzionali *by design*[72], ossia incorporare i principi e i valori costituzionali negli algoritmi piuttosto che includere questi ultimi nel dettato costituzionale.

Del resto, è noto come i costruttori di automobili abbiano dovuto adeguarsi con il tempo all'installazione di cinture di sicurezza o a modificare i motori per adattarli alla "benzina senza piombo". Non è quindi da escludere che ciò possa valere anche per i progettisti di algoritmi e di intelligenza artificiale, i quali

[69] L. BENNETT MOSES, M. ZALNIERIUTE, *Law and technology in the dimension of time*, cit.

[70] E. MAESTRI, *Lex informatica e soft law. Le architetture normative del cybespazio*, in P. MORO, C. SARRA (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017, 173 ss.

[71] Così C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in BioLaw Journal, 3/2020, 386, i quali proseguono: « Ciò che risulta necessario, piuttosto, è assicurarsi che, una volta individuati i principi fondamentali da seguire, questi trovino adeguata espressione attraverso un sistema di regole che, affondando le proprie basi nella tradizione costituzionale dell'Unione europea, risulti coordinato e sufficientemente flessibile per stare al passo con l'innovazione tecnologica. Pertanto, la sfida con cui occorre misurarsi è quella di garantire in concreto che principi fondamentali già conosciuti a livello costituzionale vadano ad assumere declinazioni innovative tali da trovare piena operatività all'interno del nuovo ecosistema digitale». Cfr. anche L. LESSIG, *Reading the Constitution in Cyberspace*, in *Emory Law Journal*, 3/1996, 7-18. E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 1/ 2019, 76-99.

[72] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro della libertà*, in BioLaw Journal, 1/2019, 87-88; G. DE MINICO, *Towards an 'Algorithm Constitutional by Design'*, in *Biolaw Journal*, 1/2021, 402-403; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020. Sull'impatto delle nuove tecnologie sul diritto costituzionale vedi anche A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1/ 2019, 88.

dovranno adattarsi a interiorizzare norme e principi giuridici nel mettere a punto le nuove "macchine sapienti"[73].

Nell'ordinamento francese, ad esempio, il principio di «*loyauté des concepteurs et architectes de l'intelligence artificielle*», ispirato anche dalla *Loi pour une République numérique*, è stato tradotto anche come necessità per gli operatori digitali di conformarsi all'interesse generale al fine di superare le difficoltà di comprensione[74] causate dal fenomeno della *black box* – ovvero l'impossibilità di spiegare intuitivamente o seguendo un tradizionale iter logico i risultati delle decisioni dell'intelligenza artificiale, specialmente qualora vengano adoperate tecnologie di *machine learning*[75] –, che mina la legittimità delle decisioni amministrative algoritmiche. Si delinea, così, un principio di lealtà nell'utilizzo dell'algoritmo[76], che il Consiglio di Stato francese ha ricondotto al rispetto degli obblighi già presenti nella legislazione in materia di protezione di dati personali[77]. Pertanto, proprio in attuazione di tale principio, si rende auspicabile adottare «specifiche prescrizioni tecniche per la progettazione di algoritmi 'equi', disegnati cioè in modo da rispettare i valori fondanti della nostra società», utilizzando il codice sorgente e l'architettura della rete come «strumenti per governare la sfera digitale»[78].

[73] P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, Bologna, 2018.

[74] Cfr. J.M. SAUVÉ, *Le juge administratif et l'intelligence artificielle, Discours prononcé lors de la conférence des présidents des juridictions administratives, le vendredi 20 avril 2018 à Rennes*, *in https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-l-intelligence-artificielle#_ftn17*, p. 7; cfr. anche H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer*, in *Revue du droit public*, 2018, pp. 641 ss.; P. TIFINE, *Les algorithmes publics : rapport conclusif* , in *Revue générale du droit*; . B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithme* in: D. U. GALETTA, J. ZILLER (Hrsg.) *Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationstechnologien jenseits des Datenschutzes | Information and Communication Technologies Challenging Public Law, Beyond Data Protection | Le droit public au défi des technologies de l'information et de la communication, au-delà de la protection des donnés,* 153 ss.

[75] C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, in *The Georgetown law journal,* 2017.

[76] Rispetto al quale si rimanda a 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, 2019, 21.

[77] Conseil d'État, *Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'ubérisation*, in *La documentation française*, p. 116 ss.

[78] Testualmente M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in Federalismi 2019, 18, che ricomprende tale rapporto fiduciario nel principio di responsabilità. Tuttavia, si segnala sul punto anche E. STRADELLA, E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws* 1/2019, la quale condivide «la posizione di chi anche recentemente ha sostenuto l'esigenza di una regolazione di Robotica e IA in cui la *self-regulation* svolga una funzione integrativa, o complementare, senza assorbire però completamente i contenuti regolativi, poiché diversamente s'incorrerebbe nel rischio che i pubblici poteri abdichino del tutto al compito essenziale

Probabilmente, però, è il diritto della protezione dei dati personali ad essere la punta più avanzata per quanto riguarda l'interiorizzazione del diritto da parte della tecnologia. In effetti, proprio lo sviluppo delle cd. PETs (*Privacy Enhancing Technologies*) rappresenta uno degli approcci considerati più promettenti al fine di "riprogrammare" la privacy, in forza dello sviluppo delle nuove tecnologie[79]. Questa idea è presente nel Regolamento n. 2016/679, c.d. GDPR,[80] il quale pone delle specifiche regole al fine di garantire la *privacy by design* e la *privacy by default*[81]. L'art. 25, infatti, stabilisce che «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento», il titolare del trattamento deve mettere in atto delle misure tecniche e organizzative che siano adeguate, rivolte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati e ad integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati, «sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso». Tra queste misure sono citate

di operare bilanciamenti tra valori, interessi, posizioni soggettive diverse, e, di conseguenza, si sottraggano decisioni di evidente rilevanza pubblicistica al circuito democratico e alla deliberazione politica».

[79] U. GASSER, *Recoding privacy law: reflections on the future relationship among law, technology, and privacy*, in *Harvard Law Review*, volume 130, 2016, p. 65, che così continua: «*Originally focused on identity protection and technical means to minimize data collection and processing without losing a system's functionality, the scope of PETs and the available instruments have broadened over time to include encryption tools, privacy-preserving analysis techniques, data management tools, and other techniques covering the entire lifecycle of personal data. Starting in the 1990s, PETs as one instrument in the toolbox were put into a larger context by the introduction of Privacy by Design as a "systematic approach to designing any technology that embeds privacy into the underlying specification or architecture." Still remaining a somewhat amorphous approach, Privacy by Design as an umbrella philosophy (as well as certain types of PETs) promotes a means to manage privacy challenges resulting from a wide range of emerging technologies, and has been adopted by law and policymakers on both sides of the Atlantic, with the EU General Data Protection Regulation among the most prominent example*».

[80] C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa sulla privacy*, Napoli, 2018.

[81] Sul punto, molto ampio F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 111 ss.; in particolare, l'A. analizza anche i profili legati alla *privacy by design* come un ponte gettato verso il futuro. Sul punto, vedi anche L. GRECO, *L'organigramma privacy: i soggetti del trattamento*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d. lgs. 10 agosto 2018*, n. 101, Bologna, 2019, che ne evidenzia la natura di obblighi del titolare del trattamento, nell'ambito di un ragionamento sul rapporto proattivo del Regolamento sulla sicurezza del trattamento. Per una visione in chiave di "pianificazione dinamica della protezione dei dati personali" cfr. S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E. A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 170 ss.

espressamente la pseudonimizzazione e la minimizzazione dei trattamenti[82]. Il par. 2 dell'art. 25 prevede, altresì, che il titolare predisponga anche le misure tecniche e organizzative adeguate per «garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento», specificando che «tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità» e, in particolare, che tali misure «garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica».

È bene puntualizzare, tuttavia, che occorre sviluppare competenze professionali specifiche al fine di poter garantire la possibilità di realizzare in pieno il tipo di soluzioni qui proposte. In particolare, è fondamentale un approccio interdisciplinare per poter raccogliere pienamente le sfide poste da una tecnologia sempre più complessa[83].

6. Testare, sperimentare, valutare…

Un altro aspetto da tenere in considerazione in materia di tempo e regolazione della tecnologia. Il tempo, infatti, non è soltanto una sfida che il legislatore deve affrontare nel dare delle regole agli effetti prodotti dallo sviluppo tecnologico, ma può anche essere un potente alleato nel regolare le tecnologie emergenti. L'applicazione su larga scala di una tecnologia, infatti, potrebbe comportare dei problemi di cui si può acquisire consapevolezza soltanto una volta che essa sia divenuta pienamente operativa. Pertanto, sembrerebbe opportuno far precedere l'impiego di nuove tecnologie votate ad un'ampia diffusione da "esperimenti" limitati nel tempo e nello spazio[84].

Sul punto, si tenga presente che il concetto di legislazione sperimentale è stato già introdotto in diversi ordinamenti. In Francia, addirittura, la Costituzione stessa prevede agli artt. 37 e 72 che possano essere adottate leggi e regolamenti sia a livello nazionale che locale e la legislazione di settore, adottata nell'aprile 2021, ha facilitato la possibilità di ricorrere alla regolamentazione sperimentale da parte degli enti locali[85]. A riguardo, occorre segnalare anche

[82] Cfr. G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, 34 ss.

[83] Così A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto* transnazionale, in *DPCE online*, 3/2020, 3305; vedi anche A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 153 s., secondo cui «la capacità di lavorare in team interdisciplinare vale più di mere nozioni».

[84] S. RANCHORDAS, *Sandboxes for morals and more*s, cit.; cfr. anche P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, Napoli, 2016.

[85] S. RANCHORDAS, *Sandboxes for morals and more*s, cit., la quale rammenta: «*experimental laws have been employed in France in a wide variety of sectors, ranging from agriculture to technology*».

un certo favore espresso dalla Corte costituzionale italiana per la transitorietà degli effetti normativi qualora si abbia a che fare con leggi dal contenuto tecnico-scientifico, al fine di evitare una «rapida obsolescenza delle norme e, dunque, per arginare il fenomeno dell'anacronismo scientifico delle leggi»[86].

A riguardo, non si può ignorare come qualche esempio in realtà vi sia. Uno su tutti, potrebbe essere quello giapponese delle *Tokku Special Zone*[87], introdotte già dal 2003 per lo sviluppo e il test pratico dei robot. Tali zone, corrispondenti a municipalità, prefetture e altri enti operanti sul territorio, possono presentare un piano per un'area speciale da essi individuata, in cui applicare misure regolatorie preferenziali necessarie alla realizzazione di determinati progetti, i quali devono essere preventivamente approvati dal governo centrale, nonché ricevere l'accordo delle agenzie competenti nei settori interessati dalla regolazione[88]. Tra le materie in cui la legge nipponica prevede che possano essere prese queste misure vi è anche l'ambito scolastico, in particolare le regole sulla nomina degli insegnanti e del personale della scuola, la cui retribuzione è corrisposta dalle municipalità.

Inoltre, si tenga in considerazione che anche la già citata Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale dell'Unione Europea contempla la possibilità di ricorrere alle *regulatory sandboxes*, ossia a degli esperimenti normativi su base temporanea che permettano agli operatori economici di beneficiare di condizioni meno onerose di quelle previste in via generale dalla legge[89]. In informatica, il termine *sandbox* fa riferimento ad un ambiente di test isolato che consente il monitoraggio di un sistema e impedisce ai programmi maligni di

[86] V. *amplius* A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 173-174. Cfr. anche Corte cost., sentt. nn. 826/1988; 85/2013; 5/2018

[87] Cfr. *amplius* E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale,* cit., pp. 90 ss., la quale riporta che: «La "*Tokku*" *Special Zone for Robotics Empirical Testing and Development* (*RT special zone*) è avviata in Giappone a partire dal 2003, quando viene istituita presso la Prefettura di Fukuoka. E' a partire da quell'anno che il *Takanishi Laboratory* e l'*Humanoid Robotics Institute* della *Waseda University* hanno condotto numerosi esperimenti all'interno di vari punti della "zona speciale" al fine di valutare l'effettiva e concreta possibilità che robot umanoidi bipedi, la tecnologica specificamente sperimentata in quel contesto) circolassero nello spazio pubblico relazionandosi con le persone presenti e interagendo con le altre tecnologie, non intelligenti, presenti, e soprattutto con utilizzatori umani reali. La valutazione, condotta dal 2004 al 2007, è stata la prima al mondo in ambiente reale. Ed è stata seguita da altre sperimentazioni in altri territori del Giappone. […] rispetto a chi le tecnologie progetta e produce, peraltro, sembra difficile, se non irragionevole, immaginare che all'ideazione di robot in grado di adattarsi ad ambienti esterni non corrisponda, in fase di sviluppo, una sperimentazione in aree pubbliche: ciò che rifletterebbe una contraddizione tra artefatti tecnici (robot e altre tecnologie di frontiera) e artefatti sociali (il diritto)».

[88] Per approfondire il tema si veda Y. H. WENG, Y. SUGAHARA, K. HASHIMOTO, A. TAKANISHI, *Intersection of "Tokku" Special Zone, Robots, and the Law: A Case Study on Legal Impacts to Humanoid Robots*, in *International Journal of Social Robotics*, 7, 2015.

[89] S. RANCHORDAS, *Sandboxes for morals and more*s, in *Morals and Machines*, 2021, in corso di pubblicazione.

danneggiare un sistema informatico[90]; la versione legale della *sandbox* è, invece, uno strumento progettato per testare nuovi servizi e prodotti in un ambiente normativo creato artificialmente[91].

Il titolo V della Proposta di Regolamento si pone, appunto, l'obiettivo di «creare un quadro giuridico favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente alle perturbazioni». A tal fine, viene rivolto un incoraggiamento alle autorità nazionali competenti affinché creino «spazi di sperimentazione normativa», definendo «un quadro di base in termini di governance, controllo e responsabilità». Stando al testo della Proposta, infatti, «gli spazi di sperimentazione normativa per l'IA creano un ambiente controllato per sottoporre a prova tecnologie innovative per un periodo di tempo limitato sulla base di un piano di prova concordato con le autorità competenti». È specificato, inoltre, che dovranno essere implementate misure «per ridurre gli oneri normativi per le PMI e le start-up». Ciò, per agevolare «lo sviluppo e le prove di sistemi di IA innovativi, sotto una rigorosa sorveglianza regolamentare, prima che tali sistemi siano immessi sul mercato o altrimenti messi in servizio», come enunciato anche nel Considerando 71[92].

[90] K. YORDANOVA, *The Shifting Sands of Regulatory Sandboxes for AI.*, in *KU Leuven- CITIP, blogpost*, 2019, consultabile al link: *https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-shifting-sands-of-regulatory-sandboxes-for-ai/I.*

[91] S. RANCHORDAS, *Sandboxes for morals and more*s, in *Morals and Machines*,cit.

[92] Cfr. anche il Considerando 72, stando al quale: «Gli obiettivi degli spazi di sperimentazione normativa dovrebbero essere la promozione dell'innovazione in materia di IA, mediante la creazione di un ambiente controllato di sperimentazione e prova nella fase di sviluppo e pre- commercializzazione al fine di garantire la conformità dei sistemi di IA innovativi al presente regolamento e ad altre normative pertinenti dell'Unione e degli Stati membri, e il rafforzamento della certezza del diritto per gli innovatori e della sorveglianza e della comprensione da parte delle autorità competenti delle opportunità, dei rischi emergenti e degli impatti dell'uso dell'IA, nonché l'accelerazione dell'accesso ai mercati, anche mediante l'eliminazione degli ostacoli per le piccole e medie imprese (PMI) e le start-up. Al fine di garantire un'attuazione uniforme in tutta l'Unione ed economie di scala, è opportuno stabilire regole comuni per l'attuazione degli spazi di sperimentazione normativa e un quadro per la cooperazione tra le autorità competenti coinvolte nel controllo degli spazi di sperimentazione. Il presente regolamento dovrebbe fornire la base giuridica per l'utilizzo dei dati personali raccolti per altre finalità ai fini dello sviluppo di determinati sistemi di IA di interesse pubblico nell'ambito dello spazio di sperimentazione normativa per l'IA, in linea con l'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2016/679, e con l'articolo 6 del regolamento (UE) 2018/1725, e fatto salvo l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva (UE) 2016/680. I partecipanti allo spazio di sperimentazione dovrebbero fornire garanzie adeguate e cooperare con le autorità competenti, anche seguendo i loro orientamenti e agendo rapidamente e in buona fede per attenuare eventuali rischi elevati per la sicurezza e i diritti fondamentali che possono emergere durante lo sviluppo e la sperimentazione nello spazio sopraindicato. È opportuno che le autorità competenti, nel decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria a norma dell'articolo 83, paragrafo 2, del regolamento 2016/679 e dell'articolo 57 della direttiva 2016/680, tengano conto della condotta dei partecipanti allo spazio di sperimentazione».

L'idea di fondo, dunque, è quella di adottare un approccio basato sul rischio – secondo la logica già adottata dal GDPR[93] –, prevedendo peraltro dei divieti *ex ante*, al fine di vietare quelle applicazioni di Intelligenza artificiale in grado di manipolare e discriminare gli individui e «imporre restrizioni a molti altri sistemi di IA con un impatto negativo sui diritti fondamentali»[94]. Tutto ciò, incoraggiando la collaborazione delle autorità nazionali. Tale approccio, peraltro, può essere considerato un'espressione di quello stesso principio di precauzione, che «costituisce l'esito più maturo del tentativo del diritto, e dei processi di decisione politica che lo animano, di regolare la scienza e la tecnica»[95], nell'ottica di una rilettura del rapporto tra tecnologia e diritto ispirata ad una riaffermazione delle ragioni del diritto.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto sin ora, non si può non rilevare come la scienza del diritto, specialmente quella del diritto costituzionale, operi come «fattore creativo della realtà alla quale rivolge il suo studio» e si inserisce come forza attiva «nel senso che, mentre ne riflette le esigenze e idealità, contribuisce poi a potenziarle scoprendone le ragioni e le forze che le muovono, i nessi che le legano in unità, la regolarità delle loro manifestazioni da cui si deduce la intrinseca loro normatività»[96].

V'è da chiedersi, però, se, in un futuro non troppo lontano, non sia opportuna una sempre più stretta collaborazione tra legislatore, autorità di controllo e attori privati al fine di mettere a disposizione delle persone tecnologie – specialmente per quanto riguarda l'Intelligenza artificiale – capaci di interiorizzare principi giuridici e valori costituzionali[97]. È, forse, questo quel "nuovo costituzionalismo" dai contorni europei, così definito da Enzo Cheli, «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»[98]. Esse svolgono,

[93] Cfr. C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, 22/2018. In particolare, cfr. anche G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 16/2020.

[94] S. RANCHORDAS, *Sandboxes for morals and more*s, cit.

[95] L. BUFFONI, A. CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2012.

[96] C. MORTATI, *Diritto costituzionale (nozione e caratteri)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 951; vedi anche G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Foro it.*, 1937.

[97] Cfr. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020

[98] E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2021, 956, secondo il quale «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

infatti, un ruolo "bifronte", dal momento che proprio alle autorità amministrative indipendenti spetta il compito di trasmettere il diritto europeo in quello nazionale e «l'elaborazione di principio di diritto interno in grado di riflettersi nello spazio europeo», ma a ciò si aggiunge anche l'esercizio di «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»[99].

Infatti, proprio la necessità di porre un limite a questi nuovi poteri che "erompono"[100] impone di ricorrere a un nuovo concetto di normazione, il quale sia in grado di ricomprendere i mezzi giuridici «più adeguati ed efficaci per "dare una regola"» alle tecnologie dell'età dell'informazione[101]. È il "diritto costituzionale ibrido", vale a dire capace di sforzarsi ad esprimersi con lo stesso linguaggio delle tecnologie[102] e, se necessario a regolarle preventivamente. E questo non tanto in funzione frenante del progresso, ma, al contrario come accompagnamento di esso volto a favorirne un sano sviluppo dal punto di vista della garanzia e della protezione della persona umana, intesa quale fine e mai come mezzo.

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 […] 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"».

[99] Così sempre E. CHELI, *Conclusioni*, cit., 956., il quale prosegue: «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 […] 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».

[100] Sul punto autorevolmente A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; cfr. anche ID., *Le norme tecniche nello stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996; G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2021; E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2021.

[101] A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie,* cit., 728.

[102] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro della libertà*, in BioLaw Journal, 1/2019, 87-88

L'efficacia di questa nuova modalità di regolare il potere si annida proprio nelle regole tecniche e nell'interiorizzazione dei principi *by design* e *by default.* Del resto, come già stato osservato, la *lex informatica* è un «metodo di soluzione dei problemi giuridici posti dalla diffusione dell'informatica», la cui l'implementazione attraverso mezzi tecnici eviterebbe il problema dell'applicazione delle leggi nazionali e dell'armonizzazione del diritto[103]. Ma, d'altra parte, essa potrebbe condurre anche a un livello di tutela preventiva dei diritti degli individui, anticipando, almeno in una certa misura, taluni rischi che l'evoluzione tecnologica può paventare.

Ciò comporta, però, uno sforzo da parte del giurista nel senso di una sempre più spiccata capacità di avere un approccio interdisciplinare. Se saprà adottare punti di vista nuovi e aperti alle altre scienze, come nella favola, anche la tartaruga del diritto può arrivare a raggiungere la lepre della tecnologia. E regolare il suo comportamento.

[103] G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, cit., 836, la quale sul punto richiama J.R. REIDENBERG, *Lex informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas Law Review*, 1998, 553 ss.

L'USO DEI DPCM NELLA PIÙ RECENTE PRASSI DEI GOVERNI DI COALIZIONE*

MARIA ANTONELLA GLIATTA**

Sommario

1. Il "fattore tempo" nei processi di attuazione normativa. – 2. L'ipotesi dell'esistenza di un diretto collegamento fra l'uso della fonte secondaria *non* regolamentare e le trasformazioni della collegialità governativa nei modelli di governo di coalizione. – 3. Analisi della prassi nell'adozione dei dPCM: criteri e finalità della ricerca. – 3.1. Tipologia, natura e qualificazione. – 3.2. Aspetti procedimentali: iniziativa e proposta, concerti, deliberazione collegiale. – 4. *Segue*: i pareri del Comitato per la legislazione sull'uso dei dPCM.

Abstract

The most recent practice of adoption of the dPCM shows the transformations that have affected the Government during the Republican legislatures. The ways and forms of use of the dPCM show a functioning of the Government in relations between Ministers and between them and the Prime Minister who depart from the collegial model as described in art. 95 of the Constitution.
The practice of adopting presidential decrees reveals a use, on the one hand, not strictly monochromatic or presidentialist, of the source, on the other, a use attributable to a model that we could define as non-collegial cooperation between the Ministers and between them and the President of the Council which opens to more than one reflection.

Suggerimento di citazione
M.A. GLIATTA, *L'uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Ricercatrice di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi del Molise.
Contatto: maria.gliatta@unimol.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 "fattore tempo" nei processi di attuazione normativa

La crisi della potestà regolamentare del Governo ha cause ed assume forme non semplici da ricostruire. Le difficoltà sono di certo riconducibili alla complessità del fenomeno spesso denominato come "fuga dal regolamento". Come ampiamente indagato dalla dottrina, esso si sostanzia, infatti, in molteplici e differenti figure di deroga, più o meno ampie, alla disciplina procedimentale prevista nell'art. 17 della l. n. 400 del 1988. L'allontanamento dalla disciplina ha, di volta in volta, coinciso con fattispecie diverse, in una generale tendenza all'aggiramento delle forme previste per l'esercizio del potere regolamentare – innanzitutto la deliberazione del Consiglio dei Ministri – e dei vincoli di cui all'art. 17 (parere del Consiglio di Stato, pubblicazione in Gazzetta Ufficiale)[1]. Nella tendenza alla affermazione delle fonti governative sub-regolamentari (decreti ministeriali e dPCM), in uno spazio normativo naturalmente destinato ai regolamenti di cui all'art. 17, si coglie un profilo – tra gli altri – della più ampia crisi della legge del 1988 denunciata dalla dottrina in più di una occasione[2] e che ha suggerito a volte anche la via di una sua costituzionalizzazione[3]. Delegificazioni atipiche[4], rilegificazioni, decreti aventi natura non regolamentare[5], circolari[6] ed uso incrementale dei dPCM, sono alcune delle figure di deroga alla

[1] U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988)*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, 1991, 277 e ss.; più di recente, N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in Federalismi.it, n. 3 del 2017.

[2] Sulla fragilità della legge n. 400 del 1988, G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 332, e più recentemente ID., *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. CARETTI - E. ROSSI (a cura di), Osservatorio sulle fonti, 2009, Torino, 2010, 9 ss.

Di recente, e tra i molti, *Dimensioni ed effettività del potere regolamentare. A trent'anni dalla legge n. 400 del 1988* (a cura di) A. LUCARELLI, M. DELLA MORTE, in Federalismi.it, numero speciale 2 del 2017.

[3] Sulle ragioni di una possibile costituzionalizzazione della legge n. 400 del 1988, M. DELLA MORTE, *Il potere regolamentare tra sistematica ed effettività: tendenze e prospettive*, in Federalismi.it, numero speciale 2 del 2017, spec. 5 e ss.

[4] V. COCOZZA, *La delegificazione, Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, 2005; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, 1996; G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazione*, Torino, 1999; S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, 2001; G. MOBILIO, *Le delegificazioni autorizzate mediante decretazione d'urgenza quale fenomeno foriero di rilevanti spunti ricostruttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3 del 2011.

[5] V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3 del 2011; F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quad. Cost.*, 2003; M. GIANNELLI, *I decreti di "natura non regolamentare". Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2 del 2019.

[6] Si pensi al problematico utilizzo delle circolari in materia finanche coperte da riserva di legge, sul puto, G. BUCCI, *Una Circolare per circolare. A proposito delle politiche sull'immigrazione*, in Costituzionalismo.it, fasc. 1 del 2004; più recentemente, sia consentito il rinvio a M.A. GLIATTA,

disciplina normativa attraverso le quali si è andato di fatto disarticolando il tipo di fonte regolamentare, causandone la perdita delle funzioni e caratteristiche sue proprie[7].

Ciò riguarda il fattore tempo? Può dirsi che la fuga dal regolamento riguardi esigenze di velocizzazione dei processi attuativi?

Il fattore tempo non è chiaramente estraneo al livello dell'attuazione normativa. La necessità di procedure normative che garantiscano una certa efficacia dei processi è presente a diversi piani del discorso. A tal fine, basti solo richiamare la Relazione del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio recante "Criteri operativi per l'efficace attuazione del programma di governo" illustrata nel corso del Consiglio dei Ministri del 15 luglio 2021[8]. La relazione inquadra il fattore temporale come un essenziale parametro di efficienza, sottolineando le criticità emerse dall'analisi della prassi attuativa delle ultime legislature e la necessità di rafforzare i cronoprogrammi, anche alla luce di un necessario aumento del numero dei provvedimenti attuativi da adottare in seguito alle riforme previste dal PNNR. Per quanto si dirà nel prosieguo, è assai utile sottolineare come alcune delle principali criticità procedimentali emerse riguardano: 1) la fase di concertazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che interviene – dice la relazione – su circa il 70 per cento dello *stock* dei provvedimenti attuativi; 2) la fase di acquisizione del parere della Conferenza Stato – Regioni o della Conferenza Unificata. Proprio alla luce di ciò, e tenuto conto delle tempistiche necessarie all'acquisizione della concertazione di più Ministeri, la Relazione fissa l'obiettivo di ridurre la concertazione con le altre Amministrazioni solo laddove essenziale e di prevedere il concerto solo quando siano effettivamente interessate le competenze della Amministrazione di riferimento[9].

Governance *dell'immigrazione in Italia, crisi della legge e (non) ruolo dei regolamenti dell'esecutivo*, in Federalismi.it, numero speciale 2 del 2017.

[7] Ancora attualissime ed imprescindibili le considerazioni di L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Milano, 1966.

[8] La Relazione del Presidente Garofoli recante "Criteri operativi per l'efficace attuazione del programma di governo" è consultabile in http://www.programmagoverno.gov.it/it/notizie/provvedimenti-attuativi-della-xviii-legislatura-un-nuovo-metodo-operativo/

[9] Sulle virtuosità del concerto, quale strumento di dialogo e di sintesi tra competenze rigidamente separate, D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in Federalismi.it, n. 3 del 2017, il quale si riferisce all'adozione l dPCM del 1 aprile 2008, che disciplina "*le modalità, i criteri e le procedure per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, delle risorse finanziarie, dei rapporti di lavoro, delle attrezzature, arredi e beni strumentali relativi alla sanità penitenziaria*" come ipotesi virtuosa per la regolazione di una materia complessa.

Il fattore-tempo è, insomma, un parametro essenziale di valutazione dei procedimenti attuativi. Se per la realizzazione di un procedimento legislativo che voglia rappresentare la complessità delle istanze sociali la velocità – spesso ispiratrice dei tentativi di riforma costituzionale negli ultimi decenni – è, di certo, nociva, ciò non vale in egual misura al livello dell'attuazione normativa ed una tempestiva messa in atto delle disposizioni normative diventa un obiettivo perseguibile.

Il profilo temporale è stato più volte richiamato anche dal Comitato per la legislazione nell'esercizio della sua funzione consultiva. Durante il quinto turno di Presidenza (Presidente On. Andrea Giorgis 8 settembre 2016 – 7 luglio 2017) il Comitato ha svolto un ciclo di audizioni finalizzato ad analizzare il «sistema delle fonti nel contesto delle dinamiche politico-istituzionali attuali, con specifico riferimento alle problematiche connesse alle procedure di attuazione delle leggi e all'esercizio dei poteri normativi attribuiti al Governo nella pluralità e atipicità delle forme in cui essi concretamente si manifestano».

L'audizione del capo dell'ufficio legislativo del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, ad esempio, sottolinea, in relazione alla produzione normativa di livello secondario, oltre alla totale informalità dell'attività istruttoria «quasi del tutto affidata alla sensibilità dei vari dirigenti preposti alle strutture amministrative»; la mancanza di regole sulla partecipazione, sull'*expertise* tecnico-scientifico, sul concerto tecnico tra i vari Ministeri; l'inutile duplicazione dei controlli da parte del DAGL, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti, del Guardasigilli e di altre fasi procedurali.

Nello stesso ciclo di audizioni, nell'audizione della Sottosegretaria di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri, con funzioni di Segretario del Consiglio dei ministri, il Comitato solleva un problema collegato al rispetto della gerarchia delle fonti, ovvero un utilizzo improprio della normazione primaria per la modifica di discipline di fonte regolamentare. L'ipotesi sembra essere addirittura quella di una maggiore celerità del procedimento legislativo rispetto al procedimento di adozione di norme secondarie, quindi attraverso regolamenti, DPR, dPCM. L'audizione si conclude, infatti, con una esplicita richiesta di modifica della legge n. 400 del 1988 o delle altre norme che regolano le fonti secondarie, al fine di un suo alleggerimento nelle procedure e nella raccolta dei pareri ed evitare – così – il suo aggiramento attraverso l'uso di normazione primaria incidente su quella secondaria. Tuttavia, è lo stesso Comitato a sottolineare come le criticità procedimentali accusate di appesantire il ricorso alla fonte regolamentare, provocandone la sostanziale recessione addirittura in favore della legge, si rinvengono – senza particolari differenze – anche nei procedimenti di adozione delle fonti *non* regolamentari. Questo è – come si chiarirà in seguito – un punto centrale ai fini delle nostre riflessioni.

Insomma, il fattore temporale è di certo coinvolto nei procedimenti di attuazione normativa e ben chiare e fondate sono le preoccupazioni circa un eccessivo appesantimento delle procedure di attuazione per via regolamentare[10]. Tuttavia, esso non sembra essere l'unico fattore condizionante i processi di normazione secondaria.

La ricerca di cause ulteriori che incidono sui modi di esercizio della potestà regolamentare può diventare, quindi, tema di non secondario interesse. Elementi assai utili sembrano provenire dall'analisi degli aspetti procedimentali della prassi di adozione delle fonti non regolamentari e, tra queste, dei dPCM. Il procedimento di adozione dei dPCM appare fin da subito un *iter* fatto di concerti, intese, pareri niente affatto rapido che addirittura riproduce – ad un altro livello della gerarchia delle fonti – criticità ben note. Ciò conforta l'idea che esistano cause e ragioni ulteriori del ricorso a fonti non regolamentari. Possiamo ipotizzare che non sia tanto – o meglio non solo – il fattore tempo a condizionare la scelta della fonte e la recessione di quella regolamentare, ma che – nel consueto intreccio fra processi di normazione e trasformazioni della forma di governo – la fuga dal regolamento traduca una crisi della collegialità governativa così come sperimentata nei modelli di governo di coalizione su cui, quindi, appare necessaria una riflessione.

2. L' ipotesi dell'esistenza di un diretto collegamento fra l'uso della fonte secondaria *non* regolamentare e le trasformazioni della collegialità governativa nei modelli di governo di coalizione

L'ipotesi che sembra farsi avanti è – come si diceva – quella di un possibile diretto collegamento fra la maggiore frequente adozione di dPCM e le trasformazioni che hanno interessato il Governo nel corso delle legislature repubblicane[11]. Più direttamente, i modi e le forme di utilizzo dei dPCM sembrano restituire un certo funzionamento del Governo nelle relazioni fra Ministri e tra queste e il Presidente del Consiglio che si allontanano dal modello collegiale così come delineato nell'art. 95 Cost.

Come si vedrà nel corso del lavoro, la prassi di adozione dei decreti presidenziali rivela un utilizzo, per un verso, non propriamente monocratico o presidenzialista della fonte, come pure si sarebbe immediatamente portati a pensare considerando il *nomen iuris* e il tipo nella sua configurazione. Per l'altro, un utilizzo riconducibile ad un modello che potremmo definire di

[10] Di recente, G. TARLI BARBIERI, *L'attività regolamentare*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, spec. 191 e ss.

[11] Critico circa la possibilità di ricondurre a sistema le relazioni intercorrenti fra uso dei dPCM e le trasformazioni dei rapporti di forza tra le componenti dell'organo complesso Governo, pur riconoscendone lo stretto legame, D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., spec. 6 e ss.

cooperazione *non* collegiale tra i Ministri e tra questi e il Presidente del Consiglio che apre a più di una riflessione o – ancora più chiaramente – di *governance*.

Le esperienze di governo dell'ultima legislatura, ovvero quelle del Governo Conte I (dal 1° giugno 2018 al 5 settembre 2019), del Governo Conte II (dal 05/09/2019 al 13/02/2021) e del Governo Draghi (dal 13 febbraio 2021 ad oggi) sono senz'altro riconducibili al modello di governo di coalizione post-elettorale. L'ultima esperienza di governo ancora in corso è addirittura riferibile ad un modello di grande coalizione. Eppure esse non ne ripetono alcune delle principali caratteristiche, proponendone una versione – potrebbe dirsi – rivisitata[12].

Le caratteristiche dei modelli c.d. di coalizione sono state ampiamente descritte dalla dottrina[13]. Il primo ed essenziale elemento di qualificazione riguarda certamente l'indirizzo politico, la sua titolarità e configurazione e i modi del suo svolgimento. Nei modelli di coalizione, il contesto politico multipartitico entro cui origina l'accordo di coalizione comporta che la definizione dell'indirizzo politico di maggioranza sia l'esito di un processo di mediazione tra i molteplici interessi ed obiettivi programmatici delle forze politiche di governo. La formula associativa del Governo nei modelli di coalizione limita, infatti, l'operatività della regola di maggioranza ad un momento – potrebbe dirsi – iniziale. Ed, infatti, in seguito alla sua definizione nel programma di governo, la realizzazione dell'indirizzo politico segue ordinariamente lunghi e complessi processi di mediazione *fra* le parti. Ciò dipende necessariamente dalla circostanza per la quale nel modello di governo di coalizione le parti politiche non perdono la loro singolarità, ma rimangono tali «nella loro integrale e piena configurazione soggettiva; mantengono intatte le loro caratteristiche di organizzazioni aventi specifici interessi, modi autonomi di rappresentare le domande politiche (...)»[14]. Per questo motivo, dopo la sua definizione programmatica ad opera del Consiglio dei Ministri e l'approvazione della mozione di fiducia a maggioranza delle Camere[15], l'indirizzo politico si specifica e si realizza in un processo non più governato dalla regola della maggioranza, ma da quella della paritaria compartecipazione di tutte forze politiche al patto di coalizione. In

[12] S. PRISCO, *«Il governo di coalizione» rivisitato,* in ID., *Costituzione. Diritti umani. Forma di governo*, Torino, 2014, 161 e ss.

[13] Tra tutti, G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973.

[14] G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., 92.

[15] G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., 85, il quale sottolinea come nei governi di coalizione il salto dalla regola della paritarietà che determina il contenuto della politica nazionale alla regola della maggioranza avviene sulla base delle prescrizioni contenute negli artt. 64 e 94 Cost., le quali «trovano la loro ragione e la loro giustificazione nella necessità istituzionale di far sì che si operino scelte, che emergano volontà atte ad individuare tra i tanti fini che la politica nazionale propone (...) quei fini (...) che riescano ad emergere come possibili, perché sorretti dalla forza necessaria apprestata dal consenso sufficiente dei partiti politici».

termini più chiari, «se è stato uno sforzo mediativo a far scaturire l'accordo di governo, sarà ancora la mediazione a consentire che si attui»[16]. Il principio di paritarietà tende a trasferirsi «dalla determinazione della politica nazionale al piano della formazione dell'indirizzo», applicandosi l'art. 49 Cost. anche alle varie fasi di svolgimento dell'indirizzo politico.

Questa essenziale caratteristica del modello di governo di coalizione ha inevitabili conseguenze sull'intero funzionamento della forma di governo. La più rilevante, ai fini di una riflessione sui processi di attuazione normativa, riguarda il procedimento di formazione degli atti governativi e l'interpretazione della regola della collegialità *ex* art. 95 Cost. Nei modelli di coalizione, infatti, il principio della deliberazione collegiale degli atti governativi appare inevitabile, traducendo in regola di funzionamento del Governo la partecipazione dei partiti coalizzati alla compagine ministeriale. Proprio per questo motivo, il principio di collegialità assume un significato del tutto specifico. Esso impone di «individuare, di volta in volta e continuativamente, i modi e i contenuti che unifichino in un atto di proposta legislativa (...) le varie componenti del governo»[17]. La formazione degli atti governativi, specificativi dell'indirizzo politico, avviene necessariamente nel rispetto del principio di collegialità il quale assurge a principio generale che presiede alle relazioni fra Presidente e Consiglio dei Ministri. Tutti gli atti del Governo – non solo quelli legislativi – sono il frutto della mediazione politica tra i partiti coalizzati.

È chiaro come l'elaborazione del modello da parte della dottrina si riferisca ad un certo funzionamento della forma di governo in cui «la direzione politica monocratica assunse più la forma della mediazione che quella di un momento di elaborazione di un indirizzo governativo autonomo, orientato e dirimente»[18]. Il modello spesso noto come "Governo per ministeri", "Governo a direzione plurima dissociata"[19], più volte additato come causa di un eccessivo ridimensionamento del ruolo di direzione, promozione e coordinamento del

[16] G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., 140; per una posizione assai critica rispetto ai modelli consensuali, S. GALEOTTI, *Il potere di decisione*, *Posizioni di fatto e posizioni di diritto nell'esercizio del potere politico in Italia*, in ID., *Alla ricerca della governabilità*, Milano, 1982, spec. 139.

[17] G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., 154-155.

[18] R. CHERCHI, *L'Esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?*, *verso la "presidenzializzazione" del Governo?*, in Costituzionalismo.it, fasc. 3 del 2015, 138; sull'attività di mediazione del Presidente del Consiglio, di recente, I. CIOLLI, *Ascesa e declino dell'attività di mediazione politica. Dai governi di coalizione all'espansione dei poteri monocratici del Presidente del Consiglio*, in Costituzionalismo.it, fasc. n. 2 del 2017

[19] In tal senso, E. CHELI-V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Milano, Comunità, 1977, 49; S. CASSESE, *Esiste un Governo in Italia?*, Roma, 1980, 24 e ss.

Presidente del Consiglio[20], si andò delineando all'interno di un contesto politico caratterizzato da un sistema elettorale di tipo proporzionale, dalla presenza di partiti fortemente legittimati e radicati territorialmente[21] e dal fatto che raramente, dopo la fine della stagione degasperiana, il segretario del partito di maggioranza relativa svolgesse anche la funzione di Presidente del Consiglio.

In quel modello, il Consiglio dei Ministri, anche per la tendenziale mancata partecipazione al Governo dei segretari dei partiti di maggioranza, rappresentava spesso una sede di ratifica di decisioni assunte altrove: nei comitati interministeriali, i comitati di Ministri e i vertici informali cui partecipavano Ministri, dirigenti dei partiti e dei gruppi parlamentari, componenti di maggioranza e di opposizione nelle commissioni parlamentari, parti sociali[22].

In tale modello, anche il ruolo del Presidente del Consiglio assume contorni precisi. Esso esercita la sua attività di direzione della politica generale del governo, di mantenimento dell'unità dell'indirizzo politico e amministrativo, di promozione e di coordinamento dell'attività dei ministri al fine di realizzare l'indirizzo politico[23] e garantire l'unità dell'azione di governo. Nei governi di coalizione, l'attività di direzione del Presidente del Consiglio è una attività di mediazione *tra* e *insieme con* i partiti che compongono la coalizione[24]. L'attività di mediazione del Presidente del Consiglio non ne qualifica, quindi, la funzione in via esclusiva, essendo i Ministri pienamente parte di quella attività, di essa allo stesso tempo destinatari e soggetti attivi[25]. Ciò determina una influenza diretta sull'elaborazione degli atti che di quell'indirizzo sono specificazione.

Alla luce di quanto detto, l'interrogativo che si delinea è se o in che modo il modello – così come descritto – riceve oggi applicazione e quali conseguenze le sue trasformazioni innescano nei processi di produzione normativa, non solo legislativa. Come si diceva, le esperienze di governo dell'ultima legislatura sono classificabili nel tipo di governo di coalizione (nel Governo Draghi – addirittura – quasi tutti i gruppi parlamentari costituiti sono rappresentati in

[20] Da ultimo, F. BASSANINI, *Il rapporto tra il Presidente del Consiglio e i Ministri*, Relazione tenuta al Convegno di studi su *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, Roma, Università degli Studi LUISS Guido Carli, ora in *Astrid on line*, n. 9, 2019, 14.

[21] F. BASSANINI, *Il rapporto tra il Presidente del Consiglio e i Ministri*, cit., 14.

[22] R. CHERCHI, *L'Esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?*, cit., 138; ID., *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006, 360 e ss.

[23] Sull'oggetto della politica generale di governo, G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., 144 e ss.

[24] G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., 138, spec. 160 e ss.

[25] G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., 163; A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri*, Milano, 1981, 268, nota 39, parla di un coordinamento circolare, per descrivere «quella fattispecie in cui entrambi i soggetti del rapporto figurano allo stesso tempo come coordinanti e coordinati».

Consiglio dei ministri)[26]. Tuttavia, i rapporti interni al Consiglio dei ministri sembrano assumere una declinazione diversa, non riconducibile a quel significato forte di collegialità inteso quale paritaria compartecipazione di tutte le forze politiche alla specificazione dell'indirizzo politico. Come risulterà chiaro nell'analisi dei procedimenti di adozione dei dPCM, la collegialità assume forme diverse, disarticolate, non assembleari, in cui l'elaborazione dell'atto governativo appare spesso riconducibile all'interlocuzione con sedi ministeriali privilegiate. Non è un caso che la più attenta dottrina, nell'interpretazione delle più recenti trasformazioni istituzionali faccia riferimento al progressivo consolidamento di un "*inner Cabinet*", ovvero di un gabinetto ristretto, di assoluta fiducia del Presidente del Consiglio, titolare in via prioritaria del compito di esercitare l'indirizzo politico-finanziario del Paese[27]. Le alterazioni della collegialità provocate dall'assunzione di una posizione asimmetrica in capo al Ministro dell'Economia e delle Finanze sono – del resto – da tempo indagate dalla dottrina[28] ed in seguito accentuate dal ruolo progressivamente assunto di snodo e di interlocuzione con le istituzioni dell'Unione Europea[29]. Come si vedrà, anche nei procedimenti di adozione dei dPCM il ruolo del Ministro dell'Economia e delle Finanze è assolutamente protagonista.

Il consolidamento di forme più ristrette di relazioni consiliari bi- o trilaterali, spesso guidate dal Ministero dell'Economia, rappresentano una significativa trasformazione del funzionamento del Governo ed influenzano i modi di elaborazione degli atti normativi governativi. Per essere più espliciti, i procedimenti di adozione dei dPCM indiziano una crisi della collegialità intesa come assemblearismo e l'affermazione di una collegialità per la cui descrizione potrebbe ricorrersi alla nozione di *governance*[30] che mette in crisi il modello costituzionale. In altri termini, il maggiore ricorso ai dPCM non è né riconducibile in maniera prevalente al rafforzamento della figura del Presidente del

[26] Per un esame approfondito delle trasformazioni del modello di governo di coalizione, R. CHERCHI, *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006.

[27] C. DE FIORES, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in Costituzionalismo.it, fasc. 2 del 2021, 55.

[28] S. RODOTÀ, *La circolazione delle informazioni nell'apparato di governo*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *Analisi e prospettive*, Milano, 1977, 80 e ss., spec. 84, quando rileva «l'esistenza di fortissimi dislivelli all'interno dell'apparato di governo, ai quali contribuisce in modo notevole la distribuzione delle informazioni». Le sedi individuate come privilegiate sono il Ministero del Tesoro, dell'Interno, della Difesa.

[29] M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, in (a cura di) G. Grasso, con la collaborazione di R. Perrone, *Il Governo tra tecnica e politica*. Atti del seminario di Como 20 novembre, 2015, Napoli, 2016, 54.

[30] Sulla *governance*, tra i tanti e di recente, A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione del diritto*, Torino, 2018, pp. 26 ss., 200, 201, 202, 205, 206. Sulla *governance* europea, A. CANTARO, *Lo "Stato" europeo. La governance dell'Unione come potere economico governamentale*, in *Oss. cost.*, n. 2/2016; G. BUCCI, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2020.

Consiglio né solo ad esigenze collegate al fattore temporale, ma alla declinazione della decisione governativa come decisione di *governance*. Gli indizi in questo senso sono molteplici: l'atipicità – caratteristica dei meccanismi di *governance* – è un dato facilmente accertabile nei procedimenti di approvazione dei dPCM che per questo motivo non possono essere inquadrati in un tipo; il coinvolgimento di diversi attori, istituzionali e non: le Regioni, le organizzazioni sindacali, gli enti attuatori, etc... ripete il modulo plurale anch'esso tipico della decisione di *governance*. Per quest'ultimo profilo, a rilevare non solo più le trasformazioni dei rapporti endoconsiliari, ma tra i vari livelli di governo, ad esempio regionale o europeo, manifestando una certa arretratezza della l. n. 400 del 1988 a disciplinare il pluralismo istituzionale[31].

Le alterazioni o trasformazioni della collegialità, anche nei modelli di governo di coalizione, sembrano un elemento non trascurabile nell'opzione in favore dei dPCM ed avvicinano la decisione governativa, da un lato, al modello di decisione europeo e, dall'altro, al modello di decisione amministrativa. In questo senso, per altro, partecipano a quel più lungo processo di semplificazione e accentramento della decisione politica che in Italia ha preso avvio già a partire dagli anni Ottanta con le prime modifiche ai regolamenti parlamentari[32] e con l'avvio della stagione delle riforme sulla scia della democrazia decidente. La riduzione o alterazione della collegialità con l'accentramento della decisione in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri insieme ad uno o più ministri competenti per materia è senza dubbio riconducibile alle trasformazioni della forma di Governo italiana.

[31] Più ampiamente sul rapporto fra *governance* e partecipazione degli attori istituzionali e non, R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, Testo della relazione tenuta al Convegno "*Il federalismo come metodo di governo. le regole della democrazia deliberativa*" (Trento, 25-26 novembre 2010).

[32] Risalgono, infatti, a quegli anni i progetti di revisione costituzionale miranti ad una modifica in senso presidenzialista della forma di governo parlamentare, a partire dai lavori della Commissione bicamerale Bozzi del 1983, sul punto, A. BARBERA, *Una retrospettiva sulla commissione Bozzi e il nuovo percorso delle riforme tra plebiscito e* referendum, in *Scritti in onore di Aldo Bozzi*, Padova, 1992; e le prime modifiche ai regolamenti parlamentari di Camera e Senato. Di qualche anno precedente è la riforma del bilancio dello Stato, avvenuta con la legge n. 468 del 1978 che istituì la c.d. sessione di bilancio, si veda D. NOCILLA, *La riforma del Regolamento del Senato nel 1988*, in *Giornale di storia costituzionale: semestrale del laboratorio di storia costituzionale "Antoine Barnave"*, n. 15, 2008, 173-190; S. RISTUCCIA, *Il Parlamento nel processo di bilancio dopo la legge n. 468 del 1978*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4 del 1979, 875-903; P. DE IOANNA, *Dalla legge n. 468 del 1978 alla legge n. 362 del 1988: note sul primo decennio di applicazione della "legge finanziaria"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 1989, 205-227. Sempre agli anni Ottanta può farsi risalire la prassi, poi, definitivamente consolidata della c.d. questione di fiducia in senso tecnico, S. LABRIOLA, *Questione di fiducia e disegno di legge di conversione: note critiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 8-10, 1980, 1382 e ss.

3. Analisi della prassi nell'adozione dei dPCM: criteri e finalità della ricerca

Il consistente utilizzo dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri rappresenta una delle più rilevanti tendenze della produzione normativa più recente. Del resto, anche l'attenzione scientifica sul tema è rivelatrice di un certo peso del fenomeno[33]. Le trasformazioni che esso sottintende sono molteplici. Ad un primo e più immediato livello di analisi esso appare riconducibile al generale e plurindagato rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio dei ministri che senza dubbio e già a partire dall'approvazione della legge n. 400 del 1988[34], ha accompagnato le trasformazioni istituzionali in specie nel passaggio dalla c.d. prima alla c.d. seconda Repubblica. A tal proposito, ha del resto del resto da considerarsi che, anche solo da un punto di vista politico, l'approvazione del regolamento in Consiglio dei Ministri, pur seguendo il modulo della deliberazione collegiale, non può avvenire di certo senza il sostegno del Presidente del Consiglio.

Ad un livello di analisi ulteriore – come si diceva – il ricorso ai decreti presidenziali cela profili ancora diversi riconducibili a modifiche interne al Governo, concernenti le relazioni *con* e *tra* i Ministri, per la cui comprensione risulta molto utile un'analisi del procedimento di adozione che caratterizza la configurazione del tipo (o dei tipi) di fonte in discussione.

I profili procedurali significativi ai fini dell'analisi delle trasformazioni a cui ci si riferiva sono molteplici: le forme dell'approvazione, ovvero su iniziativa o proposta di uno o più organi, in concerto o previo intesa, il maggiore ricorrente coinvolgimento di alcuni Ministeri su altri, il coinvolgimento di altri organi, l'adozione previa deliberazione del Consiglio dei Ministri o meno.

[33] Tra i tanti, si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, 2018, spec. 107 e ss.; per un'analisi dettagliata delle prassi più recenti, D. DE LUNGO, Nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu: *considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2 del 2009, 2.

[34] Sul punto, N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, 3 del 2018, 168, per il quale «la legge n. 400 del 1988 pare dare un contributo importante al percorso di razionalizzazione della forma di governo parlamentare: non da sola, certo, ma assieme ad alcune altre "grandi leggi" ordinamentali (specie la legge n. 362 del 1988, sulle procedure finanziarie; alle leggi n. 183 del 1987 e n. 86 del 1989, sulle procedure europee; alla legge n. 142 del 1990, sulle autonomie locali; e infine alla legge n. 241 del 1990, sul procedimento amministrativo), oltre che alla riforma dei regolamenti parlamentari, con cui si realizza il superamento della prevalenza del voto segreto, che era rimasta sostanzialmente inalterata dall'epoca statutaria».

Di avviso contrario, ovvero nel senso che la legge n. 400 del 1988 costituisce un coerente svolgimento della disciplina costituzionale, G. RIVOSECCHI, *I riflessi dell'Unione Europea sul rapporto Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, cit., 366, per il quale la legge sulla presidenza del Consiglio si limitò a ribadire la contestuale affermazione del principio monocratico e di quello collegiale.

Per l'analisi della prassi e dei procedimenti di adozione ci si è avvalsi del motore di ricerca fornito dall'Ufficio per il programma di Governo[35] sui provvedimenti attuativi adottati e da adottare il quale facilita l'indagine sull'attuazione normativa tramite decreti presidenziali spesso resa complessa o dalla mancata pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, o dalla mancata numerazione e dall'assenza di report periodici, simili a quelli pubblicati per altre tipologie di fonti[36]. Supporto fondamentale all'analisi viene, poi, dai report offerti dal Comitato per la legislazione che aiutano a definire le prassi dell'attuazione[37].

L'analisi riguarderà l'arco temporale dell'ultima legislatura e quindi l'azione di tre Governi: Governo Conte I (dal 1 giugno 2018 al 5 settembre 2019); Governo Conte II (dal 05 settembre 2019 al 13 febbraio 2021); Governo Draghi (dal 13 febbraio 2021 ad oggi). L'arco temporale di riferimento prende in considerazione ovviamente anche il periodo di gestione dell'emergenza pandemica, ovvero quello intercorrente dalla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 recante la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario". Le peculiarità del periodo pandemico rendono chiaramente più rilevante il fattore temporale quale elemento condizionante i processi di attuazione normativa rispetto ad altri periodi e, quindi, non sono particolarmente funzionali ad un discorso generale sulle trasformazioni in atto[38]. È sicuramente vero che in questa fase lo strumento del dPCM è stato utilizzato – come mai prima – per disciplinare materie assai sensibili della vita associata. Tuttavia può fin d'ora anticiparsi come, pur rilevando in misura molto maggiore l'esigenza temporale, tutto sommato e riguardo ai moduli procedimentali non si rinviene una significativa discontinuità.

3.1 Tipologia, natura e qualificazione

Nel periodo del Governo Conte I (dal 1° giugno 2018 al 5 settembre 2019) in un campione di 43 dPCM esaminati dal punto di vista della qualificazione dell'atto: 8 dPCM si qualificano nel titolo come regolamenti, sono numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Di questi, 5 riguardano l'organizzazione dei

[35] In alcune occasioni il testo del dPCM non risulta allegato. Di questi non si terrà conto.

[36] Per un'avvertenza simile, D. DE LUNGO, Nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu: *considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2 del 2009, 2.

[37] Sull'importante del Comitato per la legislazione, D. PICCIONE, *l Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in Federalismi.it, n. 3 del 2017, spec. 10 e ss.

[38] Sull'uso dei dPCM in pandemia e specificamente sul ruolo del Parlamento, E. GRIGLIO, *La parlamentarizzazione dei DPCM "pandemici": un caso di inversione dell'onere della prova*, in Il Filangieri, Quaderno 2020, 27 e ss.; sullo stesso numero, N. LUPO, *Il parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, *ivi*, 145 e ss.

Ministeri, 1 l'organico della carriera diplomatica, 1 l'anticipo del TFS/TFR, 1 le modalità e i criteri di attivazione del servizio T-alert.

Nel periodo del Governo Conte II in un campione di 59 dPCM esaminati e dal punto di vista della qualificazione dell'atto: 8 dPCM si qualificano nel titolo come regolamenti, sono numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale ed 1 si qualifica regolamento, ma non reca numerazione né è pubblicato in Gazzetta Ufficiale. Di questi, 4 riguardano l'organizzazione dei Ministeri, 2 le modalità e criteri di riparto per l'erogazione di fondi e concessione di crediti d'imposta, 1 per l'individuazione dei beni e l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452, 1 in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, 1 in materia di notifiche degli incidenti sui sistemi informativi e servizi informatici.

Nel periodo del Governo Draghi e in un campione di 13 dPCM esaminati e dal punto di vista della qualificazione dell'atto: 2 dPCM si qualificano nel titolo come regolamenti, sono numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale, 3 si qualificano regolamento, ma non recano numerazione né è pubblicato in Gazzetta Ufficiale, 2 si qualificano regolamento, ma di questi non è allegato il testo del decreto. Di questi, 6 riguardano l'organizzazione dei Ministeri e 1 l'istituzione di un Comitato tecnico a supporto del CITE.

3.2 Aspetti procedimentali: iniziativa e proposta, concerti, deliberazione collegiale

Per quanto riguarda più direttamente gli aspetti procedimentali che attengono alle relazioni endoconsiliari, l'ipotesi dell'esistenza di un diretto collegamento fra il maggiore ricorso ai dPCM e le trasformazioni della collegialità nei modelli di coalizione ci suggerisce di guardare a precisi segmenti del procedimento di approvazione: l'approvazione su iniziativa o proposta di uno o più organi, il ricorso al concerto o al "previo intesa", il maggiore ricorrente coinvolgimento di alcuni Ministeri su altri, l'adozione previa deliberazione o parere del Consiglio dei Ministri.

Nel periodo del Governo Conte I, in un campione di 43 dPCM esaminati: sono adottati 2 volte su iniziativa del Presidente del Consiglio con altri Ministeri (Esteri e Istruzioni, Università e ricerca); sono adottati su proposta: 1 volta del Ministero dei beni e delle attività culturali; 7 volte del Ministero delle infrastrutture; 1 del Capo del Dipartimento della protezione civile; 2 del Ministero dell'Interno; 2 del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri- Segretario del CIPE; 2 dell'autorità di governo competente in materia di sport; 2 del Ministero delle politiche agricole; 1 del Ministero del lavoro; 1 del Ministero degli affari esteri; 2 del Ministero dell'Economia e delle finanze, 1 del Ministero dell'Ambiente, 1 del Ministero delle politiche giovanili.

In 5 casi i dPCM sono adottati sentito il Ministero dell'Economia e delle finanze; in 19 casi, ovvero quasi la metà del numero complessivo (ovvero 43), il dPCM è adottato previo concerto con il Ministero dell'Economia e delle finanze. Il modulo del concerto riguarda l'adozione complessivamente di 21 dPCM. In 6 casi il dPCM è adottato previo concerto del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Pubblica Amministrazione; in 1 caso previo concerto fra Ministero dell'Economia e delle Finanze e Ministero dell'ambiente, delle politiche agricole e del Ministero del turismo; in 1 caso previo concerto fra Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello sviluppo economico e Ministero del lavoro; in 1 caso fra Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Pubblica Amministrazione e dei beni e delle attività culturali; in 1 caso fra Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della salute e dell'istruzione; in 2 casi fra Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero del lavoro e della Pubblica Amministrazione; in 1 caso previo concerto con il Ministero dello sviluppo economico; in 1 caso previo concerto fra Ministeri degli Affari esteri e Ministero dell'Economia e delle Finanze; in 1 caso con i Ministri interessati; in 6 casi previo concerto del solo Ministero dell'Economia e delle Finanze.

In 6 casi, il dPCM è adottato vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Nel periodo del Governo Conte II, in un campione di 59 dPCM esaminati, 29 dPCM sono adottati su proposta: 5 volte del Ministero dell'Economia e delle finanze (di cui una con il Ministero dello sviluppo economico); 2 del Ministero delle infrastrutture; 1 del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali; 1 del Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione; 3 del Ministero per il Sud e la coesione territoriale; 5 del Ministero della Salute; 2 del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica; 1 del Ministero dell'Università e della ricerca; 2 del Ministero delle Pari opportunità e la famiglia; 1 del Ministero della Pubblica Amministrazione; 1 del Ministero degli Affari regionali e le Autonomie; 1 del Ministero delle politiche agricole e forestali; 1 del Ministero dei Beni e delle attività culturali (in questo caso il decreto è definito di natura non regolamentare); 1 del Ministero delle politiche giovanili; 1 del Capo del Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio.

Il modulo del concerto riguarda l'approvazione di 22 dPCM sul totale di 59 dPCM adottati nel periodo in considerazione. Anche in questo caso emerge un certo protagonismo del Ministero dell'Economia e delle finanze. Ed infatti, i dPCM sono adottati 7 volte su concerto del solo Ministero dell'Economia e delle Finanze; 2 su concerto del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero della Pubblica Amministrazione; 1 del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero dell'Istruzione, università e ricerca; 1 del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'autorità delegata per il

coordinamento della politica economica e la programmazione degli investimenti pubblici di interesse nazionale; 1 del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero dell'Interno, delle pari opportunità e la famiglia e dell'Istruzione, università e ricerca; 1 del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero dell'Interno; 1 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dell'Interno e delle Infrastrutture. In totale, il Ministero dell'Economia e delle finanze è coinvolto 14 volte nel concerto per l'adozione del provvedimento attuativo.

Per quanto riguarda i dPCM adottati con la formula "sentito il Ministro", particolare attenzione meritano i dPCM adottati in ragione dell'emergenza sanitaria da Covid19.

L'utilizzo di tale tipo di fonte per la gestione dei primi mesi di emergenza sanitaria ha impegnato – come noto – molte discussioni in dottrina e sollevato più di una critica[39]. Essi, però, riguardati dalla prospettiva che esamina le trasformazioni della collegialità assumono un altro significato. Paiono, infatti, confermare – forse esacerbandole – le trasformazioni che hanno riguardato il funzionamento del Governo e, quindi, la sua produzione normativa. Il dPCM 23 febbraio 2020 (Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19) è adottato sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze, nonché i Ministri dell'istruzione, delle infrastrutture e dei trasporti, dell' università e della ricerca, delle politiche agricole, dei beni e delle attività culturali e del turismo, del lavoro e delle politiche sociali, per la pubblica amministrazione e per le politiche giovanili e lo sport, nonché sentiti i Presidenti della Regione Lombardia e della Regione Veneto e il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni.

Il dPCM del 22 marzo 2020 sul lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni è adottato sentiti il Ministro dell'Interno, della Difesa, dell'Economia e delle Finanze, nonché i Ministri delle Infrastrutture e dei trasporti, dello Sviluppo economico, delle Politiche agricole alimentari e forestali, dei Beni e delle attività culturali e del turismo, del Lavoro e delle politiche sociali, per la Pubblica amministrazione, e per gli Affari regionali e le autonomie, nonché sentito il Presidente della conferenza dei presidenti delle regioni.

[39] Tra i tanti, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2020; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020.

Il dPCM del 1° aprile 2020 di attuazione della L. 35/2020 (conv. D.L. 19/2020), art. 2, comma 1 contenenti Misure urgenti per contenere e contrastare i rischi sanitari ed evitare la diffusione del Covid-19 su specifiche parti del territorio o sulla totalità, per periodi non superiori a trenta giorni, reiterabili e modificabili più volte fino al 31 luglio 2020 - Covid 19 sono adottati su proposta del ministero della salute, sentiti i ministeri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze, nonché i ministri dell'istruzione, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti, dell'università e della ricerca, delle politiche agricole alimentari e forestali, dei beni e delle attività culturali e del turismo, del lavoro e delle politiche sociali, per la pubblica amministrazione, per le politiche giovanili e lo sport, per gli affari regionali e le autonomie, nonché sentito il presidente della conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome. I procedimenti seguiti con il coinvolgimento di un numero significativo di Ministri, pur in assenza di decisione collegiale, confermano le alterazioni di cui si parlava.

Sono, poi, adottati: 1 dPCM sentiti il Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per il Sud e la coesione territoriale; 1 dPCM sentiti i Ministri dell'Università e della ricerca, della Transizione ecologica e dell'Economia e delle Finanze.

In 4 casi, il dPCM è adottato vista la deliberazione collegiale del Consiglio dei Ministri.

Nel periodo del Governo Draghi in un campione di 13 dPCM esaminati fino a far data all'agosto 2021, risultano adottati 7 volte su proposta: 1 del Ministero del Turismo, 1 del Ministero della Cultura, 1 del Ministero dello Sviluppo economico, 1 del Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile; 3 del Ministero dell'Economia e delle finanze. Questi ultimi 3 casi si riferiscono all'attuazione del PNNR per cui – come ricordato in apertura – il Governo si pone l'obiettivo di velocizzazione della capacità attuativa delle amministrazioni[40].

In 4 casi (sul totale di 13) il dPCM è adottato di concerto con il Ministero della Pubblica Amministrazione e il Ministero dell'Economia e delle finanze. In 3 casi il dPCM è adottato vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri.

4. *Segue*: i pareri del Comitato per la legislazione sull'uso dei dPCM

I pareri resi dal Comitato per la legislazione sull'uso dei dPCM danno puntuale conferma di quanto fino ad ora detto rilevando, in maniera sostanzialmente consolidata, l'adozione di procedimenti atipici. Tra gli altri, nel parere del 6

[40] Sulla *governance* del PNNR e sulla necessità di attuazione democratica del piano, di recente, M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud) rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in Costituzionalismo.it, n. 2 del 2021, spec. 6 e ss.

dicembre 2018 sul dPCM del 4 aprile 2019, il Comitato dice che, prevedendo la norma l'adozione di dPCM di concerto o su proposta di singoli ministri, «mutua per i DPCM, che rimangono, allo stato, nel nostro ordinamento, un "atto atipico", procedure proprie di atti di natura regolamentare».

Di tenore del tutto analogo il parere reso dal Comitato il 2 agosto 2018 sulla Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 86, recante disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri dei beni e delle attività culturali e del turismo, delle politiche agricole, alimentari e forestali e dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nonché in materia di famiglia e disabilità.

Si legge nel parere che più disposizioni del testo presentano profili problematici per quel che attiene l'utilizzo dello strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; in particolare, alcune disposizioni prevedono l'adozione di dPCM di concerto con singoli ministri. Si legge nel parere che «il DPCM risulta allo stato, nell'ordinamento, un atto atipico; pertanto un suo frequente utilizzo, mutuando peraltro procedure tipiche dell'adozione dei regolamenti, quali il concerto dei Ministri interessati, rischia di tradursi in un impiego non corretto delle fonti del diritto e in quel fenomeno che il Consiglio di Stato ha definito "fuga dal regolamento", fuga probabilmente indotta anche dalla complessità e dalla tempistica delle procedure per l'adozione di norme regolamentari».

A questo profilo, se ne aggiunge un altro che riguarda molti dei dPCM presi precedentemente a rassegna. Il parere si sofferma sulla disposizione che prevede la possibilità (fino al 30 giugno 2019) di adottare i regolamenti di organizzazione dei Ministeri, ivi inclusi quelli degli uffici di diretta collaborazione, con DPCM, con una deroga al procedimento ordinario stabilito dall'articolo 17, comma 4-bis, della legge n. 400 del 1988; tale procedimento prevede l'emanazione di regolamenti governativi di delegificazione, adottati con DPR, sentito il Consiglio di Stato e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia; la disposizione non prevede invece il parere delle Commissioni parlamentari competenti e rende facoltativa la previsione del parere del Consiglio di Stato; a seguito delle modifiche introdotte al Senato il ricorso a dPCM di riorganizzazione è previsto all'articolo 1, commi 8 (riordino strutture organizzative del Ministero dei beni e delle attività culturali) e 9 (riordino strutture organizzative del Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo), nonché all'articolo 2, comma 7 (riordino strutture organizzative del Ministero dell'ambiente); l'articolo 4-bis riproduce quanto già previsto in via transitoria dall'articolo 2, comma 10-ter, del decreto-legge n. 95 del 2012 e dall'articolo 16, comma 4, del decreto-legge n. 66 del 2014. A tale riguardo, si legge nel parere che il Comitato per la legislazione aveva segnalato come «la previsione non apparisse coerente con le esigenze di un appropriato utilizzo

delle fonti normative, in quanto si demandava ad un atto come il dPCM, ordinariamente a contenuto politico, la definizione di una disciplina che dovrebbe essere oggetto di una fonte secondaria del diritto e, segnatamente, di regolamenti emanati a norma dell'articolo 17, comma 4-bis, della legge n. 400 del 1988».

Nel parere resi sul decreto-legge n. 35/2019 (cd. "DL Sanità Calabria" AC 1816) e sul decreto-legge n. 32/2019 (cd. "DL Sbloccacantieri" AC 1898), il Comitato chiede una riflessione sulle procedure di nomina dei commissari straordinari, sempre più spesso operate con dPCM e in deroga a quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 400 del 1988" che, invece, prevede l'adozione di un DPR su proposta del Presidente del Consiglio previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Nello stesso parere ribadisce, poi, la necessità di una riflessione sui modi di utilizzo dei dPCM «che allo stato – ricorda la raccomandazione – rappresenta ancora, nonostante il suo frequente utilizzo nell'ordinamento, una fonte atipica»; la raccomandazione invita anche «a prendere in considerazione l'ipotesi di un'integrazione, a tal fine, del contenuto della legge n. 400 del 1988». Si ribadisce, poi, l'anomalia rappresentata dall'utilizzo di procedure regolamentari per l'adozione dei dPCM adottati di concerto con singoli ministeri o previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

Di tenore praticamente uguale, il parere del 10 marzo 2021 reso in occasione della Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1 marzo 2021, n. 22, recante disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri (C. 2915 Governo).

Le criticità rilevate dal Comitato per la legislazione e connesse alla forma assunta nella prassi di adozione dai dPCM paiono confermare che l'esigenza temporale non sia l'unico elemento condizionante la scelta di ricorso alla fonte e la strettissima e inevitabile aderenza alle trasformazioni della forma di governo e dei suoi modelli.

LEGISLAZIONE SPERIMENTALE E DECRETI LEGISLATIVI INTEGRATIVI E CORRETTIVI*

EDOARDO CATERINA**

Sommario

1. Premessa. – 2. Fisionomia e fisiologia della legislazione sperimentale. – 3. Il dibattito dottrinale sui decreti legislativi integrativi e correttivi: uno stato dell'arte. – 4. I decreti legislativi integrativi e correttivi negli anni 2016-2021: un bilancio a partire dalla prassi. – 5. Oltre i decreti correttivi: la sperimentazione contabile come caso di studio. – 6. Conclusioni. – Appendice: decreti legislativi integrativi e correttivi negli anni 2016-2021.

Abstract

*In the context of delegated legislation in Italy, the Government often makes use of the instrument of 'corrective legislative decrees' (*decreti legislativi integrativi e correttivi*), acts with which it is possible to amend an already adopted legislative decree. The presence of this instrument is often justified on the basis of the need to test the new legislative framework. This paper will analyse the 'corrective decrees' of the last five years and will test the correctness of this assumption. The conclusions are that, at present, the 'corrective decrees' in Italy hardly ever respond to a need for experimentation.*

Suggerimento di citazione

E. CATERINA, *Legislazione sperimentale e decreti legislativi integrativi e correttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell' Università degli Studi di Macerata.
Contatto: edoardo.caterina@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

Il tema dei decreti legislativi integrativi e correttivi è strettamente connesso con quello della legislazione sperimentale. In questo contributo si cercherà di chiarire la natura e la rilevanza costituzionale di questa relazione. Si partirà da una ricostruzione dogmatica della categoria della legislazione sperimentale. Quali caratteristiche deve avere un intervento normativo perché possa dirsi veramente "sperimentale"? Si passerà poi ad esaminare il fenomeno dei decreti legislativi integrativi e correttivi. Dopo avere ricostruito il vivace dibattito dottrinale che si è avuto su questo particolare ambito della legislazione, si effettuerà una indagine della prassi che si è avuta negli ultimi 5 anni (2016-2021) a cavallo tra le legislature XVII e XVIII. Si verificherà così empiricamente, analizzando anche alcuni casi di studio, se il legislatore abbia veramente impiegato questo strumento in un'ottica "sperimentale", o se invece sia stato mosso da diverse esigenze.

2. Fisionomia e fisiologia della legislazione sperimentale

Già Montesquieu scriveva "*il est même souvent à propos d'essayer une loi avant de l'établir*"[1] – "spesso è bene provare una legge prima di stabilirla". L'idea della legge sperimentale nasce non a caso con la stessa idea moderna di legge. Se il diritto giurisprudenziale rappresenta per sua stessa natura una normazione nata attraverso una lunga sperimentazione (la *regula iuris* si forma solo dopo un consolidarsi di precedenti e applicazioni costanti), la legge positiva che viene al mondo con la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale è come un infante di cui non si conoscono le effettive possibilità di sopravvivenza. E infatti, come ha ben scritto Peter Noll, ogni atto della legislazione positiva può essere visto come un esperimento in cui comportamento umano e realtà sociale costituiscono le variabili dipendenti[2]. Quando il potere legislativo inizia a identificarsi con la volontà del potere politico la legge si fa strumento sì di formidabile innovazione, possibile latore di "riforme di struttura", ma reca con sé anche l'incognita della sua futura concreta applicazione. Ha così origine il problema della *normatività* della legge. "Sperimentare" la legge può essere visto come una risposta a questo problema. Sperimentare significa in primo luogo *verificare.* Verificare se l'impianto normativo produce veramente gli effetti che si proponeva, se non debba essere perfezionato o migliorato a tal fine, se non debbano essere rimossi degli ostacoli che fanno "girare a vuoto" le disposizioni della legge. Il fine è fare in modo che la legge possa reggersi e camminare "con

[1] MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix*, Geneve 1748, vol. I, 19 (Libro II, cap. 2). Prosegue M.: "*La constitution de Rome et celle d'Athènes étaient très sages. Les arrêts du sénat avaient force de loi pendant un an; ils ne devenaient perpétuels que par la volonté du peuple*". Ed. italiana a cura di S. COTTA, *Lo spirito delle leggi*, vol. I, Torino 1952.

[2] P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg 1973, 76.

le proprie gambe". In senso proprio quindi per "legislazione sperimentale" si deve intendere una "legislazione in prova" (*erprobende Gesetzgebung*), laddove l'esperimento "mira a controllare, preventivamente e in senso ampio, una proposta di regolazione trasposta in una *legge provvisoria*"[3]; in questo modo si fa esperienza degli effetti delle misure provvisorie prima della loro fissazione *definitiva* nella legge[4]. Caratteristica chiave della legislazione sperimentale è quindi la scansione in due tempi: prima la fase sperimentale e quindi la decisione legislativa finale. Secondo Hans-Detlef Horn non deve essere considerata tuttavia legislazione sperimentale in senso stretto la "legislazione a tempo" (*Zeitgesetz*), e cioè quella legislazione che allo spirare di un certo termine condiziona la propria permanenza in vigore all'esito positivo di un controllo della sua esperienza applicativa[5]. Nella legislazione sperimentale vera e propria si deve comunque avere una "incertezza del legislatore" che sarà sciolta solo dalla esperienza applicativa grazie a un processo di *trial and error*, e non un semplice "tagliando" da apporre dopo un certo lasso di tempo. Da questo punto di vista non è sempre del tutto corretto parlare di "sperimentazione" con riferimento alle esigenze poste alla rapida evoluzione tecnologica in determinati ambiti dell'ordinamento: a ben vedere, qui spesso non si tratta tanto di "sperimentare", quanto di "aggiornare" un testo di legge ai mutati standard tecnologici. Ciò non toglie tuttavia che sia possibile, e forse auspicabile, anche una autentica sperimentazione legislativa in questo particolare contesto, al fine di testare nuovi modelli regolatorii "pioneristici" in settori del tutto nuovi ad ogni intervento normativo (si pensi, ad es., al caso della intelligenza artificiale)[6].

Date queste coordinate di fondo, occorre interrogarsi sulle *finalità* dell'esperimento legislativo. Sono a tal proposito immaginabili due scenari. Potremmo parlare di una sperimentazione dei *mezzi* e una sperimentazione dei *fini* della legge. In un caso ci si limita ad appurare se sia stata adeguata la scelta dei mezzi volti a conseguire un determinato obiettivo. Nell'altro caso la sperimentazione diventa, per così dire, esistenziale e può condurre ad un vero e proprio ripensamento, una *métanoia* legislativa. A giudizio di chi scrive, l'idea

[3] H.D. HORN, *Experimentelle Gesetzgebung*, Berlin 1989, 24.

[4] Mi pare del tutto in armonia con questa accezione la definizione di legislazione sperimentale fornita da E. DI STEFANO, *La legislazione sperimentale. Prospettive suggerite dal caso francese*, tesi di dottorato discussa nel 2011 all'Università di Pisa, online https://etd.adm.unipi.it/t/etd-12102011-101340/ : "perché possa parlarsi propriamente di legge sperimentale, occorre che ricorrano alcune condizioni fondamentali: cioè che sia fissato un termine, che questo sia stabilito *ab initio* nello stesso atto legislativo, che sia prevista una valutazione degli effetti prodotti attraverso modalità che possono essere variabili e che l'eventuale conferma definitiva della disciplina sia subordinata all'adozione di una legge ulteriore, la quale potrà apportare le modificazioni eventualmente ritenute necessarie alla luce dell'esperienza svolta" (p. 2).

[5] Cfr. *ivi*, 25 s.

[6] Sottolinea in questo *Fascicolo* questi profili: F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*.

di una sperimentazione "dei fini" risulta difficilmente conciliabile con la stessa idea di indirizzo politico presente nel nostro ordinamento[7] e che presuppone appunto la politicità della scelta dei fini della legge, scelta che non può essere certo derubricata a questione di mera tecnica legislativa. Se una legge viene giudicata da rivedere nei suoi stessi princìpi ispiratori, ciò non può che essere visto come un mutamento dell'indirizzo politico del legislatore (e cioè dell'asse Parlamento-Governo). L'idea del legislatore che si rende conto di avere "sbagliato obiettivo", si pente sinceramente e fa ammenda stravolgendo la legge già approvata pare ben fantasiosa nella concreta dinamica politico-istituzionale.

Da ultimo, si pongono due decisive domande pratiche: 1) quale deve essere la durata ideale dell'esperimento legislativo? 2) chi deve valutare i risultati dell'esperimento?

Alla prima domanda non si può ovviamente rispondere con un numero esatto di mesi o di giorni. Si può però affermare che vi è un tempo minimo perché la sperimentazione possa veramente dirsi tale. Ad esempio, il Consiglio di Stato, fornendo il proprio parere sul decreto correttivo alla riforma delle autorità portuali (cfr. anche *infra*) ha incidentalmente notato che "il periodo di poco più di un anno dall'approvazione della riforma costituisce un arco temporale limitato per una compiuta ed attendibile verifica delle ricadute applicative di una riforma di così ampio respiro e dai non trascurabili impatti sul settore" (parere 2199/2017). Vi è sì un certo margine di discrezionalità nel fissare la durata della fase sperimentale. Non si tratta tuttavia di una discrezionalità puramente politica, dal momento che la valutazione sui tempi necessari alla attuazione amministrativa e alla raccolta delle esperienze maturati presenta connotati chiaramente tecnici. Occorre una interazione tra tecnica, e cioè gli uffici dei ministeri interessati, e politica, e cioè il Parlamento. Il Parlamento, e non il Governo. Spetta al Parlamento, che detiene il potere legislativo, fissare i termini della "legge in prova". Se tale potere è esercitato dal Governo (ad es. con un decreto-legge), come pure spesso è avvenuto in Italia, si corre il rischio che il decisore politico, catturato dalla "ministerialità", assecondi esigenze anche patologiche della PA.

3. Il dibattito dottrinale sui decreti legislativi integrativi e correttivi: uno stato dell'arte

Che ne è nell'ordinamento italiano di questa normazione sperimentale di cui è stata tratteggiata una fisionomia ideale? Finora la dottrina si è concentrata sul fenomeno dei decreti legislativi integrativi e correttivi[8]. In essi sarebbe infatti

[7] Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano 1961, in part. 61 ss. e 146 ss.

[8] I primi, fondamentali, studi sul fenomeno sono quelli di Nicola Lupo e Marta Cartabia: N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi "correttivi": esperienze, problemi e prospettive*, Milano 1996; M. CARTABIA,

rinvenibile un "prototipo di legislazione per *trials and errors*"[9], costituito dalla possibilità di "integrare e correggere" i decreti legislativi entro un certo termine dalla loro emanazione. Essi, proprio come nella fisionomia ideale della legislazione sperimentale sopra descritta, sono chiamati non già a modificare l'impostazione complessiva del decreto delegato[10], ma solo ad operare una "messa a punto" dello stesso, affrontando i problemi emersi nella sua prima applicazione. In effetti, non sembrano presenti nel nostro ordinamento strumenti più aderenti dei decreti correttivi al modello di legislazione sperimentale in senso stretto. Eppure in un contesto dove ogni legge è sostanzialmente "precaria" non si deve porre eccessiva enfasi su questo meccanismo. Come è stato fatto giustamente notare, il Governo dispone di "un *carnet* di fonti e strumenti" attraverso cui dare seguito alle esigenze di integrazione e correzione; tali fonti sono in particolare "i decreti legge e/o la loro legge di conversione e la legge di bilancio"[11]. Ciò è confermato dalla circostanza per cui solo in una minoranza di casi il legislatore delegato si avvale della facoltà di emanare decreti legislativi integrativi e correttivi, a fronte di una previsione costante di una simile opzione nelle leggi delega, quasi alla stregua di una "clausola di salvaguardia"[12]. La dottrina finora si è soprattutto interrogata sui limiti posti dall'art. 76 Cost. a questo tipo di legislazione delegata[13], anche in ragione di alcune forzature che hanno visto in passato un impiego distorto dei decreti correttivi, volto in sostanza alla modificazione dei tratti fondamentali dei decreti principali in concomitanza con un cambiamento della maggioranza di governo[14]. Ci si è domandati dove finisca la mera "integrazione e correzione" e dove cominci la "modificazione". Il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, che ha fatto propria una lettura piuttosto restrittiva, pur ammettendo che i decreti correttivi non devono per forza intervenire per "fatti sopravvenuti". Non è qui opportuno ricostruire nel dettaglio la giurisprudenza, costituzionale,

Decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?, in F. Cocozza, S. Staiano (a cura di*), I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Torino 2001, 1, 65 ss. EAD., *L'effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi "integrativi e correttivi"*, in A. Bardusco, F. Pizzetti (a cura di), *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli. Alcuni casi emblematici*, Milano 1998.

[9] E. LONGO, *La legge precaria*, Torino 2017, 219.

[10] Cfr. *ex multis*, M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva,* in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano 2009, 78 ss.

[11] L. GORI, *Dalla «fonte» decreto legislativo integrativo e correttivo al «fine» di integrazione e correzione (tramite una pluralità di fonti)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 26.

[12] G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano 2016, 38.

[13] Si veda soprattutto: *ivi,* 33ss.

[14] Cfr. P. MILAZZO, *Turn-over della maggioranza parlamentare e processi di delega in alcune recenti esperienze*, in questa *Rivista*, n. 2/2008, 10 s.

amministrativa e delle Sezioni Unite, che si è soffermata sul fenomeno dei decreti correttivi ponendo alcuni limiti all'esercizio di questa particolare potestà legislativa del governo[15]. Basti il ricordare che le Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 733 del 1989) hanno definitivo l'integrazione come una modifica del significante e non del significato volta a "rendere esplicito l'implicito" e la correzione come una necessaria *reductio ad legitimitatem*. D'altra parte, la Corte costituzionale ha inteso, soprattutto nella sua sent. n. 206 del 2001, evitare che i decreti correttivi divenissero un *escamotage* per riaprire una delega già scaduta.

Questo *strict scrutiny* è stato fondato anche sulla circostanza per cui i decreti correttivi intervengono nella prassi su decreti legislativi le cui disposizioni non hanno "ancora avuto modo di esplicarsi applicativamente e, in tal guisa, almeno parzialmente sedimentarsi ovvero di avere l'agio di dimostrare se e quali lacune od imperfezioni esse effettivamente denotano"[16]. In altre parole, il passaggio logico sembra essere il seguente: ove si debba escludere che la integrazione/correzione sia frutto di una sperimentazione in concreto, occorre dimostrare in astratto *per tabulas* che essa non sia solo una "messa a punto" del decreto principale. Altrimenti ne risulterebbe una eccessiva deviazione da quell'idealtipo della integrazione/correzione tratteggiato dalla Corte costituzionale nella già menzionata sentenza e per il quale questa particolare decretazione "si presta ad essere utilizzata soprattutto in occasione di deleghe complesse, il cui esercizio può postulare un periodo di verifica, dopo la prima attuazione, e dunque la possibilità di apportare modifiche di dettaglio al corpo delle norme delegate, sulla base anche dell'esperienza o di rilievi ed esigenze avanzate dopo la loro emanazione, senza la necessità di far ricorso ad un nuovo procedimento legislativo parlamentare".

Valorizzando quest'ultimo passaggio si è sostenuto che la previsione di decreti correttivi sia giustificata solo nell'ambito di grandi processi di riforma che "data la loro complessità richied[ono] fin dall'inizio la previsione di

[15] Per una buona descrizione dello stato dell'arte in giurisprudenza in dottrina si rinvia da ultimo a L. GORI, *Dalla «fonte» decreto legislativo integrativo e correttivo al «fine» di integrazione e correzione (tramite una pluralità di fonti)*, cit.; una interessante ricostruzione si ritrova anche nel parere del Consiglio di Stato n. 1432 del 2018. Le coordinate essenziali sono attualmente date dalla sentenza della Corte costituzionale n. 206 del 2001, dal parere dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1750 del 2007 e dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 733 del 1989.

[16] Così il Consiglio di Stato nella già citata Adunanza plenaria n. 1750 del 2007. Qui si legge anche che la *ratio* della decretazione correttiva è "quella di consentire un breve periodo di sperimentazione delle riforme normative più complesse prima di radicarle definitivamente nell'ordinamento giuridico" e che "la finalità della previsione di un intervento correttivo e integrativo di decreti emanati sulla base della delega principale è quella di consentire una prima sperimentazione applicativa di questi, sperimentazione che sembra assumere i connotati di un presupposto indispensabile".

un'attuazione in più fasi"[17]. Tale giudizio è comprensibile se si identifica la *ratio* di un processo legislativo a due fasi in quella di affrontare più agevolmente la complessità di una riforma "spalmandola" su un di esteso arco temporale e su più provvedimenti delegati. In quest'ottica non avrebbe senso prevedere decreti correttivi quando l'intervento normativo fosse limitato a settori ben circoscritti. Se invece si assume come *ratio* quella della sperimentazione, allora non si vede perché solo le "grandi riforme" debbano essere sperimentate. Anche una legislazione microsettoriale potrebbe giovarsi di una messa alla prova. D'altro canto, non sembra corretto ridurre la funzione dei decreti correttivi a quella, in sostanza, di non sovraccaricare gli uffici legislativi. Né pare da ascrivere al legislatore virtuoso l'uso del decreto principale come "testa di ponte" normativa e dei decreti correttivi come strumento per rimediare da un lato a trascuratezze redazionali e per continuare, dall'altro, ad attuare la delega surrettiziamente oltre il termine posto dal decreto principale.

Infine, i termini. La poco lodevole prassi della proroga dei termini per l'emanazione dei decreti correttivi è nata insieme alla stessa decretazione correttiva[18]. La prima previsione di una legge delega che consentiva l'emanazione di decreti correttivi fu infatti quella della legge n. 825del 1971, art. 18 (si trattava della riforma tributaria). Il termine fissato dalla legge delega fu prorogato ripetutamente fino a coprire un arco temporale di ben 10 anni[19]. Le proroghe avvennero allora sempre con legge, di talché si ebbe una "autoemarginazione delle Camere"[20]. Quindi, nonostante fosse stato il Parlamento a decidere la proroga, il risultato fu comunque l'attrazione di un cruciale settore legislativo, quello tributario, nel "*domaine du gouvernement*"[21]. E questa sarebbe la fisiologia, giacché si è già detto che una proroga dei termini ad opera dello stesso governo, tramite decreto-legge, appare un aspetto patologico della decretazione correttiva. Circa quest'ultima prassi patologica, la dottrina e la giurisprudenza, dopo alcune perplessità iniziali, hanno negato che essa potesse configurare un vizio di legittimità costituzionale idoneo a travolgere i decreti correttivi emanati[22]. In entrambi casi, sia il Parlamento o sia il Governo a prorogare i

[17] Così G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, cit., 89.

[18] Per una attenta disamina della prassi nella XIV e XV legislatura: M. MAZZARELLA, *La decretazione correttiva e integrativa*, in E. Rossi (a cura di), *Le trasformazioni della delega legislativa*, Padova 2009, 269 ss. Qui l'A. distingue tra decreti correttivi "perfetti" e "successivi", a seconda che siano emanati sulla base di una delega contenuta nella legge delega originaria o in una successiva; il contributo segnala una netta prevalenza, tra le deleghe non comunitarie, dei decreti correttivi "successivi".

[19] Cfr. N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi "correttivi"…*, cit., 41.

[20] Così M. CARTABIA, *Decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?*, cit., 67.

[21] *Ibidem.*

[22] Cfr. N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi "correttivi"…*, cit., 43 s. e riferimenti ivi contenuti.

termini, l'allungamento dei tempi per l'emanazione dei decreti correttivi implica di per sé un accrescimento del ruolo del Governo nella legislazione.

In altre parole, in Italia la sperimentazione legislativa reca con sé sempre il rischio di uno slittamento di potestà normative dal Parlamento al Governo[23]. E ciò avviene, in sostanza, sia se, caso più grave, è il Governo stesso a prorogare i termini per l'emanazione dei decreti correttivi, sia se la proroga è decisa con legge parlamentare "classica". Come è stato da tempo notato[24], ogni delega per l'emanazione di disposizioni integrative e correttive contiene la previsione del parere parlamentare sugli schemi legislativi, quasi a "compensare il prolungato trasferimento del potere normativo al Governo"[25]. Si tratta invero di un contrappeso istituzionale piuttosto debole, dato il carattere notoriamente non vincolante dei pareri delle commissioni in sede consultiva e dati anche alcuni casi in cui il decreto correttivo è stato emanato senza il previo parere parlamentare, in quanto non espresso entro il termine previsto dalla legge delega[26]. In definitiva, sul ruolo delle commissioni parlamentari in questo particolare contesto valgono tutti quei rilievi che sono stati svolti in via generale dalla dottrina più attenta sulla attività consultiva delle commissioni parlamentari nell'ambito della legislazione delegata[27]. Si tratta, come è stato giustamente scritto, di una attività che corre "sul crinale fra controllo 'pseudotecnico' e corresponsabilità politica"[28] – uno strumento, cioè, essenzialmente di indirizzo: nulla quindi che possa avere autenticamente a che vedere con la funzione, genuinamente tecnica, della valutazione della prima attuazione delle deleghe "principali". Allo stato

[23] Nota giustamente che "marginalizza il Parlamento", la "possibilità di tornare sulla materia oltre il termine utilizzando l'*escamotage* dei decreti legislativi integrativi e correttivi, ecc., riservando poi ad una successiva fase (…) l'individuazione dell'effettiva portata della normativa posta in essere". P. MILAZZO, *Turn-over della maggioranza parlamentare e processi di delega in alcune recenti esperienze*, cit., 4,

[24] Si vedano: G. TARLI BARBIERI, *La grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo*, in P. Caretti, A. Ruggeri (a cura di), *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, Milano 2003, 73; A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge delega e decreto legislativo*, in *Enc. Dir.*, *agg.* VI, Milano 202, 697 ss. (713 s.).

[25] Così A. DI CAPUA, E. FERIOLI, *I pareri parlamentari sugli schemi di decreti legislativi nella XIV e XV legislatura*, in E. Rossi (a cura di), *Le trasformazioni della delega legislativa*, Padova 2009, 29 ss. (50).

[26] È il caso del d.lgs. 43/2018.

[27] Cfr. da ultimo l'ampia e brillante panoramica fatta su questa *Rivista* da F. PACINI, *Il concorso delle attività consultive nel procedimento delineato dalle deleghe legislative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Molte di queste tendenze sono ormai segnalate da quasi venti anni; si veda il volume: E. ROSSI (a cura di), *Il Parlamento "consulente". Dati e tendenze relativi alla funzione consultiva parlamentare nella XIII legislatura*, Napoli 2002 e, in particolare, in *ivi*, i contributi di E. FERIOLI, *I pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti di recepimento della normativa comunitaria nella XIII legislatura*, 71 ss. e P. FINELLI, *Per un'analisi dei pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo: l'attività della Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati durante la XIII legislatura*, 117 ss.

[28] Così F. PACINI, *Il concorso delle attività consultive…*, cit., 8.

attuale delle cose solo il Consiglio di Stato, nella sua veste di consulente del Governo, sembra potere assumere una simile funzione tecnico-giuridica; per questo ci concentreremo nel prosieguo sulla analisi dei pareri del Consiglio di Stato.

4. I decreti legislativi integrativi e correttivi negli anni 2016-2021: un bilancio a partire dalla prassi

I decreti legislativi integrativi e correttivi (canonicamente intitolati "Disposizioni integrative e correttive…") rappresentano un fenomeno tutto sommato contenuto all'interno del complessivo "stock legislativo". Nella XVII legislatura se ne contavano in tutto 19, appena il 7,4% dei 257 decreti legislativi complessivamente pubblicati[29]. Secondo la ricognizione fatta da chi scrive negli anni 2016-2021 sono stati pubblicati 28 decreti legislativi integrativi e correttivi (si veda l'*Appendice* per un elenco di tutti i decreti esaminati). Di questi circa un terzo (9) riguardano decreti legislativi principali derivati da leggi di delegazione europea. Se si considera che tra il 1996 e il 2015 sono state conferite 178 deleghe per l'integrazione e correzione dei decreti legislativi principali e che di queste ne sono state attuate 75[30], si può constatare come il ricorso a tali strumenti normativi stia gradualmente diminuendo. I motivi di questo declino sono già stati chiariti dalla dottrina più attenta[31]: l'irrigidimento della giurisprudenza costituzionale e la sempre maggiore complessità procedimentale dell'*iter* di adozione dei decreti correttivi hanno portato a un "*riflusso* delle esigenze integrativo-correttive verso altre fonti primarie"[32]. Pareri del Consiglio di Stato, delle commissioni parlamentari competenti, di autorità amministrative indipendenti[33], della Corte dei conti[34], pareri o intese in sede di Conferenza unificata o Conferenza Stato-Regioni, concerti tra ministeri, consultazioni con le organizzazioni sindacali[35]: questi gli aggravi procedurali più ricorrenti che contribuiscono a rendere lo strumento dei decreti correttivi meno attraente agli

[29] Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI – OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, Dati e tendenze della legislazione statale nella XVI e nella XVII Legislatura, 7, 6 giugno 2018.

[30] Dati riportati da D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuate*, Napoli 2017, 3. Si noti comunque che, stando ai dati riportati da DE LUNGO in *ibidem*, tra il 1996 e il 2015 le deleghe correttive assorbivano complessivamente circa il 15% delle deleghe attuate (75 su 486), il doppio della percentuale riscontrata nella XVII legislatura. Ulteriori dati (a partire dalla XV legislatura) si possono leggere in: F. PACINI, *Il concorso delle attività consultive…*, cit., 20 ss.

[31] Ancora una volta mi riferisco a L. GORI, *Dalla «fonte» decreto legislativo integrativo e correttivo al «fine» di integrazione e correzione (tramite una pluralità di fonti)*, cit.

[32] *Ibidem.*

[33] È il caso ad esempio dei d.lgs. 125/2019 e 160/2020, emanati previo parere del Garante per la protezione dei dati personali.

[34] È il caso dei d.lgs. 29/2018, 116/2018 e 114/2019.

[35] Si veda ad esempio il d.lgs. 172/2019.

occhi del Governo[36]. Del resto, questi adempimenti nulla hanno a che vedere con la sperimentazione legislativa. Essi sembrano pressoché tutti concepiti per assicurare la legalità costituzionale nell'ambito di questo particolare settore dell'attività normativa del Governo, predisponendo una rete di controlli tesa ad impedire un uso troppo disinvolto della decretazione correttiva e a evitare "sviste" degli uffici legislativi.

Ciò posto, i pareri resi dal Consiglio di Stato su questi decreti rappresentano una preziosa lente attraverso la quale leggere una prassi frammentaria e spesso problematica. In via preliminare va tuttavia chiarito che non tutti i decreti legislativi integrativi e correttivi sono emanati previo parere del Consiglio di Stato: nel periodo di riferimento il Consiglio di Stato è "intervenuto" su 11 dei 28 decreti emanati. Sono la legge delega o il Governo di propria iniziativa a decidere di volta in volta se richiedere o meno il parere del Consiglio di Stato. Questa attività consultiva ha dato luogo ad alcuni pareri che si segnalano per lo sforzo ricostruttivo operato dai giudici di Palazzo Spada: si vedano in particolare quelli sul decreto correttivo al testo unico delle società partecipate[37] (parere 14 marzo 2017, n. 638), sul decreto correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (parere 30 marzo 2017, n. 782), sul correttivo al decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169 sulla riorganizzazione delle autorità portuali (parere 24 ottobre 2017, n. 2199), sull'assorbimento del Corpo forestale dello Stato (parere 4 ottobre 2017, n. 2263) e, infine, sul Codice del Terzo Settore (parere 17 maggio 2018, n. 1432). In alcuni casi il Consiglio di Stato ha svolto un ruolo particolarmente proattivo soffermandosi ad analizzare non solo le disposizioni oggetto di modifiche, ma anche quelle per cui lo schema di decreto non proponeva integrazioni o correzioni (così ad es. il parere 638/2017). Il legislatore delegato in diversi casi non ha esitato a recepire i suggerimenti dei consiglieri di Stato, specie quando formulati con precisione[38], cosicché se, come è stato detto, il Parlamento (tramite i pareri delle commissioni competenti) è un *ghost writer* dei decreti principali[39], lo stesso può spesso valere anche per il Consiglio di Stato in relazione ai decreti correttivi. Nondimeno il ruolo principale del Consiglio di Stato, nell'ambito della sua attività consultiva sui decreti correttivi, sembra essere soprattutto quello di garante di una legalità procedurale. Nei numerosi "pareri

[36] Viene così meno quel tratto originario dei decreti correttivi che li vedeva strumento privilegiato in quanto il Governo vi poteva ricorrere senza troppe complicazioni procedurali (così M. CARTABIA, *Decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?*, cit., 73).

[37] Si tratta del primo parere reso su un decreto correttivo di un d.lgs. attuativo della "riforma Madia" (legge 124/2015).

[38] Ad esempio l'art. 21, co. 3-*bis* del d.lgs. 175/2016 è stato integralmente suggerito dal Consiglio di Stato nel suo parere 638/2017.

[39] Così P. RAMETTA, *La delega legislativa: un Parlamento ghostwriter? Il caso della legge delega n.42 del 2009*, in *Federalismi.it* 3/2015.

interlocutori" si richiede al Governo di sanare *deficit* procedurali relativi a quegli aggravi di cui si è già detto (concerti, intese, pareri)[40], o di allegare documenti mancanti all'istruttoria legislativa. Emerge così una "dialettica"[41] tra Consiglio di Stato e compagini ministeriali che ha incisivi effetti sull'*output* finale del "procedimento legislativo correttivo".

Da un lato i pareri del Consiglio di Stato delineano un modello di "decretazione correttiva" pienamente aderente all'idea di legislazione sperimentale sopra delineata, anche sul solco della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Palazzo Spada è ormai fermo nel ritenere che la funzione propria del decreto correttivo è quella di apportare al decreto legislativo principale "a seguito di un periodo di 'sperimentazione applicativa' (…) quelle modifiche necessarie per un miglior funzionamento, in sede applicativa, delle norme originariamente introdotte" (parere 638/2017), oltre che "per eliminare refusi o errori materiali e migliorare il coordinamento esterno con altri testi normativi" (parere 2199/2017). Ne consegue che "dovendo l'intervento legislativo correttivo ed integrativo essere finalizzato a rimediare ad eventuali difetti che siano emergersi in sede di sperimentazione attuativa della c.d. delega principale, è necessario che tale fase di sperimentazione risulti essersi effettivamente realizzata" (parere 1750/2007). A tal proposito, il Consiglio di Stato valorizza costantemente nei suoi pareri lo strumento della VIR come possibile mezzo istruttorio per l'impostazione del decreto correttivo e quale "punto di partenza essenziale per i successivi interventi correttivi e di *finetuning* della riforma" (parere n. 855 del 2016). In particolare, secondo questa consolidata "giurisprudenza consultiva"[42]:

> …la VIR e in generale il monitoraggio sono indispensabili per due ragioni:
> - da un lato, per verificare se la riforma ha effettivamente raggiunto gli obiettivi attesi, ha davvero migliorato l'attività di cittadini e imprese (e quindi, come si è detto, se la riforma "annunciata" è stata anche 'percepita' e 'rilevata');

[40] Si vedano ad esempio le convulse vicende che hanno preceduto l'emanazione del d.lgs. 4/2020, correttivo del "Codice della protezione civile", vertenti soprattutto sulla assenza dei concerti ministeriali richiesti (cfr. i pareri del Consiglio di Stato nn. 148 e 246 del 2020).

[41] Così L. GORI, *Dalla «fonte» decreto legislativo integrativo e correttivo al «fine» di integrazione e correzione (tramite una pluralità di fonti)*, cit., 17. Cfr. anche F. PACINI, *Il concorso delle attività consultive…*, cit., 13 che citando D. NOCILLA parla di un vero e proprio "braccio di ferro tra Amministrazioni e Consiglio di Stato".

[42] Ciò è stato affermato dapprima nel parere 1784/2016 e poi ripetuto costantemente nei pareri successivi (ad es. 638/2017, 2199/2017, 2263/2017). Nel parere 638 si aggiunge che "nel caso di specie, la scheda AIR – che dovrebbe fondarsi, come si è detto, sul monitoraggio e sulla valutazione ex post (tramite lo specifico strumento della VIR) del t.u. n. 175 del 2016 – risulta del tutto carente, perché tale scheda si sofferma, invece, principalmente sulla necessità di dare attuazione alla sentenza della Corte costituzionale, senza esaminare adeguatamente i molteplici aspetti relativi al funzionamento in concreto della riforma nei suoi primi mesi di attuazione".

- dall'altro, per predisporre su una base istruttoria seria e 'quantitativamente informata' i più efficaci interventi integrativi e correttivi.

In altri termini, l'analisi ex post (compiuta tramite la VIR) degli effetti dell'intervento iniziale deve trasfondersi, dopo una fase di prima attuazione adeguata e ben monitorata, nella costruzione di interventi integrativi e correttivi mirati. Dell'impatto auspicato di questi ultimi deve darsi conto nella scheda di AIR dell'intervento correttivo, che deve dare espressamente conto di tale processo, traendo il suo principale fondamento istruttorio proprio dalla VIR del testo da correggere.

Di converso, non si può fare ricorso allo strumento del decreto correttivo per esercitare parti della delega non attuate nel termine previsto dalla legge delega, né esso può costituire l'occasione per emanare una "nuova riforma", modificativa delle "scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega", ancorché nei limiti di quest'ultima (parere n. 782/2017). Il Consiglio di Stato esalta l'importanza della "fase cruciale dell'attuazione" in cui "spesso le riforme 'si perdono' nelle prassi amministrative conservative" (parere 638/2017).

Il modello ideale si scontra tuttavia con una realtà a volte ben diversa e in cui, in sintesi, i decreti correttivi sono emanati frettolosamente per rimediare alle mancanze del decreto principale, mancanze che erano ben note ed evidenti già al momento dell'esercizio della delega. Del tutto peculiare da questo punto di vista la vicenda del "seguito" della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale: qui i decreti correttivi sono serviti (come nel caso dei d.lgs. nn. 100, 118 e 126 del 2017) anche a sanare "il deficit partecipativo" rilevato dalla sentenza della Corte[43]. Casi particolarmente rilevanti e già esaminati con attenzione sono stati quelli dei decreti correttivi al Codice del Terzo Settore (d.lgs. 117/2017) e al Codice di contratti pubblici (d.lgs. 50/2016)[44]. Qui il Consiglio di Stato rileva come i decreti correttivi non intervenissero veramente nell'ottica di un perfezionamento dell'esperienza applicativa. Nel "parere interlocutorio" 1432/2018 sul Codice del terzo settore si rileva che "il Codice del terzo settore non risulta ancora aver avuto una sua 'prima attuazione', idonea come tale ad

[43] Sul punto il Consiglio di Stato si era pronunciato nel suo parere n. 83 del 2017 e la stessa 251/2016 sembrava alludere all'impiego dei decreti correttivi in tal senso. Sul ruolo dei decreti correttivi dopo la sent. Corte cost. 251/2016 si vedano: G. TARLI BARBIERI, *L'applicazione della sentenza della Corte costituzionale 251/2016*, in A. Corpaci, R. Del Punta, M.P. Monaco (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano 2018, 67 ss. (70 ss.); D. MARTIRE, *Brevi note alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Diritto Pubblico* 1/2017, 195 ss.; P. RAMETTA, *I riflessi della sentenza C. Cost. 251/2016 sul sistema delle fonti ad un anno dalla decisione*, in questa *Rivista*, n. 3/2017. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it;

[44] Cfr. L. GORI, *Dalla «fonte» decreto legislativo integrativo e correttivo al «fine» di integrazione e correzione (tramite una pluralità di fonti)*, cit., 18 s.: "questi casi fanno emergere come la delega legislativa integrativo-correttiva sia utilizzata per sanare carenze di impianto normativo e di qualità della regolazione che prescindono dall'attuazione concreta e da una adeguata verifica sull'eventuale implementazione, attraverso gli strumenti di analisi dell'impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e valutazione di impatto della regolamentazione che l'ordinamento prevede".

offrire una quadro di riflessioni 'sulla base anche dell'esperienza o di rilievi ed esigenze avanzate dopo la loro emanazione".

Né può essere considerato alla stregua del risultato di una sperimentazione applicata il d.lgs. 232/2017, correttivo del d.lgs. 169/2016, intitolato "Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali". Il Consiglio di Stato, nel parere n. 2199 del 2017, ha da un lato apprezzato il fatto che il correttivo si sia limitato appunto a "correggere", mantenendosi strettamente nei limiti segnati dal decreto legislativo principale; d'altra parte ha notato che "nella documentazione di accompagnamento dello schema di decreto in esame non vengono forniti elementi informativi sulla prima fase di attuazione della riforma". Nel parere ci si duole del mancato monitoraggio della riforma: "in coerenza con la funzione tipica del decreto correttivo, di strumento per apportare ad una riforma legislativa più ampia le modifiche necessarie per rimediare ad eventuali distorsioni applicative registrate nella fase di prima attuazione, sarebbe stata opportuna in questa occasione una prima ricognizione degli effetti della riforma del 2016 ed una analisi delle correzioni resesi conseguentemente necessarie". La stessa identica doglianza si ritrova anche nel parere sullo schema di d.lgs. 228/2017 in materia di riorganizzazione del Corpo forestale dello Stato (parere 2263/2017)[45].

Proseguendo in questa rassegna di decreti correttivi, il d.lgs. 217/2017 più che un correttivo rappresenta un vero e proprio "secondo atto" della complessiva riscrittura del "codice dell'amministrazione digitale" (CAD) avviata dal decreto principale, il d.lgs. 179/2016, dal momento che interviene su pressoché tutti gli articoli del CAD apportando innovazioni che vanno ben oltre l'integrazione/correzione (si pensi, ad es., all'introduzione di un sostanziale potere regolamentare in capo all'Agenzia per l'Italia digitale[46]). Nel contesto della digitalizzazione della PA sicuramente la sperimentazione di nuovi standard tecnici avrebbe potuto sicuramente essere di una qualche utilità, e tuttavia non vi

[45] "occorre rilevare che, nel caso di specie, la scheda AIR – che dovrebbe fondarsi, come si è detto, sul monitoraggio e sulla valutazione ex post (tramite lo specifico strumento della VIR) del d.lgs. n. 177 del 2016 – risulta sotto questo profilo carente, soffermandosi principalmente sui profili di necessaria, ulteriore implementazione della riforma al fine di conferire omogeneità alla nuova struttura amministrativa venutasi a creare, senza però esaminare adeguatamente i molteplici aspetti relativi al funzionamento in concreto della riforma nei suoi primi mesi di attuazione, rinviando a successive verifiche e monitoraggi il riscontro (…). Né, del resto, risulta essere stata allegata alla richiesta di parere una specifica scheda VIR. (…). Ciò non esime il Governo, per i futuri interventi, a tener conto dei rilievi sopra esposti ed a procedere necessariamente, prima dell'adozione di ciascun decreto correttivo, ad un'effettiva verifica ex post dell'impatto delle norme su cui si interviene, di cui dar conto adeguatamente nell'AIR del correttivo medesimo".

[46] Ai sensi dell'art. 71 CAD, come modificato dall'art. 63 del d.lgs. 217/2017, l'AgID "adotta Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice".

è traccia di una sperimentazione a monte di questo decreto correttivo[47], anche data la strettezza dei tempi previsti dalla legge delega per l'emanazione delle disposizioni integrative e correttive (12 mesi).

Nella relazione illustrativa al d.lgs. 172/2019, decreto correttivo al d.lgs. 95/2017, in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, si fa un generico riferimento alla finalità di "introdurre disposizioni che mirano a risolvere una serie di criticità emerse nell'applicazione della normativa in materia". Tuttavia, nota il parere 2862/2019 del Consiglio di Stato, "la relazione, pur menzionando tali criticità, si limita ad illustrare il contenuto dell'articolato, senza fornire, salvo che per alcune disposizioni, elementi istruttori idonei a far comprendere le criticità cui si fa riferimento e le correlative scelte poste alla base dell'intervento de quo". Segue la consueta reprimenda dei giudici amministrativi[48] e la connessa invocazione della VIR, grande assente nei dossier allegati agli schemi di decreti[49].

Casi eclatanti di evidente assenza di qualsiasi "sperimentalità" sono quelli dei decreti correttivi adottati prima della entrata in vigore del decreto principale. Ciò è avvenuto con il decreto correttivo (d.lgs. 147/2020) al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019). Curiosamente la legge delega, legge 155/2017, era una delle poche a non contenere una delega per l'adozione di disposizioni integrative e correttive in seguito all'emanazione del decreto legislativo. Ha provveduto in tal senso una leggina ad hoc, la legge 20/2019. L'entrata in vigore del Codice era stata quindi differita (salvo poche disposizioni) al primo settembre 2021 ad opera del decreto-legge 23/2020. Ciononostante, il Governo ha provveduto ad emanare il decreto correttivo già nell'ottobre 2020, forse a dispetto della stessa lettera della legge 20/2019 che, come da formulazione canonica, consentiva l'emanazione dei decreti correttivi "entro due anni dalla data di entrata in vigore" del decreto principale. Dire che il Governo può emanare decreti correttivi "entro due anni dalla data di entrata in vigore" del decreto principale consente l'emanazione dei detti decreti anche

[47] Si veda il parere n. 2122 del 2017 del Consiglio di Stato dal quale si evince che lo schema del decreto correttivo non era neppure corredato di una VIR del decreto principale.

[48] "Pertanto, la Sezione (…) deve sottolineare nuovamente l'esigenza che le relazioni illustrative diano compiutamente conto delle finalità dei provvedimenti normativi nonché degli strumenti e dei meccanismi giuridici approntati per conseguirle".

[49] "Inoltre, lo schema di decreto legislativo in esame non è corredato dalla verifica dell'impatto della regolamentazione (V.I.R.), strumento importante con il quale, tra l'altro, le Amministrazioni forniscono "attraverso un percorso trasparente di valutazione, un supporto informativo, basato sull'evidenza empirica, in merito alla perdurante utilità, all'efficacia ed all'efficienza di norme vigenti di impatto significativo su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, al fine di confermare o correggere le politiche adottate, proponendo interventi di integrazione, modifica o abrogazione". La predisposizione della V.I.R., in ordine ad una normativa già oggetto di recenti e significativi interventi di modifica, avrebbe consentito di meglio comprendere e cogliere le ulteriori esigenze di modificazione e integrazione della stessa".

prima della data di entrata in vigore? Se si prende buona la *ratio* sperimentale della decretazione correttiva la risposta dovrebbe essere negativa.

Caso che si preannuncia analogo pare quello della "riforma dello sport": cinque decreti attuativi[50] la cui entrata in vigore è stata rinviata al 31 dicembre 2023[51] dal decreto-legge 41/2021 (art. 30, commi 7-11), come convertito in legge dalla legge 69/2021. Il rinvio farà slittare automaticamente anche l'adozione dei decreti correttivi previsti dalla legge delega (86/2019) e richiesti a gran voce da quello stesso mondo associazionistico che ha esercitato pressioni affinché l'entrata in vigore venisse posticipata?

In una minoranza di decreti correttivi si possono trovare invece le tracce di una effettiva sperimentazione. Nel caso del decreto correttivo del d.lgs. 229/2017 che ha riformato il codice della nautica da diporto, dal parere del Consiglio di Stato (parere n. 796 del 2020) sembra evincersi che le disposizioni integrative e correttive fossero nate da effettive "problematiche sorte in sede applicativa"[52].

Ancora più significativo in tal senso è il d.lgs. 29/2018, "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 93, recante riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa". Nel preambolo di tale decreto si richiamano espressamente "i risultati della sperimentazione del bilancio di cassa per gli anni 2011-2012, svolta ai sensi dell'articolo 42, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196", e "le informazioni provenienti dalla sperimentazione in corso, ai fini dell'attuazione dell'articolo 34 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, come sostituito dall'articolo 3 del decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 93". Nel prossimo paragrafo esamineremo più nel dettaglio il caso della sperimentazione avvenuta nel lungo processo di riforma della contabilità dello Stato avviato dalla legge 196/2009.

[50] 36/2021 in materia di enti sportivo professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo; 37/2021in materia di rapporti di rappresentanza e di accesso ed esercizio della professione di agente sportivo; 38/2021 in materia di impianti sportivi; 39/2021 in materia di organismi sportivi; 40/2021 in materia di discipline sportive invernali.

[51] Salvo alcune disposizioni del d.lgs. 36/2021.

[52] Nel parere si dà anche conto di queste problematiche segnalate dall'Amministrazione: "In particolare, a seguito dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, si è registrato quanto segue:

- le articolazioni periferiche dell'Amministrazione, altre Amministrazioni ed Enti locali hanno avanzato numerose richieste di parere su questioni interpretative e applicative, talvolta di non facile soluzione;
- analogamente, imprese e cittadini hanno avanzato numerosi quesiti e richieste di chiarimenti sull'interpretazione di alcune delle nuove disposizioni;
- le consultazioni svolte dalla competente Direzione generale con le province e le città metropolitane, nonché con le associazioni e gli enti maggiormente rappresentativi del settore nautico diportistico, hanno confermato la necessità di modificare alcune delle vigenti disposizioni;
- è emersa la necessità di delineare con maggiore compiutezza i limiti degli effetti retroattivi delle novelle legislative e l'incidenza del principio di legittimo affidamento".

5. Oltre i decreti correttivi: la sperimentazione contabile come caso di studio

Abbiamo fin qui visto che i decreti legislativi integrativi e correttivi *possono* prestarsi ad essere strumenti di una legislazione sperimentale, e che tuttavia nella maggior parte dei casi essi sono concepiti per diverse finalità. Di converso, quello del decreto correttivo non è l'unico modulo con cui è possibile avviare una fase sperimentale prima della piena "messa a regime" di una riforma. Il panorama delle fonti italiano è caratterizzato dalla presenza di complesse catene normative che danno origine, specie quando si ha a che fare con la attuazione di "grandi riforme", a "filiere legislative" particolarmente elaborate in cui interagiscono leggi, atti aventi forza di legge e regolamenti governativi. Tutto ciò con il concorso di un gran numero di soggetti diversi: "un *decision making process* ormai partecipato e arricchito da vari pareri", come scrive il Consiglio di Stato (parere 638/2017). Nelle pieghe di questi processi, spesso della durata di molti anni, possono innestarsi fasi di sperimentazione. La sperimentazione, in particolare, può avere luogo non solo nel periodo compreso tra il decreto principale e il decreto correttivo, ma anche in quello tra la legge delega e il decreto delegato.

Un caso di studio che può aiutare a comprendere meglio le "vie italiane alla sperimentazione legislativa" è dato dalle vicende sorte in seguito alle riforme della contabilità pubblica degli ultimi 10 anni. Uno degli obiettivi di queste riforme era l'abbandono progressivo della redazione dei bilanci in termini di competenza e il passaggio all'esclusivo criterio di cassa. Si trattava di un cambiamento potenzialmente traumatico per una PA che da quasi un secolo impiegava un sistema misto di bilancio di competenza e cassa. Ne è sorta una catena normativa che ha coperto una durata di ben sette anni, intercorsi tra legge delega (2011) e decreto legislativo correttivo e integrativo (2018). Nel mezzo, due periodi di sperimentazione di due anni ciascuno (2011-2013 e 2016-2018).

La prima sperimentazione avviata in questo ambito è stata quella introdotta dall'art. 42 della nuova legge di contabilità pubblica (196/2009) come novellato dalla legge 39/2011. Essa si collocava nel contesto della delega quadriennale al Governo per il "riordino della disciplina per la gestione del bilancio dello Stato e del potenziamento della funzione del bilancio di cassa". In particolare, era il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato presso il MEF a dovere avviare la sperimentazione della durata massima di due esercizi finanziari. Il Ministro dell'economia e delle finanze avrebbe quindi trasmesso alle Commissioni parlamentari competenti per materia e alla Corte dei conti un rapporto sull'attività di sperimentazione. La sperimentazione si è effettivamente svolta negli

anni 2011-2012 e il Rapporto[53] ne illustra andamento e risultati. Obiettivo della sperimentazione era appunto quello di "realizzare il passaggio, nella predisposizione del bilancio annuale di previsione e degli altri documenti contabili dello Stato, dalla redazione in termini di competenza e cassa, alla redazione in termini di sola cassa"[54]. Le modalità della sperimentazione sono state definite, ai sensi della stessa legge 39/2011, da un decreto del MEF. Il decreto del MEF ha in particolare individuato le strutture ministeriali chiamate ad operare in via sperimentale con la nuova disciplina contabile.

Il decreto legislativo adottato sulla base della delega dell'art. 42 legge 196/2009 è stato il d.lgs. 93/2016 ("Riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa")[55]. Il detto decreto nel preambolo fa espresso riferimento ai "risultati della sperimentazione del bilancio di cassa per gli anni 2011-2012, svolta ai sensi dell'articolo 42, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196". Il d.lgs. 93/2016 a sua volta introduce, all'art. 9 co. 4, un'ulteriore sperimentazione relativa alla nuova disciplina degli impegni di spesa dettata dallo stesso decreto (art. 3 che ha novellato l'art. 34 della legge 196/2009)[56]. I risultati di questa nuova sperimentazione sono infine confluiti nel già citato decreto legislativo integrativo e correttivo 29/2018[57]. Ma la sperimentazione non si è arrestata con il decreto correttivo. Infatti, l'articolo 6 comma 4 del d. lgs. 29/2018 ha stabilito inoltre che le modalità per l'applicazione, in via sperimentale, della nuova disciplina contabile dell'"accertamento qualificato" siano definite con un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze[58]. Questo modulo di sperimentazione "attuativa-sublegislativa" si è protratto fino al 31 luglio 2021. Lo stesso d. lgs. 29/2018 (art. 6 co. 5) ha stabilito che, entro la fine della stessa sperimentazione, vengano modificate le norme inerenti le entrate contenute nel Regolamento di contabilità pubblica (R.D. 827/1924) al fine di armonizzarne la disciplina con

[53] Cfr. A.S. XVI, doc. XXVII, n. 44, *Rapporto sulla sperimentazione del bilancio di cassa*, online: http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/698411.pdf

[54] *Ivi*, 3 s.

[55] Il termine per l'esercizio della delega era stato differito prima dalla legge 89/2014 (art. 1, co. 5) e poi dalla legge 9/2016 (art. 1 co. 2 lett. *c*)).

[56] "il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato avvia, a partire dal 1° ottobre 2016, una sperimentazione della durata massima di 24 mesi. I termini e le modalità di attuazione della sperimentazione, nonché le tipologie di spesa interessate, sono definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare, sentita la Corte dei conti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Il Ministro dell'economia e delle finanze trasmette alle Commissioni parlamentari competenti per materia e alla Corte dei conti un rapporto sulla sperimentazione".

[57] Il termine per l'emanazione dei decreti integrativi e correttivi era originariamente fissato a 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto principale (in questo caso il d.lgs. 93/2016), poi allungato a 18 mesi dalla legge 19/2017 (art. 1 co. 4)

[58] Tale decreto è stato emanato in data 25 maggio 2018 (pubblicato nella G.U. n. 210 del 2018).

la nuova normativa. A quanto si legge nel "Rapporto sullo stato di attuazione della riforma della contabilità e finanza pubblica" allegato al DEF 2021, la riforma del Regolamento di contabilità pubblica è in corso di adozione (secondo il procedimento dettato dall'art. 17 co. 1 legge 400/1988)[59]. Vale la pena sottolineare che quest'ultima sperimentazione va ad incidere su di una fonte che, pur essendo formalmente secondaria, ha una particolare rilevanza materiale nell'ordinamento, tanto che è stata a più riprese modificata da leggi e atti aventi forza di legge e quindi parzialmente "legificata".

6. Conclusioni

Questa breve disamina della prassi più recente non può non sollecitare qualche considerazione critica. In un contesto di grande flessibilizzazione e, diciamolo, confusione del sistema delle fonti, nel regno insomma della "legge precaria", la sperimentazione della legge non ha trovato un terreno particolarmente fertile. O forse è vero l'inverso, che la legge è precaria proprio perché mal concepita e licenziata frettolosamente, spesso più per *marketing* politico che per effettive esigenze regolatorie. Sia come sia, la fonte più idonea sulla carta a recepire i risultati di una sperimentazione legislativa è quella del decreto legislativo correttivo, sulla base della VIR del decreto principale. Ma come si è potuto constatare, la VIR, nonostante gli auspici del Consiglio di Stato, è una *rara avis* (se non proprio un'araba fenice). È piuttosto indicativo che le poche forme di sperimentazione segnalate (quella attinente alla riforma della contabilità e quella relativa al codice della nautica da diporto) sono forme di sperimentazione tutte interne alla PA[60], in un contesto cioè dove ci si può facilmente servire della infrastruttura ministeriale ai fini di un monitoraggio. Al di fuori del perimetro interno della PA, la mancanza di un vero e proprio sistema istituzionalizzato di osservazione degli effetti dei provvedimenti legislativi rappresenta un ostacolo immane alla sperimentazione legislativa[61]. E ciò d'altra parte non può che avere effetti piuttosto gravi sulla complessiva qualità della legislazione: Peter Noll scriveva che il legislatore che omette di verificare lo stato di attuazione delle leggi è come il medico che tralascia di visitare il paziente dopo avergli prescritto una terapia[62].

[59] Cfr. DEF, DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA 2021, *Allegato*, *Rapporto sullo stato di attuazione della riforma della contabilità e finanza pubblica*, online: https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Attivit--i/Contabilit_e_finanza_pubblica/DEF/2021/Rapporto-sullo-stato-attuazione-legge-196_2009.pdf

[60] Distingue a tal proposito tra una "sperimentazione interna" e una "sperimentazione esterna": E. DI STEFANO, *La legislazione sperimentale…*, cit., 3.

[61] Sulla necessità di un simile sistema al fine di garantire l'effettività della legge: P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 146.

[62] *Ivi*, 147.

Quindi se si volesse trarre un bilancio, questi sarebbe più negativo che positivo. L'affermazione del nuovo ruolo della delega legislativa nell'ambito delle riforme degli anni Novanta aveva fatto guardare la dottrina costituzionalistica con una certa simpatia al fenomeno dei decreti legislativi integrativi e correttivi. Esattamente 20 anni fa una delle sue voci più illustri così si esprimeva[63]:

> Le deleghe per i decreti legislativi integrativi e correttivi si spiegano dunque anche come strumenti della sperimentazione, che permettono di testare le nuove norme nel momento della loro concreta attuazione (…).
>
> Per queste loro capacità di consentire sia la sperimentazione, sia l'attuazione graduale di riforme complesse, le deleghe correttive e integrative consentono la ripresa continua di un *work in progress* e rende più realizzabile il risultato auspicato, per quanto ambizioso esso sia.

Ebbene, a 20 anni di distanza è lecito dire che quelle aspirazioni non si sono realizzate. I decreti legislativi e correttivi di rado rispondono a logiche di sperimentazione, quasi sempre servono ad aggiustare testi di legge scritti in modo sciatto, allungare surrettiziamente i termini per l'esercizio della delega, venire incontro a pressioni politico-sociali di "controriforma"… senza passare dal Parlamento. Problematiche, queste, che riguardano non solo il rispetto dell'art. 76 Cost. (finora principale oggetto dell'attenzione dei costituzionalisti), ma anche la buona qualità della legislazione, compromessa da interventi legislativi sempre più sparpagliati[64], e il principio di legalità della azione amministrativa, messo a rischio da una certa autoreferenzialità di quegli apparati ministeriali che sono i veri *domini* della decretazione correttiva.

Del resto non è metodologicamente corretto guardare alla decretazione correttiva in modo isolato, perdendo di vista il complessivo (e caotico) dispiegarsi del fenomeno normativo tra fonti primarie e secondarie. La sperimentazione può ben avvenire a monte di un decreto legislativo principale, così come a valle, nel processo di adozione di quella variegata categoria di provvedimenti attuativi "dopo la legge"[65]; fonti, queste, certamente secondarie, ma talora di grande momento nella complessiva architettura regolatoria e, per così dire, "materialmente primarie".

[63] M. CARTABIA, *Decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?*, cit., 76. Non dissimili le considerazioni coeve di: A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge delega e decreto legislativo*, cit., 707.

[64] Vede nei decreti correttivi uno strumento con cui sono poste in essere "normative settoriali instabili e precarie", "con ripercussioni anche sulla certezza del diritto": G. TARLI BARBIERI, *L'applicazione della sentenza della Corte costituzionale 251/2016*, cit., 73.

[65] Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli 2018, 28 ss. Addirittura, in alcuni casi sono stati utilizzati per una sperimentazione normativa perfino i decreti-legge: così E. LONGO, *La legge precaria…*, cit., 239.

Appendice: decreti legislativi integrativi e correttivi negli anni 2016-2021

2016

- 91/2016, Disposizioni integrative e correttive ai decreti legislativi 28 gennaio 2014, n. 7 e 8, adottate ai sensi dell'articolo 1, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 244.
- 129/2016, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, recante attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.
- 141/2016, Disposizioni integrative al decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102, di attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.
- 185/2016, Disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi 15 giugno 2015, n. 81 e 14 settembre 2015, nn. 148, 149, 150 e 151, a norma dell'articolo 1, comma 13, della legge 10 dicembre 2014, n. 183.

2017

- 100/2017, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.
  Pareri CdS: 83 e 638/2017
- 118/2017, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116, recante modifiche all'articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera s), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare.
  Pareri CdS: 891/2017
- 126/2017, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 171, di attuazione della delega di cui all'articolo 11, comma 1, lettera p), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di dirigenza sanitaria.
  Pareri CdS: 898/2017
- 217/2017, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.
  Pareri CdS: 2122/2017
- 220/2017, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, di attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nonché della direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.
- 228/2017, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177, in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.
  Pareri CdS: 2263/2017
- 232/2017, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169, concernente le Autorità portuali.
  Pareri CdS: 2199/2017

2018

- 29/2018, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 93, recante riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa, in attuazione dell'articolo 42, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

- 43/2018, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 marzo 2017, n. 40, concernente: «Istituzione e disciplina del servizio civile universale, a norma dell'articolo 8 della legge 6 giugno 2016, n. 106»
- 95/2018, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della legge 6 giugno 2016, n. 106.
- 105/2018, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante: «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.»
  Pareri CdS: 1432 e 1897/2018
- 116/2018, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 90, in materia di completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato, in attuazione dell'articolo 40, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

2019
- 96/2019, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66, recante: «Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107»
- 114/2019, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, recante codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124.
- 116/2019, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 74, recante riorganizzazione dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura - AGEA e per il riordino del sistema dei controlli nel settore agroalimentare, in attuazione dell'articolo 15, della legge 28 luglio 2016, n. 154.
- 125/2019, Modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi 25 maggio 2017, n. 90 e n. 92, recanti attuazione della direttiva (UE) 2015/849, nonché attuazione della direttiva (UE) 2018/843 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.
- 165/2019, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 agosto 2017, n. 129, di attuazione della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE n. 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari.
- 172/2019, Disposizioni integrative e correttive, a norma dell'articolo 1, commi 2 e 3, della legge 1° dicembre 2018, n. 132, al decreto legislativo 29 maggio 2017, n. 95, recante: «Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».
  Pareri CdS: 2862/2019

2020
- 4/2020, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, recante: «Codice della protezione civile».
  Pareri CdS: 148 e 246/2020
- 36/2020, Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, nonché di adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.
- 102/2020, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 15 novembre 2017, n. 183, di attuazione della direttiva (UE) 2015/2193 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa alla limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni

inquinanti originati da impianti di combustione medi, nonché per il riordino del quadro normativo degli stabilimenti che producono emissioni nell'atmosfera, ai sensi dell'articolo 17 della legge 12 agosto 2016, n. 170.

- 147/2020, Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155.
  Pareri CdS: 811/2020
- 160/2020, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 novembre 2017, n. 229, concernente revisione ed integrazione del decreto legislativo 18 luglio 2005, n. 171, recante codice della nautica da diporto ed attuazione della direttiva 2003/44/CE, a norma dell'articolo 6 della legge 8 luglio 2003, n. 172, in attuazione dell'articolo 1, comma 5, della legge 7 ottobre 2015, n. 167.
  Pareri CdS: 189 e 796/2020
- 187/2020, Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 68, di attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa.

2021

Nessun decreto legislativo integrativo e correttivo da segnalare al 01.11.2021.

IL DIRITTO PARLAMENTARE "SPERIMENTALE"*

YLENIA MARIA CITINO**

Sommario

1. Introduzione: l'espansione del diritto parlamentare "sperimentale". – 2. Se il diritto parlamentare "sperimentale" possa costituire una nuova ed autonoma categoria di fonti di matrice fattuale. – 3. Il diritto sperimentale come intersezione non perfettamente coincidente fra procedure informali e regole transitorie. – 4. I casi di sperimentalità: l'abbozzo di un primo precedente in materia di sindacato ispettivo. – 4.1. Segue: in materia di interventi incidentali. – 4.2. In materia di pubblicità dei lavori parlamentari. – 4.3. Sui lavori del Comitato per la legislazione. – 4.4. In materia di raccordo fra la Camera dei Deputati e l'Unione Europea. – 4.5. In materia di contabilità e bilancio. – 4.6. In materia di deontologia: l'approvazione in via sperimentale del codice di condotta. – 5. Ulteriori casi minori di sperimentalità deliberati dal Senato. – 6. La sperimentazione coordinata: il caso della funzione consultiva della Commissione Affari costituzionali conseguente alla riforma del Titolo V. – 7. Alcune (in)costanti del diritto parlamentare "sperimentale". – 8. La sperimentazione "formalizzata": due esempi italiani e un caso tratto da un ordinamento straniero. – 9. Arrendersi all'abbandono dei regolamenti o ritrovare la legalità persa: un dilemma.

Abstract

This is the first article that identifies the category of "experimental parliamentary law" through a selection of some cases originating from the written opinions of the Rules of Procedure's Committees belonging to both chambers of the Italian Parliament. These opinions, in fact, when marked as "experimental", contain transitional and temporary rules, anticipating a coveted revision of the Parliamentary Rules. However, they stay in force for several time, even many years, and in most of the cases the revision is not accomplished. The article offers a preliminary investigation on what could possibly be included or not in this definition (such as the formalized experimentations), arguing that an extensive use of this mechanism to adopt derogatory provisions to the Parliament's Rules can affect the normativity of the latter, eventually provoking a constitutional issue.

Suggerimento di citazione

Y.M. CITINO, *Il diritto parlamentare "sperimentale"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Fellow re:constitution 2021/22. Dottoressa di ricerca in Scienze politiche, S.S.D. IUS/09, Dipartimento di Scienze Politiche – Università degli Studi di Roma Tre.

Contatto: yleniamaria.citino@uniroma3.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione: l'espansione del diritto parlamentare "sperimentale"

Con il superamento delle note teorie internistiche[1] è venuta definitivamente meno la tralatizia concezione del diritto parlamentare come ordinamento posto in condizioni di separatezza, financo "ontologica", rispetto all'ordinamento statale[2]. Anche il fenomeno costituzionale, difatti, non è riducibile al solo diritto, né alla sola politica[3].

Ciononostante, l'assodata permeabilità bidirezionale tra i livelli non impedisce che una inusuale fenomenologia di produzione di regole, contrassegnabile con l'etichetta di diritto parlamentare "sperimentale" si possa vagliare attraverso i canoni del principio di legalità[4]. Un'operazione che va compiuta tenendo presente l'incrocio fra l'elasticità costituzionale e la malleabilità del sistema parlamentare, incarnata dalla derogabilità delle proprie regole: tale incrocio, infatti, può condurre a risultati inattesi.

La ragione alla base di un simile studio è, come propone il titolo di questo paragrafo, la constatazione dell'espansione del diritto parlamentare sperimentale. Esso, infatti, negli ultimi anni sta compiendo su vari fronti un felpato lavoro di manutenzione dei regolamenti parlamentari, aggirando il percorso di revisione a *quorum* aggravato disegnato dall'art. 64 Cost.[5].

Fra le ragioni che stanno alla base di questo processo va annoverato indubbiamente un fattore di conservatorismo ormai assodato nel diritto parlamentare italiano: la tendenza alla continuità, che lo rende inadatto a recepire le novità attraverso una logica – si potrebbe dire – di interpretazione "conforme"[6].

[1] Su cui almeno S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari* (1906), ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, 249; F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, III, UTET, Torino, 1909, 253; G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2/1915, 360 e ss.; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), Giuffrè, Milano, 1964, 298 e ss.

[2] Sul principio di separatezza, oltre al classico di S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffré, Milano, 1957, anche M. MANETTI, *Regolamenti* parlamentari, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 658.

[3] Il riferimento è tutto a P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, PUF, Parigi, 1997, 5. Per la politicità del diritto come «spazio di libero apprezzamento e di ridefinizione» delle regole, cfr. P. CARNEVALE, *Una desaparecida a Palazzo della Consulta: la convenzione costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, 474.

[4] Il vincolo derivante da tale principio, a livello pratico, si traduce nel rispetto delle «disposizioni costituzionali relative all'ordinamento parlamentare» e nei «principi del regime costituzionale repubblicano» tra cui quello che prevede l'esercizio del potere «sovrano» attraverso regole generali ed astratte. Così, V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Giuffré, Milano, 2013, 16. Sul principio di legalità, come limite al diritto parlamentare, cfr. A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 2004.

[5] Sul punto, v. C. PINELLI, *Dalle "grandi riforme" alle "manutenzioni costituzionali". Ma di cosa parliamo?*, in *Il Parlamento dopo il Referendum costituzionale, Il Filangieri – Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2016, 7 ss.

[6] V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 7 e R. IBRIDO, *La "decodificazione" dei Regolamenti parlamentari del 1971, a cinquant'anni dalla loro adozione*, in *A cinquant'anni dai*

Come è stato ricostruito dalla dottrina, infatti, le vicende di "recupero" di testi regolamentari da stagioni politico-ordinamentali precedenti, se da un lato hanno consentito il mantenimento di una certa tradizione parlamentare, dall'altro lato hanno provocato l'ultrattività di norme non necessariamente ancora funzionali.

La linea continua che può tracciarsi dall'assemblea parlamentare subalpina al Parlamento dell'Italia repubblicana, passando per quello sabaudo, e rotta dalla riforma del 1971 in senso solo formale, ha incorporato una sorta di "disordine sistematico", derivante dall'innesto sequenziale di nuove regole materiali-fattuali, altrimenti dette "informali"[7]. In altre parole, l'assenza di "ristrutturazione" di antiche procedure, magari dettata dal loro essere ricognitive di immemori radici consuetudinarie, ha creato nel corso dei decenni aporie e contraddizioni che si sono aggiunte alle vicende fattuali, convenzionali e pratiche che popolano anche le norme di creazione più recente. Inoltre, il ripetuto fallimento degli sforzi di revisione dei regolamenti parlamentari ha foraggiato l'accettazione di correttivi per vie traverse, devianti rispetto alla riserva di competenza riconosciuta dalla Costituzione.

Lo sforzo di adattamento, dunque, sbocca sempre più irrimediabilmente in un diritto parlamentare "sperimentale", atto a innovare in maniera condizionale e transitoria, una disciplina regolamentare reputata non più confacente ad una determinata situazione.

Questa tendenza, non proprio recente ma attualmente in corso di valorizzazione, se collocata nel peculiare ambito materiale dell'ordinamento delle assemblee legislative, ha il pregio di "sanare" le inefficienze di un certo diritto scritto ormai "stantio". Ciononostante, richiede che si esaminino attentamente le possibili criticità, per capire se la rinuncia alla codificazione regolamentare sia ancora rimediabile ovvero se rappresenti l'inizio (o, vieppiù, l'atto finale) di un processo di destrutturazione materiale della fonte di rango primario del Parlamento[8].

Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive, Il Filangieri – Quaderno 2021, Jovene, Napoli, 2021, 68. Sull'interpretazione conforme e le correlate tecniche ermeneutiche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, invece, v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffré, Milano, 2006, spec. 73 ss.

[7] Sulla norma non scritta di stampo consuetudinario che ha retto le sorti dello Statuto albertino, se si vuole, Y.M. CITINO, *Lo Statuto albertino fra lettera e spirito: i mutamenti costituzionali nell'instaurazione del parlamentarismo statutario*, in *Nomos*, disponibile all'indirizzo: https://www.nomosleattualitaneldiritto.it/, 1, 2020, 1 ss.

[8] Sulla destrutturazione della fonte regolamentare, *ex multis*, R. IBRIDO, *La "decodificazione"*, cit., 61 ss.

2. Il diritto sperimentale come intersezione non perfettamente coincidente fra procedure informali e regole transitorie?

Le tesi che si stanno anticipando a proposito del diritto "sperimentale" troveranno una loro dimostrazione solo dopo la completa esposizione della discreta casistica prodotta soprattutto dai resoconti delle Giunte per il Regolamento delle due Camere[9].

Cionondimeno, può essere utile aprire tali riflessioni distinguendo almeno tre accezioni di tale fenomeno: a) un primo senso abbraccia una prospettiva più panoramica ed afferisce non solo agli *interna corporis* in discussione, bensì, se si vuole, a qualsiasi atto avente un contenuto normativo. Portando ad un livello ulteriore le suggestioni di un lavoro di Chevallier[10], infatti, va notato come tutti gli atti prescrittivi sono dotati di un carattere di sperimentazione, essendo finalizzati al raggiungimento di determinati obiettivi, come la tutela di un bene giuridico. Essi contengono in sé una scommessa sul futuro (*un pari sur l'avenir*): se tale scommessa è "persa", possono essere rimessi in discussione, nel pieno esercizio della discrezionalità a legiferare.

In questo senso, allora, prendendo alla lettera una sottolineatura fatta all'epoca dell'approvazione della riforma regolamentare del 1971 dall'allora Presidente della Camera, on. Pertini, tutto il diritto parlamentare può essere ritenuto un diritto "sperimentale": la riforma, come avvertiva il Presidente, non era *perfetta*, solo l'esperienza avrebbe potuto rivelare le lacune esistenti e il modo in cui queste avrebbero dovuto essere colmate. Solo l'esperienza, inoltre, avrebbe consentito di individuare i casi in cui "nuove norme si imporranno" per adattare la speciale società parlamentare alle continue evoluzioni dei tempi[11].

[9] Sul diritto sperimentale può trovarsi qualche cenno in R. IBRIDO, *Verso la "Riforma Boldrini": processi di scrittura del diritto parlamentare e ruolo della comparazione*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 2, 2014, 5 ss. e ID., *L'interpretazione del diritto parlamentare*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 82 ss.; P. RIDOLA, *I Regolamenti del 1971 e la centralità della democrazia parlamentare*, in A. MANZELLA (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, Il Mulino, Bologna, 2012, 241-250; M. MANETTI, *Regolamenti parlamentari*, cit., 638 ss. e ID., *La legittimazione del diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1990, 9; E. GRIGLIO, *I poteri di controllo del Parlamento italiano alla prova del bicameralismo paritario,* in *Il Parlamento dopo il Referendum*, cit., 219; G. PICCIRILLI, *Un ulteriore tassello nella de-codificazione del diritto parlamentare: il codice di condotta dei deputati*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 3, 2016, 4; S. SILEONI, *I codici di condotta per i parlamentari, tra diritto e politica*, in *DPCE Online*, disponibile all'indirizzo: www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, 4, 2019, 2764; E. SERAFIN, *L'evoluzione del regolamento del Senato come prodotto dell'esperienza*, in A. MANZELLA (a cura di), *I regolamenti*, cit., 73-79.

[10] J. CHEVALLIER, *Les lois experimentales*, in D. BOURCIER, C. THOMASSET (a cura di), *L'écriture du droit*, Éditions Diderot, Parigi, 1996, 167-203.

[11] A.C., Assemblea plenaria, seduta del 18 febbraio 1971, 25904.

Se si contrappone l'esperienza, come processo incompleto, all'idea di una disposizione *perfetta*, intesa nel senso latino del lemma, da *perficere*, ovvero "portare a termine", allora nell'idea pertiniana il diritto parlamentare è un diritto incompleto per definizione, anche quando è stato da poco riformato. Questo divenire perenne della materia parlamentare si incarna in maniera appagante con l'idea di sperimentazione e, altresì, con il metodo popperiano del *trial and error*: l'informalità e la negoziazione delle soluzioni parlamentari implica che la versione "definitivamente provvisoria" di una norma sia il risultato di vari tentativi[12]. Non solo: il regolamento sarebbe in questa prospettiva soltanto l'atto finale di una tale sperimentazione. La certificazione ultima di una regola che, ormai matura e "praticata" fra le forze politiche, può dignitosamente accedere al regime più formale delle norme approvate seguendo l'*iter* descritto dall'art. 64 Cost.[13]. La differenza, tuttavia, riguarda il regime di obbligatorietà giuridica che, nel caso del diritto parlamentare, è notoriamente meno stringente rispetto all'atto legislativo, data la peculiare applicabilità dell'eccezione *nemine contradicente*.

b) Una seconda accezione, più sfumata, riguarda l'uso della sperimentazione per compiere un test preventivo di efficacia su una specifica misura che si intende adottare. La dottrina francese fornisce un secondo appiglio descrittivo attraverso la teoria della "sociologia legislativa" di Carbonnier[14]: essa consiste nell'adottare un approccio non dogmatico alla produzione del diritto, per poter tener conto del "pluralismo normativo" che, nella società contemporanea, ha reso il diritto positivo uno solo dei metodi possibili di generazione di norme. E così, dunque, le sperimentazioni compiute secondo un approccio sociologico, riprendendo Carbonnier, possono preparare il terreno alla futura scrittura di atti normativi coerenti con le esigenze dei destinatari delle norme. Nel presente caso, dunque, entrerebbe in gioco quella speciale "sociologia parlamentare" risultante dalla ristretta ma rappresentativa comunità politica di cui si compone la Giunta. Tali dinamiche, nel loro svolgersi, preparano il terreno a possibili riforme regolamentari che non necessariamente, però, sono destinate a realizzarsi[15]. Talvolta, dunque, si menziona un passaggio sperimentale soltanto di sfuggita, per testare misure di tipo tecnico o di dettaglio. Se si

[12] Sul metodo *trial and error*, che rievoca il noto K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* (1934), trad. it., Einaudi, Torino, 1970, cfr. le intuizioni di P. RIDOLA, *I Regolamenti del 1971 e la centralità della democrazia parlamentare*, in A. MANZELLA (a cura di), *I Regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, Il Mulino, Bologna, 2012, 248 ss. nonché R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare*, cit., spec. 21, 82 e 430.

[13] Sul punto, G. PICCIRILLI, *Il «seguito» del precedente, da un procedimento all'altro*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente fra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2013, 147 ss., parla dei regolamenti come "punto di arrivo" del percorso di maturazione di un precedente.

[14] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Parigi, 1978, 282.

[15] Sul tema può essere utile nuovamente G. PICCIRILLI, *Il «seguito» del precedente*, cit., 145 ss.

considerano, infatti, tutti i casi in cui i pareri o i resoconti delle Giunte per il Regolamento accennano alla sperimentalità, è possibile individuare un limitato insieme in cui tale riferimento è soltanto abbozzato. Il test sperimentale appare casualmente come un passaggio giuridicamente fittizio, un collaudo, atto a correggere eventuali errori prima di procedere alla reale approvazione della misura, ma senza che ad esso si attribuisca un significato peculiare. Non è, dunque, portatore di conseguenze giuridicamente o politicamente tangibili. Questo "falso" o "ingannevole" diritto sperimentale racchiude, per lo più, riferimenti sporadici e risalenti a legislature più antiche, in cui l'*esperienza* o l'*esperimento* di una misura sono visti come un semplice catalizzatore di eventuali, ma incerte, trasformazioni regolamentari. Così, dunque, ci sembra di poter classificare, ad esempio, il parere in merito alla sperimentazione di nuove tecniche di resocontazione stenografica presso il Senato della Repubblica.

c) Una terza accezione, invece, individuerebbe il diritto parlamentare sperimentale "propriamente detto" avvalendosi di due ulteriori ramificazioni: esso è non solo quel diritto parlamentare che, come si analizzerà più avanti, si autoqualifica come tale, ma in rari casi è anche quello "formalizzato", che conferisce carattere puntualmente provvisorio alle proprie norme, anche se poi la provvisorietà non è assecondata, rivelandosi una sorta di tacita clausola di un'intesa politica[16]. L'ambito del diritto sperimentale verrebbe, così, ad essere solo parzialmente coincidente con il diritto informale: da quest'ultimo sfuggirebbero le sperimentazioni che si potrebbero definire, appunto, "formalizzate". Ma solo nel caso del diritto sperimentale non formalizzato si può correttamente affermare che la vincolatività delle sue previsioni transitorie dipende in maniera esclusiva dalla persuasività politica che promana dagli autori dell'innovazione: tali regole, dunque, sembrano assimilabili quantomeno alle convenzioni, se non anche alle regole di correttezza e di cortesia istituzionale. L'unico "giudice" autorizzato ad assicurare il rispetto dei vincoli procedurali disposti sperimentalmente dai pareri della Giunta sarebbe, al più, il Presidente d'Assemblea.

Infine, proprio con riferimento a questo largo insieme di pareri sperimentali, si può cogliere un'ulteriore sfumatura fra quei testi che nascono con un sincero intento di sperimentare, ovvero collaudare una certa disciplina, prima di sottoporre il regolamento a modifiche permanenti, e quegli altri testi che la Giunta approva celando una sorta di *reservatio mentis*. Quest'ultima, se dichiarata, rivelerebbe la consapevolezza che la prospettiva di stabilizzare le regole in nuove norme regolamentari è ben lontana dalla realtà. Se un esempio di "sincerità" nella via della sperimentazione può essere certamente rinvenuto nei pareri in materia di pubblicità dei lavori parlamentari, al contrario, un chiaro caso di

[16] Come si spiegherà nel §8 con riferimento all'art. 154 Reg. Cam.

reservatio mentis offusca la reale sperimentalità dei pareri in materia di contabilità e bilancio, rivelando, al contrario, un più verosimile intento di bypassare ed eludere le strettoie del quorum aggravato di cui all'art. 64 Cost.

Fatta questa premessa, che mette a fuoco le problematiche teoriche legate al tentativo di inquadramento che si sta per compiere, è ora possibile spostare la lente di osservazione sulla parte quantitativamente più importante del diritto sperimentale, ossia quello che si esplica attraverso atti interni, adottati in assenza di una meta-norma sulla produzione giuridica. Esso racchiude principalmente quei pareri emessi dal 2000 in poi, nei quali il riferimento alla "fase sperimentale" o alla "procedura sperimentale" assume una valenza specifica e circostanziata. La sperimentazione è, così, qualcosa di giuridicamente rilevante: le decisioni prese producono conseguenze tangibili che incidono sulla sfera applicativa delle norme regolamentari.

Anche le supposizioni teoriche qui introdotte, dunque, verranno sottoposte a un *test*, per capire, alla fine di questo scritto, quali tra le accezioni appena descritte, si possa attagliare meglio al fenomeno in discussione.

3. Se il diritto parlamentare "sperimentale" possa costituire una nuova ed autonoma categoria di fonti di matrice fattuale

In coerenza con le sue radici tardo-ottocentesche[17], il diritto parlamentare è ancora fermamente caratterizzato da un certo grado di flessibilità derivante dallo speciale ambito da esso disciplinato, a cavallo fra il giuridico e il politico[18]. La cedevolezza intrisa di politicità oggi, più che nel passato, assoggetta il diritto parlamentare a un inarrestabile processo di disarticolazione delle fonti. In tal senso, a proposito di una particolare categoria di atti interni – i pareri della Giunta per il Regolamento – si è parlato di uso promiscuo di strumenti interpretativi e normativi, allo stesso tempo causa ed effetto della decodificazione e conseguente fuga dal regolamento[19].

Oggetto della presente ricerca è l'esame di un sottoinsieme di tali pareri, connotati dall'autoqualifica della "sperimentalità": essi saranno identificati, commentati e classificati. Una volta compiuta tale rassegna, si tenterà di rintracciare un novero di caratteristiche che possano conferire omogeneità alla categoria individuata per poi compiere alcune riflessioni conclusive sulla

[17] R. FERRARI ZUMBINI, *Il mosaico regolamentare nelle Camere subalpine del 1848*, in *Giorn. st. cost.*, 15/2008, 17-23, che descrive l'espansione per vie traverse dei regolamenti, all'interno di un panorama costituzionale accentuatamente mobile.

[18] Non si può che fare rinvio al classico di G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1986, spec. 88.

[19] R. IBRIDO, *La "decodificazione"*, cit., 79 ss. I pareri, così come le circolari e le lettere presidenziali o i singoli precedenti non offrono, però, lo stesso grado di stabilità dato dai regolamenti. Così, N. LUPO, *Il precedente nel parlamentarismo maggioritario*, in ID. (a cura di), *Il precedente parlamentare*, cit., 12.

compatibilità di tale casistica con il principio costituzionale della riserva di regolamento parlamentare e, più in generale, con il sistema delle fonti caratteristico del diritto parlamentare[20].

I pareri sperimentali, infatti, sembrano costituire una insolita specie di fonti di matrice fattuale, *extra ordinem natae*[21]: il termine "fonti" può attagliarsi a tale fenomeno solo se inteso come un fattore di produzione di norme atipico (perché privo di una fonte di validità legale) ed eclettico (perché fuoriesce dal solco del diritto strettamente inteso). Tali fonti, poi, sono frutto di un'attività interna del Parlamento ma produttiva, come si vedrà, di riflessi su fattispecie esterne.

Come accennato, il c.d. "diritto parlamentare sperimentale", del quale si sta per compiere una prima "mappatura", ha come epicentro le Giunte per il Regolamento[22]. Questi organi interni alle Camere sono, infatti, abilitati dai regolamenti parlamentari ad emettere pareri in funzione interpretativa. In conformità al terzo comma dell'art. 16 Reg. Cam., la Giunta ha il compito di proporre all'Assemblea le modificazioni e le aggiunte al Regolamento rese necessarie dall'*esperienza*[23]. Non si riscontra alcuna corrispondenza nella disciplina dell'omologa Giunta operante presso il Senato. L'art. 18, co. 3, Reg. Sen., infatti, conferisce alla Giunta «l'iniziativa o l'esame di ogni proposta di modificazione del Regolamento e il parere su questioni di interpretazione», senza menzionare l'esperienza. Questo termine per noi così importante, dunque, appare citato soltanto una volta[24].

[20] Cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 28, per la distinzione fra fonti in senso tecnico (la Costituzione, le leggi costituzionali e ordinarie, i regolamenti parlamentari e le norme interne minori, gli statuti dei partiti, i regolamenti dei gruppi e le consuetudini parlamentari) e fonti in senso atecnico (le convenzioni, la prassi, i precedenti, la giurisprudenza camerale, la correttezza parlamentare). Sulla prassi, volendo, Y.M. CITINO, *Quale parametricità delle prassi parlamentari nei giudizi della corte costituzionale?*, in *Rass. parl.*, 2, 2017, 285 e ss.

[21] Sul punto, possono essere utili le tesi sostenute a suo tempo da M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, cit., *passim*.

[22] Sulla pubblicità dei pareri della Giunta e sulla loro più marcata formalizzazione, v. A. RIEZZO, *La raccolta dei precedenti alla Camera nell'evoluzione delle strutture amministrative*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente*, cit., 70.

[23] La formula tipizzata in tale articolo, peraltro, rappresenta emblematicamente un esempio di continuità parlamentare, consistendo in una trasposizione di una norma regolamentare ancora più risalente. L'art. 18 del testo del 1888, infatti, specificava che «La Giunta permanente per il Regolamento interno della Camera, nominata a termini dell'art. 12 lett. a), verrà proponendo, durante la sessione, le modificazioni e le aggiunte al Regolamento che l'esperienza mostrerà necessarie. Ad essa sarà deferito lo studio di qualunque proposta relativa al Regolamento».

[24] Ma ad esso si fa riferimento, ad esempio, nel corso della storica decisione assunta dalla Presidente Iotti per superare il blocco ostruzionista: i risultati dell'esperienza come presupposto di modifiche regolamentari rappresentano una clausola studiata per oggettivare talune scelte di revisione. L'esperienza sola dimostrerebbe, in uno spirito di garanzia democratica, la strada giusta per compiere certe modifiche. Cfr. A.C., VIII Leg., Assemblea plenaria, seduta del 4 novembre 1981, 35408 e ss.

Eppure, al canonico potere consultivo e di proposta sembra essersene aggiunto uno diverso, più creativo, talvolta, di tipo referente.

Come si vedrà più avanti, è arduo, se non impossibile, trovare una norma sulla produzione giuridica che conferisca alla Giunta un'attribuzione di tal fatta. Il diritto parlamentare sperimentale, come fonte non tipizzata, si innerva o sulle mancate previsioni dei regolamenti o su norme regolamentari obsolete o poco funzionali. Così, dunque, secondo un criterio sostanziale, sembrerebbero potersi distinguere due tipi di effetti: un diritto sperimentale "innovativo" e un diritto sperimentale "derogatorio". Talvolta la distinzione è nitida, come nel caso dell'introduzione sperimentale del Codice di condotta dei deputati, sino ad allora mai disciplinato, o nell'inverso caso della modifica del termine di durata della presidenza del Comitato per la legislazione, attraverso un parere che esplicita il suo carattere derogatorio di una norma regolamentare che non è mai stata modificata per recepire l'emendamento. Talvolta, invece, i profili di deroga e di innovazione del regolamento si mischiano, come quando un parere ha ampliato, in via sperimentale, i poteri della Commissione Affari costituzionali della Camera, al fine di poter procedere agli adeguamenti resi necessari dalla riforma del Titolo V.

Una forma embrionale di tale ircocervo normativo si può rintracciare in un riferimento contenuto nella relazione al Progetto di riforma dei regolamenti del 1971, firmata dagli onn. Bozzi, Luzzatto e Rognoni. Il documento, infatti, sottoponeva alla decisione finale dell'Assemblea una nuova sistemazione non solo degli istituti tradizionali, ma anche di procedure «non collaudate», specificandosi che solo la loro applicazione pratica avrebbe potuto rivelare le imperfezioni che «l'esperienza indurrà a correggere»[25].

Per trovare un appiglio a questa inedita condizione, allora, sembra possibile, a chi scrive, la via del riferimento al classico principio dell'effettività[26]. Come rileva una consolidata dottrina, infatti, nel corso delle vicende di un ordinamento è dato riscontrare l'esistenza di atti e fatti che ricevono solo dall'esterno la loro efficacia normativa[27]. Alla base non vi sono, dunque, parametri che

[25] A.C., V Leg., Doc. II, n. 1, Progetto di nuovo regolamento, 11.

[26] A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 416-417; M. NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1710 ss.

[27] C. ESPOSITO, *Consuetudine (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, §4; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 940 ss.; F. MODUGNO, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli «interna corporis acta» delle Camere*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, II, Giuffrè, Milano, 1970, 1337; S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1959, *passim*; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2008, 12 e ss.; R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Prassi, convenzioni e*

orientino tale funzione dispositiva, ma vicende e comportamenti che generano norme in maniera indipendente. Le consuetudini sono un tipico esempio che è ben presente nella realtà parlamentare. Oltre ad esse, dunque, vi è tutto un insieme di materiali fattuali che incidono sullo svolgimento della forma di governo e che si caratterizzano per il fatto che, come direbbe Crisafulli, fonte di produzione e fonte di validità sembrano identificarsi, ovvero trovano la loro ragione di essere in sé stessi[28].

Quanto al rilievo della dubbia giuridicità del cascame delle varie vicende sperimentali, trattandosi di un tema complesso che necessita dei risultati del riscontro casistico, si rinvia alle argomentazioni svolte nella parte conclusiva del presente contributo.

4. I casi di sperimentalità: l'abbozzo di un primo precedente in materia di sindacato ispettivo

I primi cenni di un diritto sperimentale si possono rinvenire undici anni dopo la riforma regolamentare del 1971. Nel 1982 i resoconti di seduta degli organi collegiali sono ancora molto stringati[29] e così si può solo immaginare il dibattito di più di due ore che, il 2 marzo, porta la Giunta per il Regolamento della Camera ad esaminare, fra i punti all'ordine del giorno, «l'introduzione, in via sperimentale, del *question time*». Il tema verrà ripreso nella discussione del 10 settembre, nella quale la Giunta concorda, con un'unanimità inficiata dalle ampie riserve di un deputato, la «possibilità di avvio sperimentale del *question time*, secondo lo schema a suo tempo distribuito». Pur non essendo rimasta traccia di tale schema, qualche precisazione si ottiene da una successiva seduta d'Assemblea, che riprende la proposta della Giunta con cui si introduce nel diritto parlamentare l'istituto dell'interrogazione *a risposta immediata*[30]. Esso consiste, si spiega, in una domanda, «quindi, in sostanza, in un interrogativo

consuetudini nel diritto costituzionale. Atti del XXIX Convegno annuale Catanzaro, 16-18 ottobre 2014, Jovene, Napoli, 2015, 3.

[28] Su tema, G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, *Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Napoli, 14-15 giugno 2019*, Ed. Scientifica, Napoli, 2020, 45 e ss.; volendo, Y.M. CITINO, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. GDP*, disponibile all'indirizzo: https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa, 2, 2021, 40 ss. e ID., *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Ed. Scient., Napoli, 2021.

[29] Non essendosi, infatti, ancora verificata la riforma tesa a limitare il ricorso al voto segreto, i resoconti della Giunta «per una consolidata tradizione di riservatezza sugli *interna corporis*, erano stati caratterizzati da un tipo di resocontazione molto sintetica». Cfr. A. RIEZZO, *La raccolta dei precedenti alla Camera, nell'evoluzione delle strutture amministrative*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente*, cit., 58. Così, dunque, si prendeva nota dei parlamentari intervenuti e si riassumevano le conclusioni raggiunte. Non resta traccia, invece, dei processi deliberativi.

[30] A.C., IX Leg., Assemblea plenaria, seduta del 12 ottobre 1983, 1996 ss.

su un fatto preciso sul quale si chiede al Governo una risposta altrettanto netta e precisa»[31]. Secondo la formulazione dell'art. 135-*bis* appena introdotto, si tratta di «interrogazioni consistenti in una pura e semplice domanda al Governo, senza alcun commento», di iniziativa del singolo deputato. Soltanto nella versione modificata dell'articolo, a partire dal 24 settembre 1997, si preciserà la natura dell'istituto, che deve constare «in una sola domanda, formulata in modo chiaro e conciso su un argomento di rilevanza generale, connotato da urgenza o particolare attualità politica».

Ad ogni modo, nel 1983 questa novella regolamentare è vista dagli estensori come una "sperimentazione", in seguito alla quale si avrà modo di «valutare meglio le necessarie forme di compatibilità, di concorrenza, di ammissibilità delle interrogazioni ordinarie, nonché ogni altro problema che dovesse essere sollevato». Infatti, l'on. Barbera interviene a sottolineare l'importanza di questa innovazione «a carattere sperimentale», che introduce un nuovo canale di dialogo fra il Parlamento e il Governo nel suo dovere di informare: «si sperimentano più moderni ed efficaci poteri di controllo sperimentale» con l'obiettivo di «rivitalizzare gli strumenti del sindacato ispettivo attraverso l'utilizzazione dei mezzi che il progresso tecnologico ci offre»[32].

Occorre rimarcare, tuttavia, che questo primo accenno alla "sperimentalità" si pone in maniera differente rispetto ai casi successivi. L'introduzione del *question time*, infatti, non avviene con fonti sub-regolamentari che surrogano una eventuale riforma, ma mediante un veloce intervento sul regolamento stesso, cosicché il risultato della sperimentazione può portare i suoi frutti quattordici anni dopo, quando si decide di rimaneggiare il testo dell'art. 135-*bis*[33].

Nel frattempo, infatti, l'istituto era caduto «in una sorta di desuetudine presso i due rami del Parlamento, probabilmente anche per l'estraneità del metodo di trattazione sintetica dei quesiti»[34]. Una rivitalizzazione avviene a partire dalla "seconda sperimentazione" deliberata dalla Giunta per il Regolamento della Camera, che prima di elaborare una nuova disciplina, si interessa all'ottenimento non solo dell'unanime accordo dei gruppi, ma altresì dell'assenso del Governo cui si chiede di sottostare ad un *question time* riformato[35]. La

[31] *Ibidem*, 1998.

[32] *Ibidem*, 2003.

[33] Invece, presso il Senato della Repubblica, non si procede con una sperimentazione bensì attraverso la discussione di "schemi di modifica regolamentare, elaborati a seguito di contatti informali". Cfr. A.S., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 27 gennaio 1999. La proposta è successivamente approvata nella seduta della Giunta del 4 febbraio 1999.

[34] V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 773.

[35] A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 2 ottobre 1996, 6. La seconda sperimentazione sarebbe avvenuta a partire dal 28 novembre 1996 e qualche giorno prima la Giunta si pone il dilemma della scelta fra il metodo della comparazione che, con il riferimento al sistema britannico, aveva dato luogo ad un regime troppo protocollare, ovvero il metodo della prosecuzione della

sperimentazione come metodo prealabilmente negoziato fra tutte le parti politiche, salvo «formalizzare e approvare al più presto la corrispondente revisione regolamentare»[36]. Ma il funzionamento dell'istituto è insoddisfacente[37] e di lì a qualche mese (settembre) si sarebbe perfezionata la seconda revisione regolamentare.

Nonostante la profonda novazione dell'articolo, qualche anno dopo emergono nuove problematiche applicative, in particolare con riguardo al c.d. *premier question time*[38]. Si valuta, dunque, di elaborare un nuovo "schema procedurale" che si rifaccia all'*iter* della riforma del 1997[39]. Il metodo scelto è quello dell'accordo politico: l'intendimento di voler procedere in tal senso viene comunicato alla Conferenza dei Capigruppo. Ottenuto l'assenso, si trasmette ai vicepresidenti della Camera, ai presidenti dei gruppi parlamentari e ai membri della Giunta, una comunicazione dello schema procedurale finale elaborato a seguito delle osservazioni formulate. La sperimentazione avrebbe avuto, secondo la Giunta, un periodo di prova di due mesi[40].

Questa inusitata modalità di procedere comincia gradualmente a caratterizzarsi. Le iniziative di carattere *sperimentale*, si dice, devono essere assistite «dall'unanime consenso dei gruppi e limitate nel tempo, così da non consolidarsi in deroga permanente alle norme regolamentari»[41]. Si delineano, quindi, i primi limiti alla sua ammissibilità. Ad ogni modo parte, se si esclude qualche ulteriore riferimento sporadico a procedure in via sperimentale[42], i casi realmente pregnanti sono quelli che si discuteranno appresso.

sperimentazione, «affinché la pratica possa mostrare le vie più praticabili» (Mattarella). A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 26 novembre 1996, 7.

[36] A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 10 ottobre 1996, 4.

[37] A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 4 luglio 1997, 3. I membri della giunta chiedono che le proposte in tema di interrogazione a risposta immediata vengano integrate poiché la sperimentazione fino ad allora avutasi non ha prodotto i risultati sperati.

[38] Si afferma, infatti, che «l'esempio offerto dal pratico svolgimento del *premier question-time*, secondo la procedura sperimentale attuata in Assemblea negli ultimi mesi, dimostra che non sempre l'impegno del Governo è adeguato. Del resto, il comportamento delle opposizioni, che si sono valse talora in modo ostruzionistico degli strumenti regolamentari, è stato indotto da corrispondenti eccessi del Governo e della sua maggioranza». A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 15 aprile 1997, 4.

[39] A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta dell'8 giugno 2000, 4.

[40] Tale termine, peraltro, trova l'accordo degli altri deputati. Si dice, ad esempio, che «la sperimentazione, attesa la brevità della sua prevista durata, non pregiudicherebbe, d'altronde, i diritti individuali dei deputati, atteso anche il fatto che, già nella vigente configurazione dell'istituto, lo strumento dell'interrogazione a risposta immediata non è posto nella disponibilità del singolo ma del gruppo». A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta dell'8 giugno 2000, 5, intervento dell'on. Guerra.

[41] A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 25 luglio 2000, 6, intervento dell'on. Guerra.

[42] V. ad esempio, A.C., X Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 14 marzo 1990; A.C., X Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 9 ottobre 1991; A.C., X Leg., Giunta per il Regolamento,

4.1. Segue: in materia di interventi incidentali

Fra i primi casi in cui la procedura di tipo sperimentale è adottata con la finalità esplicita di non introdurre momentanee modifiche al regolamento, si può annoverare un parere del 1996[43]. In tale occasione, si discute della materia degli interventi incidentali, che pone il problema di assicurare razionalità e funzionalità ai lavori in Assemblea e, al contempo, permettere, pur nel rispetto del contingentamento dei tempi, che i singoli deputati possano esercitare il loro diritto di espressione. La Giunta motiva l'attivazione dei propri poteri in materia adducendo che «l'*esperienza* dei primi mesi di attività della Camera nella XIII legislatura ha posto in luce alcuni problemi relativi all'esigenza di assicurare l'ordinato svolgimento dei dibattiti»[44].

Occorre, pertanto, circoscrivere dei limiti di ammissibilità per lo svolgimento di interventi incidentali nel corso dei lavori parlamentari. In base a considerazioni di "correttezza" e di "tutela della sfera di prerogative" delle istituzioni e di quella "personale" dei cittadini, la Giunta, dopo adeguata istruttoria, ritiene di precisare le modalità applicative dell'art. 41, co. 1, Reg. Cam., statuendo che gli interventi incidentali sono ammissibili tendenzialmente quando i richiami al regolamento o per l'ordine dei lavori «vertano in modo diretto e univoco sullo svolgimento e sulle modalità della discussione o della deliberazione o comunque del passaggio procedurale nel quale, al momento in cui vengono proposti, sia impegnata l'Assemblea o la Commissione». Si va, dunque, ad innovare il testo regolamentare abbinando al criterio della precedenza rispetto alla discussione principale, da esso espressamente statuito, l'ulteriore condizione dell'attinenza all'argomento in discussione o in deliberazione. La valutazione dell'attinenza, specifica la Giunta, spetterà alla Presidenza «che inviterà previamente chi richieda la parola per questo fine ad indicare il riferimento all'articolo del regolamento e, comunque, allo specifico atto della procedura in corso». Tale precisazione, dunque, è finalizzata ad escludere ogni forma di discrezionalità in capo alla Presidenza stessa.

L'importanza nell'imparzialità nella decisione presidenziale di togliere, concedere o estendere il diritto di parola è evidente dal fatto che il parere stesso

seduta del 16 ottobre 1991; A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 27 luglio 1999; A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 21 dicembre 2004; A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 2 novembre 2016, in cui, incidendo sul tema delle garanzie delle opposizioni, si propone di «anticipare in via sperimentale la soluzione dell'iscrizione fuori quota degli argomenti dell'opposizione rinviati in Commissione», una soluzione che sarebbe già oggetto di proposta di modifica del regolamento.

[43] A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, *Parere sullo svolgimento di richiami al regolamento o per l'ordine dei lavori e sull'osservanza dei limiti di correttezza negli interventi (artt. 41, 45 e 89)*, 24 ottobre 1996.

[44] Enfasi aggiunta.

richiede che, nell'ipotesi di interventi eccezionali ai sensi dell'art. 45, si effettui una "prudente valutazione". Si compie, dunque, un monito preciso, poiché una eventuale condotta poco neutrale «può risolversi in una violazione del diritto di ciascun deputato ad intervenire con parità di condizioni nei dibattiti».

Non occorre addentrarsi nel novero delle ulteriori specificazioni procedurali previste dalla Giunta per la materia, ma va aggiunto che, nello stabilire la natura e il valore di questo parere, è d'ausilio la lettera inviata ai deputati dal Presidente della Camera. In essa si fa riferimento a "precisazioni interpretative" da parte della Giunta compiute tenendo conto delle garanzie e delle esigenze dell'istituzione parlamentare, in particolare quella di correttezza nel corso dello svolgimento dei lavori. Tuttavia, il fatto di introdurre specifiche limitazioni all'articolo oggetto di interpretazione sembra far pensare piuttosto a una portata modificatrice del parere in discussione. Facendo riferimento a una nota dottrina, infatti, il restringimento del potenziale fascio applicativo di una norma comporta una trasformazione del suo tenore letterale, in quanto introduce un'eccezione non prevista inizialmente[45]. Del resto, a nulla varrebbe la puntualizzazione contenuta nella lettera di accompagnamento del parere, in quanto non si potrebbe escludere una diversa qualificazione dell'atto sottostante.

Se, dunque, come si tenterà di dimostrare nei casi di "sperimentalità" ancora da discutere, il riferimento all'esperienza si abbina ad una portata del parere non già interpretativa, bensì modificativa– in senso additivo, riduttivo o financo sostitutivo della norma regolamentare originaria – allora si potrebbe inferire che il diritto parlamentare "sperimentale" si colloca in un "percorso" di produzione di norme diverso da quello canonico.

In un secondo momento, il parere del 1996 viene integrato[46]. È un processo difficile, poiché permangono numerosi punti di frizione e a causa di essi si preferisce scartare la via della riforma regolamentare e procedere per la più sicura via "sperimentale", che ha il pregio di consentire aggiustamenti "in corso d'opera", evitando che una disciplina rivelatasi poco utile resti cristallizzata in una norma scritta. Resta, comunque, il fatto che il parere del 2015 non è approvato, a differenza di altri, all'unanimità. Messo in votazione, esso risulta essere "adottato" con il voto contrario dei componenti del Movimento 5 Stelle.

Nel merito, l'aggiunta disposta nel 2015 riguarda gli interventi di fine seduta, rispetto ai quali si attribuisce alla Presidenza un ruolo dirimente di selezione[47].

[45] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1970, 183 e G.U RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972, che la riprende quando elabora la categoria di regole convenzionali del secondo tipo.

[46] A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 7 luglio 2015 e del 19 novembre 2015.

[47] Come si spiega, non sono istituti *extra ordinem* in quanto fanno parte del catalogo di tipi di intervento previsto dall'art. 41 Reg. Cam., letto in maniera estensiva attraverso le integrazioni risultanti

Importante il quinto punto del parere, nel quale si stabilisce che si potranno derogare i criteri ivi stabiliti «soltanto previa consultazione (anche informale) dei Capigruppo, in presenza di ragioni di particolare urgenza o rilevanza politica o di questioni d'interesse generale». Si tratta, dunque, di una disciplina molto duttile, la cui disponibilità dipende in larga misura dall'elevato tasso di politicità cui è collegato l'atto della presa della parola del singolo deputato.

4.2. In materia di pubblicità dei lavori parlamentari

Una naturale applicazione del diritto "sperimentale" sembra collocarsi sul fronte della pubblicità dei lavori parlamentari, materia che, essendo soggetta a frequenti trasformazioni dovute agli avanzamenti tecnologici, richiede plurimi riadattamenti fattuali[48].

La Costituzione contiene due punti di riferimento: l'art. 64, co. 2, che accoglie il principio della pubblicità dei lavori di ciascuna Camera, e l'art. 72, co. 3, che demanda ai regolamenti di stabilire «le forme di pubblicità dei lavori delle Commissioni». La regola della pubblicità delle sedute in plenaria, tuttavia, non ha un valore assoluto, poiché la stessa Costituzione ammette che una delibera collegiale possa derogarvi per far sottostare la seduta a un regime di segretezza.

I regolamenti parlamentari hanno dato attuazione in maniera diversificata al disposto costituzionale, distinguendo peraltro fra il più ampio regime di pubblicità assegnato alle sedute d'Assemblea e quello di portata più ridotta relativo ai lavori delle Giunte e delle Commissioni[49]. Alla tradizionale forma di tipo documentale, consistente nei resoconti sommari e stenografici e nei bollettini degli organi collegiali, si sono affiancate forme più moderne di

dalla prassi e dal disposto del parere del 1996. Seguono una serie di precisazioni volte a limitare "in via sperimentale e per ragioni di economia procedurale" l'ammissibilità di interventi di fine seduta. Si fissando dei criteri per orientare l'attività della Presidenza volta a selezionare e consentire richieste d'intervento, anche tardive.

[48] Come fa notare N. SCARPELLINI, *La pubblicità delle sedute e dei lavori in Parlamento: Costituzione e Regolamenti delle Camere*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2014, 13, «alla Camera dei deputati, anni addietro è stata iniziata una sperimentazione, tendente ad assicurare che le modalità di redazione del verbale risultassero più aderenti alle prescrizioni dell'art. 11 delle norme regolamentari. In particolar modo, era previsto che non fosse più in alcun modo indicato il contenuto degli interventi svolti in aula e che le generalità dei relatori intervenuti nel corso della seduta fossero riportate, cumulativamente, in calce al processo verbale». Alla fine, conclude, tale sperimentazione ha acquisito natura definitiva.

[49] V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 58 ss. La prassi relativa alla pubblicità ha esteso l'ambito applicativo dei regolamenti. Una sua codificazione, avente natura principalmente ricognitiva è stata, peraltro, compiuta dal "Disciplinare sulle procedure di trasmissione radiotelevisiva dei lavori del Senato", disposto con decreto presidenziale nella seduta del 1° giugno 2005, pubblicato in G.U. n. 157 dell'8 luglio 2005.

pubblicità non mediata, che si avvalgono dei mezzi di comunicazione radiofonici, televisivi e informatici[50].

La trasmissione televisiva diretta dei lavori dell'Assemblea e, in particolare, dello svolgimento delle interrogazioni a risposta immediata (*question time*) è ammessa, su decisione del Presidente, attraverso appositi sistemi audiovisivi[51]. La diffusione delle sedute in Commissione, invece, avviene «in separati locali» e attraverso appositi impianti «a circuito chiuso». I regolamenti sono lacunosi, invece, con riguardo alla possibilità di disporre la trasmissione televisiva, tanto in diretta che in differita[52]. Così, emerge gradualmente una prassi estensiva con cui si dà luogo alla trasmissione sui canali satellitari della Camera e del Senato delle sedute delle Commissioni in cui si effettuano interrogazioni a risposta immediata e audizioni formali. Si tratta, in principio, di casi isolati ai quali, per espressa volontà del Presidente, si accompagnata spesso la specificazione che non debbano costituire un precedente[53].

Tale prassi perdura senza alcuna copertura fino alla delibera dell'Ufficio di Presidenza del 26 novembre 2003, riguardante l'avvio di un progetto di sviluppo del canale satellitare, nell'ambito del quale vi è una prima "fase sperimentale" sarebbe stata gestita da un Comitato per la comunicazione e l'informazione esterna.

La sperimentazione ha esito positivo e un successivo parere della Giunta[54] introduce una seconda "procedura sperimentale" finalizzata ad attuare la trasmissione dei lavori delle Commissioni[55]. Appurata la sussistenza di una

[50] Sul ruolo, invece, della comunicazione di massa mediata, attraverso i c.d. cronisti accreditati presso le sedi parlamentari, di grande rilievo soprattutto anteriormente agli anni Novanta, cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Mulino, Bologna, II ed., 2013, 289.

[51] A tal fine, l'art. 63 Reg. Cam. prevede la trasmissione televisiva diretta per le sedute d'Assemblea, mentre non esiste una disposizione corrispondente nel regolamento del Senato, la cui prassi è, però, conforme. La trasmissione del *question time* in Assemblea è regolata, invece, dall'art. 135-*bis* reg. Cam. e dal nuovo art. 151-*bis*, co. 6-*bis*, Reg. Sen. Per un raffronto tra il carattere meramente autorizzativo del potere del Presidente della Camera di disporre la pubblicità e, viceversa, quello facoltativo e discrezionale del Presidente del Senato, cfr. D. PARTESCANO, *Pubblicità e comunicazione dell'attività e dei lavori parlamentari: radio, televisione e internet*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2014, 39. In ogni caso, per prassi la trasmissione televisiva diretta delle interrogazioni a risposta immediata è sempre disposta automaticamente.

[52] Il nuovo regolamento del Senato, peraltro, ha abrogato il co. 3 dell'art. 33, Reg. Sen. riguardante il principio di riservatezza delle sedute delle Commissioni in sede consultiva e referente.

[53] Esempi in V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 346-7.

[54] A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, *Parere del 14 luglio 2004 sulla procedura da applicare per la trasmissione in via sperimentale dei lavori delle Commissioni sul canale televisivo satellitare della Camera dei deputati*.

[55] «Vista la mancanza di una normativa in materia – si spiega nel documento, – e la conseguente necessità di definire, con una pronuncia della Giunta per il Regolamento, la disciplina sperimentale delle trasmissioni televisive satellitari, che potrà successivamente essere consolidata in norme espresse», si darà luogo alla predisposizione di una serie di requisiti tecnici. Sulla pubblicità dei lavori, in generale, resta un riferimento P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari: profili storico-*

volontà comune a trasmettere «alcune specifiche fasi dei lavori delle Commissioni», essa si trova a dover disporre i criteri in ordine all'utilizzo del canale satellitare. Questi specificano ulteriormente il mandato predisposto dall'Ufficio di presidenza[56]. La durata della sperimentazione, tuttavia, non viene definita, dipendendo essa dalle successive valutazioni degli organi tecnici.

Il parere della Giunta, dunque, sorretto da questa volontà qualificata, introduce all'unanimità una disciplina del tutto inedita nei regolamenti, rispetto alla quale va senza ombra di dubbio escluso che abbia un carattere meramente "interpretativo".

Tale conclusione sembra essere confermata da una decisione successiva[57], che riguarda il tema della procedura parlamentare da applicare nei casi in cui le Commissioni debbano esprimere un parere sulle nomine governative. In tal caso, la Giunta, preso atto di specifiche richieste avanzate sul punto[58], ammette per la prima volta che le Commissioni possano procedere ad effettuare audizioni speciali informali dei soggetti designati dal Governo, al fine esclusivo dell'«accertamento dei requisiti posseduti» e «senza possibilità di incidere sugli indirizzi gestionali degli enti ed organismi interessati». Ciò è consentito in via sperimentale e «nelle more delle riforme regolamentari in corso», con l'espressa finalità di facilitare una sollecita e informale istruttoria[59].

comparatistici ed aspetti attuali, in *Rass. parl.*, 3, 1980, 287 ss. Solitamente, peraltro, nella ricostruzione della materia non si compie riferimento ai pareri della Giunta. V. A. CIPOLLONE, *Pubblicità dei lavori parlamentari e tutela della privacy*, in AA.VV., *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Camera dei deputati, Roma, 2019, III, 963-991; C.F. FERRAJOLI, *La pubblicità dei lavori in Commissione: un antidoto alla crisi del compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, 159-189.

[56] Nel merito, la Giunta opta per il consolidamento di alcuni criteri emersi nella prima fase. Così, dunque, per quanto riguarda la trasmissione televisiva delle sedute delle Commissioni dedicate alle interrogazioni a risposta immediata, sino ad allora previste solo con il sistema a circuito chiuso, essa le autorizza in via permanente (e non più, dunque, "sperimentale"), salvo che il summenzionato Comitato stabilisca "criteri di rotazione" delle trasmissioni. Per quanto riguarda le sedute dedicate ad audizioni formali, se ne autorizza la trasmissione *de plano*, salvo obiezioni. Infine, si prevedono ulteriori criteri per le sedute delle Commissioni monocamerali di inchiesta dedicate ad audizioni formali, nonché per le audizioni delle Commissioni bicamerali e delle Commissioni riunite di Camera e Senato.

[57] A.C., XVIII Leg., Giunta per il regolamento, *Parere del 26 giugno 2013 sulla possibilità che le Commissioni procedano all'audizione informale dei soggetti designati a nomine governative e sulle forme di pubblicità delle riunioni delle Commissioni dedicate ad audizioni informali.*

[58] La proposta, in particolare, sarebbe partita dall'on. Realacci, Presidente della Commissione Ambiente, che con una lettera del 10 giugno 2013 avrebbe manifestato l'opportunità del superamento della disciplina allora vigente che escludeva per le Commissioni la possibilità di procedere ad audire informalmente i soggetti designati a nomine governative, prima di emettere il proprio parere. Cfr. A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 26 giugno 2013.

[59] Come risulta dal resoconto di seduta, l'allora Presidente, on. Boldrini, specificava che «la vigente disciplina contraria risale ad un parere della Giunta per il Regolamento del 17 gennaio 1979, sempre confermato successivamente, che – nel silenzio del Regolamento – ha escluso la possibilità di audizione dei designati alle nomine, posto che in tal modo potrebbero essere definiti, in maniera impropria, indirizzi gestionali relativi agli enti cui si riferisce la nomina. Questo divieto col tempo sembra divenuto inattuale e limitativo dei poteri del Parlamento sulla verifica dei presupposti professionali

In secondo luogo, si va esplicitamente ad integrare il primo parere, quello del 2004, con la previsione che ciascuna Commissione, d'intesa con la Presidenza della Camera, possa disporre la pubblicità dell'audizione attraverso uno strumento nuovo, la web-tv della Camera. Si specifica, infine, il criterio dell'assenza di obiezioni, introdotto dal primo parere, richiedendosi l'assenso «dei rappresentanti dei gruppi pari ad almeno i tre quarti dei membri della Camera».

Tali innovazioni, che hanno una portata significativa sulla pubblicità dei lavori, vengono giustificate sulla base del loro carattere *sperimentale*, destinato a perdurare «in attesa di eventuali modifiche regolamentari in materia di audizioni da parte delle Commissioni e di pubblicità dei lavori».

Si tratta di un ambito su cui, peraltro, sono state di recente introdotte dalla Giunta per il Regolamento della Camera ulteriori innovazioni in via sperimentale, per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 e i disagi che questa ha provocato sul buon andamento dei lavori e sulla stessa funzionalità dell'organo parlamentare[60]. In particolare, considerata l'eccezionale situazione derivante dalla pandemia, la Giunta ha formulato una proposta intesa ad ammettere "in via sperimentale" la partecipazione dei deputati ai lavori delle Commissioni attraverso sistemi di videoconferenza da remoto[61]. Questo ha permesso, tra le altre cose, il regolare svolgimento delle riunioni dell'Ufficio di Presidenza nonché di certe audizioni informali in digitale.

Le condizioni affinché si potesse procedere ad una modalità di lavoro mista, da remoto e in presenza, sono state stabilite dalla Giunta che, nello specifico, ha richiesto la partecipazione in sede del Presidente o di un Vicepresidente della Commissione, nonché la programmazione delle sedute in una maniera idonea ad assicurare il richiesto supporto tecnico per il collegamento.

A supporto di tali misure straordinarie si è richiamata l'attenzione sulla loro temporaneità, destinate a durare per lo meno fino alla cessazione degli effetti della dichiarazione di emergenza nazionale deliberata dal Consiglio dei Ministri. Tuttavia, proprio sulla questione della durata temporale non si è registrata un'unanime convergenza. È stato fatto notare, da un lato, che ciò avrebbe significato attribuire a un provvedimento emesso dall'esecutivo la possibilità di incidere sui lavori del Parlamento, in contrasto con l'autonomia di quest'ultimo e, dall'altro lato, che un eventuale scadenza del regime di eccezionalità avrebbe

dei soggetti interessati. Ciò anche alla luce del fatto che sono intervenute alcune leggi che prevedono ora le audizioni dei soggetti designati alla nomina in alcune importanti autorità indipendenti o enti pubblici».

[60] Cfr. A.C., XVIII Leg., Giunta per il Regolamento, *Comunicazioni del Presidente sulle modalità di svolgimento dei lavori delle Commissioni nel periodo dell'emergenza derivante dalla diffusione del virus Covid19*, sedute del 31 marzo 2020 e del 4 novembre 2020, nonché A.C., XVIII Leg., Giunta per il Regolamento, *Comunicazioni del Presidente sulle modalità di svolgimento dei lavori parlamentari nel periodo dell'emergenza derivante dalla diffusione del virus Covid19*, seduta del 7 maggio 2020.

[61] A.C., XVIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 31 marzo 2020.

potuto essere fissata in maniera indipendente al più sino alla conclusione della pausa estiva.

La questione più dirimente, però, è stata quella del voto elettronico, ritenuto non applicabile alle riunioni in sedi formali, cosa che, in pratica è stata poi aggirata attraverso la derubricazione ad "informali" di audizioni ministeriali[62].

Solo con riguardo alla sede referente è stata ammessa "in via sperimentale", con un'efficacia limitata alla durata del periodo d'emergenza e previa unanimità dei consensi, la trasmissione via sito web delle sedute delle Commissioni. Questo è avvenuto, dunque, con l'esplicita finalità di assicurare il buon andamento dei lavori parlamentari, permettendo ai deputati impossibilitati a prendere parte alla seduta nel rispetto delle restrizioni alla libertà di circolazione, di seguire da remoto le suddette riunioni[63].

Il tema della partecipazione a distanza ai lavori parlamentari mediante l'attivazione di una pubblicità ristretta, tra l'altro, ha suscitato un ampio dibattito sia all'interno delle sedi istituzionali interessate sia fra i costituzionalisti[64]. Questi ultimi si sono interrogati sull'opportunità di provare a leggere in maniera estensiva la Costituzione, forzando l'art. 64, co. 3, che richiede, ai fini del raggiungimento del numero legale, la maggioranza dei presenti[65]. Così, è sorto il dubbio se possano essere considerati presenti i deputati che partecipino attraverso l'ausilio di sistemi di videoconferenza o altri strumenti tecnologici a

[62] La pratica è stata segnalata, ad esempio, dall'on. Fornaro (LEU) in replica alle *Comunicazioni del Presidente sulle modalità di svolgimento dei lavori parlamentari nel periodo dell'emergenza derivante dalla diffusione del virus Covid19*, nella seduta del 7 maggio 2020 della Giunta per il Regolamento, che ha specificato che «nel proseguire la sperimentazione, si potrebbe forse assumere un approccio più laico e allargare il campo di applicazione delle modalità da remoto alle audizioni formali, anche con riferimento alle Commissioni d'inchiesta, in presenza dell'unanimità in tal senso negli uffici di presidenza e purché, naturalmente, non si tratti di attività secretate o comunque riservate».

[63] La visione delle sedute è stata consentita anche a «coloro che, in base alle regole vigenti, possono già ora seguire i lavori delle Commissioni tramite il circuito chiuso». Tali innovazioni, ciò malgrado, non sembrano aver assicurato un libero e pieno esercizio del mandato, poiché i membri delle Commissioni, pur potendo assistere ai lavori, hanno espresso doglianze in merito alla non abilitazione ad intervenire, preclusa dal carattere formale della sede di riunione.

[64] Cfr. almeno C. PINELLI, *Regolamenti parlamentari e innovazione tecnologica nella società digitale*, in *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari*, cit., 229 ss.; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "reingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Oss. Cost.*, 3, 2020, 23 ss.; R. IBRIDO, *Alla ricerca della "giusta distanza": il formato tecnologico dei lavori parlamentari in Italia e in Spagna durante la crisi pandemica*, in *Il Parlamento nell'emergenza pandemica. Il Filangieri – Quaderno 2020*, Jovene, Napoli, 2021, 77 ss.

[65] P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Medialaws*, maggio 2020, 8.

distanza[66]. Di una simile forma di presenza "non fisica", infatti, andrebbe valutata la compatibilità con altri principi di rango costituzionale[67].

Pertanto, al fine di affrontare i numerosi profili critici legati al tema della partecipazione da remoto e della relativa sperimentazione si sceglie di creare un soggetto *ad hoc*[68]. Al Comitato ristretto viene affidato il compito di svolgere tutti gli approfondimenti per poi rimettere la questione alla Giunta medesima. Tale mozione, tuttavia, non trova un consenso unanime delle parti politiche, che hanno rilevato come la Giunta costituisca già un organo "ristretto".

Il sottotema dello svolgimento a distanza delle audizioni si gioca sul piano del rapporto fra formalità e informalità delle stesse. Non esiste un indizio nei regolamenti che possa consentire di distinguere le une dalle altre e il suggerimento di attribuire il regime della formalità in base al soggetto audito non pare abbia trovato un'adesione diffusa[69]. La scelta, dunque, dipenderebbe dal singolo caso concreto ma, come già evidenziato in dottrina[70], la tendenza della prassi sembra andare nel senso dell'estensione dei casi di riunioni informali. Questo consente, infatti, di eludere la previa autorizzazione della Presidenza, che dovrà semplicemente essere edotta dell'avvenuto svolgimento dell'audizione. La maggiore agilità deriva, poi, dall'assenza di resocontazione.

Talvolta, le decisioni sperimentali della Giunta si riverberano sulle scelte compiute da altre Commissioni. Ad esempio, in una seduta della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie, si ammette che i Commissari e gli auditi partecipino ai lavori *sperimentalmente* attraverso la modalità della videoconferenza[71]. La "sperimentalità" della decisione deriva dal fatto

[66] I membri del gruppo Movimento 5 Stelle hanno avanzato, sul punto, la teoria della "presenza di connessione".

[67] Principi come l'immunità di sede; la libertà di discussione e di espressione dei deputati, che potrebbe essere pregiudicata dai limiti delle modalità di discussione *online* o da difetti nel collegamento internet; i poteri presidenziali in ordine al buon andamento dei lavori parlamentari e alla tutela delle rispettive prerogative; non da ultimo, va considerato altresì il divieto di accesso alle Aule da parte di soggetti estranei che potrebbe facilmente essere aggirato non tanto, o non solo, attraverso possibili tentativi di "effrazione" e violazione da parte di hacker informatici, ma soprattutto per la difficoltà di un pieno isolamento da parte del deputato partecipante, con conseguenti rischi di interferenze di soggetti estranei. Si pensi, infine, alla problematica legata ai lavori delle Commissioni d'inchiesta, la cui delicatezza dei relativi poteri impone il rispetto di un principio di riservatezza e di secretazione degli atti, aggirabile attraverso la possibilità di un'abusiva divulgazione delle sedute. In sostanza, esisterebbe tutto un insieme di complicazioni tali da non rendere equiparabili i lavori parlamentari ad altre modalità di svolgimento di riunioni a distanza, come quelle utilizzate, ad esempio, per il c.d. lavoro agile.

[68] A.C., XVIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 31 marzo 2020.

[69] Alcuni parlamentari hanno avanzato, quale criterio distintivo, quello della presenza o meno di pubblicità documentale ma a chi scrive pare piuttosto che ciò sia una conseguenza della formalità, anziché un suo elemento identificativo.

[70] V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 538.

[71] A.C., XVIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 17 novembre 2020, intervento dell'on. Vitali.

che «la Presidenza si riserva di valutare le conseguenze applicative di tale variante procedurale per poi, eventualmente, sottoporre all'Ufficio di Presidenza soluzioni e indirizzi stabili».

In estrema sintesi, si può rilevare che se il metodo *sperimentale* della partecipazione a distanza è stato dichiarato per il momento incompatibile con il regime di pubblicità previsto dalle sedi formali, ciò ha implicato una rivitalizzazione della prassi di una maggiore frequenza delle audizioni informali.

Per completare la rassegna sul tema, va detto infine che, in un secondo momento, previa intesa politica nella Conferenza dei presidenti di Gruppo, la Giunta per il regolamento elabora ulteriori innovazioni definite ancora una volta "in via sperimentale"[72].

Da un lato, si è convenuto di modificare l'articolazione dei lavori della Camera per adeguare lo svolgimento delle sedute alle necessità derivanti dall'emergenza sanitaria, legate al distanziamento fisico e alla capienza delle sale. Tale decisione ha inciso dunque sulla programmazione dei lavori. Di maggiore peso è stata la seconda scelta in senso "sperimentale" che, «tenendo conto degli esiti positivi della sperimentazione» svoltasi in un primo momento, ha disposto una rivalutazione in via estensiva, ma sempre rigorosamente "sperimentale", delle modalità di partecipazione da remoto ad ulteriori sedute[73].

Il tema dell'esplicabilità del mandato parlamentare a distanza è discusso anche al Senato ove, rivendicandosi la piena autonomia decisionale della Giunta rispetto alle scelte della Camera, si procede nel senso di espungere qualsiasi riferimento al carattere "sperimentale" delle modalità di partecipazione[74]. Tale carattere, come illustrato dall'on. Calderoli, «è del tutto differente da quello dell'emergenza, che è l'unico a poter giustificare in modo fondato una deroga al principio della presenza dei parlamentari, sancito dall'articolo 64, terzo comma, della Costituzione». Pertanto, il quadro emergenziale è di per sé sufficiente a giustificare il ricorso a inediti lavori a distanza, senza portare avanti necessariamente le fasi di sperimentazione. La qual cosa non trova d'accordo i componenti del gruppo Movimento 5 Stelle, che propongono, al contrario, di riflettere sull'opportunità di rendere permanente il ricorso a tali strumenti

[72] A.C., XVIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 4 novembre 2020.

[73] Nel merito, esse vengono identificate nei lavori riguardanti: a) audizioni formali, previste nell'ambito di indagini conoscitive o disposte ai sensi dell'articolo 143, co. 2, Reg. Cam.; b) comunicazioni del Governo, in conformità all'art. 22, co. 3, Reg. Cam.; c) atti di sindacato ispettivo; d) riunioni dei Comitati ristretti, ove non vi si svolgano deliberazioni; e) ogni altra seduta delle Commissioni (o di Comitati permanenti costituiti al suo interno) in sede formale nella quale sia previsto esclusivamente lo svolgimento di una discussione e non siano previste votazioni. Sono invece escluse le riunioni del Comitato dei nove, in quanto al loro interno si compiono decisioni «sui pareri sugli emendamenti a progetti di legge discussi in Assemblea e di competenza della Commissione». A.C., Giunta per il Regolamento, seduta del 4 novembre 2020.

[74] A.S., XVIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 9 giugno 2020.

costruttivi, poiché «la natura sperimentale delle nuove modalità di lavoro» potrebbe condurre a «risultati positivi in termini di produttività»[75]. In nome dell'unanimità della decisione della Giunta, tuttavia, si rinuncia a sostenere il mantenimento della precisazione dell'opzione sperimentale.

Dall'esame di tale seduta in particolare, sembra emergere una certa differenziazione fra il carattere sperimentale «destinato a durare diversi anni» e soluzioni aventi natura solamente transitoria.

In ogni caso, la proposta di modifica del regolamento volta all'adozione, anche in via sperimentale, del voto elettronico non trova sufficienti consensi[76].

4.3. Sui lavori del Comitato per la legislazione

Il Comitato per la legislazione, istituito nel 1997 soltanto alla Camera attraverso una modifica regolamentare[77], merita attenzione in quanto è oggetto di ben due discipline sperimentali che avrebbero dovuto anticipare una successiva riforma, mai avvenuta[78]. Il materiale che ne viene fuori rappresenta un modello di flagrante scollamento della prassi rispetto al perimetro regolamentare.

In primo luogo, va considerato un parere del 2001[79] che incide sull'art. 16-*bis*, co. 2, Reg. Cam. Questo prevede l'inusuale modalità della presidenza *di turno*, disponendo che l'incarico spetti, di volta in volta, ad uno dei suoi componenti, per la durata di sei mesi. Al contrario, il parere della Giunta, rilevando che l'esperienza di funzionamento del Comitato, durata quattro anni, ha fatto emergere l'esigenza di una più stabile conduzione della presidenza, decide di

[75] *Ibidem*, intervento dell'on. Santangelo.

[76] Cfr. A.C., Doc. II, n. 14, On. Bitonci ed altri, Articolo 55-bis: Introduzione del voto a distanza, proposta presentata il 12 marzo 2020 e ritirata il 23 marzo 2020. Secondo N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, in *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, cit., 149 e ID., *Perché non è l'art. 64 Cost.*, cit., 23 ss., la disposizione costituzionale di cui all'art. 64, co. 3, non osterebbe a che le Camere, nell'esercizio di un ampio margine di apprezzamento, interpretino che il requisito del numero legale possa essere soddisfatto anche da una presenza da remoto.

[77] A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 24 settembre 1997.

[78] Cfr. G. PICCIRILLI, *Una nuova disciplina "sperimentale" per il Comitato per la legislazione: il doppio parere sui disegni di legge di conversione*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 3, 2009, 1 ss. Sulla proposta di revisione del regolamento per tenere conto delle modifiche in via di prassi sul Comitato, poi abbandonata, cfr. ID., *Il ripensamento del Comitato per la legislazione: non un organo rinnovato, ma un organo diverso*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2014, 1 ss. Per un bilancio dell'attività di tale organo, cfr. V. DI PORTO, *Il Comitato per la Legislazione, vent'anni dopo*, in *Luiss SOG Working Paper Series*, 45/2018, 1 ss. Cfr. anche L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Ed. Scient., Napoli, 2019.

[79] A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 16 ottobre 2001, *Parere sui criteri per la determinazione del turno di presidenza del Comitato per la legislazione di cui all'articolo 16-bis, comma 2, del Regolamento*.

modificarne la durata "in via sperimentale" da sei a dieci mesi[80], al fine di consentire una maggiore continuità negli indirizzi presidenziali[81].

Successivamente, si comincia a constatare come la disciplina regolamentare concernente il Comitato contenga varie criticità che ne impediscono un proficuo e utile funzionamento[82]. Difatti, nel caso in cui un decreto-legge subisca significativi emendamenti in sede referente, il primo parere emesso sulla versione originaria del testo è privo di valore. Il regolamento non ammette la possibilità che tale organo si possa esprimere nuovamente. La necessità di un secondo parere, tuttavia, è manifestata a più riprese, in previsione dell'effettivo miglioramento della qualità della legislazione. Occorre dunque abilitare il Comitato a riattivarsi una seconda volta per spiegare sulle novità nel frattempo introdotte la propria istruttoria.

Accertata la sussistenza di una volontà politica a procedere in tal senso, la Conferenza dei Capigruppo si pone di fronte ad una difficoltosa scelta di metodo, posto che il regolamento vigente non contempla una simile ipotesi[83]. Occorre, dunque, rivedere la norma regolamentare sui pareri del Comitato emessi sui disegni di legge di conversione dei decreti-legge (art. 96-*bis* Reg. Cam.), ipotizzandone l'estensione al caso in questione.

Prima di procedere a una modifica regolamentare, tuttavia, viene suggerito di «avviare, se si registra il consenso della Giunta, una fase sperimentale al fine di verificare la concreta fattibilità della soluzione individuata ed eventualmente di correggerla […] Una volta verificata sul campo l'efficacia della soluzione adottata, si potrà pervenire ad una modifica del Regolamento che potrà contestualmente comprendere anche l'adeguamento delle norme ad altre pronunce interpretative della Giunta (nelle riunioni del 16 ottobre 2001 e del 28 febbraio 2007)»[84].

Vengono individuati due relatori e si attiva un dialogo con il Presidente e i componenti del Comitato per la legislazione al fine di ottenere suggerimenti e

[80] La proposta iniziale era, tuttavia, di un anno. A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 16 ottobre 2001, 4.

[81] Sempre nel merito, inoltre, si converge unanimemente sull'adozione del criterio dell'alternanza fra gruppi di maggioranza e di opposizione, in base all'anzianità di nomina nel Comitato e, in via sussidiaria, all'anzianità parlamentare o anagrafica. La turnazione per l'attribuzione della vicepresidenza, infine, avviene scegliendo il deputato che sarà incaricato di svolgere il ruolo di Presidente nel turno successivo.

[82] Per un'analisi approfondita delle criticità, cfr. A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 6 ottobre 2009, Allegato 1 - Relazione degli onorevoli Bressa e Leone su questioni concernenti il Comitato per la legislazione, 15 ss.

[83] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 26 novembre 2009.

[84] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 13 gennaio 2009, 10.

proposte utili per la prospettata riforma, tenuto conto che essa presupporrebbe un potenziamento della composizione e struttura del Comitato stesso[85].

Questa metodologia di lavoro apre, pertanto, la strada al secondo parere sperimentale in cui si decide di procedere in tal modo al fine di soddisfare «l'esigenza di un rafforzamento dell'efficacia dei pareri espressi da tale organo»[86]. Si può notare significativamente la presenza di una clausola di condizionalità, che collega la legittimità della via sperimentale al verificarsi «di una compiuta riforma delle norme del Regolamento concernenti il Comitato per la legislazione», avvertendo che ove la prima fase produca risultati positivi, «i relatori stessi si faranno carico di avviare, se si registra il consenso della Giunta, una fase sperimentale al fine di verificare la concreta fattibilità della soluzione individuata ed eventualmente di correggerla». La successiva fase di correzione, dunque, sarebbe parte di un processo più vasto, ma anche più ambizioso, di revisione dei regolamenti coerentemente con gli altri adeguamenti individuati e transitoriamente risolti dalle precedenti pronunce, ancorché definite "interpretative".

Occorre rilevare, quanto al grado di consenso raggiunto sul parere, che mentre la prima parte di esso viene approvata all'unanimità, sulla seconda si registra un «limitato dissenso» da parte di un solo deputato[87]. Essa viene, comunque, approvata a larghissima maggioranza, senza che tale dissenso possa inficiare la piena efficacia del parere stesso[88].

[85] Tale ultima riflessione, però, viene posticipata all'avvenuta "sperimentazione" del nuovo schema procedurale, come risulta da A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 6 ottobre 2009, 5.

[86] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 6 ottobre 2009, *Parere su questioni concernenti il Comitato per la legislazione.*

[87] Nel merito, si dispone che su richiesta di almeno un quinto dei componenti della Commissione competente in sede referente, il Comitato possa esprimere un secondo parere sul testo del disegno di legge di conversione e del decreto legge come emendato in Commissione. In esso dovranno essere valutate le modifiche introdotte in sede di Commissione, nei limiti delle competenze del Comitato. Con riguardo ai tempi entro i quali il parere deve essere reso, la Giunta specifica che esso può essere indirizzato alla Commissione, se rientra nei «tempi previsti per la conclusione dell'esame in sede referente in sede di programmazione dei lavori», altrimenti può essere reso direttamente all'Assemblea plenaria. In ogni caso, la mancata espressione del parere, statuisce la Giunta, non ha un esito impeditivo del successivo esame in Commissione e in Assemblea. Di rilievo, poi, la limitazione prevista per i pareri resi dal Comitato per la legislazione in ambito di disegni di legge collegati alla manovra finanziaria. Si preclude, infatti, l'ammissibilità di emendamenti nuovi in Assemblea, salvo che non siano volti a recepire «condizioni poste nel parere del Comitato e formulate in modo testuale, così da non lasciare alcun margine di discrezionalità in ordine alle modalità di accoglimento». Su questo ultimo punto, v. una vicenda analoga ricostruita da C. FASONE, *Possono essere presentati in Assemblea emendamenti a un disegno di legge collegato "nuovi", ma volti a recepire pareri di altre Commissioni?*, in *Luiss Amministrazione in cammino*, disponibile all'indirizzo: amministrazioneincammino.luiss.it, 1 ottobre 2008.

[88] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 6 ottobre 2009, 7, intervento del Presidente on. Fini, che registra la volontà lievemente contraria dell'on. Favia (IDV).

Nel corso della seduta che porta all'emanazione di questo secondo parere sperimentale, infine, si valuta l'opportunità di procedere ad una revisione dei criteri per la successione dei deputati nei turni di presidenza del Comitato. L'assenza di un consenso unanime conduce stavolta ad una conferma integrale di quanto stabilito dalla Giunta otto anni prima. La *ratio* viene individuata nell'utilità derivante dall'«esperienza parlamentare maturata da ciascun membro nell'attività dell'organo», che andrebbe persa se la carica scadesse dopo appena un semestre[89].

Sembra, peraltro, che il grado di consenso di questa prassi sia andato mutando nel tempo. In occasione di una seduta interna del Comitato[90], un deputato ha chiesto chiarimenti su quale fosse la fonte normativa che fissava la durata della Presidenza in dieci mesi. La Presidenza, nel ricordare come la disciplina risultasse dall'intreccio fra il regolamento e il parere espresso in materia dalla Giunta, rammentava altresì come l'originaria previsione regolamentare rispondesse alla *ratio* di assicurare che ogni membro del Comitato potesse esercitare le funzioni di Presidente. Tuttavia, alla luce dell'esperienza maturata nei primi anni di funzionamento del Comitato, si era fatta sentire l'esigenza di una maggiore continuità nella direzione dell'organo. In un orizzonte temporale ristretto, infatti, gli indirizzi presidenziali non avrebbero avuto modo di esplicarsi in maniera effettiva.

Eppure, a rigore, il trascorrere di più di un decennio rende arduo sostenere che la sperimentazione sia ancora in corso. Ci si troverebbe, piuttosto, dinanzi a una modifica surrettizia del regolamento: per scongiurare l'eventualità che soggetti politici non partecipanti all'intesa originaria rivendichino l'applicazione della lettera del regolamento, sarebbe più corretto procedere ad una revisione e stabilizzare l'esito positivo del test sperimentale, ma solitamente ci sono ragioni sotterranee che impediscono di procedere in tale direzione[91]. Emerge, dunque, il problematico profilo dell'incertezza della sperimentazione, soprattutto in caso di contestazioni.

4.4. In materia di raccordo fra la Camera dei Deputati e l'Unione Europea

Il percorso di razionalizzazione delle procedure regolamentari, avviato nella XIII legislatura e culminato con la riforma regolamentare del 1997, richiede

[89] Sul tema, si ricorda la nota teoria di G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 156, per cui la disponibilità del diritto parlamentare deriverebbe non dall'arbitrio dell'operatore politico ma dal carattere di utilità della norma parlamentare, pronta ad essere derogata allorché non risponda più a tale interesse.

[90] A.C., XVI Leg., Comitato per la legislazione, seduta del 9 ottobre 2012.

[91] Infatti, come è stato fatto notare, tale revisione è apparsa molto rischiosa: «finirebbe per "trascinare" verso un ripensamento più generale delle dinamiche del procedimento legislativo e del sistema delle Commissioni […] se non anche per innescare un discorso più ampio sulle riforme dell'istituzione parlamentare». Così, G. PICCIRILLI, *Una nuova disciplina "sperimentale"*, cit., 8.

ancora, a cavallo della XVI legislatura, lo sviluppo di numerosi temi, tra i quali l'adeguamento dei regolamenti in connessione con l'evoluzione dei rapporti con l'Unione Europea[92]. Da tempo è avvertita l'esigenza di ripristinare la corrispondenza tra le disposizioni scritte del regolamento e la loro concreta applicazione[93]. Frattanto, il mutato quadro istituzionale richiede correttivi, in parte assecondati da fonti che provocano un ulteriore divaricamento.

Al Senato la complessità e delicatezza dell'argomento porta a individuare in sede di Giunta per il Regolamento due relatori incaricati di compiere un profondo lavoro di istruttoria ai fini dell'elaborazione di una proposta di modifica del regolamento[94]. Alla Camera si sceglie, invece, di percorrere un'altra via.

La ragione sottesa alla preferenza per l'opzione sperimentale è che gli aggiornamenti derivanti dall'evoluzione progressiva dei rapporti fra le istituzioni europee e il sistema dei Parlamenti nazionali avrebbero necessitato di battere la strada della revisione regolamentare in tempi brevi. Nella realtà, invece, perdura una situazione di elevata incoerenza sulla quale vanno a intervenire i pareri sperimentali della Giunta per il Regolamento del 6 ottobre 2009 e del 14 luglio 2010[95].

Nel 2009, la Giunta comincia a riflettere sul tema. L'*iter* procedurale di questo primo parere sperimentale è molto interessante: si dà mandato a due relatori di definire «nuove procedure, per ora di carattere sperimentale»[96]. Il lavoro istruttorio dei relatori viene integrato dal contributo del Presidente della XIV Commissione Politiche dell'Unione Europea, contenuto nella lettera del 24 luglio 2009. La ricognizione viene giustificata da alcuni "fatti nuovi",

[92] Sul mancato adeguamento in via regolamentare, cfr. N. LUPO, *"Codificazione" dei precedenti o valorizzazione del parlamento? I presupposti dell'ipotesi di riforma del regolamento della Camera e alcune possibili integrazioni,* in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2014, 3.

[93] E, segnatamente, a partire dal 2001, quando in A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 12 settembre 2001, 5, la Presidenza richiedeva di ponderare il tema del rafforzamento delle norme che avrebbero consentito al Parlamento di formare e attuare le politiche dell'Unione europea. In tal senso, dunque, i regolamenti avrebbero dovuto favorire, non ostacolare, l'espletazione degli obblighi informativi del Governo nei confronti del Parlamento. La Commissione politiche dell'UE avrebbe dovuto assumere un ruolo crescente di raccordo fra i due livelli ordinamentali. La revisione organica così desiderata avrebbe dovuto incidere quanto meno sugli artt. 125 e 127-*bis* del regolamento). In seguito alla riforma della legge La Pergola, inoltre, si discuteva se dare corso agli opportuni adeguamenti addivenendo ad un'interpretazione regolamentare compatibile con il vigente art. 127 Reg. Cam. ovvero avviare una fase sperimentale. A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 27 aprile 2005.

[94] A.S., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 5 ottobre 2010.

[95] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, *Parere del 6 ottobre 2009 su "Questioni concernenti le procedure di raccordo tra la Camera dei Deputati e le istituzioni europee"*; A.C., Giunta per il Regolamento, *Parere del 14 luglio 2010 su "L'esame in Assemblea del documento della XIV Commissione concernente la conformità al principio di sussidiarietà e sull'esame delle relazioni sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea"*.

[96] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 6 ottobre 2009, 8.

consistenti nell'approvazione della legge n. 11/2005[97], nella ratifica dell'Italia nonché nell'imminente entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dei relativi protocolli, con la finalità del potenziamento del ruolo giocato dal Parlamento nell'interlocuzione con le istituzioni europee. Infine, illustrato in Giunta, il parere incontra un "consenso generalizzato" e viene, dunque, approvato all'unanimità.

Come nei casi precedentemente illustrati, anche qui si può riscontrare l'esistenza di una clausola di condizionalità, premessa ineliminabile di un'intesa politica affinché «le riforme regolamentari [siano] avviate dopo una verifica di una prima fase applicativa del parere e del sopravvenire di eventuali nuove esigenze»[98].

Nel merito, il parere intende proporre dei rimedi procedurali per fronteggiare le "ricadute" parlamentari conseguenti all'attuazione della riforma, in modo da dotare la Camera di nuovi strumenti per partecipare in maniera proficua ai processi decisionali europei, soprattutto in relazione alla c.d. fase ascendente.

Come risulta dalla relazione, si ipotizza di affidare "in via sperimentale" una nuova competenza alla XVI Commissione, per attivare sollecitamente la procedura riguardante l'esame dei profili di sussidiarietà[99]. I passaggi scanditi dal parere sono alquanto articolati e introducono una disciplina del tutto nuova rispetto ai regolamenti parlamentari.

Il termine finale della sperimentalità viene individuato nella piena entrata in vigore del Trattato, necessaria affinché i pareri parlamentari possano spiegare effetto anche in sede europea. Da quel momento, terminata la sperimentazione, si sarebbe potuta avviare una fase successiva, investendo l'Assemblea della questione, per una nuova valutazione. Anche l'organizzazione pratica dei lavori della XVI Commissione avrebbe dovuto essere ricalibrata dopo l'entrata in vigore del Trattato, in modo da poter determinare i tempi «entro i quali gli organi parlamentari possono utilmente pronunciarsi».

Infine, una seconda "disciplina sperimentale" è contenuta nell'ultima parte del parere e riguarda la procedura di esame della relazione annuale del Governo sulla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea. Il parere prevede che essa si svolga separatamente rispetto all'esame del disegno di legge comunitaria,

[97] Legge 4 febbraio 2005, n. 11 recante "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari", in G.U. n. 37 del 15 febbraio 2005.

[98] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 6 ottobre 2009, 8.

[99] E, segnatamente, come risulta dal parere, «la verifica della conformità al principio di sussidiarietà dei progetti di atti legislativi di cui all'articolo 6 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità». Con riguardo al Senato, invece, prima della riforma regolamentare del 2017, gli opportuni adeguamenti sono stati introdotti mediante una lettera informale del Presidente del Senato ai Presidenti delle varie Commissioni del 1° dicembre 2009.

«in deroga a quanto stabilito dall'art. 126-*ter*, Reg. Cam.». Tale statuizione risulta di particolare interesse perché si tratta di un raro caso in cui un parere della Giunta ammetta espressamente la propria valenza derogatoria del regolamento, sulla base, beninteso, di una assoluta transitorietà.

In un secondo tempo, tuttavia, maturano due nuove questioni: da un lato, la necessità di valutare gli effetti della sperimentazione del primo parere e, dall'altro lato, l'urgenza di definire un'ulteriore procedura[100]. Ci si domanda, in sede di Giunta, se optare ancora una volta per l'adozione di "schemi procedurali sperimentali" ovvero se trasfondere le regole in una revisione regolamentare.

L'urgenza della definizione delle questioni porta i relatori a propendere per l'ipotesi "anticipatoria", riservando una più ponderata fase di predisposizione di norme scritte ad un secondo momento che "faccia tesoro" dell'esperienza accumulata.

Anche la seconda disciplina sperimentale, peraltro, riporta nuovamente all'attenzione della Giunta un nodo che sembrava sciolto: una novella legislativa, intervenuta con la legge 4 giugno 2010, n. 96, sdoppia la relazione annuale del Governo sulla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea in due distinti documenti, uno di carattere programmatico e l'altro di carattere consuntivo[101].

In maniera inedita, l'*iter* di questo secondo parere non parte da un'intesa politica presa in sede informale: per colmare questo passaggio, si avvia un dibattito nella stessa seduta di esposizione della relazione, nel corso del quale, pur registrandosi una "sostanziale condivisione" sulla proposta, permane una "diversità di opinioni" su alcuni punti minori. Così, si sceglie di rinviare il dibattito affinché i relatori possano «presentare una proposta di parere che tenga conto degli elementi di novità e delle valutazioni emersi nel dibattito e condivisi»[102]. Due settimane dopo, la proposta così riformulata, contenente una disciplina molto articolata ed incidente in vari punti sul regolamento, è esposta ai membri della Giunta e da essi approvata alla piena unanimità[103].

4.5. In materia di contabilità e bilancio

Come si sta avendo modo di rimarcare, il ricorso alla procedura sperimentale è avvenuto sovente in presenza di questioni che richiedevano una decisione

[100] Cioè «la procedura parlamentare per l'applicazione delle disposizioni del Trattato che conferiscono ai Parlamenti nazionali la facoltà di opporsi ad una decisione comunitaria». A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 1° luglio 2010, 5.

[101] Legge 4 giugno 2010, n. 96, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunita' europee - Legge comunitaria 2009, in G.U. S.G. n. 146 del 25-06-2010.

[102] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 1° luglio 2010, 11, intervento del Presidente, on. Fini.

[103] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 14 luglio 2010.

sollecita per effetto dell'entrata in vigore di leggi di riforma. In tali casi, bisogna predisporre specifici adeguamenti su fattispecie che i regolamenti parlamentari non potevano considerare. La difficoltà nel dar seguito a simili revisioni ha, così, condotto la Giunta per il Regolamento della Camera a svolgere un ruolo, per così dire, di "supplenza normativa"[104].

Alla base di un intervento alquanto pervasivo va ascritta la riforma del quadro di contabilità e finanza pubblica, con l. 31 dicembre 2009, n. 196, la cui efficacia dipendeva in larga misura dalla tempestiva revisione delle procedure parlamentari[105]. La pluralità degli ambiti toccati dal nuovo testo legislativo fa sorgere la domanda se procedere con l'adattamento delle vigenti procedure parlamentari alle novelle ovvero se approntare nuove regole passando per la revisione dei regolamenti[106].

Nelle more, interviene un parere della Giunta[107] che si avvale del lavoro istruttorio svolto dalla Commissione Bilancio. Questa, in suo seno, aveva già istituito un apposito Comitato tecnico, incaricandolo di studiare proprio la questione delle possibili modifiche regolamentari conseguenti alla legge n. 196[108].

La procedura intercorsa per l'adozione del parere è desumibile dai resoconti delle sedute della Giunta del 1° e 14 luglio 2010. Incaricati dal Presidente della Camera, dopo aver proceduto all'istruttoria, i *relatori per gli adattamenti regolamentari conseguenti all'entrata in vigore della legge di contabilità* elaborano una proposta di articolato. Secondo la metodologia scelta, il percorso di adeguamento sarebbe stato suddiviso in due fasi: una prima, sperimentale, consistente in agili interventi correttivi, tali da poter essere portati a termine in

[104] R. IBRIDO, *Un "protocollo sperimentale" può contenere le regole di prima attuazione dell'Ufficio parlamentare di bilancio?*, in *Luiss Amministrazione in Cammino*, 24 febbraio 2014.

[105] Sul tema, D. CABRAS, *La nuova sessione di bilancio: gli effetti sull'attività del Parlamento*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 16, 2010, 1-10.

[106] Tale dibattito, del resto, non era inedito. In A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 30 settembre 2003, si faceva menzione di una lettera, inviata a tutti i deputati dal Presidente della Camera, on. Casini, il 18 luglio dello stesso anno, in cui, raccogliendo le indicazioni raccolte dai presidenti delle Commissioni Bilancio di Camera e Senato, si manifestava l'intendimento di rivedere alcune prassi riguardanti il contenuto della legge finanziaria, prospettandosi l'opportunità di «sperimentare, sulla base di un'intesa fra i gruppi parlamentari e il Governo, alcuni limitati interventi di razionalizzazione» che non andassero a incidere con puntuali modifiche alla normativa regolamentare e legislativa vigente. Cfr. anche A.C., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 7 ottobre 2003, in cui si era tentato di razionalizzare le discussioni e il processo decisionale della Camera proponendo un approccio di sperimentazione in Commissione attraverso interventi correttivi delle vigenti procedure di bilancio, da rivalutare in un secondo momento per un'eventuale estensione dell'applicazione in Assemblea.

[107] Cfr. A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, Parere del 14 luglio 2010 su "*I primi adeguamenti regolamentari di carattere sperimentale conseguenti alla nuova legge di contabilità*".

[108] Cfr. G. RIVOSECCHI, L*a riforma dei Regolamenti parlamentari dopo il trattato di Lisbona: un'occasione mancata*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 3, 2009, 1 ss.

tempi solleciti. Questi si sarebbero dovuti limitare alla progettazione di quadro normativo essenziale, tale da consentire alla Camera l'esercizio dei nuovi poteri previsti dalla riforma di contabilità sin dalla successiva sessione di bilancio. La seconda fase, invece, si sarebbe aperta con una riflessione più ponderata, al fine di rimeditare in maniera ampia le procedure parlamentari di bilancio e «sviluppare pienamente le potenzialità offerte dalla legge». Tale obbiettivo, richiedendo più tempo, veniva posto con l'idea di giovarsi delle esperienze applicative derivanti dalla prima fase, la "sperimentazione" iniziale. Esso sarebbe stato raggiunto con la messa a punto di una più ampia ipotesi di revisione dei regolamenti parlamentari.

Nel merito, il parere deve tener conto di alcuni aspetti fondamentali della riforma della contabilità pubblica[109]. In primo luogo, l'innovazione conseguente alla modificazione degli strumenti di programmazione finanziaria attraverso la sostituzione della Decisione di Finanza Pubblica (DFP) al Documento di Programmazione Economica-Finanziaria (DPEF)[110] e del disegno di legge finanziaria al disegno di legge di stabilità, ex art. 11 l. 196/2009. Nelle more di un adeguamento, il parere è costretto a intervenire sul Regolamento della Camera che continuava a menzionare la legge finanziaria. In maniera innovativa, si dispone pertanto che quest'ultima vada intesa come "legge di stabilità" e che al relativo disegno di legge vada applicata la disciplina sino ad allora prevista per il disegno di legge finanziaria, ossia gli artt. 119-123 del Regolamento. Già solo dall'esame di questo punto appare indubbio che il parere aveva assunto sin dal principio un marcato valore normativo.

In secondo luogo, si stabilisce che lo schema di DEF (già DFP), in conformità all'art. 10 della suddetta legge, venga esaminato facendo ricorso alla procedura prevista dall'art. 118-*bis* Reg. Cam., che attribuisce un compito istruttorio primario alla Commissione Bilancio[111]. Le varie operazioni vanno compiute in tempo utile per permettere al Governo di tenerne conto: il Regolamento non specifica alcun termine cosicché il parere della Giunta scioglie il nodo, innovando ancora una volta la disciplina preesistente[112].

[109] Sul punto, *ex plurimis*, L. MANCANO, *La legge di riforma della contabilità e finanza pubblica*, in E. Rossi (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, V, Plus Pisa University Press, Pisa, 2012, 187-200; M. CAPUTO, *La sessione di bilancio 2009: spunti e prospettive alla luce della riforma della legge di contabilità*, in *Rass. parl.*, 1, 2010, 77-120.

[110] Come è noto, per effetto della legge 7 aprile 2011, n. 39, la DFP è stata abrogata e sostituita dal Documento di Economia e Finanza (DEF), che ne ingloba alcuni contenuti.

[111] In particolare, la Commissione Bilancio deve sentire il parere delle altre Commissioni permanenti e della Commissione parlamentare per le questioni regionali, prima di passare la parola all'Assemblea che, con una risoluzione, può votare eventuali proposte di integrazioni e modifiche al documento di finanza.

[112] Si prevede l'attribuzione di tale prerogativa al Presidente della Camera, che lo fisserà «in modo che la calendarizzazione in Assemblea avvenga in termini compatibili con quello previsto dalla medesima legge n. 196 per la presentazione dei disegni di legge di stabilità e di bilancio». Deve intendersi

Inoltre, la l. n. 196/2009, allineandosi sul calendario stabilito dalle istituzioni europee, incide sui termini del ciclo annuale di bilancio, spostandoli in avanti[113]. Per concludere le operazioni in maniera tempestiva, tenuto conto delle esperienze pregresse, il parere finisce per emendare espressamente l'art. 119, co. 2, Reg. Cam.[114].

Ancora, la l. n. 196/2009 introduce alcuni nuovi documenti, non menzionati dal regolamento parlamentare. Nel tentativo di colmare questa lacuna, il parere dispone per tale insieme di atti[115] l'applicabilità in via analogica della procedura prevista dall'art. 124 Reg. Cam., «in attesa di individuare moduli procedurali più specifici»[116].

Un'ultima notazione di interesse è, infine, la previsione di uno specifico atto di indirizzo che la Commissione Bilancio è autorizzata ad esprimere con riguardo ai documenti di bilancio e alle procedure di finanza pubblica. In esso, dice il parere, possono essere contenute «osservazioni […e…] valutazioni utili alla migliore impostazione dei documenti» stessi.

Dal quadro sostanziale che emerge da questo primo parere, approvato all'unanimità, può certamente essere sostenuto che la Giunta, attraverso la via sperimentale, non ha esercitato un semplice potere interpretativo, ma ha "legiferato" *praeter* Regolamento, aggirando, sulla base dell'urgenza delle scadenze finanziarie, l'ordinaria procedura di revisione *ex* art. 64 Cost.

che con l'abrogazione del DFP tali procedure siano oggi espletabili con riferimento allo schema del DEF.

[113] Lo schema del DEF, infatti, va presentato entro il 15 settembre. Conseguentemente, la data ultima di presentazione della manovra di bilancio e della legge di stabilità è fissata entro il 15 ottobre.

[114] Tale norma, infatti prevede una durata della sessione di bilancio di quarantacinque o trentacinque giorni, a seconda che la manovra sia presentata dal Governo rispettivamente alla Camera o al Senato. Il parere, invece, ne ridetermina la durata in trenta giorni. Le rimodulazioni dei termini sono intese a valorizzare le istruttorie di ciascuna Commissione, lasciando sette dei dieci giorni a disposizione per esaminare congiuntamente le parti del disegno di legge di stabilità e del bilancio di propria competenza, approvare la propria relazione e nominare un relatore. Scaduto tale termine, la Commissione Bilancio deve esaminare i disegni di legge e i documenti connessi e approvare la relazione generale: non ha più a disposizione quattordici giorni, bensì tredici. La riduzione sostanziale, invece, va a detrimento della restante discussione in Assemblea, cui restano, tolti i tempi tecnici, meno di dieci giorni. Un intervallo ritenuto comunque sufficiente rispetto alla prassi anteriore, in cui si erano registrate giornate di dibattito non pienamente utilizzate.

[115] Si tratta, ai sensi del parere in questione, dei seguenti atti: «La relazione annuale sull'economia e la finanza pubblica e la relazione di sintesi sugli interventi realizzati nelle aree sottoutilizzate e sui risultati conseguiti (che il Governo presenta alle Camere entro il 15 aprile), la relazione generale sulla situazione economica del Paese per l'anno precedente (entro il 30 aprile) (art. 12 della legge n. 196/2009), lo schema di aggiornamento del programma di stabilità da presentare al Consiglio dell'Unione europea e alla Commissione europea (da presentare secondo il calendario concordato in sede europea) (art. 9 della legge n. 196/2009), le linee guida per la ripartizione degli obiettivi di finanza pubblica (che il Governo presenta entro il 15 luglio) (art. 10, comma 5, della legge n. 196/2009) ed ogni altro documento trasmesso dal Governo ai sensi della legge n. 196/2009».

[116] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 14 luglio 2010, 5.

Le riforme di finanza pubblica sono all'origine di un nuovo eclatante caso: l'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio (di seguito, UPB), in ottemperanza agli obblighi europei e prevista sia alla Camera che al Senato per effetto della legge costituzionale che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio, è avvenuta attraverso l'inusuale e atipica procedura consistente nell'approvazione in via sperimentale del *Protocollo per l'attuazione del Capo VII della legge 24 dicembre 2012, n. 243, relativo all'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio*. Tale legge, infatti, disponeva la creazione dell'organo indipendente con decorrenza dal primo gennaio 2014, attribuendo all'intesa dei Presidenti d'Assemblea, il compito di nominare, con decreto, il Presidente e i membri del Consiglio dell'Ufficio da una lista di nominativi votata a maggioranza di due terzi dalle commissioni competenti di entrambi i rami del Parlamento. L'urgenza di questo termine era peraltro acutizzata dall'infruttuosa decorrenza di un'altra scadenza, prevista nel quadro del c.d. *two pack* e finalizzata ad accelerare la sorveglianza di bilancio e il coordinamento finanziario fra gli Stati membri dell'UE. In particolare, l'art. 5 del Regolamento UE n. 473/2013[117], che imponeva agli Stati membri di dotarsi entro il 31 ottobre 2013 di enti indipendenti cui garantire autonomia funzionale, al fine di monitorare l'osservanza delle regole di bilancio.

Come risulta dai resoconti[118], si specifica che «nelle more dell'introduzione di una specifica disciplina regolamentare» da adottare in parallelo, si sceglie di elaborare, in seguito a un'intesa bicamerale fra gli Uffici di presidenza delle Commissioni Bilancio e le Presidenze dei due rami del Parlamento, un Protocollo definito "sperimentale per la sua prima applicazione" al fine di consentire l'operatività dell'Ufficio[119]. Come spiegano i Presidenti nelle citate sedute, il testo del Protocollo è stato prima inviato ai membri della Giunta, poi illustrato ai Presidenti delle Camere, che «ne hanno verificato l'aderenza alle previsioni della legge n. 243, ritenendo opportuno condividerlo». La procedura, seppure informale, ha il pregio di consentire un elevato coinvolgimento dei gruppi, anche di opposizione.

Questo dimostrerebbe il raggiungimento di un sufficiente grado di consenso politico prima di innescare ulteriori procedure, propedeutiche all'attivazione dell'UPB. Sarebbe, dunque, la ristrettezza della tempistica a giustificare

[117] Regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro, in G. UE. L. 140 del 27/05/2013.

[118] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 21 novembre 2013.

[119] Come chiarito dalla Giunta in una seduta di qualche anno successiva, per Protocollo si intende «una disciplina convenzionale predisposta dall'organo, che vincolerebbe comunque i deputati e che presupporrebbe una successiva modifica regolamentare da effettuare solo dopo un certo periodo di sperimentazione». A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 10 marzo 2016, 4.

una tale "deviazione" rispetto al percorso ordinario di modifica dei regolamenti parlamentari[120]. Una deviazione giustificata dal fatto di aver compiuto sufficienti approfondimenti e accettata per via della "natura sperimentale", che non escluderebbe successivi riadeguamenti.

La speditezza con cui si sarebbe svolto l'*iter* decisionale relativo all'istituzione dell'UPB ha fatto sollevare dubbi sulla legittimità della semplice "ratifica" del protocollo operata in Giunta, preclusiva dei necessari dibattiti[121].

La dottrina, invece, mette a fuoco i rischi di una possibile carenza di democraticità del processo istitutivo, sottolineando l'assenza di un qualsiasi confronto nelle Assemblee e la frettolosità delle discussioni formali in sede di Giunta, precedute da più approfonditi colloqui nelle sedi ristrette degli Uffici di Presidenza delle Commissioni Bilancio e della Presidenza d'Assemblea[122].

Riassumendo, in entrambi i pareri appena esaminati non sono mancate le perplessità o le espressioni di disaccordo sul metodo. Come si può evincere dalla lettura delle sedute della Giunta, c'è chi ha evidenziato come la previsione di una fase di tipo sperimentale e transitorio, circoscritta ad interventi di tipo meramente correttivo, rischi di frapporsi all'emanazione di una disciplina di più ampio respiro, per effetto della prassi che tende ad eseguire rinvii *sine die* alle riforme regolamentari, stabilizzando e rendendo durature norme concepite come provvisorie ovvero identificando in queste ultime dei precedenti dal valore non trascurabile[123].

Anche nell'omologa procedura di elaborazione del parere svoltasi presso il Senato della Repubblica non sono mancate contestazioni: un senatore, ad esempio, facendo espresso riferimento alle competenze attribuite alla Giunta dall'art. 18, co. 3, Reg. Sen., rimarcava come essa non potesse disporre di «alcun potere di emanare ulteriori fonti a valenza esterna, in rapporto sia con la legge, sia con altri Organi costituzionali»[124]. I pareri, dunque, in quanto fonte diversa dai regolamenti parlamentari, non dovrebbero ritenersi ammissibili, né idonei «a specificare quanto già previsto da fonti di rango primario». A giustificazione parziale di quanto contestato, nella stessa seduta, il Presidente della

[120] Eppure, come fa notare E. GRIGLIO, *Il protocollo sull'Ufficio parlamentare di bilancio: una «fuga» dai regolamenti parlamentari?*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, 118, «il ricorso ad una procedura sperimentale non ha comunque consentito di rispettare la scadenza prevista dalla legge organica».

[121] Come rilevato, ad esempio, dall'on. Giorgietti, sarebbe stata preferibile la via maestra della revisione regolamentare, data la non transitorietà dell'ufficio in questione. Tuttavia, in difetto di essa, è sempre meglio addivenire ad una disciplina «di carattere sperimentale».

[122] Difatti, entrambi gli organi «sono stat[i] convocat[i] rispettivamente il 21 novembre e l'11 dicembre 2013 con un ordine del giorno dedicato a "comunicazioni" della Presidenza relative all'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio, che come tali non presupponevano una formale presa di posizione dell'organo». Cfr. E. GRIGLIO, *Il protocollo*, cit., 117.

[123] A.C., XVI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 14 luglio 2010, intervento dell'on. Sereni.

[124] A.S., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta dell'11 dicembre 2013, intervento dell'on. Santangelo.

Giunta replicava che il fatto di trovarsi di fronte a «una fattispecie del tutto inedita, concernente la costituzione di un organismo introdotto da una normativa estremamente recente» era un caso «che i Regolamenti di entrambi i rami del Parlamento non potevano ovviamente contemplare». Così, per dare tempestiva attuazione alle riforme di contabilità e bilancio, il meccanismo dei pareri sperimentali «risulta comunque necessario».

Trattandosi di un ambito tipico dell'autonomia funzionale del Parlamento, desta preoccupazione il fatto che simili decisioni vengano prese non già *nemine contradicente*, bensì attraverso mere "ratifiche", "prese d'atto" o generiche "convergenze di volontà". Ad un osservatore esterno, infatti, sembra evidente che pur non violandosi espressamente la condizione della maggioranza assoluta prevista dall'art. 64 Cost., una tale procedura possa condurre in buona sostanza ad un'elusione del meccanismo di confronto e di garanzia che la Costituzione stessa implicitamente suggerisce nel prescrivere rinforzi alle ordinarie maggioranze[125].

4.6. In materia di deontologia: l'approvazione in via sperimentale del codice di condotta

Per quanto riguarda le innovazioni in tema di deontologia e di disciplina delle attività di rappresentanza di interessi, va posta l'attenzione sul fatto che la via sperimentale viene per la prima volta proposta in abbinamento con una intesa "convenzionale". La Giunta della Camera sembra "avventurarsi" in questa inedita combinazione di metodi di produzione delle norme nell'intento di superare l'*impasse* che deriva dalla perdurante assenza di una disciplina legislativa e regolamentare organica[126]. Il quadro normativo di allora, consistente in disposizioni normative sparse con un flebile apparato sanzionatorio, richiede non solo l'introduzione di norme generali e «riassuntive dei principi deontologici al cui rispetto sono tenuti i deputati italiani», ma anche una «puntuale

[125] Come fa criticamente notare E. GRIGLIO, *Il protocollo*, cit., 119, «la soluzione alternativa venutasi così a legittimare rappresenta un precedente potenzialmente molto pericoloso di fuga dalla revisione dei regolamenti parlamentari che nessuna garanzia consente di offrire sulla transitorietà e sul carattere realmente sperimentale della disciplina adottata».

[126] Sul punto, G. PICCIRILLI, *Un ulteriore tassello*, cit., 4, osserva che «l'adozione negli ultimi anni di una ampia e pervasiva legislazione anticorruzione, a partire dalla legge n. 190 del 2012, ha determinato il paradossale disallineamento dell'ordinamento parlamentare, che ne è stato direttamente destinatario per la parte che riguarda l'assunzione del mandato parlamentare e le sue vicende». Si richiedeva, dunque, l'intervento delle fonti regolamentari per recepire la normativa nel rispetto della prerogativa di autonomia garantita dalla Costituzione. Pur avendolo previsto nella propria fonte regolamentare (art. 12, co. 2-*bis*), il Senato non ha ancora approntato un simile strumento.

individuazione di quegli aspetti della materia che risultino ancora sprovvisti di disciplina e sui quali la fonte regolamentare sarebbe legittimata ad intervenire»[127].

Si giunge, per tale via, alla faticosa elaborazione del codice di condotta[128], fonte con una natura certamente ricognitiva e, per certi versi, anche innovativa: su di esso si raggiunge un consenso parziale, a causa di un punto che desta perplessità in un gruppo politico.

Anche in questo *iter* procedurale si ritrovano i due tipi di sperimentalità: quella, per così dire, iniziale, che attiene alla fase di predisposizione di una apposita scelta normativa. E quella "postuma" rappresentata da una sperimentazione applicativa[129]: la previsione di quest'ultima motiva il respingimento di qualsiasi altra soluzione in difformità con la proposta originaria, poiché in ogni caso, dopo la suddetta fase applicativa si potranno ridiscutere le regolamentazioni poco performanti.

I deputati del Movimento 5 Stelle, ad esempio, avevano avanzato alcune specifiche riserve sul tema sanzionatorio, pur essendo consci della loro inammissibilità perché implicanti una lettura estensiva del Regolamento. La Presidenza ha dovuto ricordare che la fonte prescelta del Codice, avendo natura sperimentale, inibisce qualsiasi modifica alle sanzioni di tipo interdittivo a carico dei deputati, perché ciò implicherebbe una revisione regolamentare (art. 60 Reg. Cam.) che allo stato non era possibile compiere con quel mezzo[130]. Tuttavia, come risulta dal resoconto, gli emendamenti al Codice erano stati presentati comunque, per "lasciarne traccia" negli atti della Giunta.

In coerenza con tale impostazione, il resto del dibattito concernente le proposte di emendamento viene condotto in una cornice di sperimentalità, che comporta il rinvio dell'esame di talune proposte al momento successivo, quello in cui la disciplina verrà riversata nelle maglie più stabili e definitive del Regolamento. Un momento, tuttavia, incerto nell'*an* e nel *quando*.

Sia il Codice di condotta che il testo recante l'ipotesi di regolamentazione delle attività di lobbying sono stati approvati con le due astensioni dei

[127] A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 19 novembre 2015, intervento del relatore, on. Pisicchio, 7.

[128] Con riguardo all'intarsio fra le regole parlamentari e le regole etiche nel Codice di condotta, quale fattore condizionante della democraticità degli ordinamenti, cfr. P. GAMBALE, *Le proposte di modifica dei regolamenti di Camera e Senato: verso l'adozione di un "codice etico" per i parlamentari?*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2015, 1-6.

[129] A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 23 marzo 2016, intervento del relatore, on. Pisicchio, 10.

[130] A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 12 aprile 2016, intervento della Presidente, on. Boldrini, 4.

rappresentanti del Movimento 5 Stelle[131]. Non vi sono, dunque, voti contrari tali da apparire in contrasto con il principio di matrice consuetudinaria del *nemine contradicente*[132], ma non può nascondersi che quelle astensioni hanno un peso.

Il quesito della natura giuridica di tali documenti, come dei già discussi protocolli sperimentali, è stato risolto dalla dottrina in vario modo: si è ipotizzata una loro "parità di grado" con i pareri della Giunta in cui essi sono formalmente contenuti[133]; si è parlato di atti interni, frutto dell'autonomia degli organi costituzionali, le cui norme etico-morali sono però di dubbia valenza giuridica[134]; ovvero, più genericamente, si è rimarcato il loro essere fonti di organizzazioni interna dei Parlamenti, di rango subregolamentare e convenzionale, ma non giuridica[135]; o, ancora, salvo le opportune distinzioni, sarebbero forme analoghe ai codici di autoregolamentazione deontologica di tipo privatistico.

A rigor di logica, la non giuridicità scaturirebbe, dal punto di vista formale, dall'assenza di una norma di rango superiore che autorizzi la Giunta ad emanare un codice di condotta. A sostegno di tale ipotesi, si può addurre la volontaria qualificazione del codice come "convenzionale", cosa che risulta dai resoconti delle sedute di Giunta e coincide con l'intendimento politico di base che sorregge il documento. Dal punto di vista sostanziale, invece, la natura principalmente compilativa del Codice, volto a riunire in un unico documento norme e principi già presenti nell'ordinamento, per di più privi di un reale apparato sanzionatorio, impedisce di potervi identificare una genuina attitudine prescrittiva e normo-generativa rispetto al complesso dell'ordinamento giuridico.

5. Ulteriori casi minori di sperimentalità deliberati dal Senato

Per completezza dell'esposizione, vanno menzionati ancora due casi minori di percorsi sperimentali deliberati dal Senato.

[131] A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 12 aprile 2016, 13. Per alcune considerazioni sulla regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi così introdotta, cfr. R. DI MARIA, *«Adelante, Pedro, con juicio!» ovvero "prove generali" di regolamentazione del lobbying in Italia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/, 7, 2016, 1-4.

[132] R. IBRIDO, *Clausola del nemine contradicente*, in *Rass. parl.*, 2, 2011, 367 ss.

[133] Così, ad esempio, G. PICCIRILLI, *Un ulteriore tassello*, cit., 5, che rimarca, però, «l'assenza di un riferimento diretto all'interpretazione o all'attuazione di una specifica norma regolamentare».

[134] G. STEGHER, *La deontologia nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 36, 2020, 138.

[135] Così, S. SILEONI, *Il Codice di condotta della Camera dei Deputati: (mancate) novità di contenuto e forma*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2016, 3 e ID., *I codici di condotta per i parlamentari, tra diritto e politica*, in *DPCE Online*, disponibile all'indirizzo: www.dpceonline.it/index.php/dpceonline, 4, 2019, 2753 ss.

Il primo riguarda la sperimentazione in materia di resocontazione stenografica, attivata su iniziativa del Collegio dei Senatori[136]. Questo, con delibera del 23 giugno 1999, incarica l'Amministrazione del Senato di predisporre un progetto tecnico finalizzato alla verifica di nuove metodologie di resocontazione. Come esito dell'istruttoria, si individua una prima fase di sperimentazione in cui personale di imprese private avrebbe dovuto affiancare il personale del Senato durante le sedute, a fini dimostrativi e di assistenza per la predisposizione delle nuove tecniche di resocontazione. Occorreva, pertanto, stabilire se la vicenda potesse essere inquadrabile in maniera compatibile con il regolamento e, soprattutto, con il principio consuetudinario dell'inviolabilità della sede.

L'art. 70 Reg. Sen., contenente il divieto di accesso di personale estraneo nell'Aula, contiene una lacuna rispetto al caso di ingresso nelle aule delle Commissioni. Così, in un'apposita seduta, il Presidente «prende atto dell'unanime orientamento della Giunta, secondo la quale non esistono impedimenti regolamentari a che, per un periodo di tempo limitato, la sperimentazione in oggetto possa venire promossa». Viene, dunque, emanato un parere che, come specificato dal Presidente della Giunta, ha espressamente una valenza ampliativa del consueto ambito applicativo della resocontazione stenografica[137].

A condizione della «massima prudenza», la Giunta delibera all'unanimità tale misura eccezionale, rendendola effettiva, salvo alcune limitate eccezioni.

Un secondo caso si origina a partire dall'art. 116 Reg. Sen., riguardante la procedura di votazione nominale con appello, disposizione che aveva dato luogo a numerose questioni interpretative. Molti senatori, infatti, avevano fatto valere la macchinosità della procedura concernente l'uso del dispositivo elettronico. Una regola non ancora attuata, poiché le modalità tecniche per renderne possibile l'uso avrebbero dovuto essere state fissate, ai sensi dell'art. 118, co. 7, Reg. Sen., da apposite istruzioni approvate dal Consiglio di Presidenza, cosa che è avvenuta soltanto il 23 gennaio 2008. In suo luogo, dunque, si è lungamente fatto ricorso alla procedura derogatoria fissata dall'art. 118 e prevedente, in caso di mancato o difettoso funzionamento del dispositivo elettronico di voto, il sistema dell'appello puro e semplice.

In maniera insolita, dunque, sull'integrazione dell'art. 116 Reg. Sen. la Giunta non si esprime con un parere ma dichiara, nel corso di una propria seduta, «il suo assenso a che, in via sperimentale, venga mantenuta la

[136] A.S., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, *Parere al presidente - ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del Regolamento - sulla possibilità che, ai fini della sperimentazione delle nuove tecniche di resocontazione stenografica, personale estraneo al Senato sia ammesso nelle aule delle commissioni parlamentari durante la seduta*, seduta del 29 luglio 1999.

[137] Essa viene ammessa «nelle Aule delle Commissioni parlamentari - eccezion fatta per le sedute delle Commissioni d'inchiesta e per quelle per cui, a giudizio dei Presidenti di Commissione, la sperimentazione apparisse inopportuna - nonché - limitatamente alle sedute del sindacato ispettivo - nell'Aula dell'Assemblea».

procedura di votazione nominale con appello» adottata in Assemblea[138]. Si tratta della c.d. chiama, secondo la quale «ciascun senatore, chiamato dai senatori Segretari, esprime il proprio voto passando innanzi al banco della Presidenza»[139].

6. La sperimentazione coordinata: il caso della funzione consultiva della Commissione Affari costituzionali conseguente alla riforma del Titolo V

Il coordinamento su certi temi, spesso in maniera informale, fra Camera e Senato conduce a discipline sperimentali comuni. Lo si già è visto a proposito dell'istituzione coordinata dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio. Un ulteriore vicenda riguarda l'ampliamento sperimentale della funzione consultiva delle omologhe Commissioni Affari costituzionali, mutata per effetto degli adeguamenti resi necessari dalla riforma del Titolo V. Il meccanismo con cui si certificano questi adeguamenti è diverso fra i due rami del Parlamento, poiché mentre al Senato si emette un parere sperimentale della Giunta, alla Camera si allega al resoconto di seduta uno "schema procedurale". L'impulso di coordinamento parte dal Presidente del Senato che, con una lettera del 11 ottobre 2001, chiede alla Camera di poter avviare un'istruttoria comune in seno alle rispettive Giunte per il Regolamento avvalendosi della creazione di un comitato paritetico.

La riforma costituzionale, nella specie, dava luogo a inedite criticità regolamentari inerenti alla mancata previsione di procedure di verifica della competenza legislativa a livello statale, conseguentemente alla modifica delle ripartizioni con il livello regionale. Infatti, l'art. 11, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, assegna a un organismo bicamerale, la Commissione parlamentare per le questioni regionali a composizione integrata[140], un ruolo specifico di controllo sull'esercizio delle competenze attraverso l'emanazione di pareri su progetti di legge concernenti le materie di cui all'art. 117, co. 3 e 119 Cost.

Come si è detto, al momento dell'entrata in vigore della riforma, i regolamenti parlamentari sono alquanto impreparati e il complesso normativo non riesce a coprire le modifiche nel frattempo intervenute[141]. Si sceglie di colmare

[138] A.S., XI Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 30 luglio 1992.

[139] *Ibidem*.

[140] A norma dei regolamenti, essa può essere integrata con i rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali.

[141] Ai sensi dell'art. 75, co. 1, Reg. Cam., la Commissione Affari costituzionali ha il compito di rendere parere sui progetti di legge «sotto il profilo delle competenze normative e della legislazione generale dello Stato». Inoltre, a norma del paragrafo 7.3 della circolare del Presidente della Camera 10 gennaio 1997, n. 1, sull'istruttoria legislativa nelle Commissioni, tale profilo va trattato in ciascun parere della Commissione e va tenuto in debito conto prima della conclusione dell'esame in sede referente. Questo aspetto concorre con l'art. 79, co. 4, Reg. Cam., che prevede che la Commissione

il vuoto attraverso nuove decisioni sperimentali, che vengono così ad assumere una rilevanza accentuata, in considerazione del carattere "rinforzato" del parere della Commissione Affari costituzionali[142]. Si discute, dunque, della possibile attribuzione alla succitata Commissione di una funzione di verifica delle questioni di competenza legislativa, da estendere "in via sperimentale" agli emendamenti presentati in assemblea riguardanti questioni sul riparto delle competenze legislative di cui al nuovo art. 117 Cost. Pertanto, come risulta dallo schema finale approvato all'unanimità, «il Presidente della Camera stabilirà, ove occorra, il termine entro il quale deve essere espresso il parere della Commissione affari costituzionali».

Quanto al Senato, è un parere della Giunta[143], adottato all'unanimità nel 2001, a disporre l'integrazione dell'art. 40 Reg. Sen.[144]. Nell'attesa della creazione della Commissione bicamerale, dunque, la Giunta del Senato stabilisce – in via sperimentale e transitoria – che la 1ª Commissione esprimerà «parere sui disegni di legge e sugli emendamenti presentati in Commissione come pure in Assemblea, nonché sugli schemi di atti normativi del Governo sottoposti a parere parlamentare» al fine di valutarne la «conformità al mutato assetto costituzionale del riparto delle competenze normative fra lo Stato e le Regioni». In questo modo, si va ad integrare surrettiziamente l'art. 139-*bis* in materia di pareri delle Commissioni sugli atti del Governo: ancora una volta, dunque, i pareri sperimentali della Giunta assumono un valore propriamente normativo.

7. Alcune (in)costanti del diritto parlamentare "sperimentale" delle Giunte

È giunto il momento di tirare le fila del discorso: dall'analisi della casistica sinora esposta si è potuta riscontrare una certa variabilità nelle caratteristiche, cosa che rende difficile registrare delle costanti. Si può, forse, più correttamente parlare di "tendenze".

Innanzitutto, la sperimentalità non è solo menzionata nel resoconto ma appare come giustificazione ufficiale di un atto prodotto dalla Giunta: che sia un parere, uno schema, un protocollo o un codice ad esso allegato, il valore del metodo sperimentale non cambia. Esso sembra essere attivato da un rinvio,

competente per il merito dell'istruttoria legislativa debba tener conto, fra le altre cose, del «rispetto delle competenze delle regioni e delle autonomie locali».

[142] Tale carattere deriva, infatti, dall'obbligo di motivazione in caso di mancato adeguamento e dalla conseguente rimessione in plenaria in sede legislativa.

[143] A.S., XIV Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 23 ottobre 2001, *Parere adottato in seguito a "Comunicazioni del Presidente sulle implicazioni regolamentari delle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione"*.

[144] La norma riguarda l'assegnazione alla 1ª Commissione Affari costituzionali del compito di emettere pareri obbligatori sui «disegni di legge deferiti ad altre Commissioni che presentino aspetti rilevanti in materia costituzionale o che attengano alla organizzazione della pubblica Amministrazione».

specifico o generico, alla fonte regolamentare da parte di una legge di fresca approvazione. Si è parlato, sul punto, di intarsio fra atti legislativi e regolamenti: l'accertamento di un simile legame potrebbe essere un indizio che allude alla predisposizione di una procedura sperimentale[145]. Nei casi trattati, lo si è notato con la riforma della legge di contabilità, le innovazioni sul piano europeo dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, l'entrata in vigore del pacchetto di leggi anticorruzione, l'emanazione da parte dell'esecutivo dei decreti-legge emergenziali e così via dicendo. Spesso, come nel caso dell'adeguamento agli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea, l'adozione di regole tecniche o di dettaglio in via sperimentale è accelerata da una certa *urgenza e indifferibilità*.

Una seconda linea di tendenza è il carattere temporaneo della procedura sperimentale, sugellato dal tacito o espresso inserimento di una clausola condizionale che subordina l'avvio della fase successiva alla fine dell'esperimento. Si pensi alle innovazioni in via sperimentale, per fronteggiare l'emergenza da Covid-19, condizionate dal perdurare dello stato di crisi sanitaria[146].

È da segnalare come anomalo, invece, il fatto che la pregiudiziale della temporaneità, che dal tono dei dibattiti in Giunta sembra consustanziale alla scelta sperimentale, si trascini talvolta in una provvisorietà *sine die*, visto che non sempre le regole così decise vengono riversate in una definitiva revisione parlamentare. Così è stato per il Protocollo istitutivo dell'UPB, ma si potrebbero riportare altri esempi. Anche qualora, per effetto di una valutazione positiva della sperimentazione, si giungessero a introdurre novelle, si è sostenuto che queste ultime non avrebbero dovuto essere comunque troppo dettagliate, lasciando alle fonti subregolamentari una competenza, per così dire, di attuazione[147].

Una terza tendenza è da rintracciare sul piano del *iter* costitutivo dei pareri, poiché la scelta di procedere in via sperimentale deve essere concordata assicurando il pieno coinvolgimento dei gruppi. Nella quasi totalità dei casi l'iniziativa proviene del Presidente della Camera che, nei casi di estrema

[145] Così, R. IBRIDO, *La "decodificazione"*, cit., 88.

[146] A proposito del voto a distanza, anche B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 6, 2020, viii, ha messo in evidenza che «in primo luogo, è necessaria una adeguata strumentazione e una sufficiente fase di sperimentazione».

[147] Invece, in A.C., XIII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 17 dicembre 1996, questo assunto sembra non essere rispettato. Oggetto del dibattito sono gli effetti ordinamentali a livello parlamentare del passaggio al sistema elettorale maggioritario. Si parla di *sperimentazione* sulla base della stipula di un «accordo a termine» fra le forze politiche, poiché sarebbe poco utile e contraddittorio stabilire di volta in volta la prassi da adottare. Si sceglie, dunque, tale via per «inviare un segnale positivo verso l'esterno, ponendo fine ad una situazione di paralisi». Tuttavia, si precisa che le norme sottoposte a sperimentazione «non dovrebbero essere codificate»: al termine di tale fase si passerebbe direttamente a un «confronto sui risultati».

complessità della materia, può scegliere di farsi coadiuvare da uno o più relatori[148]. Per ottenere l'acquisizione di un consenso politico largo, non di rado la via sperimentale prende le mosse da una "ipotesi convenzionale". In tal modo, non viene sondata l'esistenza di una maggioranza ma, più politicamente, di un consenso. Così, si può dire che gran parte delle decisioni sperimentali implichino l'unanimità, anche se in un caso, quello del Comitato per la legislazione, si è registrato, come si è visto, un debole e parziale dissenso non ostativo alla presa finale del provvedimento. La natura "pattizia" della sperimentazione, pertanto, è una dimostrazione emblematica della mescolanza fra politica e diritto, che rifugge ogni irrigidimento provocato dal ricorso alla revisione parlamentare[149]. Si è appurato che, solitamente, l'intesa viene raggiunta in sede di Capigruppo. Resta, però, il dubbio del valore da dare ad eventuali decisioni prese con maggioranze più "risicate": l'assenza di impugnativa a favore della parte politica debole potrebbe far supporre un rischio di "tirannia" dei pareri[150]. Altri limiti di tale procedura, come è stato evidenziato, sono il ruolo solo "ratificatorio" della Giunta che, approvando *in toto* la proposta presidenziale, vi trasmette un supplemento di legittimità politico-giuridica[151]. Una fase eventuale della procedura, infine, riguarda la valutazione successiva degli effetti della sperimentazione, una sorta di "collaudo finale", prima di riflettere sul se procedere alla revisione del regolamento.

Infine, una quarta notazione va fatta rispetto al contenuto di tali misure, che si pone dichiaratamente "interpretativo" ma che, sovente, ha un effetto più normativo e derogatorio. La motivazione che sorregge l'incisività di tali misure è, come si è visto, quella di assicurare, nelle more della revisione del regolamento, il "buon andamento" dei lavori parlamentari rispetto a modifiche

[148] Si pensi, ad esempio, alla relazione degli onn. Bressa e Leone su questioni concernenti il Comitato per la legislazione, cit.

[149] Non a caso, infatti, si è parlato di «gestione contrattata del regolamento», alla base di soluzioni diverse dalla revisione. F. POSTERARO, *La funzione di consulenza procedurale*, in Associazione dei consiglieri parlamentari della Camera dei Deputati, *La formazione della classe dirigente per l'Europa. Spunti di riflessione sull'alta burocrazia pubblica: atti del forum*, Roma, 14 gennaio 1999, 114-8.

[150] Per riprendere la fortunata immagine utilizzata da D. PICCIONE, *Metodi interpretativi per il parlamentarismo (per una prospettiva di evoluzione del metodo di studio nel diritto parlamentare)*, in *Giur. cost.*, 1, 2007, 533 ss.

[151] Così, F. POLI, *Dinamiche del sistema politico e formazione delle regole di diritto parlamentare: una tassonomia dei pareri delle Giunte per il Regolamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2015, 5. Sui limiti dell'intesa, v. anche A.C., XVII Leg., Giunta per il Regolamento, seduta del 7 luglio 2015, intervento dell'on. Baldelli, 11.

esteriori nel frattempo intervenute[152]. Anche la Giunta, dunque, come il Presidente d'Assemblea, concorre al rispetto di tale principio[153].

In questo senso, sorge il quesito di come comporre le eventuali antinomie date dalla successione nel tempo di più pareri o tra fonti diverse. A breve si illustrerà la peculiare vicenda "abrogativa" data dall'art. 5 della riforma del Regolamento del Senato del 2017, compiuta con l'idea di operare un riordino, accollandosi il rischio – discendente dalla scelta del criterio dell'"incompatibilità" fra pareri e articoli di nuova introduzione – di dar vita ad una nuova casistica "chiarificatrice". Quanto alla successione tra pareri sperimentali, data l'esiguità degli stessi, si è sino ad ora compiuta una successione espressa, avvalendosi del criterio cronologico. Il fattore tempo, infatti, risulta essere il più congeniale per stabilire la prevalenza di una regola, in quanto quella più recente rispecchia la maggiore adesione alla volontà delle forze politiche. Il vero punto di anomalia sta nel caso, non infrequente, in cui un parere disponga in maniera derogatoria o contraria ad una norma regolamentare precedente.

8. La sperimentazione "formalizzata": due esempi italiani e un caso tratto da un ordinamento straniero

Come si è anticipato in apertura, esisterebbe anche un risvolto "formalizzato" del diritto parlamentare sperimentale, atto a racchiudere quelle ipotesi che fuoriescono dall'ambito informale ma che non è detto che non possano per ciò stesso arrestarsi su una dimensione di indefinita provvisorietà.

Un primo caso paradigmatico è rappresentato dal divieto di applicazione delle norme sul contingentamento dei tempi per la discussione nel procedimento di conversione dei decreti-legge[154]. L'art. 154, 1° co. Reg. Cam., in una sua versione rimasta in vigore sino al 31 dicembre 1998, lo disponeva «in via transitoria e fino all'approvazione di una nuova disciplina del procedimento di conversione dei decreti-legge». A partire dal 1° gennaio dell'anno successivo, tuttavia, la disposizione è modificata con l'eliminazione del riferimento al termine di efficacia finale.

Il regime transitorio così delineato viene ad essere, in qualche modo, "perennizzato". In una seduta della Giunta, allora, il Presidente della Camera evidenzia la «palese difformità fra la *mens legis* espressa nei lavori preparatori e la

[152] Cfr. R. IBRIDO, *Precedenti parlamentari e metodi di risoluzione delle questioni regolamentari*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente*, cit., 117, che chiarisce che «la clausola del "buon andamento", nell'ambito di una sorta di "bilanciamento" con altri interessi in gioco, costituisce uno degli elementi strutturali che il Presidente d'Assemblea deve tenere in considerazione nelle operazioni di "ottimizzazione" dei risultati dell'interpretazione».

[153] Cfr. R. IBRIDO, *L'uso dei precedenti da parte dei Presidenti d'Assemblea: il metodo storico-casistico di interpretazione del diritto parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2012, 20.

[154] Cfr. R. IBRIDO, *L'interpretazione*, cit., 360.

formulazione della richiamata norma»[155]. Infatti, l'ablazione di quella parte di articolo sembrava aver comportato l'applicabilità del divieto «ai soli disegni di legge di conversione pendenti alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni regolamentari». In realtà, la transitorietà andava intesa con riferimento al compimento di una riforma di più ampia portata, e dunque anche costituzionale, senza che ciò andasse ad inficiare nel frattempo la piena applicabilità del divieto.

L'incongruenza, tuttavia, creava un potenziale rischio di incentivazione della produzione normativa d'urgenza del Governo, contraddicendo, quindi, le premesse da cui muoveva la riforma regolamentare stessa. Il dibattito, proseguito nelle sedute successive della Giunta, finisce per rivelare che l'antinomia non aveva radici interpretative, ma politico-istituzionali, in quanto la Giunta, nel formulare la proposta di modifica del regolamento, aveva preferito mantenere un'ambiguità di fondo. Considerata anche la pressione determinata dalla sent. n. 360/1996 della Corte costituzionale, si palesa come il tema della decretazione d'urgenza stesse creando pesanti frizioni, evidenti nell'invocazione del principio di "affidabilità politica" legato al rispetto convenzionale della regola *pacta servanda sunt*[156].

Nel corso di più di vent'anni, però, l'art. 154-bis non viene mai "rettificato", e così la dichiarata e ambigua "transitorietà" si trasforma in un connotato stabile della regola. La peculiarità del caso, dunque, è rappresentata dal fatto che la norma entra in vigore in maniera ordinaria, ma non è sorretta da una volontà politica atta a mantenerla vigente. La stessa volontà politica la dota, quindi, della scure della clausola di provvisorietà ma, contrariamente ad essa, sarà l'inerzia delle mancate riforme a renderla definitiva.

Riprendendo le accezioni di diritto sperimentale distinte all'inizio, dunque, qui può segnalarsi come il diritto parlamentare transitorio, sperimentale e formalizzato si distingua, rispetto ad altre forme di transitorietà presenti nell'ordinamento, per l'assenza di un termine finale[157].

Un secondo esempio di diritto sperimentale formalizzato che può essere addotto riguarda le circolari dei Presidenti delle Camere. La circolare del 16 ottobre 1996, ad esempio, concerne la specificazione degli ambiti di competenza delle Commissioni. Tale competenza è regolata dall'art. 22, co. 1-*bis* Reg. Cam., che attribuisce tale ruolo al Presidente. Esiste, quindi, una meta-norma sulla produzione giuridica. Pur non essendo diritto informale, tuttavia, la lettera circolare individua un diritto "in fase di sperimentazione", Come risulta

[155] A.C., Giunta per il Regolamento, seduta del 9 febbraio 1998, intervento del Presidente, on. Violante.

[156] A.C., Giunta per il Regolamento, seduta del 19 febbraio 1998, intervento dell'on. Armaroli.

[157] Si rinvia, per alcuni aspetti del tema, a P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, Ed. Scient., Napoli, 2016, *passim*.

esplicitamente dal testo, il suo ambito viene regolato in via transitoria, rinviandosi a data da destinare il tema della revisione organica delle competenze e dello stesso numero delle Commissioni permanenti. La fine della transitorietà, si spiega, dipenderà dalla compiuta realizzazione della riforma "costituzionale "della forma di Stato e della forma di Governo". Il radicale intervento di riordino in discussione in quegli anni, come è noto, non verrà perfezionato. Anche la circolare del Presidente del Senato del 10 gennaio 1997 regola il suo oggetto in maniera transeunte: nel punto primo, contenente le finalità della comunicazione, si distingue, infatti, fra una fase di "rideterminazione e riqualificazione dei compiti del Regolamento", spettante a una riforma istituzionale, e una fase di "ridisciplina dei modi e delle forme del procedimento legislativo", oggetto di una possibile revisione del regolamento. Nessuna delle due fasi viene, tuttavia, avviata in tempi brevi e così, «in attesa di queste innovazioni» si sceglie di «fissare sin da ora alcuni principi».

Per concludere davvero questa rassegna, si può rievocare un istituto presente negli ordinamenti di *common law* che, avvalendosi della possibilità di integrare le regole procedurali parlamentari esistenti con nuove norme a limitata vigenza temporale, potrebbe forse essere interpretato come un significativo esempio di diritto sperimentale istituzionalizzato[158].

Con una tradizione avviata dal sistema parlamentare di Westminster, infatti, gli "ordini di sessione" (*sessional orders*) si distinguono dagli "ordini permanenti" (*standing orders*) in quanto per natura "precari": i primi possono persino integrare i secondi, sebbene con efficacia esplicitamente limitata alla sessione in corso. In altre parole, mentre gli *standing orders*, come è noto, contengono letteralmente degli "ordini" atti a regolare il funzionamento interno della Camera, i *sessional orders* sono regole di diritto parlamentare concordate il giorno della Cerimonia di inaugurazione di una nuova legislatura (*State opening*).

Apparsa per la prima volta alla fine del XVII secolo, tale usanza è stata oggi abrogata dal sistema britannico (*abolished*)[159]. Come risulta da un rapporto della *House of Commons*[160], gli ordini di sessione erano di volta in volta approvati (*passed*) a presidio del diritto a che l'attività parlamentare non subisse interferenze esterne. Consistevano, dunque, in una disposizione rivolta al

[158] Attentamente lo rileva R. IBRIDO, *L'interpretazione*, 73.

[159] Ma esiste ancora in altri ordinamenti, come quello neozelandese, australiano ed altri ordinamenti di paesi membri del Commonwealth.

[160] Il tipico testo di un *sessional order* è: «Metropolitan Police ordered that the Commission of the Police of the Metropolis do take care that the passages through the streets leading to this House be kept free and open and that no obstruction be permitted to hinder the passage of Members to and from this House during the sitting of Parliament…». Cfr. O. GAY, *Sessional orders*, SN/PC/055934, House of Commons, disponibile all'indirizzo: https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn05593/, luglio 2013.

Metropolitan Police Commissioner per richiedere l'assistenza delle forze di sicurezza e prevenire il blocco delle strade che conducono alla Camera. Simili regole non avevano un'efficacia giuridica diretta o, al massimo, spiegavano un «*little direct legal effect*».

Dotate di una natura cedevole e, per natura, giuridicamente *blurred* (sfocata), esse sono state alla fine codificate in una legge: nel 2005, infatti, l'approvazione del *Serious Organised Crime and Police Act* (SOCPA) ha reso non più indispensabile l'approvazione di regole parlamentari per il controllo delle dimostrazioni e delle attività nei dintorni del Parlamento[161]. Pertanto, dopo una "sperimentazione" durata centinaia e centinaia di anni, questo diritto precario ha trovato la sua via per formalizzarsi[162]. Rispetto ad ulteriori materie, invece, la fissazione di regole passeggere, se negli altri ordinamenti di *common law* avviene attraverso ancora attraverso la negoziazione di ordini di sessione, nel Parlamento britannico viene adesso fatta con una regolamentazione *enclosed* agli ordini permanenti. Distinti fra *public affairs* e *private affairs*, questa, nella versione più aggiornata, fa parte di un *addendum* che, in calce, contiene norme a valere solo per la legislatura in corso[163].

9. Arrendersi all'abbandono dei regolamenti o ritrovare la legalità persa: un dilemma

Alla luce di quanto detto sinora, si possono compiere alcune considerazioni conclusive incentrate sul caso italiano, tenendo a mente che il processo di riconformazione che il diritto parlamentare sta attraversando si svolge in un assetto fortemente policentrico[164]. Di fronte al conservatorismo dei regolamenti, infatti, le necessarie correzioni richieste in tempi rapidi dalle trasformazioni politico-costituzionali sono effettuate sul piano fattuale e informale[165].

[161] Per ulteriori dettagli sulla legislazione riguardante le dimostrazioni politiche a Parliament Square, cfr. Library Standard Note 3568, *Protests around Parliament*.

[162] Successivamente, peraltro, si è invocato il ripristino dell'usanza, sulla base del fatto che non è più necessaria una codificazione attraverso un atto legislativo: «*legislation should only be used when absolutely necessary, to resolve uncertainty or in the unlikely event of Parliament's exclusive cognisance being materially diminished by the courts*». V. Joint Committee on Parliamentary Privilege, *Parliamentary Privilege, Report of Session 2013-14*, House of Commons, London, 2014, 69, disponibile online: https://publications.parliament. uk/pa/ jt201314/jtselect/jtprivi/30/30.pdf.

[163] Regole siffatte sono solitamente individuabili con una clausola del tipo: «This order is to have effect for the remainder of this Parliament».

[164] Per una ricostruzione in chiave storica delle deviazioni non scritte del diritto parlamentare, cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849*, Luiss University Press, Roma, 2016.

[165] Cfr. R. IBRIDO, *Prima "legge" del diritto parlamentare: l'adattamento. A proposito delle modalità di coesistenza fra Regolamenti delle Camere e fonti non scritte*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 1, 2018, 1 ss.

In tal senso, è significativo che le più recenti riforme non solo non abbiano deciso di codificare le innovazioni transitorie contenute nei pareri, ma abbiano omesso altresì di "legalizzare" il potere delle Giunte di ricorrere a procedure sperimentali in deroga ai regolamenti. Non si può trascurare, in tal senso, che la nuova edizione del Regolamento del Senato, per effetto dell'organica riforma del 2017, abbia depennato gli asterischi che, abbinati a determinati articoli, informavano dell'esistenza di pareri integrativi della Giunta per il Regolamento. Questa "opacizzazione" delle "glosse", stratificatesi dalla inarrestabile azione del diritto informale e spontaneo, priva il testo di un importante livello di comprensione[166]. Sacrificando la certezza a favore di un maggiore coordinamento con l'aspetto redazionale del regolamento della Camera, crea un *vulnus* sulla coerenza del diritto parlamentare, inteso in una dimensione onnicomprensiva[167].

Questa notazione implica, tra l'altro, di dover menzionare l'accennata disposizione introdotta dall'art. 5 della revisione del 20 dicembre 2017, a norma del quale «a decorrere dall'entrata in vigore delle presenti modificazioni al Regolamento, cessa ogni effetto prodotto dai pareri interpretativi della Giunta per il Regolamento e dalle circolari *riferiti agli articoli oggetto della presente riforma*»[168].

A un attento esame, la novella fa *tabula rasa* della casistica della Giunta prodotta sino ad oggi al Senato, cassando tutto quell'insieme di pareri e circolari incompatibili con gli articoli novellati. Certo, rispetto all'altro ramo del Parlamento, si è potuto osservare come la casistica senatoriale sperimentale abbia spiegato, per motivi sia quantitativi che sostanziali, un ruolo più trascurabile. Ciò non toglie che tale previsione possa avere effetti potenzialmente vasti considerato che, come è stato messo in evidenza, sospinge il diritto parlamentare al superamento del dominio, "di fatto oramai incontrastato", del precedente nel parlamentarismo italiano[169], ripristinando una sorta di legalità che sembrava sorpassata dalle trasformazioni materiali.

[166] Interessanti elementi del diritto parlamentare spontaneo sono messi in evidenza da R. FERRARI ZUMBINI, *Il mosaico*, cit., 19.

[167] Sul punto, N. LUPO, *Il diritto parlamentare tra regolamenti e precedenti: qualche spunto alla luce della disposizione finale della riforma "organica" del regolamento del Senato*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2018, 9, che giudica tale vicenda transitoria.

[168] Enfasi aggiunta.

[169] N. LUPO, *Il diritto parlamentare*, cit., 4. E. GIANFRANCESCO, *La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 1, 2018, 4, che riconosce come, alla base di tale previsione, vi sia una nuova logica del superamento dell'uso strumentale del precedente.

Tornando al tema principale, allora, ha senso rievocare quell'immagine di Costituzione "fluida"[170], tratteggiata a suo tempo da Massimo Severo Giannini a proposito del diritto costituzionale "transitorio", in quanto attuato progressivamente a causa dei rallentamenti e degli ostacoli frapposti dalle forze politiche. Ebbene, il diritto "sperimentale" può certamente definirsi come una materia (proto)giuridica "fluida" e transeunte, immersa perennemente in un magma instabile e cedevole[171]. Questo "ectoplasma" nutrito dalle fratture e ricomposizioni delle forze politiche, sembra gradualmente mettere radici nelle fessure vuote della muraglia regolamentare, rischiando di incrinare la tenuta dell'*ordo iuris* parlamentare, pensato dal costituente come un insieme giuridico, certamente complesso e "complessificato" dalla politica, ma comunque in principio *ordinato* secondo una propria coerenza sistematica[172].

Al contrario, il processo alluvionale e scomposto, si potrebbe dire di "partenogenesi", delle regole e degli "schemi" procedurali, senza che siano automaticamente formalizzati in successive norme dalla chiara natura giuridica, induce a mettere in dubbio la stessa enunciazione di "diritto" sperimentale. Esso potrebbe, al più, essere definito per l'appunto un proto-diritto o un diritto "in essere", in attesa del giudizio positivo della fase di sperimentazione; in attesa, altresì, di una auspicata ma improbabile trasposizione postuma in una fonte di indubbia classificabilità.

Nella speciale materia così individuata il *sein*, l'essere, prende il sopravvento sul *sollen*, il dover essere, stravolgendo la logica kelseniana. E questa constatazione che induce, probabilmente, ad attestare il primato dell'effettività su quello della legalità, richiede una verifica della copertura giuridica di tale inversione. Poiché, altrimenti, significherebbe ratificare un aggiramento dei metodi classici di produzione del diritto[173]. Il quesito, in altre parole, deve rivolgersi all'individuazione di una meta-norma che autorizzi un ruolo *praeter* o persino *contra* regolamento dei pareri della Giunta.

Se il diritto parlamentare informale è quella modalità di produzione giuridica che non trova ancoraggio in una meta-norma scritta[174], allora, come

[170] M.S. GIANNINI, *La costituzione «fluida»*, in *Società*, 3/1951, 497 ss., ora in *Scritti*, III, 1949-1954, Giuffrè, Milano, 2003.

[171] Chissà, dunque, come lo avrebbe giudicato VINCENZO GUELI, di cui ricordiamo il suo *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1950.

[172] Si riprende, qui, un concetto filosofico tradizionale, su cui M. MANZIN, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

[173] E, conseguentemente, l'esistenza di interpretazioni "in via sperimentale" che danno luogo a prassi in contrasto con la lettera «o lo spirito delle norme costituzionali sul Parlamento». Così, N. LUPO, *L'evoluzione dei Regolamenti delle Camere in relazione alle trasformazioni del sistema politico ed elettorale*, in *A cinquant'anni dai Regolamenti*, cit., 29.

[174] Riprendendo la definizione di R. IBRIDO, *Prima "legge" del diritto parlamentare: l'adattamento. A proposito delle modalità di coesistenza fra Regolamenti delle Camere e fonti non scritte*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 1, 2018, 17, il diritto parlamentare

anticipato in apertura, quei pareri sperimentali che assumono una valenza "normativa" anziché "interpretativa" esulano da qualsiasi copertura poiché svolgono un compito diverso rispetto a quello formalmente attribuito alla Giunta per il Regolamento[175]. Tali pareri, e più in generale tutte le decisioni prese in via sperimentale paiono entrare a giusto titolo (o, semmai, in difetto di qualsiasi altro titolo) fra le fonti informali, in quanto prodotte al di fuori degli schemi formalizzati di produzione previsti nello speciale ordinamento parlamentare.

Bisogna, poi, distinguere la natura dei pareri sperimentali dalla natura della meta-norma che abiliterebbe i pareri stessi a derogare ai regolamenti dietro una sorta di generale acquiescenza. Sul punto, può proporsi un triplice ordine di idee: a) la meta-norma è una convenzione parlamentare *ad hoc*, ovvero b) si sfrutta il varco sempre aperto della consuetudine *nemine contradicente*, o infine c) potrebbe essere sorta una consuetudine derogatoria atta a conferire valore anche normativo ai pareri della Giunta.

a) In primo luogo, la tesi forse più convincente è che si tratti di una particolare forma di convenzione parlamentare stipulata *ad hoc* prima di discutere ciascun parere. Se i pareri, accogliendo quanto sinora argomentato, sono dotati di una giuridicità soltanto "affievolita"[176]; se essi si fanno scudo della «portata travolgente del principio derogatorio dell'unanimità»[177], che corrobora la loro effettività, compensando quel difetto di piena legalità; se, dunque, dando un valore costitutivo ai richiami espliciti contenuti nei pareri più recenti, i pareri sono intesi come delle particolari "convenzioni formalizzate", allora la meta-norma è una convenzione a tutti gli effetti.

Tale convenzione sprigiona da un'intesa politica che impone di considerare l'elaborazione di una proposta di parere. Che poi questa, in un secondo momento e a causa dello spiccato tecnicismo, venga effettivamente rifusa in un atto scritto, ciò non fa eclissare l'ipotesi convenzionale iniziale. La forza persuasiva del parere resta tutta politica, non andando ad intaccare il regolamento, come appare evidente dal ruolo di rilievo della Capigruppo, luogo geometrico

informale è «il prodotto di atti o fatti privi di forme giuridiche normativamente predisposte, ma che – malgrado il mancato aggancio ad una meta-norma scritta – sono comunque in grado di imprimere effettività alle regole da esse prodotte».

[175] Come fa notare R. IBRIDO, *La riforma del procedimento legislativo. principio di "sincerità" e modello accusatorio di deliberazione politica*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2014, 21, «in assenza di una "meta-norma" scritta che individui il fondamento di questo potere, l'unico percorso che conferisce legittimità ai suddetti pareri è quello che passa per il tradizionale istituto del "nemine contradicente", ossia la consuetudine orizzontale che abilita a derogare il Regolamento qualora nessuno si opponga».

[176] Per N. LUPO, *"Codificazione"*, cit., 5, la debole giuridicità che il diritto parlamentare sta assumendo non può che essere considerata come una vicenda di segno negativo, posto che prefigura un più generale indebolimento del Parlamento stesso.

[177] V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 53.

per eccellenza dell'intesa politica. Occorre notare, peraltro, che non tutte le discussioni volte alla sperimentazione sboccano poi in pareri: di conseguenza, la sperimentazione può attivarsi anche sulla base di accordi presi oralmente, avendo i resoconti sommari una funzione meramente ricognitiva di una decisione assunta nel corso di una o più sedute.

b) La seconda idea che potrebbe prospettarsi è che il principio consuetudinario del *nemine contradicente* possa fungere da varco d'ingresso sempre aperto per fenomeni materiali di tal fatta, ma ciò non spiegherebbe la percorribilità della via sperimentale anche nel caso di astensioni.

c) Una terza idea, forse la più ardita, è che la mancata contestazione del valore coercitivo dei pareri sperimentali derogatori o *contra* regolamento abbia prodotto, nel corso degli anni, una consuetudine parlamentare intesa ad ammettere che i regolamenti possano subire modificazioni *aliunde*. L'elemento oggettivo, dato dalla ripetizione della condotta, è rinvenibile nel fatto che non si sono mai verificate aperte opposizioni alle regole contenute nei pareri. Non mancherebbe nemmeno l'*opinio*, che potrebbe essere individuabile nella piena autonomia di ciascuna Camera a stabilire il regime di efficacia dei propri atti interni. Ci si troverebbe di fronte al caso, più unico che raro, di una metodologia interpretativa capace di uscire dai propri confini per trasformarsi in una consuetudine parlamentare. Una simile considerazione andrebbe a suffragare, dunque, le speculazioni in merito alla ammissibilità, non solo teorica, della consuetudine interpretativa di crisafulliana memoria[178]. Tra le possibili ricadute, però, si annida l'eventualità che l'ordinamento parlamentare si tramuti in un diritto "robinsoniano". Come Robinson Crusoe, spiaggiato su un'isola disabitata, faceva e disfaceva le proprie regole di condotta, così un diritto informale, posto in maniera solitaria, che consuetudinariamente decide di poter mutare *ad libitum* le proprie regole di produzione normativa, rischia di rivelarsi meramente volontaristico e autoreferenziale[179]. Si re-introdurrebbe, dunque, quell'antico principio della giuridicità debole del diritto parlamentare, teorizzato in un'altra epoca dal Miceli[180]. Esso, tuttavia, si scontra con la valenza esterna degli atti di sperimentazione, il cui campo non resta affatto limitato alla comunità ristretta dei destinatari del diritto parlamentare[181] e che potrebbe,

[178] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano, Le fonti normative, La Corte Costituzionale*, Cedam, Padova, 1978, 387.

[179] Sul diritto robinsoniano cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

[180] V. MICELI, *Principii di diritto parlamentare*, in *Enc. giur. it.*, IV, Società editrice libraria, Milano, 1910, 11 ss. ove esprime la preferenza per gli "ordini" (*orders*) del diritto parlamentare britannico che, rispetto ai "codici parlamentari continentali", hanno il pregio di potersi rivolgere a tutte le "esigenze della vita parlamentare", anche quelle non astrattamente prevedibili.

[181] Si pensi, ad esempio, al parere sperimentale sull'attività di resocontazione stenografica, che ha consentito accesso al Senato da parte di personale esterno.

non diversamente da quanto avvenuto con la sent. n. 120/2014, subire il rischio di "incursioni" da parte della Corte costituzionale[182].

Non solo. Che dire, più in generale, del tema della giustiziabilità del diritto sperimentale? È un problema tutto interno alla Camera di riferimento oppure è suscettibile di ammettere un controllo esterno da parte della Corte costituzionale, nelle forme del conflitto interorganico? Si pensi, ad esempio, al caso del parlamentare che ritenga che le proprie prerogative costituzionali siano lese dal contenuto di un parere sperimentale. Diversa sarebbe la sua posizione a seconda che egli sia un membro della Giunta per il Regolamento, o meno.

Nella prima ipotesi, infatti, non si capirebbe perché non si sia opposto all'adozione del parere stesso nella sede opportuna e in tempi utili. Come si è avuto modo di vedere, i pareri della Giunta sono solitamente approvati all'unanimità. Eventuali forme minori di dissenso, invece, secondo quanto risulta dai resoconti, sono composte in sede politica e non inficiano l'ottenimento di un parere finale. Le decisioni, dunque, non vengono prese con la "tirannia della maggioranza", di tal che sarebbe improbabile l'eventualità di pareri successivamente contestati da parte di opposizioni o minoranze ritenute lese. Il regolamento, insomma, può essere derogato con i pareri delle Giunte, purché *nemine contradicente*. Se, al contrario, il parere derogatorio e illegittimo fosse stato per di più adottato con il voto contrario di uno o più parlamentari, questi avrebbero decisamente più titolo per reclamare la corretta applicazione del regolamento inopinatamente violato e, a cascata, delle prerogative che si dovessero ritenere lese.

Nella seconda ipotesi, invece, il parlamentare esterno alla Giunta potrebbe avere interesse a contestarne l'operato, non avendo contribuito all'adozione della delibera potenzialmente lesiva. Così facendo, però, si porrebbe in rotta di collisione con il proprio gruppo politico, per cui potrebbe immaginarsi, in prima battuta, un ruolo conciliativo del Presidente del Gruppo e, in seconda battuta, del Presidente della Camera di appartenenza.

La Corte costituzionale, allora, rappresenterebbe il metodo di gravame più estremo. Forse, un salvacondotto potrebbe essere rintracciato nell'ordinanza n.

[182] Sulla pluricommentata pronuncia in tema di autodichia, si segnala, almeno, M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in *Oss. cost.*, ottobre 2014, 1-9; A. RUGGERI, *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014)*, in *Consulta Online*, disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 2014, 1-3; R. IBRIDO, *"In direzione ostinata e contraria". La risposta della Corte costituzionale alla dottrina della sindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it/it, 3, 2014, 1-18; G. BUONOMO, *Il diritto pretorio sull'autodichia, tra resistenze e desistenze*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/, maggio 2014, 1-8; A. LO CALZO, *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle Camere*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 10, 2014, 1-15.

17 del 2019, che ha innovativamente aperto alla legittimazione a ricorrere del singolo parlamentare[183]. Ma simili speculazioni probabilmente non tengono conto dell'alto tasso di politicità di un simile conflitto che, corrispondentemente, rischierebbe di scolorire il "tono costituzionale" del ricorso.

Non può negarsi, comunque, alla luce di quanto detto, che questo diritto parlamentare "sperimentale" rovesci ancora di più lo schema piramidale delle fonti[184], annichilendo quell'assolutismo del diritto che, spiegato da Grossi, comporta «primato del testo sui fatti di vita ma anche separazione del testo dai fatti di vita»[185]. Distinguendosi dallo *ius secundum ordinem*, esso, piuttosto, crea un nuovo tipo di formalismo "internistico", privo però dell'astrattezza, della generalità e altresì, sempre per riprendere Grossi, della meta-temporalità. Sue caratteristiche sono, piuttosto, il tecnicismo sovente particolareggiato; la specialità, legata alla situazione particolare di un dato momento storico; la transitorietà *sine die*. Il binomio Giunta-Presidenza, allora, non incarna affatto la figura di un esegeta, un'interprete passivo delle norme regolamentari, ma è piuttosto una sorta di "costituente in perpetuo" e "imperfetto". Esso si è dotato non solo di una innovante nomofilachia, ma altresì di un potere di interpretazione autentica che, forte del consenso di una sufficiente parte dell'emiciclo, è suscettibile di trasformarsi in un potere altamente creativo.

Rispetto, tuttavia, all'altra attività creativa per eccellenza, quella dei giudici, i prodotti della Giunta rivestono accentuati profili di specificità[186]. Nell'analizzare il "diritto vivente" delle Giunte, infatti, bisogna tenere conto dell'errore di parallassi che si verifica al momento della trasposizione nei resoconti degli interventi orali dei membri delle Camere. Come rilevato da attenta dottrina, infatti, «non mancano correzioni degli uffici volte ad esplicitare i significati dell'intervento e eventualmente ad estenderne la redazione, così consentendo una rappresentazione compiuta del senso della trattazione orale, la quale, pur ben presente ai membri della Giunta, potrebbe non esserlo per il lettore esterno»[187].

[183] V. il numero speciale di *questa Rivista*, *L'ordinanza 17/2019 della Corte costituzionale,* 1, 2019 e, in particolare, il contributo di G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza»?*, 1-15. Si consenta, altresì, un rinvio a Y.M. CITINO, *La consolidata prassi della questione di fiducia sul maxi-emendamento: osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17/2019*, in *Rass. parl.*, 1, 2019, 115-148, e alla letteratura *ivi* citata.

[184] Cfr. C. BERGONZINI, *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quad. cost.*, 4, 2008, 741 ss.

[185] P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47/2018, 10.

[186] Sulla divaricazione esistente fra precedente giudiziario e precedente parlamentare, cfr. R. IBRIDO, *Precedenti parlamentari*, cit., 96 ss.

[187] R. IBRIDO, *L'interpretazione*, 484.

In conclusione, il diritto sperimentale è una nuova vicenda delle fonti parlamentari dotata di innegabili pregi. Conviene alla Giunta, per aprirsi con la opportuna cautela ai cambiamenti, tenendo conto dei rilievi delle varie parti politiche e dei differenti orientamenti e proponendo una loro ricomposizione grazie alla condizionalità della provvisorietà. Ciò ha consentito un migliore rendimento di certi istituti che, altrimenti, sarebbero rimasti cristallizzati in norme regolamentari non più aderenti con la realtà delle cose.

In questa prospettiva, si può facilmente ipotizzare che il ricorso alle procedure sperimentali non sia destinato ad eclissarsi. Una possibile spinta a nuovi interventi correttivi di tal tipo, ad esempio, è certamente data dalla riforma costituzionale sul numero dei parlamentari[188]. Non solo i lavori e le procedure regolamentari dovranno inevitabilmente adeguarsi alla riduzione dei membri[189], ma anche alcune prassi non potranno che esplicarsi in maniera differente[190].

Sul fronte dei difetti, d'altra parte, la perennizzazione della sperimentazione ha introdotto una sospensione *ad libitum* della piena effettività dei regolamenti, "delegificandoli" in una fonte dall'oscura collocazione e qualificazione. La sperimentazione intacca, dunque, uno dei capisaldi delle fonti giuridiche, che è la stabilità nel tempo, atta a conferire certezza e affidamento, incontestabilità e una certa "sacralità". Gli atti frutto della sperimentazione, non consolidati in revisioni, sono e restano discutibili. La loro obbligatorietà non riposa su solide fondamenta, bensì si affida all'accettazione reciproca delle parti politiche. Per ovviare a tali difetti, dunque, non sarebbe troppo azzardato, forse, immaginare un parallelismo con gli strumenti per la qualità della regolazione previsti per le fonti di rango primario. Se si potessero apporre ai pareri delle Giunte delle clausole intese ad attivare, una volta terminata la fase della procedura sperimentale, un susseguente percorso di analisi dell'impatto della sperimentazione - una sorta di VIR - si potrebbe contrastare quella natura di incertezza e di instabilità che è consustanziale al diritto sperimentale stesso.

Eppure, a ben pensare, sembra essere proprio questa inedita natura una delle ragioni più forti che inducono i parlamentari a farvi ricorso: l'esistenza di

[188] La riduzione del numero dei componenti, peraltro, potrebbe intaccare la già diminuita centralità della Giunta. Al Senato, ad esempio, essa consta di appena dieci senatori, da cui anche la difficoltà di rispettare il principio della bilanciata rappresentatività politica. A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 1, 2018, 18. Per un commento di più ampia portata, v. M. SICLARI, *Riduzione del numero dei parlamentari e legge elettorale*, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo: www.dirittifondamentali.it/, 2, 2021, spec. 8.

[189] Secondo C. BERGONZINI, *Riduzione dei parlamentari, riforma dei regolamenti e sessione di bilancio*, in *Forum di quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/, 3, 2020, 238, dovrebbe senz'altro rivedersi la disciplina relativa all'ammissibilità degli emendamenti

[190] Sempre C. BERGONZINI, *Riduzione*, cit., 239, enumera alcune di tali prassi, concludendo che esse non andrebbero razionalizzate bensì "ri-costituzionalizzate".

un accordo politico "per l'oggi, non per il domani", la necessità di un intervento rapido ed estemporaneo per colmare un vuoto di regolamentazione, l'indecisione sul regime da assegnare alla fonte dispositiva, sono dei tratti che non potrebbero essere cancellati a pena di non voler snaturare quello che si è chiamato sin qui "diritto sperimentale".

Così per ripristinare le sembianze di legalità che il diritto parlamentare deve pur avere, se non vuole trasformarsi in un diritto robinsoniano, più opportuno sarebbe garantire un ordinato funzionamento del sistema delle fonti, razionalizzando il rapporto fra norme e meta-norme e, quindi, "codificando" l'inedito compito normo-generativo delle Giunte. Altrimenti, si incorrerebbe nel definitivo disarcionarsi delle logiche formalistiche, arrese all'effettività o, come avrebbe detto a suo tempo Hatscheck, alla *praktische Bedeutung* del diritto parlamentare[191].

[191] Ciò implica, di per sé, l'accettazione dell'eventualità che la Corte costituzionale intervenga *ab externo* col proprio sindacato.

LA DECADENZA DEI DECRETI-LEGGE NELLA PRASSI. DALLA PROVVISORIETÀ DELL'ATTO ALLA TRANSITORIETÀ DELLE NORME*

CATERINA DOMENICALI**

Sommario

1. Premessa: oggetto e metodo della ricerca. – 2. La decadenza sulla Carta: «la migliore garanzia» contro l'abuso del decreto-legge. – 3. La decadenza in azione: le tendenze nella prassi fino all'emergenza pandemica. – 4. Il governo degli effetti temporali della decadenza al tempo del Covid-19. – 5. Considerazioni conclusive: corsi e ricorsi nell'aggiramento della decadenza.

Abstract

The essay examines the decree-laws' loss of effects, whose apparently precise characteristics only partially correspond to those it has assumed in practice. Supposed to be the intrinsic limit of Government's provisional decisions in cases of necessity and urgency, the void from the outset of the decree-law, in case of absence of bill of conversion, in practice seems to be a consequence to be avoided. After a brief theoretical description of the institution, the essay moves to the empirical perspective, with particular regard to the pandemic, and proposes a critical analysis of the trends. The idea is that the decree-law as an act has lost contact with its provisionality, while the rules it contains are generally produced in the sign of temporariness. That represents a typical and contemporary way of law making through a first provisional regulation to be replaced with a more thoughtful one.

Suggerimento di citazione

C. DOMENICALI, *La decadenza dei decreti-legge nella prassi. Dalla provvisorietà dell'atto alla transitorietà delle norme*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Ricercatrice *senior* in Diritto costituzionale, Università di Bologna.
Contatti caterina.domenicali@unibo.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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: oggetto e metodo della ricerca

Posta a completamento del regime di vigenza provvisoria del decreto-legge, la decadenza rappresenta l'intrinseco limite del potere normativo d'urgenza del governo: gli effetti del decreto-legge, per definizione, non devono essere definitivi, o perché interviene la conversione o perché il decreto-legge decade per assenza di conversione. L'effettività di tale argine è direttamente proporzionale all'effettività del controllo parlamentare sui presupposti selezionati e sulla disciplina introdotta dall'esecutivo. È fondamentale, dunque, comprendere il valore reale della mancata conversione, in quanto cartina di tornasole, insieme al tasso di modifica del testo del provvedimento, del ruolo del Parlamento nel procedimento duale di decretazione d'urgenza e, più in generale, della funzione del decreto-legge nell'ordinamento. Formalmente, la decadenza ha caratteri chiari che solo in parte corrispondono ai tratti che essa ha assunto nella prassi: come, del resto, gran parte di ciò che riguarda un istituto, quello della decretazione d'urgenza, dalla irrisolta ambiguità. Obiettivo di questa ricerca è ricostruire la decadenza del decreto-legge alla luce della prassi, dalla idea e dalla preoccupazione espresse nel dibattito in Assemblea costituente, fino alla fenomenologia che essa ha assunto nel corso dell'emergenza pandemica.

È opportuno chiarire sin d'ora che si è utilizzato un metodo prevalentemente empirico, facendo riferimento alle raccolte e analisi di dati esistenti e, in parte, ad un'autonoma selezione ed elaborazione dei dati[1]. Il punto di partenza dell'indagine è l'indice formale di non conversione, elemento necessario perché di decadenza si possa parlare. Questo approccio si è presto rivelato insufficiente, con particolare riguardo ai frequenti e multiformi casi di permanenza nell'ordinamento del contenuto normativo di un decreto-legge non convertito: si è reso necessario, allora, esplorare la consistenza del dato sostanziale di decadenza dei provvedimenti. La fenomenologia della decadenza come conseguenza della mancata conversione è stata ricostruita secondo uno spettro di evenienze che vanno dalla vera e propria decadenza *ex tunc*, alla sostanziale perdita di efficacia *pro futuro*, al mantenimento nell'ordinamento del contenuto normativo del decreto, all'aggiramento *in toto* degli effetti della decadenza.

L'osservazione complessiva copre tutto il periodo repubblicano, così permettendo di rilevare corsi e ricorsi nella prassi in tema di decadenza. Del dato materiale si dà conto quando sintomatico ai fini della riflessione, con particolare riguardo alle fasi apicali e ad alcuni punti di svolta. La traiettoria della prassi, la cui origine collochiamo nell'entrata in vigore della Costituzione, subisce variazioni significative in corrispondenza di tre momenti: l'avvio di una diversa formula politica dopo le elezioni del 1972, quando esplode l'uso dei

[1] La ricerca è aggiornata al 10 novembre 2021.

decreti-legge; la fine della reiterazione, la cui utilità risiedeva proprio nell'elusione della decadenza, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 360 del 1996; la pandemia da Covid-19 e i suoi esiti paradossali, quando non si sono posti dubbi sulla sussistenza dei presupposti per la decretazione d'urgenza, ma sono emerse con evidenza le degenerazioni nel procedimento di conversione e nel governo degli effetti temporali della decadenza.

Con l'obiettivo di individuare la dimensione effettiva della decadenza, il lavoro muove da una breve descrizione dei contorni dell'istituto in base al livello teorico, per poi passare alla prospettiva empirica volta a fotografare la decadenza del decreto-legge "in azione" e giungere infine alla analisi critica delle tendenze rilevate.

2. La decadenza sulla Carta: «la migliore garanzia» contro l'abuso del decreto-legge

La decadenza come conseguenza della mancata conversione in legge rappresenta, secondo i primi commentatori dell'istituto, «la migliore garanzia contro l'abuso dei provvedimenti governativi d'urgenza»[2]. Già l'immediata presentazione alle Camere per la conversione in legge è volta a garantire l'eccezionalità del decreto-legge[3], poiché l'efficacia dell'atto risulta sottoposta a due condizioni risolutive alternative[4]: l'una, costituita dall'entrata in vigore della legge di conversione, che stabilizza la disciplina normativa originariamente posta dal decreto; l'altra, rappresentata dall'esplicito rifiuto di conversione o dall'inutile decorso del termine di sessanta giorni, che provoca la immediata decadenza del decreto e la perdita di efficacia delle norme da esso prodotte.

Sin dall'inizio dei lavori dell'Assemblea costituente, la decadenza fu considerata un elemento di freno al già conosciuto abuso dell'istituto. La questione maggiormente dibattuta atteneva alle conseguenze da attribuirvi. L'art. 3 della l. 100/1926 aveva fatto conseguire alla mancata conversione «una sorta di abrogazione automatica»[5], prevedendo la cessazione *ex nunc* degli effetti del decreto non convertito. Parimenti, la Commissione per la Costituzione si era espressa nel senso della non retroattività della decadenza, ritenendo che la perdita di efficacia *pro futuro*, già sola, permettesse di contemperare l'obiettivo di disincentivare l'abuso con quello di garantire la certezza del diritto, frustrata dalla non definitività delle norme poste dal provvedimento.

[2] L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 561.

[3] G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, 152; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge. Parte prima*, Giuffrè, Milano, 1970, 272; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1962, 704.

[4] G.F. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, 4.

[5] A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997, 136.

L'esigenza di accentuare la gravità delle conseguenze derivanti dalla mancata conversione, prevedendo la retroattività della decadenza, venne fatta presente nella discussione generale del progetto di costituzione dall'on. Tosato[6]. Dal dibattito che ne seguì emersero due argomenti significativi, entrambi inerenti alle principali implicazioni della provvisorietà del decreto-legge. Da una parte, l'on. Ruini sottolineò come vi fosse, a contraltare della revoca *ex tunc*, la facoltà per le Camere di intervenire e mantenere fermi i rapporti giuridici sorti. Dall'altra, l'on. Codacci Pisanelli, sostenitore della cessazione *ex nunc* di efficacia dei decreti-legge, si oppose alla formulazione approvata dall'Assemblea[7], paventando i «molti inconvenienti pratici, che indurranno le Camere a convertire sempre i provvedimenti, per evitare conseguenze troppo gravi».

Nel testo dell'art. 77 Cost., la decadenza non è nominata, mentre è palesata in modo inequivoco la scelta di far perdere efficacia al provvedimento «fin dall'inizio» nel caso di mancata conversione. Sappiamo con certezza che i decreti decaduti non possono regolare rapporti giuridici, non possono più essere convertiti e i rapporti sorti durante la loro vigenza si trovano ad essere privi di base giuridica. Comunemente si afferma che il decreto decaduto è «come se non fosse mai stato emanato», o, più precisamente, si parla di «nullità-inesistenza»[8] o di nullità sopravvenuta[9], conseguente a un evento preciso, la non conversione, che funge da condizione risolutiva[10]: alla sopravvenuta inesistenza dell'atto consegue la massima sanzione giuridicamente prevedibile, comminata dalla Costituzione stessa. I rapporti che perdono la propria base giuridica vanno qualificati alla stregua della «riespansione»[11] o «reviviscenza»[12] delle norme preesistenti; non si avrà un'automatica decadenza degli atti emanati ma essi «potranno essere rimossi alle condizioni previste in via generale per il loro annullamento»[13], con il rischio che alcuni degli effetti del provvedimento si consolidino. Criticità si pongono nei casi di decreti non convertiti che producono effetti sostanzialmente definitivi, in particolare in materia penale: proprio per questa ragione, sui decreti-legge per primi la Corte costituzionale ha ammesso il conflitto di attribuzione avente ad oggetto una norma primaria[14].

[6] Cfr. Atti Ass. cost., seduta del 17 ottobre 1947.

[7] Nell'art. 74-*bis* approvato dall'Assemblea fu usata la dicitura «I decreti perdono efficacia se non sono convertiti in legge», rinviando al Comitato di redazione una formulazione che esprimesse in modo più idoneo la perdita di efficacia *ex tunc* del provvedimento: cfr. Atti Ass. cost., cit..

[8] G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet, Torino, 1990, 183.

[9] Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 237; G. F. CIAURRO, *Decreto legge*, cit., 8.

[10] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1976, 220.

[11] F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, 164.

[12] A. MORRONE, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2018, 156.

[13] F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, in *Pol. dir.*, 3/1995, 428.

[14] C. cost., n. 161/1995.

Nella discussione generale del progetto di Costituzione fu anche evidenziato il «giudizio di responsabilità» implicito nella scelta di convertire, capace di diventare «esplicito» in caso di mancata conversione[15]. La responsabilità che l'art. 77 Cost. imputa al governo, e che esso assume su di sé sia nell'adozione sia nella formulazione del provvedimento, avrebbe dovuto rappresentare un "paracadute" contro la minaccia che l'esecutivo qualificasse qualsiasi situazione come idonea a giustificare in modo necessario ed urgente un provvedimento, spianando la strada ad un uso massiccio della normazione d'urgenza. In realtà, tale specifica responsabilità è rimasta requisito «mitico»[16]: sul fronte della responsabilità giuridica, di fatto, non si è mai insistito, non tanto per una insostenibilità teorica quanto per la sua impraticabilità[17]; la tesi di una specifica responsabilità politica *ex* art. 77 Cost. – diversa da quella prevista per il governo dalle norme generali, senza però obbligo di dimissioni – è stata, salve alcune eccezioni[18], negata dalla dottrina[19].

Il giudizio cui sono chiamate le assemblee dovrebbe vertere sia sulla verifica dell'esistenza delle circostanze di urgenza, sia sull'accertamento dell'effettiva necessità di utilizzare lo strumento del decreto-legge in luogo dell'ordinaria iniziativa legislativa, sia infine sul merito della disciplina predisposta per far fronte a quelle esigenze. Alla complessità e variabilità di contenuti dell'intervento parlamentare dovrebbe corrispondere l'espressione di un diverso

[15] Atti Ass. cost., cit.

[16] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 712.

[17] A. PACE, *Decreti legge non convertiti e responsabilità giuridica ministeriale*, in *Quad. cost.*, 2/1981, 385; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 187. A rigore, essa potrebbe estrinsecarsi nei vari tipi di responsabilità penale e civile e, per alcuni, anche amministrativo-contabile (C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985 e A. PACE, *Decreti legge non convertiti*, cit., 382 ss.; *contra* L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 545). Il discarico pieno di responsabilità si avrà con la conversione in senso proprio (diversamente, solo C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Giuffè, Milano, 837, e F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, cit., 435, sulla base della tesi dell'illiceità originaria del decreto-legge); d'altra parte, la responsabilità giuridica non consegue di per sé alla non conversione (diversamente G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 210) poiché occorre che si verifichino anche le diverse condizioni previste dall'ordinamento per ogni tipo di responsabilità (A. PACE, *Decreti legge non convertiti*, cit., 386).

[18] La nota tesi espositiana fa discendere proprio dall'affermazione costituzionale di una responsabilità del governo la conferma dell'intenzione del Costituente di disciplinare il mero fatto dell'adozione di un atto *ab origine* viziato per incompetenza: cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 832.

[19] Nonostante conversione o mancata conversione si giustifichino con l'interesse politico che muove la contingente maggioranza parlamentare «la responsabilità che essi sono in grado di impegnare non è certamente quella politica»: così, per tutti, A. PACE, *Decreti legge non convertiti*, cit., 383. Parte della dottrina ha proposto di recuperare il significato di quella responsabilizzazione a partire dalla politicità della valutazione sui presupposti: in questo senso, cfr. G. PITRUZZELLA, *Sui limiti costituzionali della decretazione d'urgenza*, cit., 1422; F. RIMOLI, *Presupposti oggettivi del decreto-legge, sindacato di costituzionalità e trasformazione della forma di governo*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1997, 249; C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, 2018, 135 ss.

giudizio complessivo sull'azione governativa[20]. Non necessariamente la mancata conversione consegue a una valutazione del Parlamento circa l'illegittimità del decreto: ben può trattarsi di valutazioni di opportunità politica oppure di economia dei lavori parlamentari, che prescindono dall'accertata sussistenza dei presupposti. Prima ancora che sul piano della legittimità, la rivalutazione parlamentare si svolge sul terreno della dialettica politica[21]. Anche collocando sul terreno genericamente politico la responsabilità del governo, bisogna comunque constatare che raramente essa viene fatta valere dal Parlamento.

Il disvalore politico della decadenza è evidente quando si realizza per espresso dissenso del Parlamento, che rifiuta la conversione, e per consenso mai avvenuto, in caso di inutile decorso del termine di sessanta giorni[22], ma vi sono ipotesi in cui esso sfuma, fino ad azzerarsi: in caso di mancata presentazione da parte del governo per la conversione[23] e, soprattutto, nell'ipotesi di rinvio della legge di conversione alle Camere da parte del Presidente della Repubblica. In quest'ultimo caso, l'intervenuto assenso parlamentare alla conversione non è irrilevante: non vi è una responsabilità del governo né politica, perché la copertura parlamentare vi è stata, né giuridica, nel senso che questa sarebbe non più solamente dei ministri bensì condivisa[24]. Non a caso, l'evenienza del rinvio presidenziale della legge di conversione rappresenta «una terza ipotesi» di possibile reiterazione, la cui legittimità non risiede nel tasso di novità del provvedimento (dunque, negli autonomi presupposti oppure nei contenuti normativi sostanzialmente diversi) «bensì proprio nell'esser stato

[20] Già SANTI ROMANO, S*ui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria (1909)*, ora in *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, 303.

[21] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 178.

[22] Non ha avuto seguito, invece, la tesi della parziale non conversione con rifermento agli emendamenti soppressivi e sostitutivi del Parlamento (che rappresenterebbero un parziale diniego di conversione cui si aggiungerebbe una disciplina retroattiva dei rapporti giuridici sorti sulla base delle disposizioni non convertite): come è stato rilevato, si tratta di una forzatura che, artificiosamente, contraddice la volontà del Parlamento stesso (cfr. F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, cit., 427). Non può escludersi, dal punto di vista teorico, che il Parlamento esprima la volontà di convertire solo parzialmente.

[23] G. F. CIAURRO, *Decreto legge*, cit., 11; A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996, 46 ss.

[24] P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, in *Rass. parl.*, 1/2004, 275. Il presupposto teorico è che la promulgazione sia necessaria a perfezionare la conversione e che non basti la sola approvazione parlamentare: si vedano L. PALADIN, Art. 77, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi, II*, Bologna - Roma, 1979, 70; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., 351; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 709; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 2011, 266; diversamente C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 862, che pur ritenendo necessari anche gli atti successivi all'approvazione della Camere afferma che la mancata promulgazione o pubblicazione non possono far decadere il provvedimento.

quest'ultimo provvisto del consenso parlamentare, nonostante l'intervenuta decadenza»[25].

Per limitare le forme di responsabilità connesse all'adozione del decreto e, soprattutto, evitare i gravi inconvenienti della decadenza, in luogo di convertire il decreto inopportuno le Camere possono regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto non convertito. Dai lavori dell'Assemblea costituente e dal dato letterale dell'art. 77 Cost., il cui ultimo comma è formulato in chiave avversativa («tuttavia»), si è tratta la residualità di questa evenienza, impostata come deroga alla prescrittività della decadenza[26]. Della legge approvata ai sensi del terzo comma dell'art. 77 Cost. non si è affermata una funzionalizzazione, come invece è stato per la legge di conversione[27]: si tratta di una legge con possibilità di efficacia retroattiva costituzionalmente prevista[28], dal contenuto libero[29] e oggetto limitato agli effetti concretamente prodotti dal decreto-legge non convertito, non estensibile a tutti i rapporti pendenti al momento della sua emanazione o instaurati durante la sua vigenza, pena la traduzione in una surrettizia conversione tardiva[30]. Riconosciuta la libertà nella forma della legge *de qua*, è stato ritenuto possibile procedere alla regolazione degli effetti della decadenza nel corpo di atti con altre finalità, tra cui una legge di conversione di altri decreti, dando così vita a un modello di legge mista[31].

3. La decadenza in azione: le tendenze nella prassi fino all'emergenza pandemica

Il primo aspetto da rilevare nella prassi è che la decadenza va ricondotta nella quasi totalità dei casi all'azione o inazione del Parlamento. Poche sono le ipotesi di decadenza per rinvio presidenziale della legge di conversione approvata dalle Camere. Il controllo operato in questa sede, come ben noto, è depotenziato dal rischio che il rifiuto della promulgazione determini la decadenza del decreto, giacché le Camere potrebbero non avere il tempo materiale di pronunciarsi nuovamente sul testo. Tale eventualità ha allontanato l'effettivo

[25] P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge*, cit., 276.

[26] V. F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, cit., 425.

[27] Nonostante la Costituzione non imponga che il salvataggio degli effetti intervenga in un tempo certo dalla decadenza, né che si tratti di legge *ad hoc*, si è affermato che la natura eccezionale del potere esercitato e la finalizzazione alla certezza giuridica comportino che essa non possa intervenire a troppa distanza: cfr. F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, cit., 429.

[28] A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 156.

[29] C. cost., n. 86/1966.

[30] C. cost., n. 286/1990.

[31] A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 54.

esercizio del potere presidenziale dai caratteri che in via teorica esso avrebbe potuto avere[32].

A partire dal 1987, data del primo rinvio[33], e fino agli anni Duemila vi sono stati una decina di casi in cui il capo dello Stato ha fatto ricorso a tale potere, più che altro per mancanza di copertura finanziaria delle disposizioni aggiunte nella legge di conversione[34]. In occasione del rinvio disposto con messaggio del 29 marzo 2002[35], il Presidente Carlo Azeglio Ciampi ha invece richiamato il Parlamento al rispetto delle specifiche condizioni di conversione. La fenomenologia della decretazione d'urgenza ha progressivamente costretto i presidenti al *self restraint*, per le ripercussioni istituzionali di un rinvio ricadente su una fonte divenuta centrale per frequenza, consistenza e funzione: i presidenti Giorgio Napolitano e Sergio Mattarella sono intervenuti più che altro nell'esercizio di poteri informali, con ammonimenti e allusioni alla possibilità di ricorrere in futuro alla facoltà di rifiutare la promulgazione della legge di conversione, per stimolare in via preventiva un contenimento degli abusi relativi soprattutto ai limiti di emendabilità dei provvedimenti. Per attenuare le conseguenze del rinvio e aprirsi la strada all'esercizio formale di questo potere, il Presidente Napolitano, nella lettera del 22 febbraio 2011, diramata in occasione della conversione del d.-l. n. 216/2011 (c.d. milleproroghe) ha affermato non esservi violazione del divieto di reiterazione «quando la decadenza del decreto-legge sia riconducibile al rinvio del disegno di legge di conversione ai sensi dell'art. 74 Cost.». La stessa sollecitazione è venuta dal Presidente Mattarella, in relazione all'eterogeneità delle leggi di conversione dei decreti volti a far fronte alle conseguenze della pandemia, nel messaggio dell'11 settembre 2020 relativo alla conversione del d.-l. n. 76/2020, c.d. semplificazione[36].

È fondamentalmente dal raccordo governo-Parlamento che derivano i casi di decadenza.

Va fin da ora segnalato che la prassi vede un uso quasi costante del potere di regolazione da parte del legislatore, che si limita a stabilizzare atti e rapporti

[32] Si veda in proposito D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, spec. 251 ss.

[33] Da parte del Presidente Francesco Cossiga in relazione al d.-l. n. 882/1986.

[34] Con un caso di rinvio in supplenza da parte del Presidente del Senato Scognamiglio, nel giugno 1995, quando il Presidente Scalfaro si trovava all'estero.

[35] Sulla legge di conversione del d.-l. n. 4/2002, c.d. mucca pazza.

[36] In realtà, nei casi di rinvio i governi hanno scelto strategie alternative alla reiterazione, adottando provvedimenti simili unitamente a norme di salvezza del decreto decaduto: come è stato notato (P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge*, cit., 276) questa strada impedisce al Parlamento di riapprovare *tout court* l'atto e lascia scoperto il fianco a un nuovo rinvio presidenziale, non potendosi applicare l'obbligo di promulgazione ex art. 74, secondo comma, Cost., di fronte a un nuovo disegno di legge di conversione. Il «paradossale» caso di rinvio plurimo si è verificato sotto la Presidenza Cossiga: v. M. CORSO, *Sul rinvio alle Camere di una legge di conversione di un decreto-legge da parte del Presidente della Repubblica,* in *Quad. cost.*, 1987, 115.

conseguenti al decreto non convertito con una formula generale di salvezza, disponendo che «restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo». Sotto questo profilo, si ha una vera e propria sanatoria che sembra aggirare la decadenza *ex tunc* e realizzare una parziale conversione del decreto, con la differenza che la legge di regolazione è basata sul presupposto della mancata conversione e non elimina di per sé la responsabilità del governo: in sostanza, «equivale ad una conferma del decreto per il periodo in cui esso è stato in vigore»[37].

Passando alla consistenza quantitativa della decadenza di origine parlamentare, il primo momento significativo nella prassi può farsi risalire agli anni Settanta, quando l'instabilità e il malfunzionamento della forma di governo italiana hanno iniziato a riverberarsi sui meccanismi decisionali ordinari. Se nelle prime legislature il ricorso ai decreti-legge era contenuto e il rapporto tra non conversione e conversione oscillava tra l'1% e il 5%[38], con l'inizio della VI legislatura e l'avvio di una diversa formula politica la decretazione d'urgenza aumenta in modo consistente: raddoppiano i decreti, aumenta la loro incidenza materiale e smette di essere eccezionale la decadenza, registrandosi un tasso di non conversione pari al 12,5% dei provvedimenti adottati, che si assesta intorno al 10% con l'esperienza della solidarietà nazionale. Tra la VI e le successive legislature si è rilevato, trasversalmente, un rapporto inversamente proporzionale tra conversione ed emendazione: quanto più calava il tasso di conversione, tanto più aumentava quello di emendazione dei decreti convertiti[39]. Nel biennio 1979-1980, nella VIII legislatura, la dottrina ha registrato un «salto di qualità»[40] anche con riguardo alla frequenza della decadenza: non vengono convertiti circa il 55% dei decreti emanati, specie per inutile decorso del termine e, in genere, senza conseguenza per il rapporto fiduciario[41]. Questa tendenza è legata a doppio filo all'evenienza dalla reiterazione dei decreti decaduti.

Benché formalmente superata, la prassi della reiterazione mantiene significatività ai fini di questa riflessione. Prima solo sporadica, la nota pratica di

[37] F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, cit., 429.

[38] Durante il centrismo (I, II e III legislatura) la prassi vedeva un uso minimo dei decreti-legge e la quasi totale conversione degli stessi (3 casi di decadenza in 15 anni), di cui più della metà senza emendamenti; con l'avvento del centro-sinistra (IV e V legislatura) la tendenza è stata verso un aumento nel ricorso ai decreti-legge e alla emendazione, mentre era in proporzione stabile il tasso di conversione (8 decadenze in 9 anni). Per i dati relativi a questa fase, cfr. A. BALDASSARRE, C. SALVI, *La decretazione d'urgenza. Tendenze istituzionali e proposte di riforma*, in *Democrazia e diritto*, 1.2, 1981, 33 ss.

[39] E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 121.

[40] A. BALDASSARRE, C. SALVI, *La decretazione d'urgenza*, cit., 38.

[41] V. ONIDA, *Recenti sviluppi della forma di governo in Italia: prime osservazioni*, in *Quad. cost.*, 1/1981, 17.

ripresentare i decreti non convertiti nello stesso testo, o con l'aggiunta degli emendamenti presentati in Parlamento, prima dei sessanta giorni dalla emanazione, diviene abituale, facendo oscillare il tasso di non conversione tra il 60 e il 75 % tra la X e la XII legislatura. L'altra pratica incostituzionale acuitasi in quegli anni, in evidente violazione del terzo comma dell'art. 77 Cost., è quella di realizzare la sanatoria del decreto reiterato mediante lo stesso decreto-legge reiterante, garantendo così una permanenza in vigore del medesimo contenuto normativo, senza soluzione di continuità, ben oltre il termine costituzionale. In questa modalità, la decretazione d'urgenza ha proliferato, diventando, di fatto, uno strumento di colegislazione «a costruzione e correzione progressiva»[42]: quando il Parlamento intendeva modificare il testo del decreto, una o entrambe le Camere approvavano un emendamento e, nell'impossibilità di concludere l'iter di conversione, quella modifica parziale veniva recepita nel testo successivamente reiterato; questo schema veniva ripetuto fino alla conversione dell'ultimo decreto della serie, facendo salvi gli effetti delle precedenti reiterazioni.

Si segnalano ipotesi di abbandono dell'iter di conversione da parte del governo, perché il risultato prefisso viene conseguito con la vigenza provvisoria della normativa, nonché di recepimento del contenuto di alcuni dei provvedimenti, "abbandonati" per difficoltà incontrate nell'iter di conversione, da parte di disegni di legge ordinari con reiterazione del decreto fino all'entrata in vigore della legge: si tratta, in questi ultimi casi, di «un'anomala fattispecie di non conversione» associata alla reiterazione, che testimonia, da un lato, l'assenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza del decreto-legge e, dall'altro, la sua funzione di anticipazione delle leggi, con l'implicita ammissione da parte del governo che quegli atti non sono preordinati alla conversione ma alla protrazione degli effetti dei precedenti, in violazione del secondo comma dell'art. 77 Cost.[43].

Anche per il tema della decadenza uno spartiacque è rappresentato dalla sentenza n. 360 del 1996. Con l'intervento del giudice costituzionale si chiude un ciclo di «degenerazione» imperniato proprio sull'aggiramento della «sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito» e, parallelamente, sull'obliterazione della necessaria provvisorietà del provvedimento d'urgenza.

A partire dalla XIII legislatura, il ricorso al decreto-legge si stabilizza a livello quantitativo e qualitativo e nelle legislature successive il numero assoluto di decreti-legge adottati dai governi segue una linea di continuità; cresce, tendenzialmente, l'indice di conversione e aumenta, progressivamente, anche il

[42] A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., 5 e 19 ss.
[43] Vedi F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, cit., 434.

peso dei provvedimenti dal punto di vista dell'articolato e della rilevanza dei settori di intervento. L'esigenza di avere a disposizione uno strumento alternativo all'iniziativa legislativa ordinaria trova appagamento, dopo la fine della reiterazione, con un utilizzo "diversamente abusivo" del decreto-legge: soprattutto in sede di conversione e in connessione alla tecnica del maxiemendamento e all'istituto della questione di fiducia. L'alto tasso di modifica dei decreti-legge è fenomeno esploso proprio dopo che la reiterazione non ha più potuto fungere da fase di formazione per tappe progressive dell'accordo politico sul contenuto del provvedimento[44]: la presentazione del decreto-legge permette di predisporre una preliminare disciplina di cui vengono riprese in Parlamento le questioni rimaste aperte, anche ricevendo proposte localistiche, e il compromesso raggiunto può divenire invalicabile se connesso a fiducia.

Tale tendenza prorompe nel passaggio dalla XV alla XVI legislatura, quando si è potuta saggiare l'incidenza della crisi finanziaria ed economica internazionale sulla fisionomia e sulla qualità della produzione normativa[45]. Negli anni della congiuntura, il decreto-legge è diventato uno strumento normativo pressoché esclusivo, per la sua intrinseca idoneità a far fronte alle esigenze poste dalla crisi; la realtà che si è manifestata in modo più evidente, soprattutto per i decreti in materia finanziaria ed economica nonché per i c.d. milleproroghe, è stata l'esercizio di ampi interventi emendativi, concesso dal carattere per definizione intersettoriale dei provvedimenti, che ha fatto sì che i testi subissero un aumento dimensionale enorme e toccassero livelli macroscopici di eterogeneità.

La decretazione d'urgenza subisce una flessione nella seconda parte della XVII legislatura, con meno di venti provvedimenti nell'anno 2016 e nel 2017[46]; alla diminuzione numerica si accompagna una diminuzione dimensionale, mentre si conferma il ricorso alla questione di fiducia, in particolare per i testi più complessi e a carattere multisettoriale[47]. Rispetto al – comunque significativo – calo dei decreti-legge, l'Osservatorio sulla legislazione segnala in questa fase una più marcata flessione del numero di leggi di conversione: tale dinamica è attribuita, in larga misura, alla «confluenza» del contenuto di alcuni decreti-legge in altri provvedimenti nel corso dell'iter di conversione[48].

Quella di recuperare il contenuto dei decreti non convertiti nelle leggi di conversione e, talvolta, nelle (allora) leggi finanziarie, è pratica tutt'altro che

[44] Vedi A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., 304 ss.

[45] Per la prassi in questo periodo, v. C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 69 ss.

[46] Per ritrovare un dato analogo bisogna risalire alla seconda metà degli anni Sessanta: furono 12 nel 1969, 14 nel 1966, 8 nel 1965 (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI - OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *La produzione normativa nella XVII legislatura*, n. 10, 20).

[47] *Ibidem*, 22.

[48] CAMERA DEI DEPUTATI- OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *La legislazione tra Stato, regioni e Unione europea. Rapporto 2017-2018*, 18.

infrequente, che il Comitato per la legislazione registrava già dalla XV legislatura. Descritta nel gergo parlamentare come prassi dei decreti "a perdere" o decreti "Minotauro", questa fenomenologia ha rappresentato a partire dalla XVI legislatura una delle principali anomalie nella produzione normativa[49]: pressoché tutti i decreti che non hanno avuto una formale approvazione del relativo disegno di legge di conversione, salvo quelli formalmente respinti, sono confluiti prima della scadenza in altri disegni di legge di conversione in corso di discussione. La tendenza si è confermata nella XVII legislatura, con due casi di sostanziale decadenza del decreto-legge, e nella legislatura in corso, con un solo decreto effettivamente decaduto senza confluenza o sanatoria.

Di questa pratica si descrivono due «varianti»[50] secondo che il decreto-legge nasca "a perdere", spesso per espressa dichiarazione del governo in occasione dell'approvazione, oppure lo divenga in ragione dell'andamento dei lavori parlamentari. La prima variante (che potremmo definire "Minotauro in essere") è connessa alla prassi delle catene di decreti-legge, che consistono nella successione di più provvedimenti nello stesso ambito materiale: dopo il primo decreto della catena, ne viene approvato un altro, di cui il governo abbandona la conversione ma il cui contenuto sarà recepito prima del decorso del termine di decadenza come emendamento alla legge di conversione del primo decreto; questa stessa legge, in genere, abroga il decreto e ne fa salvi gli effetti[51]. Nella seconda variante ("Minotauro in divenire") si ha l'approvazione di decreti-legge su ambiti materiali diversi e l'avanzamento di diversi *itinera* di conversione ma, di fronte al rischio di decadenza di uno o più provvedimenti, il relativo contenuto viene recepito nell'unica legge di conversione che arriverà ad approvazione, la quale sostanzialmente recepisce il contenuto degli altri decreti; questi ultimi decadono ma gli effetti sono fatti salvi.

Si tratta di pratiche identiche negli esiti. In entrambi i casi, si hanno emendamenti con efficacia solo *pro futuro* e l'approvazione di una mera legge di «cristallizzazione» degli effetti prodotti con riferimento al periodo di vigenza[52]:

[49] E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 232.

[50] In base alla ricostruzione offerta da R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quad. cost.*, 2009, 11.

[51] È questa la variante più frequente: così è stato nella XVI legislatura per la vicenda Alitalia, l'emergenza rifiuti in Campania, i decreti in materia fiscale, le missioni internazionali e la disciplina del sistema creditizio; analogamente, per la XVII legislatura, si ricordano le catene di decreti cc.dd. salva Roma, quelle sull'Ilva di Taranto, sulle imposte sugli immobili e quelle relative agli interventi in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016. Lo stesso può dirsi per l'attuale legislatura (v. Tabella n. 2).

[52] P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *La Corte e la regolazione dei «rapporti sorti sulla base dei decreti-legge non convertiti». Qualche considerazione sulla legge di cui all'art. 77, terzo comma, ultimo periodo, della Costituzione alla luce del suo trattamento nella giurisprudenza costituzionale*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 2001, 362.

in genere, nel primo articolo della legge di conversione si inserisce la clausola di abrogazione espressa del decreto "a perdere" (perché altrimenti si avrebbe una sovrapposizione tra norme, fino alla decadenza dello stesso), seguita dalla formula di generale sanatoria.

Diverse sono le *rationes*. La prima tecnica consente al governo di «perfezionare in più tappe la formazione dell'accordo politico circa la disciplina normativa da introdurre»[53]: una legislazione per approssimazioni progressive, parallela al compimento dell'accordo in seno al governo, che rappresenta «un chiarissimo esempio di come il governo oramai utilizzi i decreti-legge alla stregua di un'effettiva corsia preferenziale, modificandoli in corso d'opera come se, con un nuovo decreto, si emendasse il precedente»[54]. Nella seconda ipotesi, l'esigenza del governo, nell'imminente scadenza del termine per la conversione del decreto-legge, è quella di farne comunque salvi, per il futuro, il contenuto normativo e, per il passato, gli effetti.

Alla base, vi è il comune presupposto operativo: la corsia procedurale accelerata offerta dall'iter del disegno di legge di conversione dell'ulteriore decreto-legge pendente alle Camere[55]. Non a caso, l'altro procedimento privilegiato che in alcune occasioni ha "ospitato" le norme dei decreti "a perdere" è stato quello per l'approvazione della (allora) legge di stabilità[56].

In sintesi, è possibile fissare alcuni punti in tema di decadenza del decreto-legge. Pur intervenendo in senso fortemente modificativo sul testo originario, il Parlamento sistematicamente converte i decreti. A fronte di un tasso di non conversione molto basso, sono eccezionali i casi in cui può dirsi realizzata la conseguenza della decadenza del provvedimento. Dunque, "non conversione" e decadenza non corrispondono: la decadenza *ex tunc* è una rarità; in alcune ipotesi si può parlare di perdita di effetti *pro futuro*, poiché quelli già prodotti dal decreto sono fatti salvi con sanatoria; nella maggior parte dei casi gli effetti prodotti sono fissati e la disciplina *pro futuro* garantita dagli emendamenti alla legge di conversione. A questi dati si potrebbero aggiungere quelli relativi al "ripescaggio", nei rari casi di decadenza reale, dei contenuti dei decreti[57]: tuttavia, affrontare tutte le sorti legislative delle norme di un decreto decaduto allontanerebbe troppo dal focus centrale del tema della ricerca.

[53] R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, cit., 15.

[54] M. RUBECHI, *Il procedimento legislativo nel primo anno della XVI legislatura*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 681.

[55] Vedi R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, cit., 16.

[56] Nella XVII legislatura, sono confluiti con sanatoria nella legge di stabilità per il 2016 (l. n. 208/2015) i decreti nn. 179 e 183 del 2015.

[57] Per esempio, il d.-l. n. 115/2018, il solo decaduto senza salvezza degli effetti nella legislatura in corso, in realtà, ha visto il suo contenuto recuperato successivamente nella legge di bilancio per il 2019, l. n. 145/2018.

4. Il governo degli effetti temporali del decreto-legge al tempo del Covid-19

Di fronte alla generalizzata crisi determinata dell'insistenza dell'epidemia da Covid-19 e alla necessità da far fronte a tutte le conseguenze in campo sanitario, economico e istituzionale dell'emergenza, il ricorso al decreto-legge non può che dirsi normale[58]: la pandemia ha qualificato in termini di emergenza i presupposti di adozione del decreto-legge così che dell'uso di tale fonte non si può negare la legittimità[59]. Rispetto all'iniziale ricorso al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.), strumento "accentratore" sicuramente più rapido e flessibile nella prima situazione emergenziale[60], è stata ritenuta formalmente necessaria una "legificazione" della pandemia, una volta cambiato l'orizzonte temporale dell'emergenza, per rispettare la legalità costituzionale: sia quanto ai cardini della forma di governo, con riferimento al coinvolgimento del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dell'atto e del Parlamento in sede di conversione in legge[61], sia per la democraticità delle decisioni, in ordine alle limitazioni dei diritti per ragioni di sicurezza sanitaria[62].

Non vi è dubbio che questa emergenza abbia anche "riportato" il decreto-legge alla sua natura provvedimentale: non solamente quanto alla funzione che la Costituzione gli assegna[63] ma anche quanto al contenuto, preciso, concreto e di immediata applicazione, con provvedimenti che talvolta hanno esaurito la propria funzione, in relazione alla situazione di fatto, in meno di sessanta giorni di vigenza. Particolarmente nelle fasi delle chiusure, delle riaperture e in quelle volte a fornire sostegno economico alle categorie più colpite dalla crisi, la pandemia ha imposto la modifica in intervalli ristretti di decisioni da poco assunte, per l'evoluzione del contesto di fatto e per le variabili valutazioni tecnico-scientifiche sottese alle scelte normative. Non di rado, il contenuto dei decreti-legge è stato "superato" prima ancora che avanzasse il procedimento di conversione, quando era già pronto il decreto-legge successivo volto a far fronte alle mutate circostanze di fatto.

Al contempo, l'emergenza sanitaria ha avuto effetti perversi. Nelle fasi più critiche, si è assistito a picchi di adozione di decreti-legge che hanno letteralmente occupato l'agenda del Parlamento: in particolare, nel marzo 2020 e nel

[58] Cfr. F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1/2020, 3.

[59] In tal senso, in particolare, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 119.

[60] Cfr. G. MOBILIO, *Il decreto-legge alla prova delle vere emergenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, 370.

[61] Cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana, Editoriale,* in *Federalismi,* 6/2020, vi.

[62] Cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2020, 9.

[63] Su cui, volendo, C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 135 ss.

marzo e giugno 2021, si è sfiorata la media di due decreti a settimana e non di rado si è avuta l'approvazione di due decreti nello stesso giorno o in giorni consecutivi. Il tasso di non conversione dei decreti-legge è più che raddoppiato rispetto alla media della XVII e XVIII legislatura.

Il dato rimarchevole è che tutti i decreti non convertiti sono confluiti in altri provvedimenti. Ciò significa che, rispetto al totale dei decreti-legge adottati dopo l'esplosione della pandemia, la percentuale di decreti-legge decaduti e recuperati nelle leggi di conversione di altri decreti-legge, con il governo Conte II, ha superato il 40 % e, con il governo Draghi, è attorno al 20 %[64]; non si contano decreti sostanzialmente decaduti. È ricorso lo scenario visto negli anni della reiterazione: l'uso massiccio della decretazione d'urgenza si è dimostrato insostenibile in rapporto alla capacità decisionale delle Camere e, per il concreto rischio di non poter giungere alla conversione di una significativa parte dei provvedimenti emanati, questi sono recuperati con espedienti procedurali che ne aggirano sostanzialmente la decadenza.

Tabella 1 – *Decreti-legge emanati e decreti-legge non convertiti nell'attuale legislatura*

	D.-l. emanati	D.-l. non convertiti	confluiti con sanatoria	decaduti con sanatoria	decaduti
2018	16	3 (19%)	2	1	1
2019	24	2 (8%)	1	1	-
2020	38	15 (39%)	15	-	-
2021	42	11 (26%)	11	-	-

La pandemia ha dunque amplificato una delle anomalie procedimentali riscontrate nell'ultimo decennio in fase di conversione: quella per cui, tra più decreti approvati in tempi ravvicinati, arriva a termine un unico iter di conversione che recepisce, almeno in parte, le norme degli altri, abrogandoli; gli altri procedimenti di conversione vengono abbandonati più ci si avvicina al termine oppure non vengono nemmeno avviati; la formula di salvezza generale introdotta nella legge di conversione copre ogni possibile effetto che possa risultare "scoperto"

[64] Al momento in cui si scrive sono in attesa di conversione otto provvedimenti.

dalle successive disposizioni che ne inglobano i contenuti. È il modello della legislazione per progressive approssimazioni: perché le condizioni di fatto non richiedono una normazione di lungo periodo ma una disciplina immediatamente applicabile fintantoché quelle stesse condizioni non cambino.

Tabella 2 – *Confluenze di decreti-legge nei governi Conte II (azzurro) e Draghi (verde) al 10 novembre 2021*

		Decreti confluiti e **decreti convertiti**				Leggi di conversione
1	"cura Italia"	d.-l. 9/2020	d.-l. 11/2020	d.-l. 14/2020	**d.-l. 18/2020**	l. 27/2020, conv. d.-l. 18/2020
2	ord. penit. e giustizia	**d.-l. 28/2020**	d.-l. 29/2020	l. 70/2020, conv. d.-l. 28/2020		
3	"rilancio"	**d.-l. 34/2020**	d.-l. 52/2020	l. 77/2020, conv. d.-l. 34/2020		
4	sostegno e rilancio econ.	d.-l. 103/2020	**d.-l. 104/2020**	d.-l. 111/2020	d.-l. 117/2020	l. 126/2020 conv. d.-l. 104/2020
5	proroga emergenza	**d.-l. 125/2020**	d.-l. 129/2020	d.-l. 148/2020	l. 159/2020, conv. d.-l. 125/2020	
6	"ristori"	**d.-l. 137/2020**	d.-l. 149/2020	d.-l. 154/2020	d.-l. 157/2020	l. 176/2020 conv. d.-l. 137/2020
7	misure di vario contenuto	d.-l. 158/2020	**d.-l. 172/2020**	d.-l. 1/2021	l. 6/2021, conv. d.-l. 172/2020	
8	milleproroghe	d.-l. 182/2020	**d.-l. 183/2020**	d.-l. 3/2021	d.-l. 7/2021	l. 21/2021 conv. d.-l. 183/2020
9	misure di vario contenuto	**d.-l. 2/2021**	d.-l. 12/2021	d.-l. 15/2021	l. 29/2021, conv. d.-l. 2/2021	
10	"Riaperture"	**d.-l. 52/2021**	d.-l. 56/2021	d.-l. 65/2021	l. 87/2021, conv. d.-l. 52/2021	

11	"Sostegni bis"	**d.-l. 73/2021**	d.-l. 89/2021	d.-l. 99/2021	l. 106/2021, conv. d.-l. 73 /2021
12	PNRR e giustizia	**d.-l. 80/2021**	d.-l. 92/2021	l. 113/2021, conv. d.-l. 80/2021	
13	"green pass" scuola	**d.-l. 111/2021**	d.-l. 122/2021	l. 133/2021, conv. d.-l. 111/2021	

Prevalentemente, ricorre il caso dei decreti che nascono "a perdere" in ragione del tipo di risposta che l'emergenza necessita, ma non sempre è agevole operare una distinzione tra le due varianti di decreti Minotauro. Ne è sintomo anche il fatto che non vi è regolarità nell'ordine della convergenza: come mostrano i dati della Tabella 2, in genere, il decreto convertito è il primo della serie, talvolta è in posizione centrale, mentre nella prima catena della pandemia è stato l'ultimo. In quattro occasioni i decreti abrogati simultaneamente sono stati addirittura tre: uno dei casi più eclatanti riguarda i quattro decreti cc.dd. ristori, di fatto tutti convertiti con la tecnica della confluenza nella l. n. 176/2020 (p.to 6, Tab. 2). Va segnalato, inoltre, come nella l. n. 106/2021 (p.to 11, Tab. 2), di conversione del decreto c.d. sostegni *bis*, siano confluiti testi materialmente disomogenei (il decreto c.d. agricoltura e il decreto c.d. lavoro e imprese) in ragione del fatto che la scadenza dei due decreti sarebbe caduta durante la sospensione dei lavori per la pausa estiva.

Su questa prassi si è innestata un'altra, patologica sovrapposizione *in itinere* di strumenti normativi: l'abrogazione di disposizioni di decreti-legge in attesa di conversione ad opera di successivi decreti-legge, spesso prodromica al fenomeno della confluenza. Si tratta di una ipotesi di *intersezione* tra gli stessi decreti, probabilmente giustificata dall'esigenza di anticipare ulteriormente la correzione di un provvedimento in vigore al momento della emanazione di un successivo decreto-legge, senza attendere di operare nel procedimento parlamentare di conversione. In questo senso, oggetto di particolare attenzione è stato d.-l. n. 18/2020, che ha abrogato alcune disposizioni dei precedenti decreti della prima catena di provvedimenti adottati nella pandemia (p.to 1, Tab. 2) e, in attesa di conversione, è stato a sua volta in parte abrogato dal d.-l. n. 23/2020. Tale stratificazione di disposizioni ha posto significativi problemi di

individuazione della norma vigente[65], rimarcata anche dal Comitato per la legislazione[66].

In definitiva, l'attività parlamentare è stata interamente e faticosamente impegnata nell'esame dei decreti-legge da convertire, i quali, talvolta già poco tempo dopo l'adozione, sono stati soppiantati da altri provvedimenti. Se a ciò si aggiunge che, nel momento clou della diffusione della pandemia, l'effetto di intasamento dei lavori parlamentari è stato aggravato dalle difficoltà di funzionamento delle Camere, in ragione delle restrizioni alla libertà circolazione su tutto il territorio nazionale, si comprende l'effettiva esigenza istituzionale di alleggerire l'iter parlamentare, razionalizzando i procedimenti di conversione.

In una tale situazione, l'espediente dell'accorpamento ha una certa razionalità ai fini della procedura parlamentare[67]: oltre a essere, in via generale, un rimedio per convertire di fatto più decreti nella stessa legge di conversione, durante la pandemia la confluenza ha permesso di far fronte a valutazioni complesse e mutevoli, correggendo dopo l'emanazione di un provvedimento le sue lacune o rispondendo al suo superamento di fatto senza dover attendere i tempi della conversione. In altri termini, quella di lasciare decadere il provvedimento "a perdere" e recuperarne il testo, con le modifiche necessarie, nell'iter di conversione di un altro decreto, così come l'abrogazione di un provvedimento ad opera di un altro decreto-legge, hanno rappresentato soluzioni di economia dei lavori parlamentari che hanno consentito un «cambio di cavallo in corsa» in base alle circostanze[68].

Queste prassi presentano forti criticità. Le ipotesi più problematiche sono le convergenze tra provvedimenti eterogenei che vengono "spostati" anche poco prima della scadenza per ragioni di funzionalità procedimentale[69]. Oltre a contribuire in molte occasioni all'aumento dimensionale dei testi, esse rendono fortemente disomogenea la legge di conversione, con il conseguente rischio di concentrare la discussione in un solo ramo del parlamento, mentre

[65] Si vedano le osservazioni E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, 641 ss.

[66] Per una sintesi dei pareri in argomento, si veda la ricerca 2021 del Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi» dal titolo *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2021, 95 ss.

[67] Già in passato evidenziata da B. CIMINO, S. MORETTINI, G. PICCIRILLI, *La decretazione d'urgenza in Parlamento*, in L. DUILIO (a cura di), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, il Mulino, Bologna, 2013, 94.

[68] Così M. PANDOLFELLI, *Abrogazione di disposizioni di un decreto-legge ad opera di altro decreto-legge: l'incertezza e i problemi derivanti dall'emergenza*, in *Forum di Quad. cost. - Rassegna*, 4/2020, 308, a proposito dell'abrogazione parziale del d.-l. n. 18 ad opera del d.-l. n. 23 del 2020.

[69] Per fare un esempio, la l. n. 6/2021, di conversione del d.-l. n. 172/2020, che ha abrogato, sanandolo, il precedente d.-l. n. 158/2020, è stata pubblicata quando mancavano tre giorni alla scadenza di quest'ultimo.

l'altro si limita a ratificare il lavoro svolto, e di eludere i controlli presidenziali nella promulgazione. Risale allo scorso luglio la lettera rivolta dal Presidente Mattarella ai Presidenti delle Camere, Casellati e Fico, e al Presidente del Consiglio dei ministri, Draghi, nel promulgare la legge di conversione del d.-l. n. 73/2021, c.d. decreto sostegni-*bis*. Il capo dello Stato ha fatto esplicito riferimento al controverso fenomeno di sovrapposizione e intreccio di fonti normative attraverso la decretazione d'urgenza: lamentando i profili di illegittimità di modalità di produzione normativa «che hanno ormai assunto dimensioni e prodotto effetti difficilmente sostenibili» e paventando il ricorso al potere di rinvio del decreto-legge, Sergio Mattarella ha ammonito che «[l]a confluenza di un decreto-legge in un altro provvedimento d'urgenza, oltre a dover rispettare il requisito dell'omogeneità di contenuto, dovrà verificarsi solo in casi eccezionali e con modalità tali da non pregiudicarne l'esame parlamentare»[70].

Ricadute di inopinabile evidenza della stratificazione caotica di norme generata dalla confluenza sono, poi, sulla qualità della legislazione, con particolare riguardo al mancato coordinamento tra atti. Il *vulnus* al principio della certezza del diritto che si realizza potrebbe, di per sé, inficiare la legittimità costituzionale di queste tecniche normative, se si conviene che i principi di coerenza e di certezza dell'ordinamento giuridico sono dotati di valore costituzionale[71]. In passato, la Corte costituzionale si è espressa in un *obiter dictum* su questo «uso del tutto anomalo della legge di conversione»: con riguardo a uno dei decreti-legge della catena c.d. salva Ilva, il n. 92/2015, i giudici hanno rilevato come sia stata «solo apparentemente abrogata la disposizione […] e [siano] stati fatti salvi gli effetti pregressi prima ancora che scadesse il termine per la conversione del decreto-legge originario che la conteneva», con conseguente «pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell'ordinamento»[72].

Di fronte a tali fenomenologie, sono stati sollevati dubbi anche in relazione al divieto di reiterazione «inteso in senso sostanziale»[73], soprattutto in caso di abrogazione interna tra provvedimenti, con la riproposizione da parte del secondo decreto dello stesso contenuto del decreto "affluente" con alcune modifiche, e salvezza degli effetti prodotti[74].

[70] Comunicato del 23 luglio 2021, disponibile su Quirinale.it.

[71] Così E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti*, cit., 656.

[72] C. cost., n. 58 del 2018, cons. dir., 2.2.

[73] B. CIMINO, S. MORETTINI, G. PICCIRILLI, *La decretazione d'urgenza in Parlamento*, cit., 96; P. TORRETTA, *La saga dei decreti "Salva Roma" fra obbligo di omogeneità e divieto di reiterazione*, in *Forum di Quad. cost.- Rassegna*, 4/2014, 5 ss.

[74] P. MILAZZO, *Emergenza e "quasi reiterazione" del decreto-legge. Il caso delle sperimentazioni cliniche sul Covid-19*, in *www.lacostituzione.info*, 13 aprile 2020, con riferimento alle disposizioni "evolutive" contenute nel d.-l. n. 23/2020 e volte a modificare *in parte qua* il d.-l. n. 18/2020, in corso di conversione.

Rispetto a tali pratiche si è espresso più volte il Comitato per la legislazione della Camera, richiedendo di giungere a modalità di produzione legislativa più razionali. In occasione della discussione della legge di conversione del d.-l. n. 172/2020, la Camera ha approvato uno specifico ordine del giorno, richiamato anche dalla suddetta lettera del Presidente Mattarella, che impegna il governo «ad operare per evitare la "confluenza" tra diversi decreti-legge, limitando tale fenomeno a circostanze di assoluta eccezionalità da motivare adeguatamente nel corso dei lavori parlamentari»[75]. Nel corso dell'esame del disegno di legge di conversione del d.-l. n. 183/2020, il governo ha poi espresso parere favorevole con una riformulazione dell'ordine del giorno, impegnandosi a «evitare, ove possibile, la confluenza dei decreti-legge»[76].

A questo indirizzo, volto a responsabilizzare il governo attraverso un onere di motivazione nel caso di ricorso alla confluenza, non è ancora stato dato seguito dal governo. Resta da valutare, in base a come si assesterà la pratica nei prossimi mesi, una possibile inversione di tendenza rispetto alle preoccupanti dimensioni della confluenza, come effetto possibile, al netto dei mutamenti nella situazione di fatto, del chiaro ammonimento rivolto dal capo dello Stato alle istituzioni con la lettera del luglio 2021.

5. Considerazioni conclusive: corsi e ricorsi nell'aggiramento della decadenza

Analizzando le oscillazioni nella prassi, si possono riscontrare ricorrenze nella storia della decadenza dei decreti-legge. Questi corsi inducono a pensare che le degenerazioni volte ad aggirarne gli effetti non sono imputabili unicamente alla pandemia. Quest'ultima ha rappresentato un agente esogeno inedito che ha sollecitato un talento noto del decreto-legge: la sua capacità di far fronte al coefficiente temporale. Tale fattore va inteso non solamente in riferimento ai tempi della decisione, nel senso di rapidità della risposta normativa, ma anche in riferimento alla instabilità della decisione, con riferimento alla sua precarietà.

Sotto il primo aspetto, il decreto-legge permette la prevedibilità temporale che manca al procedimento legislativo[77], incarnando lo strumento compensativo del problema istituzionale, sempre più incalzante «nell'età dell'accelerazione» della decisione politica[78], dei limitati poteri del governo in Parlamento. Sotto il secondo aspetto, la decretazione d'urgenza è il metodo di produzione

[75] Ordine del giorno 9/2835-A/10 presentato dall'on. Ceccanti, allora presidente del Comitato per la legislazione, e approvato nella seduta del 20 gennaio 2021.

[76] Ordine del giorno 9/2845-A/22 approvato nella seduta del 23 febbraio 2021.

[77] Cfr. R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, 1/2010, 65; N. LUPO, *I "tempi" della decisione nel rapporto tra Assemblee elettive ed Esecutivi*, in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, V, Pisa, 2012.

[78] Cfr. E. LONGO, *La legge precaria*, cit., spec., 302 ss.

del diritto che più si adatta alle esigenze di governo politico della complessità sociale[79] e agli «imperativi funzionali dello Stato contemporaneo»[80], consentendo la correzione e la rapida modifica della legislazione verso una sintesi decisionale all'esito della procedura di decretazione. Questa duplice funzionalità dei decreti-legge ha radici lontane.

Già nel 1975 Alberto Predieri pubblicava il saggio sul «governo co-legislatore», proponendo la nota testi del decreto-legge come disegno di legge governativo «rafforzato»[81]. Negli anni a seguire, la presentazione del decreto-legge, di fatto, ha permesso di aggregare il consenso necessario per la sopravvivenza delle maggioranze pluripartitiche[82]. Nella reiterazione del decreto-legge, accompagnata dalla "copertura parlamentare" preventiva dei decreti reiterati, si è poi trovata una sede di «codeterminazione politica, di negoziato tra governo, maggioranza e opposizione»[83]. Successivamente al 1996, l'utilizzo "ordinario" del decreto-legge e la de-tipicizzazione della legge di conversione, insieme, hanno ripetuto «lo schema della negoziazione sottesa ad un qualsiasi disegno di legge, rafforzato però dal suo particolare regime»[84]. Da ultimo, la prassi di far confluire con sanatoria i decreti-legge non convertiti è divenuto strumento utile proprio perché consente modifiche progressive e un incremento quantitativo durante il procedimento di conversione.

Questi espedienti testimoniano, sul versante istituzionale, la necessità di «trovare uno "sfogo" in adattamenti di tipo procedimentale» al «progressivo avvicinamento» tra governo e Parlamento[85]; sul versante della funzione legislativa, e in particolare del ruolo del decreto-legge nel sistema delle fonti, il bisogno di un atto che si presti «al fine di conseguire urgentemente aggiustamenti»[86], siano essi legislativi, finanziari, organizzativi o di discrezionalità tecnica sostenuta dalla scienza epidemiologica.

L'esigenza di immediata operatività e rapida correzione delle norme primarie può essere correlata a fattori endogeni, perché *in itinere* si realizza l'accordo politico in seno al governo, oppure a fattori esterni alla sfera di controllo dei poteri pubblici statali, come avviene in modo paradigmatico in caso di crisi,

[79] M. MORISI, F. CAZZOLA, *La decisione urgente. Usi e funzioni del decreto-legge nel sistema politico italiano*, in *Riv. it. sc. pol.*, 3/1981, 476.

[80] G. PITRUZZELLA, *Sui limiti costituzionali della decretazione d'urgenza*, in *Foro it.,* I/1988, 1428.

[81] A. PREDIERI, Il *governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto legge fra governo e parlamento. Il processo legislativo nel Parlamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1975, XVII ss.

[82] A. BALDASSARRE, C. SALVI, *La decretazione d'urgenza*, cit., 40.

[83] A. CELOTTO*, Decreto legge (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. Giur.,* X, Treccani, Roma, 2001, 1.

[84] C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge*, cit., 32.

[85] E. LONGO, *La legge precaria*, cit, 141.

[86] U. DE SIERVO, *Introduzione*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, 14.

quando è più urgente l'esigenza di "apprendimento normativo": il poco tempo per la decisione gioca a sfavore della conoscenza prodromica alla scelta discrezionale del legislatore, rendendo a maggior ragione necessari interventi integrativi e correttivi. Non a caso, la decretazione per approssimazioni progressive si era già accentuata con la crisi finanziaria del 2009, quando la scansione dei tempi imposta dalla congiuntura si era tradotta nella frammentazione della regolazione in una molteplicità di settori, nei quali i decreti-legge hanno dettato discipline sostanziali con frequenti mutamenti di rotta e dato luogo a norme caratterizzate da volatilità, instabilità e stratificazione[87]. Una più intensa "lotta contro il tempo" si è realizzata con l'emergenza sanitaria, quando, per un verso, si sono amplificate alcune tendenze già in atto: è divenuta sistematica la confluenza nella legge di conversione, con sanatoria, per le catene decreti approvati in rapida successione per adattare in tempi brevi la risposta normativa al mutevole quadro emergenziale. Per altro verso, la prassi ha presentato alcune specificità volte ad anticipare ulteriormente, alla fase di adozione del decreto-legge, ciò che si in genere si realizza nell'iter di conversione, ovverosia la correzione del provvedimento: ciò è stato evidente nell'anomala intersezione tra provvedimenti, con l'abrogazione di disposizioni di decreti-legge in attesa di conversione ad opera di successivi decreti.

L'immagine del decreto-legge disegnata da queste linee di tendenza è quella di un atto che sembra aver perso il carattere della provvisorietà, in ragione del costante e sostanziale aggiramento della decadenza, ma che in molti casi contiene norme prodotte nel segno della temporaneità, perché transitorie sono le esigenze cui rispondere e ravvicinate le istanze di modifica. Sebbene, dunque, la provvisorietà vada intesa come riferita al regime giuridico dell'atto, costituzionalmente inidoneo ad innovare stabilmente l'ordinamento giuridico e destinato ad essere sostituito dalla legge di conversione o a perdere efficacia, nella pratica sembra essersi affermata una accezione di provvisorietà riferita alla disciplina recata dal decreto, da interpretarsi come una prima provvisoria regolamentazione da sostituirsi con altra più meditata. È evidente che in questo modo si oblitera il significato del principale rimedio all'uso disinvolto del decreto-legge.

Focalizzando l'attenzione sugli ultimi due anni, pare che nelle pratiche in tema di decretazione d'urgenza convergano due istanze: quella di gestione della pandemia e quella di accentramento. In questo senso, le "destrezze" procedurali sono state volte a introdurre norme individuate dal governo, decisore politico fondamentale in stati di emergenza. A questa affermazione, però, non corrisponde del tutto l'immagine di un Parlamento vittima dell'imposizione

[87] V. DI PORTO, *Il campo e il metodo dell'indagine*, in L. DUILIO (a cura di), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, il Mulino, Bologna, 2013, 40.

governativa. La stessa, risalente logica della co-legislazione, con il recepimento tramite emendamenti alla legge di conversione delle istanze anche parlamentari di modifica, fa dubitare che vi sia una vera e propria esautorazione del Parlamento. Anzi, per parte della dottrina, gli espedienti procedurali visti rappresentano valvole dell'attività parlamentare: *rebus sic stantibus*, di fronte alla iperproduttività normativa tramite decreto-legge, l'attività emendativa è l'unico modo per il Parlamento di intervenire. In questo senso, si è sostenuto che riaffermare limiti stringenti alla emendabilità potrebbe avere come controindicazione l'occlusione del varco parlamentare proprio quando più è necessario, ovverosia quando quella funzione è stata esercitata dal Governo[88].

Proprio per l'effetto gravoso sull'attività parlamentare dell'intensa attività di decretazione d'urgenza nell'inseguimento degli effetti della pandemia, dubbi sono stati sollevati sui benefici istituzionali della "legificazione" dell'emergenza realizzatasi dopo l'abbandono dei d.P.C.M. "parlamentarizzati". Lo schema procedurale introdotto dal c.d. emendamento Ceccanti al d.-l. n. 19/2020 poteva ritenersi a «buon rendimento»[89] poiché consentiva un intervento a monte del Parlamento – adozione del d.P.C.M. previa relazione del Presidente del Consiglio su cui le Camere potevano votare atti di indirizzo – e non solamente a valle nella conversione – con la ratifica della scelta operata dal governo nel decreto-legge e il recepimento negli emendamenti alla conversione delle modifiche su cui è raggiunto l'accordo politico. Non è detto, insomma, che l'irrigidimento procedurale avviato dal governo Draghi abbia comportato un recupero da parte del Parlamento, né in termini di controllo politico, né in termini di indirizzo. Legittimata dal giudice costituzionale – implicitamente nella sent. n. 37 del 2021, direttamente nella sent. n. 198 del 2021 – la sequenza normativa rimodulata dal legislatore con il d.-l. n. 19/2020 lasciava alla discrezionalità espressa nella fonte secondaria il completamento della risposta giuridica[90], senza apparente pregiudizio del principio di legalità sostanziale[91]. Il decreto-legge individuava l'autorità competente all'emanazione dell'atto, il procedimento necessario alla sua adozione, il contenuto delle limitazioni, il novero delle sanzioni applicabili, ben potendo il «dosaggio […] nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia» delle misure, e delle relative

[88] Così G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalis*ta, in *Rivista AIC*, 4/2012, 25.

[89] A. CONTIERI, *Presidente del Consiglio e ruolo del Parlamento: il mosaico dell'indirizzo politico (europeo)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2020, 107.

[90] Cfr. C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 2020, 7.

[91] Si veda in tal senso la ricostruzione di M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il Coronavirus*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, 43.

correzioni, essere rimesso al d.P.C.M.[92]. Questa «tipizzazione delle misure di contenimento» era poi accompagnata «da ulteriori garanzie», ovverosia la parlamentarizzazione dei d.P.C.M e la limitazione della discrezionalità del Presidente del Consiglio , che ne preservano la legittimità[93].

Conclusivamente, bisogna prendere atto che il discorso sulla decadenza del decreto-legge finisce per spostarsi sulle strategie per evitare la decadenza nell'iter di conversione: proprio secondo gli scenari paventati da Codacci Pisanelli in Assemblea costituente. Occorre però riportare la riflessione sul dubbio che le più recenti pratiche mettano in discussione gli stessi principi che hanno reso illegittima l'altra prassi storicamente volta ad attenuare la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, ovverosia la reiterazione dei decreti-legge, a partire dalle ricadute sul principio della certezza del diritto. A rigore, oggi, non si tratta di reiterazione, perché il termine di decadenza formalmente non è aggirato; anzi, i decreti che confluiscono sono abrogati e modificati spesso con un buon anticipo sul termine di decadenza. In alcuni casi, si potrebbe sospettare che la confluenza sostanzialmente eluda il divieto di reiterazione, intesa come indefinita protrazione degli effetti dei decreti contro la prescrizione costituzionale che li vuole precari. Più in generale, la sostanziale conversione realizzata con la confluenza rischia di porre la sanatoria in contrasto con il terzo comma dell'art. 77 Cost., poiché presupposto ne dovrebbe essere la mancata conversione: di fatto, grazie a una conversione "mascherata"[94], si evita ogni soluzione di continuità alla materiale vigenza, seppur con modifiche, delle norme del decreto. Il risultato è che (quasi) nulla decade.

[92] C. cost., n. 37 del 2021, Cons. dir., 9.
[93] C. cost., n. 198 del 2021, Cons. dir., 6.2.
[94] A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., 324.

RIVOLUZIONE DIGITALE E SVILUPPI DELLA PARTECIPAZIONE DEMOCRATICA NELL'UNIONE EUROPEA*

ERIK LONGO**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il difficile rapporto tra nuove tecnologie e l'emergere di una sfera pubblica europea. – 3. L'approccio regolatorio europeo. – 4. Una nuova spinta per la democrazia digitale nell'Ue: la Conferenza sul futuro dell'Unione europea. – 5. Il Piano d'azione per la democrazia in Europa. – 6. Spunti conclusivi.

Abstract

This article provides an overview of the relationship between the democratic participation tools and the digital revolution at a European Union level. The first part critically analyzes the contribution that the tools of the digital society can offer to reinvigorate democratic processes within the political context of the European Union and the risks that can derive from the development of related technologies. In the second part, the article discusses firstly the process set in motion by the "Joint Declaration" adopted by the EU institutions in March 2021 for a "Conference on the Future of Europe" and secondly the European Democracy Action Plan that aims at ensuring that citizens can participate in the democratic system through informed decision-making free from unlawful interference and manipulation.

Suggerimento di citazione

E. LONGO, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il saggio è realizzato nell'ambito della ricerca PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) e costituisce una rielaborazione dell'intervento al Seminario *Processi democratici e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 29 gennaio 2021.

L'A. ringrazia il *referee* anonimo, il professor Giovanni Di Cosimo e gli altri partecipanti al seminario organizzato dall'Università di Macerata del 29 gennaio 2021 su "Processi democratici e tecnologie digitali" per gli utilissimi commenti.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: erik.longo@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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

Nelle sue memorie Jean Monnet scriveva che "l'Europa si sarebbe costruita attraverso le crisi e che sarebbe stata la somma delle loro soluzioni a dare corpo al progetto comune[1]". Dopo più di quaranta anni quelle parole risultano ancora istruttive. L'UE è effettivamente una costruzione giustificabile attraverso le scelte degli attori con potere decisionale durante le circostanze critiche. È in tali momenti che si aprono delle vere e proprie finestre di opportunità per perseguire nuovi obiettivi di cui beneficiano i cittadini e le istituzioni[2].

Oggi la necessità di rispondere in modo coordinato alle sfide della pandemia, la ricerca di un nuovo ruolo istituzionale nel mutato assetto geopolitico determinato dalla fine degli equilibri costruiti dopo la Seconda guerra mondiale e dalla ascesa della superpotenza cinese, la pressione dei nazionalismi all'interno degli stati membri, rappresentano altrettanti "momenti di verità" nei quali si gioca il destino stesso della integrazione europea[3].

Da momenti del genere in passato abbiamo tratto lezioni utili non solo per determinare l'assetto istituzionale ma per comprendere quali garanzie accordare alla partecipazione democratica.

Durante la crisi finanziaria degli anni Dieci, ad esempio, la *governance* intergovernativa si è dimostrata inadeguata a rispondere alle esigenze combinate di tenere unito il continente e rispondere alle richieste degli stati membri. La doppia anima dell'Unione, sovranazionale e intergovernativa, non ha prodotto i risultati costituzionali auspicati. Il malcontento che si è generato ha inasprito la disaffezione dei cittadini verso la stessa Ue e ha messo in discussione la sua stessa esistenza[4], fino a far perdere vita a quella idea di "Europa organizzata" che nella Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950 era considerata "vitale" e "indispensabile" per il "mantenimento di relazioni pacifiche" tra i paesi del vecchio continente.

[1] J. MONNET, *Memoirs: The Architect and Master Builder of the European Economic Community*, 1st, Doubleday, Garden City, N.Y., 1978, 46, nostra la traduzione.

[2] Se, da un lato, la democrazia è costantemente sotto attacco, è un "fiore raro", come ha recentemente affermato in un'intervista lo storico Y. Harari (A. PAPACHELAS, *Harari: 'If you want to make a country a colony, don't send the tanks in. Just get the data out'*, in *Ekathimerini.com*, 4 ottobre 2020, https://www.ekathimerini.com/257687/article/ekathimerini/comment/harari-if-you-want-to-make-a-country-a-colony-dont-send-the-tanks-in-just-get-the-data-out?s=09), dall'altro occorre non dimenticare che essa è la forma di governo più resiliente di tutte. Nonostante la fragilità sua propria, la democrazia vive di crisi (S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017; W. MERKEL, *Challenge or crisis of democracy*, in *Democracy and Crisis. Challenges in Turbulent Times*, a cura di W. MERKEL, S. KNEIP, Springer, Cham, 2018).

[3] Sul punto v. di recente il contributo di F.M. FERRARA, H. KRIESI, *Crisis pressures and European integration*, in *Journal of European Public Policy*, 2021, 1 ss.

[4] S. FABBRINI, *Sdoppiamento: una prospettiva nuova per l'Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 15 ss.

Oggi siamo certi che il progetto di una integrazione politica e non più solo economica non basta per la costruzione di un "demos"[5] europeo – frutto di una identità politico-culturale transnazionale.[6] La maturazione e il mantenimento di quella convivenza pacifica immaginata nel progetto dei padri fondatori ha bisogno di qualcosa di più[7], della costruzione di una sfera pubblica europea distinta dalla mera europeizzazione delle politiche nazionali[8], di strumenti adeguati per fronteggiare la crisi di legittimazione democratica delle istituzioni europee[9].

La crisi del rapporto tra cittadini e istituzioni europee è profonda. Negli ultimi anni si è, infatti, sviluppato moltissimo il dibattito su quanto i cittadini europei stiano perdendo fiducia nei valori democratici fondamentali. Allo stesso tempo, è divenuto evidente che la domanda di partecipazione democratica[10] – non solo di tipo elettorale – sta superando la sua offerta sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale. I sondaggi dell'*Eurobarometro* relativi all'autunno del 2019, subito dopo le elezioni del Parlamento europeo, rivelano che più del 50% dei cittadini europei non concorda con l'affermazione che la loro voce abbia un peso nell'Ue. Se si considerano i paesi del sud dell'Europa, il dato sulla "disaffezione" è ancora peggiore: più del 66% degli intervistati italiani ha dichiarato di non percepire che i cittadini hanno una influenza sulla politica europea, mentre in Grecia si arriva al 76% delle risposte negative[11]. Forse sarebbe stato utile approfondire questi dati guardando al massiccio

[5] "If there is no sense of demos (…), there cannot be democracy". Parole tratte dall'"oral pleading" di J.H.H. Weiler durante l'udienza della Grande Camera presso la Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo il 30 giugno 2010.

[6] Sugli effetti che la logica intergovernativa ha prodotto sulla politica europea si v. S. FABBRINI, *Sdoppiamento: una prospettiva nuova per l'Europa*, cit., 66 s.

[7] Su questo tema v. gli articoli nel n. 3/2020 di "Quaderni costituzionali" ed in particolare i contributi di G. Amato, Andrea Manzella e Íñigo Méndez de Vigo.

[8] L. HOFFMANN, E. MONAGHAN, *Public Debate on the Future of the European Union: A Viable Legitimising Strategy?*, in *Politics*, 3, 2011, 140 ss.; L. HENNEN, *E-Democracy and the European Public Sphere*, in *European E-Democracy in Practice*, a cura di L. HENNEN e al., Springer, Cham, 2020, 47 ss; E. BORGHETTO, M. GIULIANI, F. ZUCCHINI, *Quanta Bruxelles c'è a Roma? L'europeizzazione della produzione normativa italiana*, in *Rivista italiana di Politiche Pubbliche*, 1, 2009, 135 ss.

[9] Su questo tema v. M.-J. GAROT, *The European citizens' initiative: an effective tool to promote a digital European democracy?*, in *Digital Democracy in a Globalized World*, a cura di C. PRINS, C. CUIJPERS, P.L. LINDSETH, M. ROSINA, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, 229 ss.; sia consentito rinviare anche a E. LONGO, *The European Citizens' initiative: too much democracy for EU polity?*, in *German Law Journal*, 2, 2019, 181 ss.

[10] Sul tema generale della partecipazione si v. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 295 ss.

[11] Standard Eurobarometer 92 – Autumn 2019, *Public opinion in the European Union, First results*, Brussels, www.europarl.europa.eu/at-your-service/en/be-heard/eurobarometer/socio-demographic-trends-edition-6.

aumento dell'astensionismo nelle ultime elezioni locali, politiche ed europee degli ultimi anni[12].

Malgrado i significativi progressi verso una maggiore partecipazione dei cittadini europei al processo politico sovranazionale realizzati soprattutto dopo Lisbona[13], il sistema multilivello del processo politico Ue stenta a far sentire i cittadini partecipi delle decisioni prese e a far così scattare quei meccanismi di *accountability* che servono a garantire la partecipazione democratica[14]. Sempre più spesso ci troviamo di fronte ad una distanza e a volte ad un disprezzo nei confronti della politica sia nazionale che europea e contemporaneamente sono sempre più rare tra i cittadini quelle capacità critiche necessarie per influire sui processi decisionali[15]. La recente pandemia sta agendo come un grande fattore di accelerazione delle dinamiche descritte[16]. La maggior parte delle democrazie europee ha implementato risposte emergenziali al COVID-19 senza minare alla base la tenuta del proprio tessuto democratico. Tuttavia, in quei paesi nei quali gli standard dello stato di diritto erano già stati aggrediti – *in primis* Bulgaria, Ungheria e Polonia – si è verificato un ulteriore declino in forza della diffusione del virus[17]. Il cambio di tendenza di questi paesi desta ulteriori preoccupazioni,

[12] Un tema non semplice da analizzare, su cui si v. A. LEININGER, M.J. MEIJERS, *Do Populist Parties Increase Voter Turnout? Evidence From Over 40 Years of Electoral History in 31 European Democracies*, in *Political Studies*, 3, 2021; J. NONNEMACHER, *Disengaging elections? Political interest, number of elections, and turnout in elections to the European Parliament*, in *European Union Politics*, 3, 2021; A. GENDŹWIŁŁ, K. STEYVERS, *Guest editors' introduction: Comparing local elections and voting in Europe: lower rank, different kind… or missing link?*, in *Local Government Studies*, 1, 2021, 1 ss.

[13] B. NASCIMBENE, *Partecipazione democratica nell'Unione Europea*, in *Aggiornamenti sociali*, 11, 2010, 681 ss.; si v. a tal proposito il commento all'art. 10 del TUE di F. DONATI, *Art. 10 (commento a)*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, II, Giuffrè, Milano, 2014, 89 ss.

[14] Si pensi al notevole dibattito scaturito dalle scelte successive alla crisi economica della fine degli anni duemila e l'inizio degli anni dieci, su cui si v. i contributi in L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (a cura di), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Cham, Giappichelli-Springer, 2017, o alle questioni legate alla difficile applicazione dell'istituto dello "Spitzenkandidat", su cui si v. S. FOTOPOULOS, L. MORGANTI, *Does personalisation further Europeanise national public spheres? The Spitzenkandidat process in the 2014 and 2019 European parliamentary elections*, in *European Politics and Society*, 2021.

[15] Secondo quella dinamica che ha evidenziato già da alcuni anni C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

[16] In prospettiva mondiale si v.: A. AFSAHI, E. BEAUSOLEIL, R. DEAN, e al., *Democracy in a Global Emergency: Five Lessons from the COVID-19 Pandemic*, in *Democratic Theory*, 2, 2020, V ss.; J. HAYWARD, *Government Authority and the Covid-19 Lockdown*, in *Policy Quarterly*, 3, 2020, 7 ss.; J.R. MAXEINER, *America's covid-19 preexisting vulnerability: a government of men, not laws*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 1-2, 2020, 213 ss.

[17] Si v. European Commission, *2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, COM(2020) 580 final, Brussels, 30 settembre 2020, 5 ss.; T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *COVID-19 in Hungary and Poland: Extraordinary Situation and Illiberal Constitutionalism*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 1-2, 2020, 171 ss.; G. HALMAI, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in *German Law Journal*, 3, 2019, 296 ss.

perché le nuove forme di autoritarismo hanno oggi a disposizione strumenti tecnologici prima inimmaginabili con i quali realizzare potenti forme di manipolazione[18].

Nella dinamica descritta si inserisce la rivoluzione digitale in corso, con le sue profonde trasformazioni della domanda e dell'offerta di informazioni[19]. Anche nel mondo della politica si sono sviluppate forme potentissime di comunicazione politica attraverso cui raggiungere in maniera mirata gli elettori[20]. Nonostante il grande potenziale, l'uso massiccio di campagne politiche online e l'impiego delle piattaforme per aumentare il consenso politico apre a nuove vulnerabilità e rende più difficile, da un lato, mantenere l'integrità delle elezioni assicurando l'accesso libero, equo e plurale ai media e, dall'altro, garantire contro la manipolazione delle informazioni e le tante forme di disinformazione che possono avvelenare la possibilità per i cittadini di formarsi liberamente un'idea[21]. L'impatto di queste forme di regressione democratica è oltretutto amplificato dall'uso di algoritmi opachi[22] controllati da poche grandi aziende globali[23].

Non si tratta più di una semplice interferenza con il libero formarsi delle opinioni politiche; oggi, grazie alla rivoluzione digitale, la situazione è completamente cambiata. L'accessibilità economica della comunicazione online, la mancanza di trasparenza che se ne accompagna, nonché la portata e la gravità dell'influenza di tali strumenti, assumono una forma molto più minacciosa del passato. In particolare, la sfera digitale offre strumenti che rendono molto facile la manipolazione mirata su scala globale, senza offrire alcuna forma di

[18] La manipolazione si nutre dell'omologazione e anestetizzazione sociale nel modello monistico del consumismo che costituisce la cifra dei sistemi postcapitalistici, come rileva acutamente A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Dir. e soc.*, 3, 1995, 411-412.

[19] J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford University Press, Oxford, 2018.A. SIMONCINI, E. CREMONA, *European Private Law Integration through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Persona e mercato*, 2, 2021

[20] M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, Franco Angeli, Milano, 2018, *passim*.

[21] Sulle tecniche che vengono utilizzate per raggiungere tali scopi si v. European Commission - Joint Research Centre, *Technology and democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, Luxembourg, 2020, https://pure.mpg.de/rest/items/item_3277241/component/file_3277242/content; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma, 2019; M. ZIMDARS, K. MCLEOD, *Fake news: understanding media and misinformation in the digital age*, MIT Press, 2020.

[22] Sia consentito sul punto rimandare a E. LONGO, *Dai big data alle «bolle filtro»: nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2019.

[23] A. SIMONCINI, E. CREMONA, *European Private Law Integration through Technology: The Constitutional Dimension*, cit..

trasparenza, né esiste una disciplina chiara degli attori nell'ecosistema pubblicitario o dei processi proprietari sottostanti[24].

In risposta a tali sfide, la presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha individuato la necessità di una "nuova spinta per la democrazia europea" ed ha messo in atto due grandi azioni insieme agli altri organi dell'Ue: da un lato, è stata organizzata una Conferenza sul futuro dell'Europa nella quale i cittadini dovranno svolgere un "ruolo attivo" che terminerà nel 2022 (su cui si v. *infra*); dall'altro, è stato elaborato e pubblicato nel dicembre 2020 lo "European Democracy Action Plan" come primo passo per garantire i valori dell'accessibilità, equità e inclusività degli strumenti digitali usati nell'ambito della politica, così come previsto dalla comunicazione (madre) *Shaping Europe's digital future* di febbraio 2020[25].

È su questi due strumenti che il presente saggio si soffermerà.

Nell'orizzonte tratteggiato, questo scritto mira infatti ad analizzare criticamente l'apporto che gli strumenti della società digitale può offrire per rinvigorire i processi democratici all'interno del contesto politico dell'Unione europea e i rischi che possono derivare dallo sviluppo delle tecnologie relative. Lasceremo sullo sfondo il problema legato al come possono essere regolate le nuove tecnologie e ci concentreremo sul modo in cui le istituzioni europee più recentemente affrontano i problemi della partecipazione politica online.

Secondo la prospettiva che qui vorremmo argomentare, l'errore più grave che le istituzioni europee hanno commesso negli ultimi anni è non aver compreso che la regolazione delle tecnologie e gli istituti creati per la partecipazione online potessero incentivare lo sviluppo di una "identità culturale transnazionale"[26] e non servire solo per dare corpo ad una discussione "politica europea". Come si vedrà l'incentivo alla europeizzazione della politica nazionale ha condotto a creare uno spazio per le questioni politiche europee nel dibattito nazionale[27], ma non ha permesso la costruzione di uno spazio culturale, e perciò anche politico, autonomo rispetto a quello degli stati membri[28]. Prima di

[24] 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.

[25] Si v. le due citate comunicazioni: European Commission, *European democracy action plan*, COM(2020) 790 final, 3.12.2020, Brussels, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2250 e European Commission, *Shaping Europe's digital future*, COM(2020) 67 final, 19.02.2020, Brussels, https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_it.

[26] J. HABERMAS, *The crisis of the European Union: A response*, Polity, Cambridge-Malden, MA, 2012.

[27] T. RISSE, *No Demos? Identities and Public Spheres in the Euro Crisis*, in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 6, 2014, 1207 ss.

[28] La costruzione di una "identità culturale transnazionale" si può avvantaggiare degli strumenti elettronici come uno spazio dove si costruisce, nella dialettica politica e nell'orizzonte della solidarietà,

arrivare ad esaminare nello specifico i problemi legati allo sviluppo degli strumenti di democrazia elettronica nell'UE si farà un cenno al rapporto tra nuove tecnologie e democrazia.

2. Il difficile rapporto tra nuove tecnologie e l'emergere di una sfera pubblica europea

L'interesse nella comunicazione politica basata su internet e sul suo potenziale per la costruzione di una nuova "sfera pubblica" sta vivendo negli ultimissimi anni una fase di grande dibattito[29]. Fino a un decennio fa vi era un diffuso ottimismo sul fatto che, mentre nelle sfere pubbliche nazionali il disincanto per la politica e la democrazia rappresentativa era molto alto, la comunicazione via internet avrebbe potuto sostenere l'emergere di una sfera pubblica – nazionale o transnazionale – maggiormente inclusiva, deliberativa e radicata nella società civile[30].

L'introduzione di termini – ancora tutti da definire[31] – come *e-democracy* (democrazia elettronica), *e-government* (governo elettronico) o *e-participation* (partecipazione elettronica) è stata segnata da una diffusa aspirazione al

una "comunità" dei popoli europei. L. HENNEN, *E-Democracy and the European Public Sphere*, in *European E-Democracy in Practice*, cit., 82.

[29] Si v. ad es. il volume di D. RUNCIMAN, *How democracy ends*, Profile Books, London, 2018; per gli studi su come ci sia una ibridazione tra sfera pubblica, privata e ruolo delle istituzioni politiche rappresentative, si v. G. VOWE, P. HENN, *Conclusions*, in *Political communication in the online world: Theoretical approaches and research designs*, a cura di G. VOWE, P. HENN, Routledge, London, 2016, 275 ss.

[30] Molto interessante a questo fine l'analisi di C. FORMENTI, *Sfera pubblica e nuovi media*, in *Politica del diritto*, 3, 2010, 489 ss. e di F. AMORETTI, M. SANTANIELLO, *Partecipazione politica e opinione pubblica online in tempo di crisi*, in *Iride*, 1, 2021, 64, che parlano di una "utopia tecnosociale relativa a una sfera pubblica digitale". In generale sul tema del rapporto tra nuovi media e discorso pubblico rimane un caposaldo lo studio di G. MARTINOTTI, *Informazione e sapere*, Anabasi, Milano, 1992. Uno degli esempi più interessanti di questo valore intimamente democratico di internet è stata la sentenza *Reno v American Civil Liberties Union*, 521 US 844, 868 (1997). Non bisogna mai dimenticare che in un certo momento i social media sono stati un utile strumento per veicolare le proteste contro regimi autoritari, come ad esempio è avvenuto nell'Africa settentrionale, su ci v. G.P. MAGARIAN, *The Internet and Social Media*, in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, a cura di F. SCHAUER, A. STONE, Oxford University Press, Oxford, 2021, 352. In generale sul tema si v. anche M. MARGOLIS, G. MORENO-RIAÑO, *The Prospect of Internet Democracy*, Ashgate, London, 2009; G. VOWE, *Digital Citizens und Schweigende Mehrheit: Wie verändert sich die politische Beteiligung der Bürger durch das Internet? Ergebnisse einer kommunikationswissenschaftlichen Langzeitstudie*, in *Internet und Partizipation*, a cura di K. VOSS, Springer, Cham, 2014, 25 ss.; M. KARLSSON, *Digital Democracy and the European Union*, in *The European Union and the Technology Shift*, a cura di A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, K. LEIJON, A. MICHALSKI, L. OXELHEIM, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, 237 ss.

[31] Come rilevato già da T. PÄIVÄRINTA, Ø. SÆBØ, *Models of e-democracy*, in *Communications of the Association for Information Systems*, 1, 2006, e poi da R. LINDNER, G. AICHHOLZER, *E-democracy: conceptual foundations and recent trends*, in *European E-democracy in practice*, a cura di L. HENNEN e al., Springer, Cham, 2020, 11 ss.

rinnovarsi della partecipazione e la consapevolezza democratica dei cittadini, fino addirittura ad inaugurare una nuova stagione della co-produzione di orientamenti e decisioni politiche[32]. Accanto a questi processi si è sviluppato pure un crescente interesse verso forme di "governo elettronico" nonché di uso della rete per la gestione del territorio e per il controllo delle *public policies*, ma si tratta di dinamiche diverse e solo parzialmente coincidenti[33].

Al giorno d'oggi, aspettative così ampie – come si è già detto – sono state ridimensionate tanto in America quanto in Europa. La comunicazione politica attraverso i social media è attualmente al centro di un grande dibattito[34], ed è difficile trarre conclusioni chiare riguardo al ruolo delle piattaforme nel sostenere l'emergere di una vivace sfera pubblica politica[35].

Su di un piano generale abbiamo compreso che il rapporto tra tecnologie e partecipazione democratica non può essere considerato come assolutamente positivo o negativo[36]. L'intreccio tra democrazia e tecnologia pone importanti questioni di ordine politico, sociale e costituzionale che interferiscono con il

[32] United Nations Department of Economic and Social Affairs, *2020 United Nations E-Government Survey: Digital Government in the Decade of Action for Sustainable Development.*, New York, 2020, https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Full%20Report).pdf. In dottrina il tema è stato toccato da molti autori. Si v. *infra multis* A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, cit., 399 s.; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, II, Laterza, Bari-Roma, 2004; P. COSTANZO, *La «democrazia digitale»(precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 71 ss.; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, CEDAM, Padova, 2017; D. PITTÈRI, *Democrazia elettronica*, Laterza, Roma-Bari, 2007; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Il dir. dell'inform. e inform.*, 2, 2015, p. 275 ss. Bisogna ricordare che tutti questi termini, democrazia elettronica, *e-democracy*, *e-government*, *e-participation*, non hanno un significato univoco né di fatto né di diritto. Essi appartengono anzi a quelle nozioni aperte che non è possibile fissare con una linea ben definita ma che sono suscettibili di essere applicate a fenomeni anche molto diversi. *Contra* G. GOMETZ, *E-democracy. Forme e problemi della democrazia elettronica*, in *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, a cura di T. CASADEI, S. PIETROPAOLI, Wolters Kluwer, Milano, 2021, 57 ss.

[33] E. DE BLASIO, *La democrazia digitale nella sfera pubblica globale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2, 2014, 41 ss.

[34] Council of Europe, *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, Decl(13/02/2019)1, Strasbourg, https://www.coe.int/en/web/data-protection/-/declaration-by-the-committee-of-ministers-on-the-manipulative-capabilities-of-algorithmic-processes; K. SHAFFER, *Data versus Democracy: How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, Apress, Colorado, 2019. Sul banco degli imputati sono salite le piattaforme (M. MOORE, *Democracy hacked: political turmoil and information warfare in the digital age*, Oneworld Publications, London, 2019).

[35] La parola chiave per comprendere il fenomeno è "disintermediazione". Si v. a tale proposito G. GIACOMINI, *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, 3, 2018, 457 ss. L'autore che forse più di tutti ci ha aiutato a comprendere il fenomeno è E. PARISER, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, Penguin, London, 2011.

[36] G. VILELLA, *E-Democracy: On Participation in the Digital Age*, Nomos Verlag, 2019.

contesto dato della dimensione rappresentativa della democrazia[37], determinando spesso una eterogenesi dei fini rispetto alla originaria aspirazione partecipativa canalizzata nell'uso delle tecnologie ai fini del coinvolgimento civico[38]. Già alcuni anni or sono i sostenitori della repubblica elettronica hanno delineato gli effetti perversi della trasformazione elettronica delle democrazie: l'avvento di una democrazia populista ridotta a continua successione di referendum elettronici, di fatto incompatibile con i caratteri del pluralismo, che ha bisogno di strumenti e forme della rappresentanza che garantiscano la valutazione collettiva e la riflessione critica intorno alle alternative politiche[39].

Un volume pubblicato alcuni anni sul tema fa indicava il fine degli strumenti variamente ricompresi nella locuzione "democrazia elettronica" nel "rendere possibile a tutti i cittadini (…) un modo di esprimersi democratico, senza dover uscire in massa dalle proprie case, affollare strade e piazze o manifestare davanti alla Casa Bianca o davanti ai municipi"; si auspicava una società in cui si potessero "esprimere voti e opinioni standosene comodamente in cucina o in soggiorno, collegandosi elettronicamente con altri cittadini o con i propri rappresentanti eletti attraverso l'uso di computer magari telecomandati, tastiere e apparecchi televisivi"[40]. L'idea di uno stato governato da un appello continuo al popolo veniva addirittura collegata alla realizzazione delle aspirazioni espresse nel XIX secolo da Tocqueville, il quale affermò che "nell'epoca dell'eguaglianza", quali che siano le leggi, gli uomini avranno come nuova

[37] Su questo aspetto si v. funditus A. CARDONE, "*Decisione algoritmica*" *vs decisione politica? A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, *passim*.

[38] F. GALLO, *Può la democrazia digitale sostituire la democrazia rappresentativa?*, in *Giustizia insieme*, 30 settembre 2020, https://www.giustiziainsieme.it/en/cultura-e-societa/1322-puo-la-democrazia-digitale-sostituire-la-democrazia-rappresentativa?hitcount=0. In questo senso si v. anche G. GOMETZ, *E-democracy. Forme e problemi della democrazia elettronica*, in *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, cit., 67 con riguardo alle piattaforme che rendono una minoranza più forte di una maggioranza.

[39] Per una critica alla prospettiva populista sotto questo piano si v. Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2001.

[40] Per le due citazioni si v. L.K. GROSSMAN, *La repubblica elettronica*, Editori Riuniti, Roma, 1997, 196. Le parole dello studioso americano fanno ritornare alla mente quanto scrisse nel 1928 C. Schmitt e molti anni più tardi, nel 1984, N. Bobbio. Per il primo l'ipotesi che un giorno "per mezzo di ingegnose invenzioni" ogni uomo possa continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche senza lasciare la propria casa non sarebbe affatto prova di "una democrazia particolarmente intensa, ma del fatto che Stato e pubblicità sarebbero totalmente privatizzati". Non vi sarebbe nessuna "pubblica opinione" perché mancherebbe la "volontà generale" ma solo "la somma di tutte le volontà individuali, una *volonté de tous*" (cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 322). Per il secondo "L'ipotesi che la futura computer-crazia, com'è stata chiamata, consenta l'esercizio della democrazia diretta, cioè dia a ogni cittadino la possibilità di trasmettere il proprio voto a un cervello elettronico, è puerile. […] Nessuno può immaginare uno stato che possa essere governato attraverso il continuo appello al popolo, […] salvo nella ipotesi per ora fantascientifica che ogni cittadino possa trasmettere il proprio voto a un cervello elettronico standosene comodamente a casa e schiacciando un bottone" (cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, 48-49).

religione la "fede nell'opinione pubblica, della quale la maggioranza popolare sarà il profeta ufficiante"[41].

Sebbene le piattaforme di *social networking* abbiano portato una maggiore circolazione delle informazioni e migliori forme di comunicazione[42], non esiste per ora alcuna prova della "pulsantiera" elettronica immaginata da L.K. Grossman.

Risulta invece più vicino lo scenario, paventato quasi trenta anni fa da G. Martinotti, di una "totalitarian democracy" tecnologica[43]. L'intrinseca forza "politica" delle decisioni algoritmiche alla base delle piattaforme di social networking ha infatti messo in pericolo più volte il libero sviluppo delle idee nell'arena politica pubblica[44]. Gli scandali accaduti durante le elezioni presidenziali americane del 2016 e il voto per la Brexit suggellati dalla vicenda Cambridge Analytica[45] hanno dimostrato che gli sviluppi più recenti del web si prestano a realizzare formidabili e subdole forme di distorsione della comunicazione che impediscono lo scambio di informazioni secondo gli standard della democrazia deliberativa[46].

La comunicazione in rete, come è stato anche ricordato di recente, si caratterizza per la "viralità" delle campagne e dei messaggi elettorali, per la natura mirata delle comunicazioni (*sorting*), per l'esistenza di *feedback* continui capaci di creare una "costanza" immediata di comunicazione tra i candidati e i singoli elettori (*engagement*), per la impossibilità di una verificabilità immediata delle

[41] A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, 7. ed, BUR, Milano, 2012, 498-499.

[42] J.A. VAN DIJK, *Digital democracy: Vision and reality*, in *Public administration in the information age: Revisited*, a cura di I. SNELLEN, M. THAENS, W. VAN DE DONK, IOS-Press, Amsterdam, 2012, 49 ss.

[43] G. MARTINOTTI, *Informazione e sapere*, cit., 18.

[44] Sia consentito rinviare a E. LONGO, *Dai big data alle «bolle filtro»: nuovi rischi per i sistemi democratici*, cit.

[45] B. KAISER, *Targeted: The Cambridge Analytica Whistleblower's Inside Story of How Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and How It Can Happen Again*, HarperCollins, New York, 2019.

[46] Tre tendenze principali si distinguono dall'uso dei social media nella comunicazione politica: la manipolazione del pubblico attraverso la diffusione di informazioni false, discriminanti, a volte basate sull'odio; l'uso di dati personali generati da internet per fornire ad alcuni soggetti la possibilità di confezionare messaggi mirati su misura che si adattino alle preferenze e aspettative specifiche di un certo pubblico; la creazione di bolle o camere di eco con le quali le comunità di utenti si escludono volontariamente o involontariamente da tutte le conoscenze che potrebbero turbare o destabilizzare le loro visioni del mondo. Sul tema esiste oramai una vasta letteratura. Si v. *infra multis* J.A. VAN DIJK, K.L. HACKER, *Internet and Democracy in the Network Society: Theory and Practice Continued*, Routledge, 2018, 9 ss. Sulle proprietà "psicologiche" delle architetture che usa la rete si v. A. KOZYREVA, S. LEWANDOWSKY, R. HERTWIG, *Citizens Versus the Internet: Confronting Digital Challenges With Cognitive Tools*, in *Psychological Science in the Public Interest*, 3, 2020, 103 ss.

informazioni e perché, conseguentemente, si surroga la autorevolezza delle fonti con la istantanea condivisione (*like*)[47].

Un tale modo di procedere sottopone i sistemi democratici a fenomeni distorsivi capaci di alterare fortemente gli equilibri democratici e perciò la libertà di tutti. Come è stato ricordato dall'allora Garante per la privacy A. Soro[48], un caso come quello di Cambridge Analytica svela minacce profonde per il "pluralismo" e la libera coesistenza delle idee in una società democratica[49]: sfide per la corretta informazione dei cittadini grazie alle notizie false e ai fenomeni di microtargeting; rischi per la libera formazione del consenso elettorale che impediscono la possibilità di valutare le diverse opzioni politiche; limitazioni per la diversificazione dell'offerta politica e la condizione di parità nella competizione tra opinioni.

La asimmetria di conoscenza tra utente e piattaforme generata dalla comunicazione che viaggia sulla rete e sui social, in special modo, genera una asimmetria di potere. Tenere gli utenti sotto sorveglianza evitando un pari controllo su se stessi è la forma più importante di potere politico autoritario che hanno le piattaforme[50].

Internet è, dunque, un immenso incubatore di esperienze partecipative dal basso[51]. Tuttavia, la sua origine anarchica, la colonizzazione commerciale al quale è stato sottoposto ed i massicci fenomeni di controllo messi in atto a seguito dei fatti dell'11 settembre 2001 hanno determinato una privatizzazione della rete e la sua funzionalizzazione alla soddisfazione di interessi privati in antitesi con lo sviluppo di un sano ambiente democratico[52].

[47] Un fenomeno che porta, secondo R. BODEI, *Vivere online. Riflessi politici dell'essere connessi virtualmente*, in *il Mulino*, 2, 2017, 208 alla *post-verità* o società della finzione.

[48] A. SORO, *Democrazia e potere dei dati: libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Baldini & Castoldi, Milano, 2019.

[49] In generale sul problema del pluralismo e per comprendere la decisività del tema per la tutela dei diritti fondamentali in una società democratica si v. P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, il Mulino, Bologna, 2019.

[50] Conoscere gli altri rivelando poco di sé è la forma più importante di potere commerciale in un'economia dell'attenzione. Il tema è legato allo sviluppo della economia della attenzione in cui oramai siamo immersi. Su tale importante tema si v. T. WU, *The attention merchants: The epic scramble to get inside our heads*, Alfred Knopf, New York, 2016; European Commission - Joint Research Centre, *Technology and democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*, cit. Il tema si ricollega alle pagine di J.M. BALKIN, *The constitution in the national surveillance state*, in *Minn. L. Rev.*, 1, 2008, 1 ss.

[51] Le tecnologie digitali sono state, come detto, ribattezzate come "liberanti" soprattutto nella prima parte degli anni duemila. Si v. J.T. JOST, P. BARBERÁ, R. BONNEAU, e al., *How Social Media Facilitates Political Protest: Information, Motivation, and Social Networks*, in *Political Psychology*, 1, 2018, 85 ss.

[52] Per il vero i problemi della rete e gli effetti negativi per la democrazia erano stati già messi in luce in un modo straordinariamente profetico da S. RODOTÀ, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Politica del diritto*, 1993, p. 569 ss. Più

Ai limiti della rete si sommano anche le resistenze verso un adattamento delle pratiche "analogiche" alla rivoluzione digitale[53]. Le istituzioni tradizionali sono molto restie a cambiare istituti classici come la rappresentanza, il voto e in generale ad innestare al loro interno le nuove tecnologie[54]. Se si paragona il potenziale alla esperienza pratica, la propensione istituzionale e la capacità dei cittadini di aumentare la propria partecipazione ai processi politici, amministrativi e civili è ancora molto debole.

Difatti, sebbene oggi la nostra condizione di consumatori ed utenti si sia trasformata completamente, lo stesso non è accaduto – e potremmo dire "per fortuna!" – per lo status di cittadino e per i diritti di partecipazione democrazia. Certo, l'opinione pubblica controlla in maniera stretta i rappresentanti, ma abbiamo ancora bisogno di "votare con i piedi" e di partecipare attivamente in maniera reale alle decisioni più importanti che riguardano la "cosa pubblica" per decidere consapevolmente[55].

La partecipazione elettronica riguarda molto da vicino la libertà di associazione in partiti[56]. Dall'utilizzo della rete sono sorti un po' ovunque movimenti politici che hanno saputo catalizzare un grande consenso politico-elettorale. Tuttavia, non siamo ancora in grado di affermare che si affacci all'orizzonte una trasformazione post-moderna dei partiti nella direzione del "digitale"[57].

La democrazia sul web non ha permesso la costruzione di un nuovo spazio pubblico condiviso che si sostituisce a quello reale. Le tecnologie digitali sono potenzialmente democratizzanti, ma devono incontrare un contesto culturale e sociale che avverta il bisogno di arricchire il processo democratico attraverso l'interattività elettronica. A livello europeo è questa la sfida più grande di tutte: servirsi delle nuove tecnologie per contribuire ad animare, attraverso la

recentemente si v. A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella rete: i paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di internet*, in *Il dir. dell'inform. e inform.*, 3, 2019, 711 ss.; J.M. LARSON, J. NAGLER, J. RONEN, e al., *Social Networks and Protest Participation: Evidence from 130 Million Twitter Users*, in *American Journal of Political Science*, 3, 2019, 690 ss.

[53] Su tale punto v. l'interessante contributo recente di E. CATERINA, M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del Blockchain: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivista AIC*, 4, 2021.

[54] G. PEPE, *Democrazia digitale ed istituzioni rappresentative: una convivenza possibile?*, in *Percorsi costituzionali*, 2017, 955 ss.

[55] G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sulla democrazia*, in *Costituzione, democrazia, antifascismo*, a cura di M. BOVERO, M. REVELLI, Celid, Torino, 1994 già nel momento in cui si discuteva dell'argomento mise in luce che la democrazia ha bisogno del "tempo", perché esso ci dà il distacco dai problemi e dalle loro soluzioni, così che una democrazia in tempo reale non è una democrazia ma una "demagogia".

[56] Su questo aspetto si v. il contributo di G. DI COSIMO in questo speciale. V. anche M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2015, 861 ss.

[57] P. GERBAUDO, *The Digital Party: Political Organisation in the Era of Social Media*, Pluto Press, London, 2018; M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, in *Laterza, Bari*, 2019.

partecipazione, uno "spazio culturale transnazionale" e, nel medio-lungo periodo, rendere più efficiente e ricca l'azione delle istituzioni democratiche[58]. In questo senso le pratiche di partecipazione democratica europea ammesse hanno notevolmente avvantaggiato i gruppi espressioni di opinioni convergenti anziché di quelle "divergenti" rispetto a quanto proposto dalle istituzioni, mostrando così poca attenzione a quelle richieste di partecipazione e di espressione critica che poi possono imboccare la via della disinformazione[59].

3. L'approccio regolatorio europeo

Negli ultimi tre anni l'UE e gli stati membri hanno reagito ai pericoli che la tecnologia digitale rappresenta per il sano discorso democratico principalmente attraverso la regolamentazione. L'Ue ha prodotto una disciplina che viene considerata tra le migliori al mondo, costruita in base ad un approccio sempre più duro alla regolamentazione tecnologica, come testimoniato dal "Regolamento generale sulla protezione dei dati" (GDPR).

Prima delle elezioni del Parlamento europeo del 2019, la Commissione si è concentrata sulle grandi piattaforme come Facebook, Google e Twitter per costringerle a mettere in atto gli impegni assunti in base a un codice di buone pratiche sulla disinformazione[60]. Nei prossimi mesi è prevista l'introduzione di una nuova tassa sul "digitale" come leva per finanziare le iniziative del piano *Next Generation EU*.

Nonostante la grande attenzione verso la limitazione del lato dirompente della tecnologia digitale, si comprende bene che l'Ue deve ancora fare molto di più per sfruttare il potere positivo delle innovazioni digitali al fine di migliorare la "responsabilità" democratica e per costruire un vero spazio culturale transnazionale. Le innovazioni come le petizioni elettroniche e le iniziative elettroniche hanno avuto un impatto rilevante in diversi Stati membri (es. Finlandia, Lituania, Lettonia), ma ancora non hanno quel grado di diffusione che ci si sarebbe aspettati, visto l'uso che le tecnologie hanno in altri settori.

Lo stesso vale per il cd. "Open Government", quella etichetta sotto la quale sono stati raggruppati tutti quei modi per garantire che i dati in possesso delle pubbliche amministrazioni fossero resi pubblici e disponibili da chi intendesse utilizzarli e conoscerli. Per molti anni il mantra è stato infatti "tutto online".

[58] Le tecnologie devono sicuramente trovare un contest sociale che avverta il bisogno di arricchire il processo democratico. P. LEVY, *Cyberdemocratie: essai de philosophie politique*, Editions Odile Jacob, Paris, 2002.

[59] M. KARLSSON, *Digital Democracy and the European Union*, in *The European Union and the Technology Shift*, cit., 257 ss.

[60] O. POLLICINO, E. BIETTI, *Truth and Deception Across the Atlantic: A Roadmap of Disinformation in the US and Europe*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, 43 ss. Sul piano istituzionale si v. European Commission, *EU Code of Practice on Disinformation*, Brussels, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation.

Già nel 2009 nel pieno avvio dello sviluppo planetario dei social network la giurista americana Beth Noveck scriveva un libro il cui titolo non ha bisogno neanche di spiegazione, per quanto è iconico "Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger and Citizens More Powerful"[61]. Da quel momento sono stati fatti molti passi avanti, ma si è compreso anche che la costruzione di un governo aperto fosse un'aspirazione più semplice sulla carta che nella realtà pratica, come testimoniano la piattaforma americana "We the People" o l'esperienza europea del progetto "D-Cent".

Se si guarda poi alle istituzioni europee, lo sviluppo di strumenti di democrazia elettronica è stato dopo tutto modesto[62]. Le misure di partecipazione elettronica esistenti a livello dell'Ue presentano notevoli carenze e limitano la misura in cui i cittadini possono influenzare il processo decisionale[63]. I limiti più forti si trovano nel campo di applicazione delle petizioni elettroniche al Parlamento europeo, che è limitato solo a quelli relativi alla legislazione esistente, o nelle consultazioni pubbliche online, che si limitano a questioni specifiche scelte dalla Commissione europea e sono progettate per ricevere *feedback* su questioni politiche principalmente da parti interessate ed esperti[64].

Malgrado la Commissione europea abbia finanziato molti progetti di partecipazione elettronica, le iniziative messe in campo sono ancora poche, lontane tra loro e prive di una strategia coerente ed unitaria di democrazia elettronica. In sostanza, l'attuale quadro degli strumenti partecipativi a livello Ue non include canali formali per consentire ai cittadini di prendere parte ai processi decisionali online su base sistematica o di co-creare politiche con i loro rappresentanti[65].

Relativamente alla partecipazione democratica a livello europeo è utile menzionare anche la Iniziativa Civica Europea che, sulla base di una nuova disciplina di recente approvata[66], può essere oggi molto più utile per garantire una democrazia sovranazionale adatta alle sfide della digitalizzazione.

[61] B.S. NOVECK, *Wiki government: How technology can make government better, democracy stronger, and citizens more powerful*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2009.

[62] G. AICHHOLZER, G. ROSE, *Experience with Digital Tools in Different Types of e-Participation*, in *European E-Democracy in Practice*, a cura di L. HENNEN e al., Springer, Cham, 2020, 93 ss.

[63] Per una valutazione complessiva si v. Servizio ricerca del Parlamento europeo, *Le prospettive della democrazia digitale in Europa*, PE 603.213, Brussels, Febbraio 2018, https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=EPRS_STU%282018%29603213

[64] L. HENNEN, *E-Democracy and the European Public Sphere*, in *European E-Democracy in Practice*, cit., 77 ss.

[65] Si v.no a questo proposito i contributi in R. LINDNER, G. AICHHOLZER, L. JENNEN (a cura di), *Electronic democracy in Europe. Prospects and challenges of e-publics, e-participation and e-voting*, Cham, Springer, 2016.

[66] Regolamento (UE) 2019/788.

Sul piano dei lavori parlamentari si deve rilevare che la pandemia ha costretto il Parlamento europeo ad un cambio di paradigma circa l'utilizzo degli strumenti elettronici. Fin da marzo 2020, infatti, il presidente David Sassoli ha introdotto la possibilità di una partecipazione a distanza mediante strumenti elettronici e di vere e proprie forme di voto elettronico per i parlamentari europei[67].

4. Una nuova spinta per la democrazia digitale nell'Ue: la Conferenza sul futuro dell'Unione europea

Sebbene l'idea di aprire una Conferenza sul futuro dell'Europa risalga al marzo del 2019 ed in particolare alle parole del Presidente francese Emmanuel Macron nella sua "Lettera per un Rinascimento europeo", è solo nel 2021 che l'iniziativa ha preso avvio grazie alla volontà congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio dell'UE e della Commissione[68].

Da parte sua il Parlamento, nella risoluzione del 17 aprile 2020 sulla risposta dell'Ue alla pandemia di COVID-19, aveva sottolineato che "la Conferenza [dovrà] attuare una profonda riforma dell'Unione". Nella loro dichiarazione del 7 maggio 2020 per il 70° anniversario della Dichiarazione Schuman, il Presidente Sassoli e i leader dei gruppi politici del Parlamento europeo hanno ribadito l'invito a dare una "nuova forma" all'Unione e costruire "la ripresa del continente europeo". Anche la Presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha sempre dimostrato di credere nell'iniziativa. Fin dall'estate del 2019 la Presidente ha inserito la Conferenza nei suoi orientamenti politici di mandato.

La pandemia purtroppo ha rallentato l'avvio della Conferenza portando l'avvio ufficiale alla primavera del 2021 dopo che il 10 marzo 2021, grazie ad una Dichiarazione congiunta del Presidente della Commissione europea, del Parlamento e del Presidente di turno del Consiglio dell'Unione europea intitolata "Dialogo con i cittadini per la democrazia – Costruire un'Europa più

[67] Il Parlamento europeo si è riunito da remoto per approvare le misure EU per combattere la pandemia. Sul punto si v. J. MURPHY, *Parliaments and Crisis: Challenges and Innovations: Parliamentary Primer No. 1*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2020. Per la procedura si v. European Parliament, *Legal basis of the temporary participation rules*, Brussels, 14 April 2020, https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200325BKG75805/q-a-on-extraordinary-remote-participation-procedure

[68] A. VON BOGDANDY, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Eu-ropa*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, p. 699 ss.

resiliente"[69] si sono messe le basi organizzative per l'apertura della Conferenza avvenuta il 9 maggio 2021[70].

La dichiarazione è *ictu oculi* il frutto di un grande compromesso tra le tre diverse istituzioni della governance europea[71], e forse ciò non contribuisce alla chiarezza di alcuni punti, tra cui possiamo considerare anche l'aspetto della partecipazione online.

In questo senso la Conferenza dimostra la presenza di un contrasto molto forte tra le istituzioni UE sui diversi modi di concepire la democrazia. Si tratta, infatti, di un esercizio di compromesso tra una democrazia dal basso, con strumenti partecipativi ed elettronici che porteranno i cittadini a dialogare in un numero molto ampio di eventi, e forme di decisione dall'alto, guidate soprattutto dal "Comitato esecutivo" che avrà il compito di sintetizzare gli stimoli provenienti dai dibattiti e li dovrà convogliare in proposte concrete[72].

Non è chiara inoltre a chi spetta la *leadership* politica, dato che le decisioni finali sono affidate alle tre istituzioni sulla base delle loro competenze[73].

Secondo le dichiarazioni dei rappresentati del Parlamento la Conferenza deve concentrarsi sulla volontà dei cittadini e sulla garanzia della loro più ampia partecipazione garantendo a tutti la possibilità di esprimere la propria "voce". Secondo i rappresentanti del Consiglio e della Commissione la Conferenza non è la strada maestra per risolvere i problemi europei perché l'UE è una unione di stati e stante questa forma la via migliore è quella di negoziati politici tra governi. Gli osservatori e le organizzazioni della società civile lamentano il depotenziamento della Conferenza affermando che non c'è alcuna intenzione da parte delle istituzioni europee di coinvolgere realmente i cittadini e le forze rappresentative della società e delle autorità locali[74]. Al di là delle

[69] Si v. Dichiarazione comune sulla Conferenza sul futuro dell'Europa. Dialogo con i cittadini per la democrazia - Costruire un'Europa più resiliente, Brussels, 2021, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/it_dichiarazione_comune_sulla_conferenza_sul_futuro_dell.pdf

[70] Il sito ufficiale della Conferenza è https://futureu.europa.eu

[71] G. ROMEO, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 703.

[72] La Joint Declaration attribuisce al Comitato un importante ruolo di supervisione: "he Executive Board will be responsible for taking decisions by consensus, regarding the works of the Conference, its processes and events, overseeing the Conference as it progresses, and preparing the meetings of the Conference Plenary, including citizens' input and their follow up". Su tali aspetti si v. quanto mette in evidenza F. FABBRINI, *The Conference on the Future of Europe: Process and prospects*, in *European Law Journal*, 2021, 7-8.

[73] Nella parte centrale della "Joint Declaration" si afferma: "The three institutions will examine swiftly ho to follow up effectively to this report, each within their own sphere of competences and in accordance with the Treaties".

[74] Si v. a questo proposito l'appello lanciato da "Civico Europa" disponibile all'indirizzo: https://civico.eu/news/il-futuro-delleuropa-nelle-mani-dei-suoi-cittadini-firma-qui-lappello/

diverse posizioni, è chiaro che il grande interrogativo è come potranno far sentire la propria voce i cittadini e le cittadine nei prossimi mesi[75].

Non mancano altri problemi, sottolineati a più riprese dalla dottrina. Si è notato che nonostante la Conferenza sia stata collocata al di fuori dell'art. 48 TUE, escludendo così la riforma dei Trattati, il mandato o missione costituzionale e il fine stesso della Conferenza non siano per niente chiari[76]. Da parte degli Stati membri è arrivata una chiara indicazione che durante questi mesi si affrontino importanti argomenti come la transizione climatica, la migrazione, l'inclusione digitale e le relazioni internazionali.

Nel frattempo, il Parlamento europeo ha sottolineato la necessità che la conferenza esamini temi come il rafforzamento del processo di candidato capofila (*Spitzenkandidaten*) o la creazione di liste transnazionali. In questo contesto, le istituzioni e i leader politici dell'UE dovrebbero essere pronti ad ascoltare veramente le preferenze dei cittadini sulla direzione complessiva del progetto UE, e di tenerne conto nelle loro decisioni. Sarà importante rassicurare i cittadini europei che, a prescindere dalla complessità connessa agli esiti della Conferenza, le scelte istituzionali non ostacoleranno la loro partecipazione al processo democratico, garantendo i meccanismi anche online di responsabilizzazione dei decisori politici.

Il lavoro della Conferenza si colloca in un momento della storia europea tra i più complessi di sempre[77]. Il diffondersi del Coronavirus e gli effetti del COVID hanno portato, come noto, alla difficile approvazione del piano *Next Generation EU* (NGEU) e del Bilancio a lungo termine dell'UE 2021-2027 (MFF 2021-27)[78]. La decisione sugli atti connessi al NGEU è stata accompagnata dalla indicazione di alcune condizionalità, tra le quali vi è il rispetto delle norme dei trattati sullo "stato di diritto" e sulla democrazia[79]. Su questo punto il Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del 16 dicembre 2020 fissa un percorso con obblighi molto stringenti che vanno oltre le conclusioni del Consiglio europeo del 16 maggio 2020. Nonostante l'indicazione iniziale di un

[75] Come sottolinea A. FOLLIS, *Conferenza sul futuro dell'Europa, al via i primi panel dei cittadini*, in *Euractive Italia*, 15 settembre 2021, https://euractiv.it/section/futuro-delleuropa/news/conferenza-sul-futuro-delleuropa-al-via-i-primi-panel-dei-cittadini/. Riguardo i numeri dei partecipanti alla Conferenza si v. il sito https://www.politicheeuropee.gov.it/it/conferenza-sul-futuro-delleuropa/

[76] F. FABBRINI, *The Conference on the Future of Europe: Process and prospects*, cit., 6-7.

[77] Come ricorda S. FABBRINI, *Differentiation or federalisation: Which democracy for the future of Europe?*, *ivi*, p. 1 ss.

[78] Su di essi v. le considerazioni di M. NETTESHEIM, *§ 2 Next Generation EU: The Transformation of the EU Financial Constitution*, in *Heidelberger Beiträge zum Finanz-und Steuerrecht*, 2021, p. 9 ss (disponibile online all'indirizzo https://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/hfst/article/view/84345).

[79] Commissione Europea, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM(2020) 456 final, 27.5.2020, Bruxelles, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0456&from=IT, 17

atteggiamento più *soft* sul punto per evitare problemi con alcuni paesi del blocco di Visegrad[80], il Regolamento del 16 dicembre 2020, all'esito di un percorso molto complesso e di contrasti su tutti i fronti durato più di sei mesi[81], fissa forme di condizionalità notevolmente incidenti sul rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali alle quali fanno seguito sanzioni pesanti per gli stati che non dovessero rispettarle[82]. Su questo Regolamento sono pendenti, come noto, più giudizi della Corte di Giustizia dell'UE[83]. Sebbene le questioni processuali e gli aspetti finanziari legati al tema esulino dal presente scritto, vale la pena sottolineare il legame tra i principi dello stato di diritto – compresa la democrazia e la trasparenza – e la nuova governance economica dell'UE successiva al COVID sarà sempre più stretto[84].

5. Il Piano d'azione per la democrazia in Europa

Il 3 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni un "*European democracy action plan*" (EDAP)[85]. Il documento si inserisce all'interno del percorso prima descritto di valorizzazione della democrazia in Europa. Allo stato, esso rappresenta l'atto più corposo descrivente la strategia europea di garanzia dei valori democratici nell'Unione europea. La comunicazione ha come scopo quello di rafforzare la resilienza della democrazia nella UE, sia con un occhio rivolto al passato sia con un occhio rivolto al presente e al futuro. La comune matrice con la proposta di *Digital Services Act* (DSA)[86], previsto anche esso come uno degli atti della strategia europea digitale, fa anche di questo atto

[80] Come fanno anche notare C. DE LA PORTE, M.D. JENSEN, *The next generation EU: An analysis of the dimensions of conflict behind the deal*, in *Social Policy & Administration*, 2, 2021, 393 ss.

[81] Notevole sul punto il contrasto tra il Consiglio e il Parlamento. Per una descrizione dettagliata delle vicende v. A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: the new Rule of Law Conditionality Regulation and its constitutional challenges*, in *German Law Journal*, forthcoming, 2021, anticipato in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3878250.

[82] Durante il Consiglio europeo di dicembre 2020 il compromesso è stato sulla natura "autoritativa" anziché "vincolante" del documento. Sulla distinzione tra questi due aspetti si pronuncerà la Corte di Giustizia dell'UE.

[83] Causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE*; Causa C-675/21, *Parlamento europeo c. Commissione*.

[84] A questo proposito sono molto interessanti alcuni passaggi delle conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona del 2 dicembre 2021 nella causa C-156/21. Sul tema si v. due interessanti monografie uscite recentemente di F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico: la grande illusione*, Wolters Kluwer, Milano, 2021 ed E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? i casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, ESI, Napoli, 2021.

[85] European Commission, *Piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 final, Bruxelles, 3.12.2020, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2020:790:FIN

[86] European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, COM(2020) 825 final, Brussels, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN

un momento importante per la costruzione di una sfera democratica digitale nell'UE e per la lotta alla disinformazione[87].

Il cuore pulsante dello EDAP riguarda la trasformazione digitale delle nostre democrazie. Il passaggio di gran parte della comunicazione elettorale sui canali online e soprattutto sui social network appare come una minaccia della libertà dell'elettore, del pluralismo dei media e in generale dei diritti dei cittadini. I fenomeni su cui il documento si sofferma sono la disinformazione e le diverse forme di manipolazione, le quali hanno dimostrato il grande potere della società digitale e il correlativo pericolo che l'uso di algoritmi opachi possa distruggere il funzionamento dei meccanismi democratici. È evidente che su di un piano normativo e delle fonti, più precisamente, ci troviamo di fronte ad una rivoluzione di non poco conto.

Da un lato, le garanzie esistenti a tutela della trasparenza, della parità di risorse e dei tempi e mezzi di trasmissione durante le campagne elettorali non sono state concepite per l'ambiente digitale. Dall'altro, le campagne elettorali online sono diventate tanto più efficaci quanto sfruttano meccanismi molto dubbi come la profilazione psicologica, tecniche complesse di microtargeting e altri metodi di *digital nudging*.

Per questi meccanismi la disciplina europea e nazionale è ancora scarsa. Se si eccettua la disciplina sui dati personali, molti degli aspetti che qui rilevano sono regolati da condizioni di servizio aziendali che spesso, grazie al fatto che sono messi in atto fuori dalla giurisdizione dello stato, eludono le norme nazionali o regionali. Proprio a questo fine la Commissione, come diremo tra poco, ha messo in atto una ambiziosa proposta legislativa di un nuovo Regolamento europeo.

A questi problemi si aggiunge che le piattaforme sono divenute veri e propri custodi delle notizie online, senza però essere soggette a regole e standard nazionali che si applicano alle professioni e alle testate giornalistiche.

Tra le parole chiave che si trovano nel documento, la trasparenza rappresenta certamente quella che compare maggiormente, tanto con riguardo alle competizioni elettorali quanto al contributo dei media alle procedure elettorali e al mantenimento di un sano ambiente digitale.

La parte finale del documento è rivolta al contrasto alla "disinformazione". Per la Commissione quest'ultima va intesa in quattro diversi modi: cattiva

[87] Con il DSA la Commissione ha suggerito di coordinare gli standard per garantire operazioni digitali fluide in tutto il mercato comune, aggiornando la direttiva sul commercio elettronico del 2000. La proposta legislativa che il Parlamento europeo si appresta a votare sarà rafforzata da una serie complementare di misure non legislative, tra cui il piano sulla democrazia, per migliorare la trasparenza nelle operazioni delle piattaforme digitali. Ai sensi della DSA, i requisiti di trasparenza riguarderanno probabilmente due elementi: parametri di riferimento e meccanismi di verifica.

informazione, disinformazione, operazione di influenza delle informazioni e ingerenze straniere nello spazio informativo.

Uno degli aspetti più interessanti del documento concerne le cosiddette "minacce ibride", ovvero quelle forme di attacchi multipli (manipolazione, inganni del pubblico, guerre cibernetiche, ecc.) che si verificano in forza della maggiore vulnerabilità dei sistemi di diffusione delle informazioni. Le minacce ibride possono essere lanciate sia da attori statali che non statali attraverso una combinazione di attacchi informatici, danni alle infrastrutture critiche[88], campagne di disinformazione e radicalizzazione della narrazione politica, e mirano a sfruttare le vulnerabilità per generare disarmonia sociale, economica o organizzativa all'interno di un gruppo di riferimento.

Quanto agli argomenti relativi alle fonti del diritto, lo EDAP si intreccia molto con il quadro generale che dovrà essere poi definito dal DSA. Il rapporto tra i due tipi di atti rivela due aspetti interessanti per il nostro discorso.

In primo luogo, si prevede un sostegno particolare alla "co-regolamentazione" per le misure che devono essere incluse nel "codice di buone pratiche sulla disinformazione". La stessa interazione tra DSA e EDAP dimostra un'architettura interessante per affrontare le sfide poste dalla manipolazione del discorso pubblico: la sola regolamentazione (DSA) è insufficiente e indesiderabile per risolvere le complesse sfide poste dalle nuove tecnologie; deve essere seguito da una serie di misure non legislative (EDAP) per aumentare la resilienza della società.

In secondo luogo, balza agli occhi che la Commissione abbia l'intenzione di sottoporre le piattaforme a un monitoraggio e controllo molto stringente sulla trasparenza, gli indicatori di prestazione, la riduzione della disinformazione relativa a contenuti sponsorizzati, la lotta alle discriminazioni e la intensificazione di meccanismi per verificare la veridicità dei fatti. Vi è infine un decisivo investimento sulla alfabetizzazione mediatica e sulla promozione di iniziative scolastiche e della società civile.

In terzo luogo, emerge chiaramente dalla lettura dell'EDAP il rafforzamento di tre temi integrati, per i quali il coinvolgimento dei cittadini sarà di particolare importanza: garantire che i sistemi elettorali siano liberi ed equi e preservare l'integrità elettorale; rafforzare la libertà di espressione e il dibattito democratico attraverso la libertà e il pluralismo dei media e una società civile attiva; affrontare la disinformazione in modo coerente e basarsi sulle azioni elencate nella recente comunicazione sulla lotta alla disinformazione correlata al COVID-19.

[88] V. la disciplina sul "Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica", decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105 e Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 luglio 2020, n. 131.

Come si è anticipato, recentemente la Commissione ha pubblicato una proposta di Regolamento sulla trasparenza e il *targeting* della pubblicità politica[89]. Lo scopo del nuovo provvedimento normativo è proprio quello di colmare la lacuna normativa in essere sul fronte della pubblicità politica online ed evitare minacce alla integrità elettorale attraverso fenomeni di manipolazione degli elettori, campagne elettorali poco trasparenti e fenomeni di disinformazione, come è stato dimostrato dal citato caso Cambridge Analytica. La proposta di regolamento funge da *lex specialis* rispetto alla proposta di DSA e si concentra sulla pubblicità politica online, superando anche le lacune del "Codice di autoregolamentazione". La proposta introduce la regolazione di un ambito che per la sua stessa natura deve essere soggetto ad una regolazione pan-europea, pena la frammentazione delle regole relative entro discipline diverse per ogni stato.

6. Spunti conclusivi

Malgrado nel momento attuale gli strumenti di partecipazione digitale siano ancora sotto-utilizzati a livello europeo, esiste un consenso quasi unanime sul fatto che le nuove modalità di comunicazione politica via Internet debbano svolgere un ruolo ben più decisivo nei tentativi di superare il cosiddetto deficit democratico dell'Unione, offrendo nuove modalità di comunicazione tra i cittadini e le istituzioni e tra le istituzioni democratiche stesse. Certo vi sono numerosi rischi su questa via, ma le istituzioni europee, specie nei documenti ultimi, danno dimostrazione di avere contezza di aver intrapreso una strada per evitarli.

I lavori della "Conferenza sul futuro dell'Europa" sembrano il momento propizio per ovviare ad alcune carenze relative alla formazione di una sfera pubblica europea e formulare una strategia coerente e globale che non solo innovi il processo decisionale e il ruolo tanto della Commissione quanto del Parlamento europeo,[90] ma che sappia dare più voce ai cittadini.

[89] La proposta è stata pubblicata il 25 novembre 2021 con numero COM(2021) 731 final.

[90] Per quanto riguarda la prima istituzione, l'avvio è già tracciato sulla base delle iniziative nazionali di successo degli ultimi anni. La Commissione europea potrebbe testare modalità nuove di consultazione dell'elettorato, come il crowdsourcing della legislazione, raccogliendo idee dai cittadini, in particolare prima delle consultazioni pubbliche o formulando politiche con i cittadini nelle diverse fasi del processo decisionale. Cfr. A. ALEMANNO, J. ORGAN, *The Case for Citizen Participation in the European Union: A Theoretical Perspective on EU Participatory Democracy* (June 15, 2020). *Citizen Participation in Democratic Europe: What next for the EU?*, ECPR Press /Rowman & Littlefield, 2021 Forthcoming, HEC Paris Research Paper No. LAW-2020-1376 (https://ssrn.com/abstract=3627195 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3627195). Per quanto riguarda il Parlamento europeo, il potenziale della partecipazione politica aiutata attraverso le tecnologie potrebbe anche rafforzare il suo carattere rappresentativo. Una strada potrebbe essere quella di migliorare i metodi già esistenti attraverso i quali i membri del Parlamento europeo possono utilizzare piattaforme digitali per facilitare e consentire la partecipazione dei cittadini ai processi politici dell'Ue. I parlamentari potrebbero così aprire le loro

La pandemia ha reso ancora più evidente che il mancato avanzamento del processo di integrazione può determinare il rischio di una regressione democratica[91]. Nei prossimi mesi, dunque, si vedrà se le istituzioni sapranno scegliere di aprire le loro porte alla partecipazione pubblica, in tutte le sue forme, compreso quella digitale, oppure chiuderle. Se la scelta andrà sulla prima strada, anche l'infrastruttura di governo, le reti dei cittadini e della società civile dovranno migliorare e divenire lo strumento per la nuova solidarietà post-COVID.

Solo in questo orizzonte potrebbe emergere un nuovo senso di "normalità" politica che potrà sfidare la regressione democratica con un sistema di governance più aperto e un flusso molto più ricco di informazioni e opinioni tra i diversi livelli di governo, nonché tra i cittadini e le istituzioni. Qualora non si darà seguito a questa trasformazione, e il panorama politico rimarrà ancora così frammentato e scollato dalla società, saremo condannati ad arretrare ancora di più e a diventare culturalmente deboli di fronte alle altre potenze e ai grandi attori commerciali e geopolitici.

stanze (virtuali) per raccogliere idee in crowdsourcing dai loro elettori ovvero sostenere la partecipazione dei cittadini alle consultazioni pubbliche online dell'Ue rendendoli edotti di questioni tecniche in discussione. Allo stesso modo i membri del Parlamento europeo potrebbero contribuire alle audizioni pubbliche dell'Ue promuovendo le interazioni online con i cittadini europei.

[91] D. SEBASTIÃO, *Covid-19: A Different Economic Crisis but the Same Paradigm of Democratic Deficit in the EU*, in *Politics and Governance*, 2, 2021, p. 252 ss.

LA REGOLAZIONE PRIVATA NEL SISTEMA COSTITUZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA. RIFLESSIONI SULLA DISCIPLINA RELATIVA AL SETTORE DELL'INNOVAZIONE*

MARIA EUGENIA BARTOLONI**

Sommario

1. Premessa. – 2. Il quadro giuridico/costituzionale in cui collocare la regolazione privata: il sistema della delega dei poteri. – 2.1. La regolazione privata come "ulteriore" forma di delega di poteri. – 2.2. Le condizioni per il conferimento di una delega di poteri a soggetti privati. – 3. Il quadro concettuale per un inquadramento dei meccanismi regolatori privati: l'Accordo interistituzionale del 2003. – 3.1. L'autoregolazione. – 3.2. La coregolazione. – 4. Le variabili che condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi. – 4.1. L'autoregolazione nella prassi. – 4.2. La coregolazione nella prassi. 5. Considerazioni conclusive.

Abstract

While it must be noted that phenomenon of private regulation as such has certainly gained much interest in constitutional scholarship, only scarce attention has so far been given to the exploration of private regulation within the particular context of the EU's constitutional set-up. In this essay an attempt has been made to overcome some of this scarcity in the scholarly literature by approaching the phenomenon of private regulatory authority at EU level from the particular angle of EU constitutional law. Special emphasis has, however, been put on the consideration of private regulation on the field of emerging technologies, in particular "legislation-induced co-regulation", in the light of the principle of conferral.

Suggerimento di citazione

M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il saggio è realizzato nell'ambito della ricerca PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) e costituisce una rielaborazione dell'intervento al Seminario *Processi normativi e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 29 gennaio 2021.

** Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "L. Vanvitelli". Contatto: mariaeugenia.bartoloni@unicampania.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 ricorso alla regolazione privata[1], nelle forme della auto- e co-regolazione, rappresenta probabilmente una delle manifestazioni più significative di un fenomeno complesso conosciuto, oltre che nell'ambito dell'Unione europea, anche a livello nazionale[2]. Fenomeno che, per semplicità, può essere riassuntivamente (e forse inappropriatamente) qualificato come "*governance* o normazione alternativa[3]" e che si sostanzia nella partecipazione di soggetti privati a funzioni tradizionalmente prerogativa del potere pubblico: attraverso le modalità della auto- e co- regolazione, soggetti di diritto privato concorrono nell'esercizio di competenze proprie del legislatore, contribuendo a disciplinare situazioni giuridiche soggettive che spetterebbero, in principio, esclusivamente all'autorità pubblica[4].

Le manifestazioni più note, almeno nell'ambito dell'UE, della regolazione privata possono essere rintracciate, a mo' di esempio, nei codici di condotta, nelle linee guida (o *guidelines*), nelle buone pratiche, nei c.d. *standards*, cioè in misure che, *prima facie*, sono ascrivibili alla categoria degli atti di *soft law*[5]

[1] Si può parlare anche di "approccio", "processo" o "metodo" della regolazione privata.

[2] La letteratura che si è occupata del tema in relazione all'ordinamento dell'Unione europea è piuttosto nutrita. Oltre alla recente e interessante collettanea di M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective, Hart*, Oxford, New York, 2020, che tratta, sotto varie prospettive e approcci, il fenomeno di cui si sta parlando, v., tra studi meno recenti, C. SCOTT, F. CAFAGGI, L. SENDEN, *The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation*, in *Journal of Law and* Society, 2011, p. 1 ss.; P. VERBRUGGEN, *Does Co-regulation Strengthen EU Legitimacy?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 425 ss. Sul piano interno v., per quanto riguarda l'ordinamento italiano, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, in part. p. 63 ss. che discute, con il consueto spirito critico, come la regolazione privata, tra gli altri motivi, metta in crisi il sistema delle fonti; v., inoltre, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001. Tra gli studi generali in tema di regolazione privata nella prospettiva *governance*/teoria generale v., tra gli altri, J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, p. 24 ss.; J. ZILLER, *Constitutional Boundaries to Self-Regulation: A Comparative Appraisal*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law,* Kluwer Law International, The Hague, 2006, p. 147 ss.

[3] V., per questa definizione, tra gli altri, L. SENDEN, E. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission, DG Connect*, Utrecht University, RENFORCE, March 2015, disponibile all'indirizzo https://www.eesc.europa.eu/en/documents/mapping-self-and-co-regulation-approaches-eu-context.

[4] V., pur in un contesto diverso, A. ROSANÒ, La "privatizzazione" nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: tre esempi per una tendenza, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, p. 179 ss.

[5] V., *ex multis,* K.C. WELLENS, G.M. BORCHARDT, *Soft Law in European community Law*, in *Eur. Law Rev.,* 1989, p. 267 ss.; F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Rev*., 1993, p. 19 ss.; F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in D. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noel,* Dordrecht, 1994, p. 197 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, 2004; A. PETERS, *Typology, Utility and Legitimacy of European Soft Law*, in A. EPINEY, M. HAAG, A. HEINEMANN (eds.), *Die Herausforderung Von Grenzen / Le defi des frontieres / Challenging Boundaries: Festschrift fur Roland Bieber / Melanges en l'honneur de Roland Bieber /Essays in Honor of Roland Bieber*, Baden-Baden, 2007, p. 405 ss.; P. DE LUCA, *Gli atti atipici nel*

perché formalmente non vincolanti, ma non per questo prive della capacità di indirizzare la condotta di amministrazioni, cittadini, imprese. A queste si aggiunge tutta quella regolamentazione che, altrimenti denominata, viene, a seconda dei casi, promossa, riconosciuta o, addirittura, incorporata, con modalità e con effetti diversi, in atti di diritto derivato. Manifestazioni, dunque, assai eterogenee che non si prestano, in quanto tali, ad un inquadramento unitario[6].

Ciò detto, conviene, innanzitutto, sfatare l'idea secondo cui l'esigenza di ricorrere a forme nuove di *governance* o a meccanismi di normazione alternativa si sia affermata, almeno nello spazio giuridico europeo, soltanto di recente. Le Istituzioni europee, ed in particolare la Commissione, già ad inizio Duemila, avevano maturato un certo interesse nei confronti dei cd. metodi alternativi di normazione. È sufficiente fare riferimento al Libro bianco della Commissione sulla *Governance* europea del 2001[7] e al successivo Accordo interistituzionale del 2003[8] (che, in parte, ne ha recepito il contenuto) per cogliere una tendenza che, di lì ai successivi venti anni, diventerà, pur con tutte le sue contraddizioni, un obiettivo costantemente perseguito: quello di migliorare la qualità della legislazione europea e, insieme ad essa, le procedure decisionali, contribuendo a realizzare quegli obiettivi di razionalizzazione normativa che ruotano intorno alle proposte *"Better Regulation"* e *"Smart Regulation"*[9]. Cosa debba intendersi attraverso il riferimento a nozioni, quali *better* e *smart regulation*, non è facile da cogliere per le numerose implicazioni di carattere politologico e sociologico che queste recano[10]; è tuttavia intuibile, almeno nella sua accezione giuridica

diritto dell'Unione europea, Torino 2012; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EULaw*, in *Europ. Law Journal*, 2015, p. 68 ss.; v., inoltre, l'analisi bibliografica a cura di O. STEFAN e a., *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, in *SoLaR Working Paper*, 2018, disponibile all'indirizzo www.solar-network.eu.

[6] Estremamente efficace K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, cit., p. 375: "'Private Regulation' must be understood as a rather elusive umbrella concept, which, in principle, may encompass a whole universe of different regulatory practices, ranging from forms of purely autonomous self-regulation by private constituencies to all kinds of 'semi-private', 'collaborative' or 'hibrid' regulatory and enforcement mechanisms" (p. 376).

[7] Commissione europea, *La governance Europea - Un libro bianco*, COM(2001) 428 def.

[8] European Parliament, Council and the Commission, 2003, *Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking*.

[9] V., riguardo ai due programmi, European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Second Strategic Review of Better Regulation in the European Union*, A Strategic Review of Better Regulation COM(2006) 289 final; European Commission, 2010, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Smart Regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final.

[10] S. BORRÁS, T. CONZELMANN, *Democracy, Legitimacy and Soft Modes of Governance in the EU: The Empirical Turn*, in *Journal of European Integration*, 2007, p. 531 ss.

più immediata, a quale esigenza si faccia riferimento: "rinnovare il metodo comunitario adottando un'impostazione meno verticistica ed integrando in modo più efficace i mezzi di azione delle sue politiche con strumenti di tipo non legislativo"[11]. L'idea, dunque, è quella di migliorare la qualità della legislazione, di accelerare i procedimenti normativi, attraverso l'utilizzo di meccanismi flessibili al fine di realizzare uno spazio normativo in cui strumenti di regolazione differenti siano integrati ed in cui soggetti diversi dal legislatore siano pienamente coinvolti nel procedimento decisionale[12]. In sintesi, l'idea è che lo "spazio regolatorio" non sia governato esclusivamente dal legislatore, ma piuttosto sia occupato e condiviso da attori pubblici e privati.

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, questo complessivo fenomeno sta manifestando implicazioni significative, essenzialmente per due ordini di motivi. Innanzitutto, la regolazione privata, pur utilizzata nel contesto di differenti settori materiali (come, ad es., quello della sicurezza alimentare, dell'*advertising*, della politica ambientale, della politica sociale, ecc.)[13], di recente si sta affermando soprattutto nella disciplina delle nuove tecnologie. Poiché la disciplina di settori relativi all'innovazione tecnologica esige un grado di *expertise* e competenze tecniche possedute essenzialmente da quegli stessi soggetti privati che devono essere regolati, si ritiene che una regolazione efficacie non possa prescindere dal loro coinvolgimento[14]. Ne è una riprova il cospicuo numero di atti di diritto derivato che, pur con modalità e forme diverse, coinvolge la sfera privata nella disciplina del settore dell'innovazione tecnologica o di ambiti "tecnologicamente sensibili"[15]. Non appare dunque irragionevole

[11] Commissione europea, *La governance Europea - Un libro bianco*, cit.

[12] V. A. ALEMANNO, *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 382 ss.; P. VERBRUGGEN, *Private Regulation in EU Better Regulation. Past Performance and Future Promises*, in *European Journal of Law Reform*, 2017, p. 139.

[13] V. i complessivi contributi raccolti in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, cit.

[14] OECD, *OECD Report on Regulatory Reform*, *Synthesis*, OEDC Publishing, Paris, 1997, disponibile all'indirizzo https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf; v., inoltre, A. MCHARG, *The Constitutional Dimension of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed), *Reframing Self-Regulation in European Private Law,* Kluwer Law International, The Hague, 2006, p. 77 ss.; D. CHALMERS, *The Government and Citizenship of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed), *Reframing Self-Regulation*, cit., p. 163 ss.

[15] Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico; 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; Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cibersicurezza»); Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE

affermare che, in relazione a questi ambiti materiali, il ricorso massiccio a tecniche regolatorie alternative si stia imponendo come prassi consueta. Il secondo motivo è intimamente correlato a questo scenario: l'utilizzo ricorrente della regolazione privata pone la questione della sua conformità all'assetto costituzionale stabilito dai Trattati, *in primis* alle procedure decisionali che presiedono l'adozione degli atti, le quali, dal canto loro, sono volte a garantire la legittimità democratica all'interno dell'UE. La delega o, quantomeno, il riconoscimento di poteri regolatori, che spetterebbero per definizione all'autorità pubblica investita di legittimazione democratica, in capo a soggetti privati pone, senz'alcun dubbio, una questione di compatibilità con i Trattati istitutivi. Problemi che possono essere variamente declinati nei termini di mancanza di trasparenza e di certezza del diritto, di pregiudizio all'interesse pubblico, di abuso di potere, ecc.; problemi che, in ogni caso, toccano i caposaldi democratici dell'UE e sono idonei ad interferire con i principi di legalità e dello stato di diritto su cui l'Unione si fonda[16].

Il presente contributo si prefigge di verificare se, e in quale misura, l'esigenza di ricorrere alla regolazione privata nella disciplina delle nuove tecnologie determini o meno un affievolimento del rispetto delle regole, di quelle in particolare che sovraintendono a garantire la legittimità dei processi decisionali.

e 2001/29/CE; Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE; Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione); 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; Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione; Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE; Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione; Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014 , in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE; Direttiva 2013/37/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 , che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

[16] V. P. VERBRUGGEN, *Does Co-regulation Strengthen EU Legitimacy?*, cit., p. 425 ss.; A. OGUS, *Rethinking Self-regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, p. 95 ss.; K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 377 ss.

Lo scritto prenderà innanzitutto le mosse, in una prospettiva generale, dall'analisi dell'attuale quadro giuridico/costituzionale al fine di verificare, nell'ambito di un ordinamento fondato sul principio di attribuzione, la legittimità di eventuali deleghe di poteri regolamentari nei confronti di attori privati (par. 2). Sempre in un'ottica di carattere generale, dopo quello giuridico, si esaminerà l'ambito concettuale nel quale collocare la regolazione privata. Questa indagine sarà volta essenzialmente a definire le nozioni di autoregolazione e coregolazione e il loro rispettivo ambito d'applicazione alla luce, in particolare, dell'Accordo Interistituzionale del 2003 (par. 3). Dopo questo complessivo inquadramento generale e prevalentemente di carattere teorico, in una prospettiva parzialmente diversa, saranno esaminate variabili di differente natura che, nel loro reciproco interagire, condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi. Questa analisi consentirà di mettere in luce le varie modalità con cui, in via di fatto, si manifestano l'autoregolazione e la coregolazione nell'ambito del settore, pur eterogeneo, relativo all'innovazione tecnologica (par. 4) e di valutarne la conformità con l'assetto costituzionale dell'Unione (par. 5).

2. Il quadro giuridico/costituzionale in cui collocare la regolazione privata: il sistema della delega dei poteri

In termini strettamente giuridici, il ricorso ad uno spazio regolatorio "complementare" o "alternativo" a quello assegnato alla competenza normativa del legislatore dell'UE può essere inteso, a rigor di logica, soltanto come una "delega" di poteri. Poiché è ragionevole pensare che, in un ordinamento fondato sul principio di attribuzione, il legislatore possa delegare l'esercizio della sua competenza normativa solo nella misura in cui sia autorizzato dai Trattati[17], è necessario verificare se questi ammettano, esplicitamente o implicitamente, siffatta possibilità.

Nell'attuale sistema dei Trattati, la delega dei poteri è regolata da due procedure che, pur da tempo conosciute nell'ambito dell'ordinamento UE, sono state soltanto di recente formalmente distinte: la procedura di delega (art. 290 TFUE), che potrebbe essere definita di carattere "sub-legislativo" e la procedura d'esecuzione degli atti (art. 291 TFUE) che introduce invece uno strumento di carattere "non legislativo"[18]. Nella procedura di delega, l'atto

[17] V. J. ZILLER, *Constitutional Boundaries to Self-Regulation: A Comparative Appraisal*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation*, cit., p. 147, in part. p. 157; A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 278. V., inoltre, il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE*, INT/754 Self-regulation and co-regulation, Bruxelles, 22 aprile 2015.

[18] V. T. CHRISTIANSEN, M. DOBBELS, *Non-Legislative Rule Making After the Lisbon Treaty: Implementing the New System of Comitology and Delegated Acts*, in *European Law Journal*, 2013, p. 42 ss.

legislativo trasferisce alla Commissione un potere regolamentare volto ad integrare o modificare elementi non essenziali dell'atto di base. Dal canto suo, l'art. 291 TFUE disciplina l'esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti stabilendo che, laddove vi sia necessità di condizioni uniformi di esecuzione di tali atti, questi conferiscono competenze d'esecuzione alla Commissione. Nella pratica, non sempre può risultare chiara la distinzione tra la necessità di integrare elementi non essenziali di un atto legislativo, ricorrendo all'art. 290 TFUE, e quella di dargli esecuzione uniforme attraverso disposizioni di portata generale che, adottate ai sensi dell'art. 291 TFUE, ne definiscano in maniera più dettagliata il contenuto[19].

In ogni caso, è invece chiaro che entrambi i meccanismi assoggettano la delega dei rispettivi poteri a condizioni di carattere sostanziale e procedurale assai rigorose e ad un altrettanto stringente sistema di controllo *ex ante* ed *ex post*. Sulla base della procedura stabilita dall'art. 290 TFUE, gli atti legislativi non solo "delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega", ma conferiscono altresì al Parlamento e al Consiglio sia il potere di revocare la delega che di impedire, attraverso "obiezioni" che l'atto delegato entri in vigore[20]. In applicazione dell'art. 291 TFUE, l'esercizio della competenza d'esecuzione è invece soggetto al controllo degli Stati membri in applicazione del regolamento comitologia[21]. Quest'ultimo stabilisce infatti, attraverso le due differenti procedure consultiva e d'esame, le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio dei poteri d'esecuzione attribuiti alla Commissione.

Alla luce di quanto descritto, i Trattati hanno dunque stabilito, in termini piuttosto dettagliati, la complessiva cornice del sistema di delega delle competenze, disciplinando in termini parimenti dettagliati le modalità del conferimento della delega e del suo esercizio. In questa articolata cornice, la delega di competenze nei confronti di attori privati – ad eccezione, forse, del cd. "dialogo fra le parti sociali a livello di Unione" ai sensi degli artt. 154 e 155 TFUE[22] – non trova invece alcuna disciplina. A fronte di questo silenzio e della centralità che ha acquisito nella prassi la regolazione privata è ragionevole chiedersi se, ed eventualmente in che misura, il sistema costituzionale dell'Unione acconsenta l'utilizzo di strumenti e modalità regolatori non previsti.

[19] V. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino,2020, p. 221.

[20] V. art. 290, parr. 2 e 3, TFUE.

[21] V. Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

[22] V., al riguardo, F. PENNINGS, *The Special Position of Agreements by Social Partners in EU Law*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 37 ss.

2.1 La regolazione privata come "ulteriore" forma di delega di poteri

La giurisprudenza sembra fornire una risposta positiva a questo quesito: attraverso un approccio non formalistico, ma ispirato all'apertura e alla flessibilità, la Corte di giustizia – scardinando un sistema apparentemente chiuso – non sembra escludere forme di delega diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste dai Trattati[23]. Questo approccio, che si colloca nel solco tracciato da sentenze storiche come *Meroni* e *Romano*[24], è stato inaugurato, come è noto, con la sentenza sul caso *ESMA*[25], ed è culminato, per quanto ci interessa, con la sentenza *Elliott*[26].

Nella sentenza sul caso *ESMA*, la Corte ha riconosciuto che il sistema instaurato dagli articoli 290 e 291 TFUE, che attribuisce poteri delegati e di esecuzione esclusivamente alla Commissione, non esclude che si possa "prevedere ulteriori sistemi di delega di poteri siffatti ad organi o ad organismi dell'Unione"[27]. Tuttavia, se in questa pronuncia le implicazioni che derivano dall'esistenza di un sistema di deleghe che, dunque, non è chiuso né tassativo sono limitate (esaurendosi nella possibilità di prevedere poteri di delega anche in capo ad organi ed organismi dell'UE[28]), nella successiva sentenza sul caso *Elliott*, la Corte ha tratto conclusioni maggiormente significative.

In questa sentenza, la Corte è stata per la prima volta chiamata a stabilire la natura giuridica di norme tecniche armonizzate adottate da soggetti privati su mandato della Commissione conferito nell'ambito di direttive che si ispirano

[23] V. C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 201; L. ANKERSMIT, *The Legal Limits*

to 'Agencification' in the EU? Case C-270/12 UK v Parliament and Council (27 January 2014), disponibile all'indirizzo https://europeanlawblog.eu/2014/01/27/the-legal-limits-to-agencification-in-the-eu-case-c-27012-uk-v-parliament-and-council/.

[24] V. Corte giust. 13 giugno 1958, causa 9/56, *Meroni* e 14 maggio 1981, causa 98/80, *Romano*.

Nella causa *Meroni*, la Corte ha statuito che l'Alta Autorità era autorizzata a delegare i suoi poteri ad uno o più organismi esterni. Tuttavia, tale delega era soggetta alle limitazioni imposte dal Trattato CECA. La Corte ha ritenuto che l'Alta Autorità non potesse conferire ad un organismo delegato poteri diversi da quelli attribuiti all'Alta Autorità dal Trattato CECA (p. 37). Per esempio, le decisioni degli organismi di Bruxelles (enti privati di diritto belga) non erano soggette al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 33 CECA, mentre tale condizione si applicava agli atti giuridici dell'Alta Autorità (p. 40). Inoltre, la Corte ha sottolineato che la delega di poteri era legittima solo qualora fosse risultata necessaria per la realizzazione dei compiti dell'Alta Autorità. Qualsiasi delega di poteri poteva riferirsi soltanto a poteri esecutivi chiaramente definiti, l'esercizio dei quali doveva rimanere soggetto interamente alla vigilanza dell'Alta Autorità (p. 44).

[25] Corte giust. 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio (ESMA)*.

[26] Corte giust. 27 ottobre 2016, causa C-613/14, *Elliott*.

[27] *ESMA*, cit., punto 78.

[28] *ESMA*, cit., punto 79 ss.

al cd. "nuovo approccio"[29]. Si tratta cioè di direttive che non realizzano una armonizzazione tecnica esaustiva, ma che rinviano a soggetti privati – singoli organismi europei di normalizzazione – la successiva adozione delle norme contenenti le specificazioni tecniche dettagliate. Questo "nuovo approccio", che si caratterizza dunque per una tecnica di armonizzazione per gradi, rappresenta probabilmente una delle prime manifestazioni di coregolazione nell'ambito dell'Unione europea[30]. Nella sentenza sul caso *Elliott*, nell'indicare che la norma armonizzata, sebbene sia "indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, […] costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria … [che produce] effetti giuridici"[31], la Corte non solo riconosce che tale norma fa parte del *corpus* giuridico dell'UE[32], ma legittima, pur implicitamente, anche la possibilità di delegare poteri regolamentari a soggetti sia diversi dalla Commissione, che da organi e organismi dell'Unione.

2.2 Le condizioni per il conferimento di una delega di poteri a soggetti privati

A fronte di questa audace apertura, e forse proprio in conseguenza di questa, la Corte si è premurata di indicare le condizioni cui subordinare le deleghe di poteri che si collocano fuori dalle previsioni dei Trattati. La principale cornice di riferimento per inquadrare la questione dell'ammissibilità della delega di poteri nei confronti della sfera privata è fornita proprio dalla sentenza sul caso *Elliott*: "sebbene l'elaborazione di tale norma armonizzata sia indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, la stessa costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali definiti da tale direttiva, realizzata su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione, e i suoi effetti giuridici sono soggetti alla previa pubblicazione da parte di quest'ultima dei suoi riferimenti nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, serie C"[33].

[29] V. M. HIEMSTRA, L. SENDEN, *Private Regulation in the Internal Market: Assessing European Technical Standardisation Through a Citizen's Eye*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 57.

[30] V., tra gli altri, E. BEST, *Alternative Methods and EU Policy-Making: What Does "Co-Regulation" Really Mean?*, in *EIPAScope*, 2008, p. 11 ss.

[31] *Elliott*, cit., punto 43.

[32] *Elliott*, cit., punto 40. Sul solco tracciato dalla sentenza *Elliott*, si colloca anche la pronuncia sul caso *SAAKSA* in cui la Corte conferma "che una norma armonizzata, elaborata da un organismo di diritto privato, può essere considerata come rientrante nel diritto dell'Unione dal momento che è stata concepita su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione" (Corte giust. 22 febbraio 2018, causa C-185/17, *Varna*, punto 39).

[33] *Elliott*, cit., punto 43.

La sentenza stabilisce dunque le condizioni che, cumulativamente considerate, devono essere soddisfatte per rendere legittima una delega di poteri a soggetti privati.

Innanzitutto, l'esercizio di poteri normativi da parte di soggetti privati deve fondarsi su un mandato[34] da parte dell'autorità delegante, nel quale siano definiti i requisiti specifici che consentano non solo di circoscrivere l'ambito d'applicazione ed il contesto nel quale si colloca l'attività delegata, ma che permettano anche all'autorità delegante di esercitare un controllo durante lo svolgimento del mandato[35]. La delega sembra dunque ammissibile soltanto laddove l'esercizio del potere regolatorio da parte del privato sia "strettamente regolamentato". In questa indicazione si scorge la nota dottrina *Meroni* secondo cui una delega è legittima soltanto se riguarda "poteri di esecuzione nettamente circoscritti e il cui esercizio, per tale ragione, è soggetto a un controllo rigoroso in base a criteri oggettivi stabiliti dall'autorità delegante"[36]. Soltanto in questa ipotesi, infatti, "la delega non può notevolmente modificare le conseguenze derivanti dall'esercizio dei poteri che essa attribuisce"[37]. Implicita in questa conclusione la premessa, fatta propria dalla sentenza *Meroni*, secondo cui l'autorità delegante deve sottoporre l'esercizio dei poteri delegati a quelle stesse condizioni cui sarebbe soggetta essa stessa ove li esercitasse direttamente[38]. Se il conferimento di poteri deve dunque essere strettamente regolamentato, sarebbe difficilmente compatibile con questo modello una delega che, attraverso l'attribuzione di un potere discrezionale, comportasse una ampia libertà di valutazione. In questo caso, la delega, col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante, determinerebbe "un vero spostamento di responsabilità", compromettendo l'equilibrio dei poteri[39].

Una seconda condizione cui fa riferimento la sentenza *Elliott* riguarda il carattere attuativo che deve contraddistinguere la misura privata. Sulla base di

[34] "Una delega di poteri non si può presumere ed anche ove abbia la facoltà di farla, l'autorità delegante deve emanare una decisione da cui la delega espressamente risulti" (*Meroni*, cit., p. 39).

[35] La Corte ha, ad es., indicato che il "monitoraggio dettagliato da parte della Commissione, associato a un obbligo di relazionare regolarmente la Commissione stessa nonché al controllo di conformità da parte di tale istituzione dei progetti finali di norme armonizzate" soddisfano questa condizione (*Elliott*, cit., punto 45).

[36] *Meroni*, cit., p. 41.

[37] *Ibidem*.

[38] "[L]a facoltà degli organismi di Bruxelles di adottare provvedimenti senza l'osservanza delle prescrizioni alle quali essi sarebbero stati soggetti ove l'Alta Autorità li avesse direttamente emanati, dà in fatto a detti organismi poteri più ampi di quelli che il Trattato conferisce all'Alta Autorità" (*Meroni*, cit., p. 38).

[39] "Una delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che il Trattato ha istituito per esplicarli o controllarne l'esercizio nell'ambito delle loro rispettive attribuzioni, violerebbe tali garanzie" (*Meroni*, cit., p. 41). V., sul punto, H. HOFMANN ET AL., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford Scholarship online, Oxford, 2011, p. 242.

questa indicazione, la delega di poteri a soggetti privati dovrebbe essere funzionalmente circoscritta al conferimento di poteri d'esecuzione, in conformità a quanto stabilito dall'art. 291 TFUE. Tuttavia, poiché non è sempre agevole distinguere, da un punto di vista sostanziale, come si è già accennato, una funzione integrativa da una funzione meramente esecutiva, è ragionevole pensare che il riferimento della Corte ad "una misura d'attuazione" non escluda forme di conferimento di poteri di differente natura. In questa prospettiva, il termine "attuazione" ricomprenderebbe genericamente la complessiva categoria di poteri regolatori delegabili che possono, a loro volta, manifestarsi come poteri delegati o d'attuazione[40]. D'altra parte, l'elemento che appare realmente significativo risiede nel fatto che il conferimento di poteri, a prescindere dalla forma con cui si manifesta, sia circoscritto.

Senz'altro più rilevante appare l'altro requisito che deve caratterizzare la misura privata: questa deve poter essere qualificata come una misura d'attuazione "necessaria" di un atto dell'Unione. Conviene osservare che la "necessarietà" dell'intervento regolatorio privato per la piena realizzazione dell'atto UE instaura un nesso di carattere funzionale particolarmente qualificato tra l'atto che conferisce i poteri regolatori e l'atto regolatorio privato tale che, senza il secondo, il primo non sarebbe idoneo ad esplicare i suoi effetti giuridici[41]. La sussistenza di questo nesso determina, a sua volta, alcune conseguenze che, tra le altre, appaiono particolarmente significative. Innanzitutto, l'atto regolamentate privato, in virtù del collegamento funzionale che si crea con l'atto UE, ricade "nel diritto dell'Unione", come indica esplicitamente la Corte, e viene, in conseguenza di ciò, ascritto nel suo corpo normativo. Tale assorbimento determina l'ulteriore conseguenza che la norma privata, poiché "rientra nel diritto dell'Unione" è, a tale titolo, assoggettabile al sindacato giurisdizionale. Come rilevato esplicitamente, "la Corte è competente a interpretare atti che, pur essendo stati indubbiamente adottati da organi che non possono essere qualificati come «istituzioni, organi o organismi dell'Unione», presenta[va]no tuttavia la natura di misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione"[42]. Infine, e forse questa è l'implicazione maggiormente rilevante, se un atto di regolazione privata è necessario allo scopo di garantire l'efficacia di disposizioni di diritto dell'UE aventi carattere vincolante, ciò significa che

[40] V. K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 391.

[41] *Ibidem*, p. 395.

[42] *Elliott*, cit., punto 34. "[I]l fatto che un atto di diritto dell'Unione sia privo di effetti obbligatori non può impedire alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di tale atto, ai sensi dell'articolo 267 TFUE" (punto 35).

tale atto è idoneo a produrre effetti giuridici[43]. Tali effetti giuridici, ancorché non vincolanti, non possono tuttavia essere messi "in discussione"[44].

In conclusione, pur nel silenzio dei Trattati, una dimensione regolatoria "alternativa" o "complementare" a quella accentrata e pubblica può essere ammessa e considerata compatibile con l'ordinamento costituzionale dell'Unione soltanto nell'ambito del sistema di delega dei poteri. In questo sistema, che la Corte ha forzatamente aperto e reso flessibile, la regolazione privata trova la sua ragion d'essere in quanto componente necessaria a completare il quadro normativo predisposto dal legislatore. Nello specifico, alla sfera pubblica appartiene la funzione di definire gli "aspetti essenziali" dell'atto, quelli cioè che presumibilmente richiedono scelte politiche rientranti nella responsabilità propria del legislatore; alla sfera privata spetta di intervenire, attraverso integrazioni del contenuto o un'attività attuativa, su aspetti che implicano una disciplina di dettaglio. L'autonomia privata trova dunque spazio soltanto nella specifica forma di attività esecutiva o integrativa, necessaria per attuare o completare la disciplina dettata dal legislatore e limitata a quanto prescritto dal diritto derivato. Soltanto in questa accezione la regolazione privata può produrre effettivi giuridici, pur non vincolanti, ed imporsi come uno strumento di normazione alternativo.

3. Il quadro concettuale per un inquadramento dei meccanismi regolatori privati: l'Accordo interistituzionale del 2003

Delineato il quadro giuridico-costituzionale in cui collocare la regolazione privata, conviene inquadrare quello concettuale. Occorre, in altre parole, chiedersi, da un punto di vista fenomenologico, cosa si intenda per regolazione privata nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, interrogarsi sulle forme nelle quali si manifesta, individuare le categorie "concettuali" nelle quali si esprime. Nelle prossime pagine si tenterà dunque di sistematizzare questo fenomeno sul piano definitorio, verificandone la conformità con il quadro giuridico appena esaminato.

[43] Nella fattispecie oggetto della sentenza *Elliott*, l'effetto giuridico si esplica nella circostanza che "il rispetto della norma armonizzata da parte di un prodotto fa sorgere la presunzione che tale prodotto risponda ai requisiti della direttiva 89/106, il che ne facilita la commercializzazione senza ostacoli nel mercato interno" (Conclusioni dell'Avv. gen. M. Campos Sánchez-Bordona, del 28 gennaio 2016, causa C-613/14, *Elliott*, par. 62). V., inoltre, C. COLOMBO, M. ELIANTONIO, *Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns? Case C-613/14 James Elliot Construction Limited v. Irish Asphalt Limited, EU:C:2016:821*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 339.

[44] *Elliott*, cit., punto 42. La Corte indica espressamente che "[s]e è vero che la conformità di un prodotto da costruzione ai requisiti essenziali sanciti dalla direttiva 89/106 può essere dimostrata, all'occorrenza, mediante mezzi diversi dalla prova della conformità a norme armonizzate, ciò non può mettere in discussione l'esistenza degli effetti giuridici connessi a una norma armonizzata".

Al tal fine, conviene prendere le mosse dal già menzionato Accordo interistituzionale (AI) del 2003 nel quale sono state elaborate le definizioni rispettivamente di autoregolazione e coregolazione. Tale accordo, pur sostituito da quello più recente del 2016[45], rappresenta infatti il riferimento principale, anche se non l'unico[46], per circoscrivere la portata normativa di nozioni intrinsecamente ambigue che necessitano, in quanto tali, di essere preliminarmente definite.

L'AI "Legiferare meglio", per il quale è ragionevole escludere il carattere vincolante[47], stabilisce una serie di iniziative e di linee guida che le tre Istituzioni politiche si impegnano ad osservare al fine di promuovere "la semplicità, la chiarezza e la coerenza nella redazione dei testi legislativi nonché la massima trasparenza nell'iter legislativo", nel rispetto delle procedure previste dai Trattati, dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità e di certezza del diritto[48]. Tra questi strumenti si fa espressa menzione ai cd. "meccanismi di regolamentazione alternativi", espressione con cui sono qualificati l'autoregolazione e la coregolazione.

[45] Si tratta dell'Accordo Interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016 tra Parlamento, Consiglio e Commissione.

[46] Molteplici sono i documenti via via elaborati dalla Commissione nell'ambito dei programmi "Better Regulation" e "Smart Regulation", del Programma *REFIT* e delle sue *Impact Assessment guidelines* che prendono a riferimento le nozioni di co-regolazione e auto-regolazione formulate nell'Accordo Interistituzionale del 2003. Tra questi, ci limitiamo a menzionare la Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*, Brussels, 25 October 2011 COM(2011) 681 final.

[47] Ancorché il TFUE preveda, all'art. 295, che gli accordi interistituzionali possano "assumere carattere vincolante" è ragionevole escludere che l'AI del 2003 fosse dotato di un tale carattere. Essenzialmente per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché l'AI del 2003 è stato adottato prima che il Trattato di Lisbona sancisse questa possibilità; in secondo luogo, perché la sua formulazione sembra escludere la produzione di effetti giuridici vincolanti. Come giustamente sostiene L. SENDEN (*Soft Law, Self Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they Meet*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, p. 1 ss.) "[A]s regards the Interinstitutional Agreement on better lawmaking, its having at least binding force inter partes can be defended on the basis of two arguments. Firstly, it contains a number of rather compelling terms ('agree', 'will'), which can be said to express the intention of the institutions to enter into a binding commitment. A confirmation of this intention can also be seen in its points 37 and 38 on the implementation and monitoring of the Agreement, providing, inter alia: 'The three Institutions will take the necessary steps to ensure that their staff have the means and resources required for the proper implementation of the provisions of this Agreement' (point 38). Secondly, where 'agreed acts' are specifically intended to reinforce interinstitutional cooperation such as the Interinstitutional Agreement at issue here, it can be argued that there is a specific duty of cooperation which in conjunction with the duty of sincere cooperation laid down in Article 10 EC may actually lead to the conclusion that such an agreed act must be considered binding upon the concluding parties". Dovrebbe invece ammettersi la capacità dell'AI del 2003, così come di ogni altro AI, di svolgere una funzione integrativa *praeter legem*, al fine completare la disciplina del Trattato colmando quelle lacune che pregiudicano, ad es., il corretto funzionamento delle procedure decisionali. V. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 197.

[48] Parr. 1 e 2, AI del 2003, cit.

Questi meccanismi alternativi, innanzitutto, trovano un riconoscimento formale in conseguenza dell'approccio politico, fatto proprio anche dai Trattati, secondo cui l'Unione "legifera solo nella misura necessaria, conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità" e nella misura in cui il diritto UE "non prescriva specificamente il ricorso a un determinato strumento legislativo"[49]. Si tratta dunque di strumenti complementari il cui ricorso deve, in ogni caso, soddisfare alcune condizioni preliminari qui di seguito indicate. L'utilizzo della regolazione privata, innanzitutto, deve essere valutato, oltre che opportuno (in conseguenza del suo carattere flessibile), idoneo a rappresentare un valore aggiunto per l'interesse generale e conforme al diritto dell'UE. Sotto quest'ultimo profilo, il ricorso alla regolazione privata non deve incidere, in particolare, sui principi della concorrenza né interferire con l'unicità del mercato. Il ricorso alla regolazione privata impone, inoltre, il rispetto del criterio della trasparenza e quello della rappresentatività delle parti interessate[50].

Se la sfera applicativa dei meccanismi di auto e coregolazione, nel rispetto dei parametri indicati, appare dunque potenzialmente illimitata, l'accordo indica tre criteri volti ad attenuarne la capacità espansiva. Ai sensi del par. 7, infatti, "tali meccanismi non si applicano se sono in gioco i diritti fondamentali o scelte politiche importanti, oppure nelle situazioni in cui le regole devono essere applicate uniformemente in tutti gli Stati membri"[51]. L'AI sancisce dunque una riserva di competenza a favore dell'autorità pubblica, ad esclusione di una partecipazione di attori privati, non in settori materiali specifici ma in relazione ad ambiti che, per motivi di opportunità politica o per esigenze di carattere tecnico, necessitano di una disciplina accentrata in capo legislatore. In presenza di tali circostanze, i meccanismi di regolazione privata arretrano, mantenendosi inalterato lo spazio d'azione proprio dei meccanismi regolatori tradizionali. Tra le cause di esclusione meritano una certa attenzione quelle che fanno riferimento rispettivamente ai "diritti fondamentali" e a "scelte politiche importanti". È infatti ragionevole che la disciplina di settori sensibili, che implicano interferenze con la tutela dei diritti fondamentali o che richiedono scelte di carattere politico, sia devoluta all'esclusiva competenza del legislatore, il quale è per definizione investito della necessaria legittimazione democratica per operare scelte politiche e per bilanciare eventuali diritti in conflitto. Altra

[49] Par. 16, *ibidem*.

[50] Par. 17, *ibidem*.

[51] Per la tesi secondo cui questa clausola, in quanto non ripresa dall'AI del 2016, non sia più applicabile, v. J.M. EMAUS, *European Union Co- and Self-Regulation and the Protection of Fundamental Rights*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 448 ss. Una tesi opposta è abbracciata da M. DE COCK BUNING, L. SENDEN, *Introduction: EU Private Regulation and Enforcement – Mapping its Contextual, Conceptual, Constitutional and Cizens' Dimensions*, in *ibidem*, p. 29.

e più complicata questione è stabilire quando i diritti fondamentali o certe scelte politiche entrano "in gioco" nella disciplina di una determinata fattispecie e se occorra raggiungere un'eventuale soglia di carattere qualitativo/quantitativo al fine di innescare la clausola di esclusione.

3.1 L'autoregolazione

L'autoregolazione è descritta come quel meccanismo che consente agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni di settore di disciplinare la propria condotta, attraverso l'adozione di orientamenti comuni a livello europeo (in particolare attraverso codici di condotta o accordi settoriali) che hanno una efficacia limitata alle parti. Come indicato dall'Accordo interistituzionale, tali iniziative sono "autonome" e non presuppongono alcuna presa di posizione da parte delle Istituzioni, "specialmente quando intervengono in settori non rientranti nell'ambito dei trattati o in cui l'Unione non ha ancora legiferato"[52].

In questo contesto, la Commissione si limita ad esaminare la conformità delle prassi di autoregolazione con le disposizioni dei Trattati[53], informando il Parlamento europeo e il Consiglio su quelle considerate compatibili e adeguate sotto il profilo della rappresentatività dei soggetti interessati, dell'ambito d'applicazione settoriale e geografico e del valore aggiunto degli impegni assunti. Laddove la prassi autoregolatoria si colloca in un settore di competenza dell'UE, la Commissione esamina "la possibilità di presentare una proposta di atto legislativo, in particolare su richiesta dell'autorità legislativa competente oppure in caso di inosservanza di tali prassi"[54].

Sulla base della definizione accolta nell'Accordo interistituzionale, l'autoregolazione costituisce uno strumento di disciplina volontario, privo di effetti giuridici, distinto e separato dai meccanismi di regolazione pubblica. L'autoregolazione è infatti elaborata, sviluppata, monitorata e garantita esclusivamente dalle parti private, senza alcun tipo di interferenza da parte delle Istituzioni europee, ad eccezione del limitato ruolo che svolge la Commissione nel verificare la conformità della prassi al diritto UE. Nell'accezione accolta dall'AI, l'autoregolazione si afferma, dunque, come strumento parallelo alla regolazione pubblica, senza tuttavia che le due sfere entrino in reciproco contatto. Anche laddove la Commissione dovesse presentare una proposta di atto

[52] Par. 22, AI del 2003, cit.

[53] Anche prassi autoregolatorie che non investono settori di competenza dell'UE o, se di competenza, non ancora disciplinati, possono interferire con la corretta interpretazione o applicazione del diritto dell'Unione. È dunque ragionevole pensare che il dovere della Commissione di esaminarne il contenuto alla luce del diritto UE si estenda anche a quelle prassi che hanno ad oggetto competenze che residuano in capo agli Stati membri.

[54] Par. 23, AI del 2003, cit.

legislativo nel settore disciplinato dall'iniziativa volontaria, tra la sfera privata e quella pubblica non si instaurerebbe alcun collegamento; in uno scenario del genere, infatti, la regolazione pubblica si andrebbe a sostituire a quella privata.

In sintesi, le iniziative volontarie di regolazione procedono parallelamente alla normazione centralizzata: l'autoregolazione, pur essendo uno strumento idoneo a concorrere nella disciplina di determinate fattispecie, non implica, infatti, (anzi esclude) collegamenti di carattere normativo o istituzionale tra la sfera privata e quella pubblica. In questa accezione di meccanismo spontaneo e privo di collegamenti con la sfera pubblica, l'autoregolazione non solleva questioni di compatibilità con il quadro costituzionale dell'Unione.

I collegamenti con la sfera pubblica rappresentano invece l'essenza della coregolazione.

3.2 La coregolazione

Questo strumento è definito dall'AI come quel meccanismo mediante il quale un atto legislativo[55] dell'Unione conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dal legislatore ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore[56]. La coregolazione instaura dunque un collegamento tra la normazione di carattere accentrato e pubblico ed un tipo di normazione di carattere decentrato e privato. Alla prima sfera normativa appartiene la funzione di definire gli "aspetti essenziali" dell'atto, quelli cioè che presumibilmente richiedono scelte politiche rientranti nella responsabilità propria del legislatore; alla seconda spetta intervenire, attraverso integrazioni del contenuto o un'attività attuativa, su aspetti che implicano una disciplina di dettaglio. Siffatta disciplina deve risultare "adeguata ai problemi e ai settori interessati" e deve giustificarsi per "l'esperienza" dei soggetti portatori di interessi[57]. A tal fine, l'atto legislativo non solo determina i criteri volti ad orientare l'attività dei soggetti privati per garantirne l'adeguatezza rispetto agli obiettivi prefissati, ma anche "l'ampiezza possibile della coregolamentazione nel settore interessato"[58].

Passando alle modalità attuative, l'AI indica che, nel contesto definito dall'atto di base, "i soggetti interessati dall'atto legislativo possono concludere accordi autonomi"[59], che devono fondarsi sul dialogo ed una consultazione

[55] Il termine "atto legislativo" è qui utilizzato in maniera atecnica per indicare l'atto normativo. Al momento della redazione dell'AI del 2003 i Trattati non prevedevano ancora la categoria dell'atto legislativo.

[56] Questi, in particolare, sono gli operatori economici, le parti sociali, le organizzazioni non governative o le associazioni, (v. par. 18, AI del 2003, cit.).

[57] Nella relazione che accompagna le proposte, la Commissione illustra all'autorità legislativa competente le ragioni per cui essa propone di ricorrere a tale meccanismo (par. 19, AI del 2003, cit.).

[58] Par. 21, AI del 2003, cit.

[59] Par. 20, *ibidem*.

reciproca tra le parti sociali[60]. I progetti di accordo, previa verifica da parte della Commissione della loro conformità all'atto di base e al diritto UE nel suo complesso, sono da questa trasmessi al legislatore Ue[61]. Laddove l'atto di base lo preveda, il Consiglio e il Parlamento europeo, entro un termine di due mesi a decorrere dalla data di comunicazione del progetto, potranno suggerire modifiche se ritengono che il progetto di accordo non risponda agli obiettivi indicati, oppure opporsi all'entrata in vigore di quest'ultimo. In quest'ultima ipotesi, entrambe le istituzioni potranno chiedere alla Commissione di presentare una proposta di atto legislativo[62].

Per quanto riguarda le modalità di monitoraggio dell'accordo, queste sono stabilite nell'atto di base, il quale definisce "misure appropriate per la verifica dell'applicazione, con riguardo all'ipotesi dell'inosservanza dell'accordo ad opera di una o più parti o dell'insuccesso dell'accordo stesso"[63]. Tali misure possono consistere, ad esempio, nel prevedere "un'informazione regolare dell'autorità legislativa da parte della Commissione in merito alla verifica dell'applicazione" oppure "una clausola di revisione secondo cui la Commissione riferisce alla scadenza di un determinato termine proponendo, se del caso, la modificazione dell'atto legislativo o qualsiasi altra misura legislativa idonea"[64].

Alla luce della complessiva disciplina formulata nell'AI, il meccanismo della coregolazione si fonda dunque sull'utilizzo congiunto di strumenti di normazione pubblica in combinazione con strumenti di regolazione privata. In particolare, tale meccanismo – nel riservare al legislatore gli elementi essenziali di una normativa, assegnando al contempo alle parti private il compito di integrarne, svilupparne o ampliarne il contenuto – innesta due metodi differenti, rendendoli complementari, al fine di regolare una complessiva situazione. La coregolazione, quindi, a differenza della autoregolazione, non procede separatamente e parallelamente rispetto ad una disciplina pubblica e centralizzata, ma in maniera complementare a questa, attraverso una condivisione dell'attività regolatoria ripartita sulla base di un criterio funzionale.

Non può sfuggire che il modello della coregolazione prospettato nell'AI presenta profonde analogie con il sistema di deleghe dei poteri che, come sottolineato sopra, può essere considerato l'unico schema per collocare la regolazione privata nel più ampio sistema costituzionale dell'Unione. In questa prospettiva, la regolazione privata, nell'accezione di coregolazione accolta dall'AI,

[60] Il par. 19 stabilisce che "[G]li accordi tra le parti sociali devono rispettare le disposizioni previste agli articoli 138 e 139 del trattato CE" (ora artt. 154 e 155 TFUE).
[61] V. par. 20.
[62] *Ibidem*.
[63] Par. 21.
[64] *Ibidem*.

può essere considerata uno strumento alternativo ad una regolazione accentrata e pubblica, compatibile con il quadro costituzionale dell'UE.

4. Le variabili che condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi

Se la distinzione tra autoregolazione e coregolazione è netta sulla carta, la prassi non solo evidenzia che la demarcazione tra le due modalità tende a sfumare (i due modelli in molti casi si sovrappongono), ma mostra anche una gamma quanto mai variegata di applicazioni che, a loro volta, si distanziano dai due schemi di riferimento[65].

In particolare, se il modello dell'autoregolazione implica la totale assenza di coinvolgimento da parte delle autorità pubbliche[66], in via di prassi si assiste ad una loro pur modulata partecipazione[67]; se la coregolazione comporta una netta ripartizione di competenze tra il potere pubblico e gli attori privati – spettando al primo la definizione di obiettivi e criteri e ai secondi la normativa di dettaglio – in via di prassi la sfera pubblica tende, a seconda dei casi, ad imporre una normativa dettagliata[68] o, al contrario, a lasciare ampi margini discrezionali[69].

Insomma, tra i due poli rappresentati dai modelli di autoregolazione, da una parte, e di coregolazione, dall'altra, (così come descritti dall'AI), è individuabile tutta una scala di sfumature che dipendono da alcune variabili emerse nella prassi applicativa. Tra le principali, possono esserne menzionate essenzialmente quattro.

La prima riguarda il *momento* nel quale si colloca il coinvolgimento dell'autorità pubblica nell'ambito del processo regolatorio. Esso può situarsi nella fase di elaborazione delle politiche, laddove si definisce la portata e l'intensità dell'intervento privato; in una fase successiva relativa al monitoraggio dell'attuazione dell'attività privata; oppure può spalmarsi sull'intero processo regolatorio, coprendo ciascuna fase dell'*iter*[70].

[65] V. L. SENDEN, E. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission*, cit., p. 31.

[66] Si tratterebbe di una "pure self-regulation".

[67] V., *infra*, il par. 4.1.

[68] Ad es., v. 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.

[69] Ad es. v. la 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.

[70] L. SENDEN, E. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches*, cit., p. 35 ss.

Una seconda variabile è legata alla *natura* del coinvolgimento del potere pubblico il quale, a seconda dei casi, può assegnare in via formale compiti di regolazione a soggetti privati (attraverso deleghe che, a loro volta, possono essere provviste o meno di carattere vincolante), oppure può limitarsi a promuoverne o sostenerne le attività. Il fondamento dell'intervento regolatorio da parte di attori privati può dunque spaziare da una delega espressa (ed eventualmente vincolante) a modalità informali e prive di carattere obbligatorio[71].

Una terza variabile è rappresentata dall'*intensità* dell'intervento pubblico nel complessivo *iter* regolatorio. L'autorità pubblica può infatti stabilire un quadro giuridico dettagliato in cui si inserisce l'attività regolatoria privata, oppure può limitarsi ad intervenire attraverso modalità meno pregnanti (orientamenti e linee guida formulati in modo del tutto generico)[72].

Infine, la variabile maggiormente significativa è costituita dalla *portata* giuridica dell'attività regolatoria privata. L'intervento regolatorio privato in via, rispettivamente, integrativa, sostitutiva o di sostegno dell'attività normativa pubblica può, a seconda dei casi, essere sprovvisto di qualsiasi effetto, produrre effetti giuridici ancorché non vincolanti, oppure essere equiparato per gli effetti prodotti ad un atto giuridico vincolante dell'UE. Questo è un aspetto non privo di rilevanza in quanto è plausibile ritenere che soltanto in determinati e specifici contesti l'attività privata possa assume carattere vincolante.

Il concreto atteggiarsi e manifestarsi di queste variabili e la loro reciproca combinazione rendono i meccanismi di coregolazione e autoregolazione assai più diversificati rispetto al modello prospettato nell'AI.

4.1 L'autoregolazione nella prassi

Limitatamente alla disciplina sulle nuove tecnologie, lo strumento dell'autoregolazione non appare mai nella sua forma assoluta; esso, piuttosto, tende ad essere "accreditato" dal sistema regolatorio dell'Unione come "sostegno" o "complemento" di meccanismi normativi accentrati, attraverso un differente grado ed intensità della partecipazione dell'autorità pubblica nel processo di riconoscimento o di incentivazione. In questa prospettiva, l'autoregolazione, pur così denominata, raramente è tale – cioè estranea a forme pur blande di interferenza da parte dell'autorità pubblica – ma il più delle volte è inglobata in un quadro normativo pubblico più articolato, tendendo spesso ad assumere le fattezze della coregolazione.

Tra le manifestazioni di intersezione più lievi tra la dimensione pubblica e quella privata, si collocano quelle forme di coinvolgimento del potere pubblico che si limitano ad un mero "riconoscimento" (o "presa d'atto") dell'attività

[71] *Ibidem*.
[72] *Ibidem*.

privata. Manifestazioni del genere, pur presupponendo l'autoregolazione o essendo volte ad incentivarla, non sembrano tuttavia idonee ad intaccare la sua natura autonoma. La prassi offre numerosi esempi.

Una prima ipotesi può essere tratta dalla decisione 854/2005 che istituisce un programma UE destinato a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie online[73]. Tra le azioni contemplate vi è la predisposizione di piattaforme di discussione volte a incoraggiare l'autoregolazione tra le parti interessate al fine di discutere le modalità attraverso cui l'industria possa contribuire a contrastare i contenuti illegali. Siffatte piattaforme, tuttavia, pur preordinate a "[f]avorire la formazione del consenso e l'autoregolamentazione" in merito a determinate questioni[74], si limita a fornire un contenitore alle attività private di regolazione senza incidere sul loro svolgimento. Si tratta dunque di un intervento da parte dell'autorità pubblica meramente prodromico all'incentivazione di attività di autoregolazione, le quali restano nella piena disponibilità dei privati.

Un'altra ipotesi di intervento normativo pubblico che, volto a sostenere iniziative di autoregolazione, non determina alcuna interferenza sul loro svolgimento si ravvisa, ad es., laddove la Commissione, nell'ambito della disciplina di determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, si limita a stabilire, ancorché in via ipotetica, che "potrebbe chiedere …. la redazione di un codice di condotta da parte delle associazioni di categoria e le altre organizzazioni rappresentative" al fine di "sostenere l'attuazione uniforme della presente direttiva"[75]. Anche in questo caso, se la richiesta di elaborazione di un codice di condotta allo scopo di sostenere l'attuazione di una direttiva attrae l'attività regolatoria privata nell'ambito di un quadro normativo più ampio, l'assenza di ulteriori indicazioni ne lascia impregiudicata l'autonomia.

A fronte di queste ipotesi nelle quali l'autoregolazione, pur attratta – con le diverse modalità esaminate – nella sfera pubblica dell'Unione, non subisce interferenze, si registrano casi nei quali, al contrario, l'autonomia regolatoria viene indirizzata e plasmata. In queste pur diverse ipotesi, l'attività regolatoria dei privati, pur continuando sovente ad essere qualificata autoregolazione, si trasforma in una forma, pur blanda, di coregolazione.

[73] Decisione n. 854/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, che istituisce un programma comunitario pluriennale inteso a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie online.

[74] Tra queste, sono menzionate "la certificazione di qualità dei siti web, la classificazione dei contenuti intermediali, la classificazione e i sistemi di filtraggio, estendendoli a nuovi tipi di contenuti quali i giochi online e a nuovi tipi di accesso quali la telefonia mobile" (Allegato I, punto 3, par. 5(2).

[75] Considerando n. 50, Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

4.2 La coregolazione nella prassi

La prassi della coregolazione nell'ambito della disciplina delle nuove tecnologie si allinea, nel suo complesso, al modello prospettato nell'AI del 2003: l'atto dell'Unione circoscrive la portata della delega, determinando obiettivi e oggetto dell'attività regolatoria privata; quest'ultima interviene con una normativa di dettaglio. Ciò non toglie che, in applicazione delle variabili di cui si è già detto, la coregolazione possa essere distinta sulla base di due schemi di riferimento.

In un primo, l'intervento regolatorio privato, inglobato nel complessivo *iter* normativo UE in funzione integrativa/attuativa, è chiaramente equiparato, quanto alla sostanza, ad un atto d'esecuzione ai sensi dell'art. 291 TFUE[76], ma non ne è equiparato, sul piano formale, quanto agli effetti. Se un atto d'esecuzione della Commissione è, come visto sopra, vincolante, la disciplina privata, pur ponendosi come strumento alternativo d'attuazione, non è dotata di tale carattere. Questo schema si riscontra non solo laddove i criteri indicati nell'atto di base si limitano ad orientare l'attività regolatoria, lasciando ai privati un ampio margine discrezionale di intervento[77], ma anche laddove tendono a veicolare in maniera molto rigida l'elaborazione della disciplina privata. Un esempio può essere tratto dal regolamento 2018/1807 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea[78]. A fronte di criteri stringenti[79], dettati sia nella fase di elaborazione che in quella di

[76] V., *supra*, il par. 2.

[77] Un es. è offerto dalla Direttiva (UE) 2018/1808, cit. Il suo articolo 4 *bis* stabilisce criteri assai generici in vista dell'elaborazione di codici di condotta: "Tali codici: a) sono concepiti in modo da essere ampiamente accettati dai principali soggetti interessati negli Stati membri; b) stabiliscono chiaramente e senza ambiguità i loro obiettivi, c) forniscono un monitoraggio e una valutazione regolari, trasparenti e indipendenti degli obiettivi fissati; e d) prevedono un'applicazione effettiva, comprensiva altresì di sanzioni effettive e proporzionate". V., inoltre, per un altro esempio, il 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. V., al riguardo, i contributi di O. GRAY, *Trust through Responsibility: Advertising and Self-Regulation in Europe* e di M. DE COCK BUNING, *Private Regulation and Enforcement in the EU: Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective – The Protection of Minors against Online Harms*, entrambi in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., rispettivamente a p. 243 ss. e p. 295 ss.

[78] Cit.

[79] Il regolamento indica che "si incoraggia l'elaborazione di codici di condotta che, per essere efficaci e rendere trasparente il cambio tra fornitori di servizi e la portabilità dei dati "dovrebbero essere esaustivi e riguardare almeno gli aspetti fondamentali che sono importanti durante il processo di portabilità dei dati, quali le procedure per e il luogo in cui è effettuato il backup dei dati, i formati e i supporti dei dati disponibili, la configurazione informatica e la larghezza minima di banda della rete richieste, il tempo necessario per avviare la procedura di trasferimento dei dati e il periodo in cui i dati saranno disponibili per il trasferimento, nonché le garanzie di accesso ai dati in caso di fallimento del fornitore di servizi. I codici di condotta dovrebbero altresì chiarire che le pratiche di «vendor lock-

monitoraggio, i codici di condotta, pur integrati in senso lato nella complessiva regolamentazione UE, non sono idonei a produrre effetti vincolanti; la loro applicazione è completamente rimessa alle dinamiche della prassi[80].

In un secondo schema, che è senz'altro quello più interessante, la disciplina privata, oltre a svolgere una funzione esecutiva sul piano sostanziale, ha anche una "validità generale all'interno dell'Unione"[81]. Essa cioè produce effetti vincolanti di portata generale al pari di un atto derivato UE. Tale effetto, tuttavia, non promana automaticamente dalla misura privata, ma è conseguenza del suo processo di incorporazione in un atto d'esecuzione adottato dalla Commissione ai sensi dell'art. 291 TFUE.

Significativo, al riguardo, è il regolamento 2016/679 relativo al trattamento dei dati personali[82]. Senza addentrarci troppo nei particolari di una disciplina piuttosto complessa, il regolamento, tra gli altri strumenti, prevede l'elaborazione di codici di condotta preordinati a contribuire alla corretta applicazione dello stesso, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento dei dati personali[83]. A tal fine, il regolamento circoscrive la sfera applicativa dell'intervento privato, stabilendo non solo i criteri e le condizioni che devono essere osservati nell'elaborazione dei codici[84], ma anche il complessivo *iter* procedurale che attesti la loro conformità al regolamento[85]. A conclusione dell'*iter* di

in» non sono pratiche commerciali accettabili, prevedere tecnologie che incrementino la fiducia ed essere periodicamente aggiornati per restare al passo con gli sviluppi tecnologici. La Commissione dovrebbe garantire che tutte le parti interessate, incluse le associazioni di piccole e medie imprese (PMI) e le start-up, gli utenti e i fornitori di servizi cloud siano consultate durante tutte le fasi del processo. La Commissione dovrebbe valutare l'elaborazione e l'efficacia dell'attuazione di tali codici di condotta" (Cons. n 31; v., inoltre, gli artt. 6 e 8).

[80] Ciò non significa che non siano idonei a produrre effetti giuridici. Un effetto che, ad es., producono i codici di condotta preordinati ad attuare un atto dell'Unione è il cd. "effetto d'esclusione". Nei limiti in cui un atto UE riceva attuazione attraverso un codice di condotta, l'effetto di esclusione si manifesta nella circostanza che la Commissione potrebbe astenersi dall'adottare misure d'esecuzione ai sensi dell'art. 291 TFUE.

[81] Per questa espressione v. l'art. 40, par. 9 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[82] Cit. Cfr. gli scritti di P. BLOK, *The Role of Private Actors in Data Protection Law and Data Practice* e di J.M. EMAUS, *European Union Co- and Self-Regulation and the Protection of Fundamental Rights*, entrambi in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., rispettivamente a p. 95 ss. e p. 443 ss.

[83] V. art. 40, par. 1, Regolamento 2016/679, cit.

[84] V. art. 40, par. 2, *ibidem*.

[85] V. art. 40, parr. 5, 6, 7, 8, *ibidem*. In estrema sintesi, questi i passaggi rilevanti. Innanzitutto, le associazioni e gli organismi rappresentanti le categorie di titolari o responsabili del trattamento che intendono elaborare (o modificare) un codice di condotta devono presentare il progetto di codice all'autorità di controllo che esprime un parere di conformità del progetto al regolamento. Un parere ben più significativo è richiesto al comitato europeo per la protezione dei dati, il quale deve esprimersi sull'idoneità del codice a fornire adeguate garanzie sulla tutela dei diritti degli interessati.

certificazione e alla luce dei pareri positivi formulati dai vari attori coinvolti nella procedura, la Commissione può decidere, mediante atti d'esecuzione, che il codice di condotta abbia validità generale[86].

Come si vede, si tratta di due modelli di coregolazione assai differenti. A fronte di una comune funzione integrativa/esecutiva svolta dalla regolazione privata nel contesto della normativa UE, il primo modello esclude che l'attività privata possa essere equiparata, quanto agli effetti, ad un atto d'esecuzione dell'Unione; il secondo, al contrario, implica che l'intervento regolatorio privato produca effetti giuridici vincolanti. In questa ipotesi, tuttavia, tali effetti scaturiscono in via mediata, attraverso l'assorbimento della regolazione privata in un atto formale d'esecuzione.

5. Considerazioni conclusive

L'innesto della regolazione privata nello spazio giuridico europeo dà origine a svariate forme di cooperazione tra la dimensione pubblica e quella privata nella disciplina di settori, materie, fattispecie assegnate alla competenza del legislatore UE. Queste forme di cooperazione, che non sono inedite nel panorama europeo, di recente si stanno affermando soprattutto in quegli ambiti materiali che, in conseguenza del rapido sviluppo dell'economia dei dati e delle tecnologie emergenti, richiedono l'*expertise* degli stessi attori economici e sociali la cui condotta deve essere regolata.

A fronte, dunque, del ricorso alla regolazione privata come *sostegno*, *complemento* o *alternativa* a quella pubblica, ci si è chiesti se, e in quale misura, forme ibride di regolazione possano considerarsi compatibili con l'assetto costituzionale dell'Unione. La portata non trascurabile del fenomeno ed il carattere trasversale che ha assunto impongono una riflessione approfondita sulla legittimità del ricorso a forme di delega di potere in capo a soggetti privati come meccanismo sostitutivo alla normazione centralizzata. L'ordinamento dell'Unione si basa sul principio di attribuzione ed è regolato da procedure decisionali che – pur improntate a logiche diverse rispetto a quelle che ispirano le procedure legislative in ambito nazionale – si fondano, pur sempre, su un processo di legittimazione democratica[87]. Di conseguenza, anche nel sistema giuridico UE, la delega di poteri a soggetti che non sono incaricati di adottare

[86] V. art. 40, par. 9, *ibidem*.

[87] Il principio democratico-rappresentativo si articola, nel sistema europeo, su due distinti livelli: il primo è assicurato dal Parlamento europeo, che rappresenta direttamente i cittadini dell'Unione; il secondo è offerto dal Consiglio e dal Consiglio europeo, nell'ambito dei quali gli Stati membri sono rappresentati «dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini» (art. 10, par. 2, TUE). Non avrebbe senso, come acutamente osservato da E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 248), pensare che il concetto di democrazia sia legato unicamente all'esperienza giuridica statale.

le decisioni in nome della volontà popolare sembrerebbe quantomeno determinare un'attenuazione del rispetto del principio democratico-rappresentativo.

L'indagine che si è affrontata in questo scritto ha tentato di verificare questa ipotesi, attraverso l'inquadramento del fenomeno della regolazione privata nel più generale contesto giuridico costituzionale dell'Unione, senza tralasciare l'analisi delle concrete dinamiche che si instaurano tra potere pubblico e autonomia privata. Peraltro, proprio la difficoltà di mappare in maniera analitica il reciproco interagire della sfera pubblica con quella privata nella disciplina di settori, anche molto eterogenei gli uni dagli altri, ha suggerito di circoscrivere la ricerca all'ambito, a sua volta assai articolato, della disciplina delle nuove tecnologie.

Ciò premesso, il quadro che ne scaturisce appare sorprendentemente rassicurante.

Innanzitutto, il sistema di deleghe di potere, stabilito nei Trattati in termini in apparenza rigidi, non sembra invece escludere forme di delega diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste. La Corte di giustizia, attraverso un approccio non formalistico, sembra considerare legittime anche deleghe di potere conferite a soggetti privati, pur nel rispetto di determinate condizioni[88]. Tra queste, significativa è la condizione che impone una delega oggettivamente circoscritta e non attributiva di poteri discrezionali, bensì volta alla mera attuazione o integrazione dell'atto di base.

In secondo luogo, laddove la regolazione privata è utilizzata e "accreditata" dal sistema, essa non tende a sostituirsi a meccanismi accentrati di produzione giuridica, ma appare essenzialmente relegata ad una funzione d'ausilio. Ciò avviene non solo in relazione allo strumento dell'autoregolazione che, nei casi in cui è richiamato e riconosciuto dall'UE, riveste una mera funzione di sostegno o complemento di meccanismi normativi accentrati, ma anche riguardo al ben più articolato fenomeno della coregolazione. Se, infatti, è senz'altro vero che, sulla base del doppio binario decisionale insito nel meccanismo della coregolazione, la disciplina privata, nel recepire e attuare le direttive formulate dall'atto UE, svolge una attività essenzialmente esecutiva/integrativa, è altrettanto vero che questa attività non è mai equiparata ad un atto d'esecuzione adottato dalla Commissione. Gli strumenti di regolazione privata, come ad es. i codici di condotta, anche se preordinati a completare la disciplina stabilita nell'atto UE, non sono infatti dotati di effetti giuridici vincolanti, ma operano nell'ordinamento generale su base volontaria. Essi, dunque, pur equiparati ad un atto d'esecuzione da un punto di vista funzionale, non ne sono mai equiparati quanto agli effetti.

[88] V., *supra*, parr. 2.1. e 2.2.

La regolazione privata, dunque, non scardina il sistema delle fonti producendo norme che vincolano la collettività. Infatti, laddove la regola privata viene dotata di forza obbligatoria, ciò si verifica attraverso la sua incorporazione in una fonte di diritto – cioè l'atto d'esecuzione adottato dalla Commissione ai sensi dell'art. 291 TFUE. Si può discutere a lungo se la "legalità procedurale", data dall'assorbimento della regola privata in una fonte di diritto, possa compensare il difetto iniziale di "legalità sostanziale"[89]. In ogni caso – e questo è ciò che conta – l'esercizio di poteri regolatori da parte di privati può tradursi in una normativa dagli effetti vincolanti soltanto per il tramite di un atto d'esecuzione. E questa constatazione è forse sufficiente per concludere che la regolazione privata, pur potendo assumere valenza integrativa o suppletiva della disciplina europea, non sembra idonea a violare le regole che presiedono a garantire la legittimità dei processi decisionali e a rivoluzionare la tradizionale categoria di "fonte".

In definitiva, la regolazione privata, quantomeno in relazione alla prassi esaminata, non sembra mettere in discussione il ruolo delle istituzioni politico-rappresentative nella loro funzione di garanti degli interessi pubblici. Se il ricorso all'intervento regolatorio privato determina, in principio, la progressiva erosione della intermediazione degli organi politici, ovvero la compressione e, in ogni caso, la trasformazione del ruolo delle istituzioni pubbliche che tradizionalmente sono preposte alla normazione, questo effetto non appare, nel contesto europeo, così dirompente.

[89] V. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., p. 98.

BITCOIN: LE SFIDE DELL'AUTOREGOLAZIONE*

ERMANNO CALZOLAIO**

Sommario

1. Il fenomeno *bitcoin* come esempio di autoregolazione. – 2. I caratteri del fenomeno *bitcoin*. – 3. L'autoregolazione nella concreta realtà applicativa. – 4. Le prime iniziative regolatorie nel diritto dell'Unione Europa. – 5. La proposta di regolamento europeo sulle cripto-attività. – 6. Spunti conclusivi.

Abstract

This paper considers the phenomenon of bitcoins, the best known cryptocurrency, commonly presented as a means of self regulation, because its circulation does not require the intermediation of central authorities, thanks to the use of the blockchain system. However, due to the enormous costs, concretely the circulation of bitcoins occur off chain, through platforms implemented by relatively few private companies. This means that a regulation does exist, but it is left to the private initiative. Moving from this statement, the paper briefly considers the recent EU regulatory initiative lauched in September 2020, putting in evidence its main contents and also its limits. In particular, the 'a-territorial' character of bitcoins questions the efficacy of the attempt to encapsulate their regulation within territorial ambits. The challenge for jurists (legislators, academics, judges) is to catch the new 'global' perspective of phenomena like bitcoins requiring to pass across the national legal orders in order to understand (and regulate) them.

Suggerimento di citazione

E. CALZOLAIO, Bitcon: *le sfide dell'autoregolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il saggio è realizzato nell'ambito della ricerca PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) e costituisce una rielaborazione dell'intervento al Seminario *Diritti e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 26 marzo 2021.

** Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Macerata.
Contatto: ermanno.calzolaio@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 fenomeno *bitcoin* come esempio di autoregolazione

Il *bitcoin* è forse la più nota tra le criptovalute, avendo raggiunto in poco più di un decennio una diffusione inaspettata, con un volume d'affari in crescita progressiva ed esponenziale, sebbene con un andamento non lineare. Agli inizi dell'anno 2021 si è diffusa la notizia secondo cui la società statunitense Tesla, specializzata nel settore delle auto elettriche, intendeva investire somme consistenti nell'acquisto di *bitcoins* e di prepararsi ad accettarli quali mezzi di pagamento. L'annuncio ha fatto registrare un balzo nelle quotazioni, seguito però da una brusca frenata quando la stessa società ha dichiarato di voler ripensare la propria strategia. Ad ogni buon conto, non vi è dubbio che la diffusione dei *bitcoins* sta andando al di là delle aspettative, suscitando numerosi interrogativi.

Nel contesto della riflessione sulle nuove forme di auto e co-regolazione delle tecnologie emergenti, il fenomeno del *bitcoin* costituisce un esempio significativo per cogliere alcune problematiche legate ai meccanismi di produzione e implementazione delle regole giuridiche da parte di soggetti privati. Infatti, il *bitcoin* si è affermato proprio sul presupposto della possibilità di realizzare, mediante il ricorso alla tecnologia *blockchain*, un ordine economico autonomo, svincolato dall'intervento di qualunque autorità regolatrice[1].

Nelle pagine che seguono si muoverà da una breve ricostruzione dei caratteri del *bitcoin* e delle modalità concrete della sua circolazione (par. 2), per mettere in luce che è riduttiva, se non proprio fuorviante, la narrazione corrente secondo cui ci si trova in presenza di uno strumento che si regge sul controllo reciproco dei soggetti partecipanti, giacché la prassi applicativa fa emergere una situazione molto diversa, in cui pochi intermediari privati elaborano e implementano il funzionamento del sistema (par. 3). In questo contesto, il legislatore europeo, che si è occupato del fenomeno a fini di prevenzione dell'uso del sistema di finanziario per fini illeciti (par. 4), si accinge ora ad emanare una più estesa regolamentazione delle cripto-attività nel loro complesso (par. 5). Di qui si prenderanno le mosse per alcuni spunti di riflessione circa la natura della sfida che il giurista si trova ad affrontare (par. 6).

2. I caratteri del fenomeno *bitcoin*

Dal punto di vista strettamente giuridico, il *bitcoin* costituisce un oggetto ancora misterioso[2]. Utilizzato come mezzo di pagamento in alternativa alle monete tradizionali, ma anche a scopo di investimento (attesa l'alta redditività che può assicurare), nonché come modalità di finanziamento di attività, la sua

[1] G. RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. e impr.*, 2019, 257 ss.

[2] In tal senso, A. CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 159. V. altresì A. RAHMATIAN, *Electronic money and cryptocurrencies (bitcoin): suggestions for definitions*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2019, 115 ss.

circolazione avviene nel vasto mondo della rete, al di fuori di un preciso quadro normativo, suscitando numerosi interrogativi, anche per i possibili impieghi a fini di evasione fiscale o di riciclaggio. Pur essendo talora utilizzato come mezzo di pagamento, esso non ha tutti i caratteri della moneta. Può essere uno strumento di investimento, ma essendo anche un mezzo di pagamento sfugge ad una sicura qualificazione in termini di strumento finanziario[3]. La sua esistenza poggia su un registro potenzialmente pubblico, ma protetto, sollevando anche questioni di tutela dei dati personali, con i conseguenti problemi di coordinamento con il Reg. EU n. 679 del 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali[4], che restano appunto pubblici.

In stretta sintesi, di *bitcoin* si inizia a parlare nel 2008, con la pubblicazione, sotto lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto, dell'ormai celebre contributo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*[5]. Muovendo dal rilievo secondo cui il commercio via internet poggia quasi esclusivamente sulle istituzioni finanziarie, si propone un nuovo sistema di pagamento elettronico più adeguato a facilitare gli scambi, basato su un sistema che fa perno su un network che consente di dare prova della pubblicazione di operazioni senza la verifica di un soggetto terzo e in cui le operazioni di pagamento sono irreversibili. Il primo *bitcoin* è "coniato" nel mese di gennaio 2009, non a caso al culmine della crisi globale del sistema bancario.

Il sistema poggia sulla tecnologia *blockchain*, una catena informatica raffigurabile come una sorta di libro mastro distribuito (*distributed ledger*), in continuo accrescimento e formata da anelli digitali (*block*), all'interno di ciascuno dei quali è racchiuso un certo numero di operazioni. Essa consente di realizzare scambi mediante l'uso della crittografia. L'accesso al sistema da parte dell'utente avviene con una chiave privata, con cui si interfaccia con altri utenti mediante una c.d. "chiave pubblica", usata per confermare i trasferimenti[6]. Quindi, i trasferimenti non vengono validati singolarmente, ma in gruppi

[3] A norma dell'art. 1, comma 4, D.lgs. n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza) "i mezzi di pagamento non sono strumenti finanziari". Ciò nonostante, la sentenza Trib. Verona 24 gennaio 2017, n. 195 ha valorizzato la componente di riserva di valore, che caratterizza in parte il *bitcoin*, inquadrandolo nell'ambito degli strumenti finanziari, al fine di applicare le norme previste dall'ordinamento a protezione dei consumatori e dell'integrità dei mercati. V. in proposito M. PASSARETTA, *Bitcoin: il* leading case *italiano*, nota a Trib. Verona, 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 471 ss.

[4] Cfr. S. CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali* (Dir. Pubbl.), in *Digesto*, Disc. Pubb., Aggiorn., 2017, 594 ss.

[5] Disponibile nel sito *https://bitcoin*.org/*bitcoin*.pdf.

[6] Nella crittografia asimmetrica viene designato come "chiave pubblica" quell'algoritmo usato da un mittente per criptare informazioni, inviata al ricevente per decifrarle mediante la cd. chiave privata, che viene appunto usata da un ricevente per decifrarle.

organizzati in blocchi concatenati l'uno all'altro (a conferma, quindi, del carattere protetto, quindi chiuso, del sistema).

Gli ideatori del sistema sottolineano il vantaggio costituito dalla c.d. "unicità digitale" dei *bitcoins*, che non possono essere trasferiti contemporaneamente a più soggetti diversi, con la conseguenza di realizzare una situazione di affidamento collettivo sulla sicurezza delle operazioni immesse nella *blockchain*, indicata come *trustless trust*, proprio in ragione della assenza di organi pubblici di garanzia. Secondo quanto dichiarato, ciò si verifica perché anche se la "catena" non è chiusa e possono quindi aggiungersi nuovi blocchi, le operazioni sono tutte concatenate tra loro e la sicurezza è garantita dal fatto che ogni nuova operazione deve essere convalidata. Il sistema crittografico assicura contro il rischio di doppi trasferimenti e contro eventuali "attacchi" da parte di *hackers*, che non potrebbero avvenire in modo invisibile. Inoltre, sebbene non del tutto esclusi, i comportamenti fraudolenti (o comunque lesivi) verrebbero ridotti da un approccio utilitaristico, a base del sistema, che induce i partecipanti alla comunità di aderenti a rispettare comportamenti conformi alle regole di funzionamento, rendendo svantaggiose le condotte disoneste[7].

Il fatto che il *software* di *bitcoin* sia *open-source* implica che chiunque può, in teoria, accedere ai suoi codici. In particolare, anche se i *bitcoins* sono stati generati in numero predefinito, mediante il c.d. *mining* (estrazione) è possibile incrementarne la generazione, attraverso dei calcoli che sviluppano l'algoritmo originario, consentendo così di aggiungere un nuovo anello alla sequenza crittografica. La generazione è dunque continua, ma essa avviene in modo molto graduale e si stima che raggiungerà al massimo 21 milioni entro l'anno 2040. Infatti, essa richiede l'elaborazione di calcoli sempre più complessi: i *miners* si sfidano nella soluzione di un problema matematico, la cui complessità viene automaticamente adattata dal sistema, sulla base della capacità di calcolo in quel momento impiegata nella rete. Il problema è risolvibile solo procedendo per tentativi, sicché è praticamente escluso che si possa conoscere in anticipo quale nodo sarà in grado di offrire per primo la soluzione. Al contempo, una volta individuata, la soluzione potrà essere verificata da tutti i nodi connessi alla rete, in modo tale da essere validata[8].

3. L'autoregolazione nella concreta realtà applicativa

Come si vede, il funzionamento della *blockchain* è estremamente complesso. Per partecipare all'attività di *mining* è necessario disporre di computer che siano in grado di generare migliaia di funzioni (intese quali formule

[7] Cfr. G. RINALDI, *op. cit.*, e ulteriori riferimenti *ivi*.

[8] G. ARCELLA, M. MANENTE, *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato*, 2020, 23 ss.

matematiche) che permettano di ottenere da una stringa di lunghezza arbitraria una stringa di lunghezza predefinita (in linguaggio informatico: "*hash*"). Il consumo energetico per implementare il sistema è impressionante e in continua progressione, man mano che le operazioni vengono implementate[9]. Ad esempio, è stato stimato che il consumo annuale di elettricità è di circa 52 terawatt all'ora (un terawatt equivale a mille miliardi di watt). Per avere qualche termine di paragone, si tratta di una quantità di energia pari al doppio di quella consumata nello stesso tempo nell'intera Scozia. E' stato anche stimato che l'operazione relativa ad un *bitcoin* da sola richiede l'impiego di energia in misura quattro volte superiore a quella necessaria per eseguire 100.000 operazioni mediante carta di credito del circuito VISA[10]. In termini economici, insomma, l'impegno è considerevole.

Ne consegue che, di contro alla declamata ampia accessibilità, solo un numero molto limitato di soggetti è in grado di affrontare le complessità tecniche implicate dal software, dai costosi aggiornamenti dell'hardware e dell'enorme consumo energetico. Solo una solida organizzazione, unita a cospicue risorse economiche, consente di mantenere il pieno controllo dei *bitcoin*s e l'accesso diretto alla blockchain senza necessità di ricorrere ad intermediazioni[11].

Ciò spiega perché, nella maggior parte dei casi le operazioni in *bitcoin* hanno luogo mediante "portafogli on line" (*online wallets*), che conservano le informazioni in un *cloud* e forniscono l'accesso ai loro clienti attraverso una interfaccia web su computer o su app. Il fornitore del servizio comunica il codice generato dal browser (o dall'app) e custodisce le chiavi private. Questi portafogli sono convenienti, facili da utilizzare, operano su vari devices e non necessitano che l'utilizzatore scarichi il software blockchain. Essi si distinguono in "*exchanges*" e "*wallet providers*". Un "*exchange*" è una piattaforma che permette di scambiare criptovalute con moneta tradizionale o con altre criptovalute a un determinato prezzo di mercato. Invece, i "*wallet providers*" consentono di conservare, trasferire e gestire le valute virtuali possedute. Le entrate e le uscite sono registrate in un portafoglio (*wallet*) installato sul dispositivo indicato dall'utente, che può servirsi dei *bitcoins* come mezzo di scambio per acquistare prodotti da rivenditori che accettano il pagamento attraverso questo mezzo, oppure semplicemente come strumento di investimento.

[9] Sulla "insostenibilità" ambientale del bitcoin, cfr. A. GULLI, *(Un)Sustainability of Bitcoin Mining*, 46 Rutgers Computer & Tech L.J. (2020), 95 ss.

[10] Per una stima del consumo energetico dei *bitcoin* v. il sito *digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption*.

[11] In tal senso, cfr. le pungenti considerazioni di M. SOLINAS, *Bitcoiners in Wonderland: lessons from the Cheshire Cat*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2019, 433 ss., spec. 435. Per una serrata critica al sistema cfr. anche K.F.K. LOW, E. MIK, *Pause the blockchain legal revolution*, in *I.C.L.Q.*, 2020, 135.

I rilievi appena svolti mostrano che se il *bitcoin* si è diffuso sul presupposto di essere un sistema autonomo che si regge sul controllo reciproco dei soggetti partecipanti alla catena, in realtà esso poggia su regole elaborate dagli intermediari privati che gestiscono le piattaforme attraverso cui si realizza la gran parte delle negoziazioni.

4. Le prime iniziative regolatorie nel diritto dell'Unione Europa

L'esplosione del 'mercato' delle criptovalute, in un contesto sovente caratterizzato dall'assenza di specifiche discipline normative statali, sta attirando sempre più l'attenzione da parte dei legislatori negli ultimi tempi. Alcuni Stati hanno adottato alcune prime iniziative, seppure ancora parziali e incomplete, talvolta ispirate alla volontà di attrarre operatori del settore (Giappone, Principato di Monaco, Lichtenstein, Malta), talaltra, al contrario, di restringere, o addirittura vietare, l'utilizzazione dei *bitcoins*, ad esempio come mezzo di pagamento (Cina)[12].

Nell'ambito dell'Unione Europea, i primi interventi si sono concentrati a contrastare i possibili usi delle criptomonete a fini di evasione fiscale e di riciclaggio. È proprio nell'ambito delle norme in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che si colloca la Direttiva 2018/843/UE del 30 maggio 2018, già recepita dalla maggior parte degli Stati membri. Essa definisce le valute virtuali come "una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente" (art. 1, lett. d).

È agevole rilevare che questa definizione lascia nell'ombra la funzione di mezzo di pagamento, mentre valorizza quella di "mezzo di scambio". Si tratta di una scelta consapevole e in netta discontinuità rispetto all'approccio seguito nella proposta della direttiva in questione, che descriveva le valute virtuali come rappresentazioni digitali di valore, non emesse da alcuna banca centrale o ente pubblico, né necessariamente collegate a una moneta legale, che vengono accettate quali mezzi di pagamento e che possono essere memorizzate, trasferite o scambiate in via elettronica. Questa scelta definitoria traeva linfa da un orientamento espresso dalla Corte di Giustizia in una sentenza del 2015, che, dovendo decidere in materia di applicabilità delle esenzioni dall'imposta sul valore aggiunto nei confronti degli operatori che svolgono attività di cambio

[12] Per una rassegna della legislazione adottata in vari paesi, cfr. F. ANNUNZIATA, *Speak, if you can: what are you? An alternative approach to the qualification of tokens and initial coin offerings*, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, 129 ss., nonché G. RINALDI, *op. loc. cit.*

di valuta virtuale contro valuta tradizionale, aveva concluso che il *bitcoin* "non ha altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento", sicché le attività di acquisto e vendita di criptomoneta conto terzi "non ricadono nella nozione di 'cessione di beni'" ma costituiscono una prestazione di servizi[13]. In sostanza, la Corte riteneva assorbente la funzione di strumento convenzionale rispetto alle altre funzioni svolte dalle criptomonete.

Sennonché, per la Banca Centrale Europea, chiamata a pronunciare il suo parere istituzionale sulla proposta di direttiva, la definizione delle monete virtuali in termini di "mezzi di pagamento" avrebbe rischiato di incoraggiarne l'utilizzo, senza tener conto dei rischi connessi alla loro volatilità e all'assenza di garanzie in ordine alla convertibilità in moneta tradizionale, nonché per il *vulnus* al sistema finanziario e monetario che sarebbe stato arrecato dall'eventuale incremento della loro circolazione[14]. Secondo la BCE, insomma, sarebbe stato preferibile qualificare le valute virtuali come "mezzi di scambio" ed evidenziare la loro non riconducibilità alla nozione di moneta legale.

Nella versione finale della Dir. 2018/843/UE il legislatore europeo ha accolto nella sostanza i rilievi della BCE e ciò spiega perché dall'articolato normativo è scomparsa ogni connotazione in chiave monetaria[15].

5. La proposta di regolamento europeo sulle cripto-attività

Se finora il legislatore europeo si è limitato ad assumere iniziative per contrastare un uso illecito delle criptovalute, è evidente che si tratta di un approccio riduttivo, giacché le 'criptoattività' possono essere progettate e strutturate in molteplici modi. Pur mancando ancora una terminologia condivisa, esse sono tendenzialmente classificate in tre tipologie: quella dei cd. *utility tokens*, che si connotano per la presenza di diritti garantiti su beni o servizi (e talvolta di diritti di governance come il diritto di voto) dell'emittente e che sono utilizzati non come forma di investimento, bensì per avere accesso a prodotti o servizi; quella dei cd. *security/financial tokens*, che rappresentano una frazione del

[13] Corte di Giustizia UE 22 ottobre 2015, C-264/14, *Skatteverket c. David Hedqvist*, in *Foro it.*, 2015, IV, 513. Con riferimento a questa decisione, cfr. N. MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa società*, 2016, 1, 111 ss., a 129, nonché G. LEMME, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 43, 1 ss., spec. 9.

[14] ECB, *Virtual currency schemes - a further analysis*, febbraio 2015, disponibile al seguente indirizzo: *https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf*, v. in specie 22 ss.

[15] Nel nostro ordinamento la direttiva è stata recepita con il D.Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, che ha modificato il D.Lgs. n. 90 del 2017 (a sua volta recante riforma del D.Lgs. n. 231 del 2007 che aveva trasposto nell'ordinamento interno i primi interventi dell'Unione in materia di riciclaggio). La valuta virtuale è definita come "la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente" (art. 1, lett. qq).

valore complessivo dell'attività sottostante, utilizzati come veri e propri strumenti finanziari; quella dei cd. *currency tokens*, tra cui rientra il *bitcoin*.

La Commissione Europea ha inteso promuovere una regolazione più ampia del fenomeno. In particolare, nell'ambito del cd. "pacchetto per la finanza digitale", il 24 settembre 2020 ha adottato una proposta di regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività (MiCA) COM(2020)593[16]. Si tratta di un intervento che, pur dedicando specifica attenzione alle cd. ICO (acronimo di Initial Coin Offers, cioè offerte di moneta iniziale), intende introdurre una normativa complessiva del settore (con l'eccezione delle cripto-attività inquadrabili nell'ambito della nozione di "strumenti finanziari" ai sensi delle direttive cd. Mifid I e Mifid II, che regolamentano il mercato dei servizi finanziari), stabilendo norme uniformi per gli emittenti e i fornitori di servizi connessi alle cripto-attività nell'UE, fissando obblighi in materia di trasparenza e di informativa in relazione all'emissione, al funzionamento, all'organizzazione e alla governance dei soggetti che prestano servizi, nonché introducendo specifiche norme a tutela dei consumatori e per la prevenzione di abusi di mercato.

La proposta è attualmente all'esame dei legislatori nazionali e su di essa di recente la BCE ha formulato il suo parere, non mancando di porre in luce alcune criticità[17].

Non è questa la sede per scendere ad un esame dettagliato. Ai nostri fini, è sufficiente ricordare che la proposta assume esplicitamente la tripartizione delle categorie di criptovalute cui sopra si è fatto cenno (cfr. considerando 9) e reca una definizione di cripto-attività come "rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga" (art. 3, n. 2). Per quanto qui interessa, essa individua nel *token* di moneta elettronica la tipologia "il cui scopo principale è quello di essere utilizzato come mezzo di scambio e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale" (n. 4).

Per gli *utility tokens* e i *security tokens*, la proposta prevede requisiti di trasparenza e di pubblicità in relazione all'ammissione alla negoziazione, secondo un approccio che fa perno sostanzialmente su misure di comunicazione, in specie mediante un *white paper* che abbia contenuti specificamente indicati, da notificare preventivamente all'autorità nazionale preposta, senza però

[16] Parere della BCE 19 febbraio 2021, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 29 aprile 2021, C/152/1 e disponibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

[17] http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/parere_bce_con_2021_4.pdf.

prevedere un regime autorizzativo preventivo, né un regime di vigilanza continuativo[18].

La disciplina è più stringente per quanto riguarda i *tokens* di moneta elettronica (tra cui rientra il *bitcoin*). Essa è contenuta nel titolo IV (artt. 43-52) quanto ai requisiti che devono essere soddisfatti da tutti gli emittenti e nel titolo V, quanto all'autorizzazione (artt. 53-58) e alle condizioni di esercizio per i fornitori di servizi per le cripto-attività (artt. 59-75).

Giova soffermarsi su questa parte della proposta di regolamento, per il rilievo che essa assume ai nostri fini, investendo direttamente anche i gestori delle piattaforme.

Anzitutto, viene previsto un regime autorizzatorio per assicurare che i servizi per le cripto-attività siano forniti solo da persone giuridiche che hanno la sede legale in uno Stato membro e specificamente autorizzate dall'autorità competente dello stesso. L'autorizzazione può essere negata se l'organo di amministrazione del richiedente non assicura una gestione efficace, sana e prudente, nonché un'adeguata considerazione degli interessi dei suoi clienti e l'integrità del mercato. Viene poi istituito un registro pubblico di tutti i fornitori, i quali devono dotarsi di "tutele prudenziali" (art. 60), consistenti in sostanza in garanzie di solvibilità con fondi propri o con polizza assicurativa estesa per tutti i territori dell'Unione.

Vanno poi segnalate le disposizioni relative alla custodia delle cripto-attività e dei fondi dei clienti. L'art. 63 sancisce l'obbligo di adottare misure adeguate di tutela dei "diritti di titolarità dei clienti, in particolare in caso di insolvenza del fornitore (…) e per prevenire l'uso delle cripto-attività di un cliente per conto proprio, salvo consenso esplicito del cliente".

Di particolare rilievo è la previsione di uno specifico regime di responsabilità nel caso di fornitori autorizzati alla custodia e all'amministrazione per conto di terzi. Infatti, l'art. 67, co. 8, dispone che i fornitori "sono responsabili nei confronti dei loro clienti della perdita di cripto-attività a seguito di un malfunzionamento o di attacchi informatici fino a un massimo del valore di mercato delle cripto-attività perse". Si tratta di una ipotesi di responsabilità oggettiva particolarmente stringente, che sembra escludere qualsiasi rilevanza giuridica anche alle tradizionali esimenti della forza maggiore. Qualche primo commentatore osserva in proposito che il regime prefigurato renderà difficile l'esercizio di attività di cripto-custodia nel territorio dell'Unione[19].

[18] Sulle problematiche connesse all'emissione e alla circolazione, cfr. G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità dei nuovi mercati finanziari,* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, pp. 13 ss.

[19] Cfr. D.A. ZETZSCHE-F. ANNUNZIATA-D.W. ARNER-R.P. BUCKLEY, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, EBI working papers series n. 77/2020, in specie p. 20 disponibile al seguente indirizzo: https://ssrn.com/abstract=3725395.

6. Spunti conclusivi

Dalle considerazioni sin qui svolte si apre ora lo spazio per qualche spunto di riflessione.

Si è visto che non corrisponde alla realtà la narrazione che ha accompagnato la nascita e lo sviluppo del *bitcoin*. Si prefigurava un sistema in cui i soggetti implicati avrebbero operato alla pari, attraverso una rete aperta che non necessitava di filtri e regolazioni esterne. Alla prova dei fatti, invece, le operazioni di *mining* e la circolazione della criptovaluta sono gestite da una cerchia ristretta di soggetti capaci di disporre delle risorse per sostenere i considerevoli costi connessi[20]. Il fatto che la maggior parte delle operazioni si svolgano non già *on chain*, bensì *off-chain*, finisce per replicare lo scenario piuttosto familiare di un mercato regolamentato, con la notevole differenza, però, che le regole che lo governano sono appannaggio degli operatori del settore.

L'iniziativa del legislatore europeo, tesa a regolamentare l'intero settore delle cripto-attività, si presta ad essere letta come un tentativo di riappropriarsi di uno spazio che si è aperto anche per l'assenza di limiti normativi, nonché per assicurare meccanismi di tutela degli utenti di un mercato sempre più florido. La recente proposta di regolamento europeo ha già prestato il fianco a rilievi critici, legati alla farraginosità dell'impianto normativo e alla mancanza di una chiara identificazione in positivo di quali *token* rientrano nel suo ambito di applicazione[21].

Senza entrare nel merito dei profili problematici, che evocano aspetti di elevata complessità, preme piuttosto svolgere una riflessione 'di contesto'[22], muovendo dal rilievo, tanto elementare quanto non banale, che la diffusione dei *bitcoins* è un fenomeno che si colloca al di fuori di qualsiasi confine nazionale, in quel luogo affascinante e misterioso del *web*. I linguaggi dell'informatica schiudono prospettive inedite, segnate dalla de-localizzazione di attività e, al contempo, anche dalla dematerializzazione di 'cose' entro spazi virtuali, sicché il *bitcoin* è una 'entità' tanto facile da afferrare, quanto veloce a svanire in una rete dove nasce, vive, ma anche si nasconde, attraversando trasversalmente gli ordinamenti giuridici e le classificazioni tradizionali.

[20] In tal senso, cfr. ancora M. SOLINAS, *Bitcoiners in Wonderland: lessons from the Cheshire Cat*, *op. loc. cit.*

[21] Cfr. F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, in www.dirittobancario.it, ottobre 2020. Su questo profilo, la stessa BCE nel suo parere, *cit.*, ha invitato a distinguere con maggiore chiarezza le cripto-attività che possono essere qualificate come strumenti finanziari (rientranti nell'ambito della MiFID II) e quelle che rientrerebbero nell'ambito di applicazione della proposta di regolamento (v. in specie il punto 1.4 del parere).

[22] Sulla comparazione giuridica come 'scienza di contesto', cfr. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005.

La cd. rivoluzione digitale ci proietta nella prospettiva, davvero inedita, di uno 'spazio' - in cui si stipulano contratti, si acquisiscono dati, circolano nuovi 'beni' e servizi, si commettono illeciti – che si colloca al di fuori di un territorio identificato da confini e, quindi, al di là di specifici ordinamenti giuridici[23]. In questo 'spazio' si fa sempre più acuto il bisogno di diritto, cioè di regole che consentano lo svolgimento ordinato delle attività che ivi si svolgono, che, come si è visto, sono le stesse 'comunità' ad elaborare ed applicare[24].

Il giurista può trovarsi disorientato davanti all'emersione di un diritto in qualche modo 'auto-prodotto', essendo abituato ad affrontare il 'nuovo' con la lente di categorie e di strumenti tradizionali e, in particolare, a muovere da una concezione del diritto come fenomeno circoscritto entro ambiti territoriali ben definiti in cui lo Stato esercita la propria sovranità[25].

Essendo questo il contesto, sorge l'interrogativo circa la reale efficacia di un intervento normativo come quello prefigurato in seno all'Unione Europea per affrontare la regolamentazione delle cripto-attività. Infatti, esso si muove nella direzione di dettare una serie di norme sull'emissione di criptovalute e sulla loro circolazione, richiedendo la localizzazione dei soggetti emittenti e di quelli che prestano i servizi connessi in uno degli Stati membri, chiamati ad autorizzare le relative attività e a vigilarne l'esercizio. Tuttavia, la natura totalmente immateriale del *bitcoin* e il contesto 'globale' in cui esso si diffonde difficilmente potranno impedire che la sua circolazione avvenga lecitamente anche attraverso piattaforme gestite da soggetti radicati in Stati al di fuori dell'Unione. Sembra infatti da escludere che a un utente possa essere precluso di rivolgersi – come comunemente accade – a qualunque operatore, a prescindere dal fatto che abbia sede in uno Stato dell'Unione. Pertanto, il pur comprensibile tentativo di convogliare l'esercizio di questo tipo di attività all'interno di un quadro normativo preciso e ancorato territorialmente all'interno dell'Unione Europea, per assicurarne il controllo, può sicuramente avere l'effetto di sottoporre il loro svolgimento a regole ben definite, ma non esclude che le criptovalute continuino a circolare più o meno indisturbate, secondo regole coniate ed implementate *al di fuori* della cornice disegnata dal legislatore europeo.

Senza indugiare oltre, preme allora conclusivamente focalizzare la sfida che il giurista si trova ad affrontare rispetto ad una realtà come quella contemporanea, segnata dall'emersione di un diritto delle nuove tecnologie rispetto al

[23] Cfr. J.-S. BERGÉ, *The "datasphere" as a new paradigm of relationship between territories in law*, in *Rev. Bras. Polit. Publicas*, 2018, II ss.

[24] Dal rilievo che "sempre più spesso il diritto *dei* privati diverge dal diritto privato *dello Stato* prende le mosse il recente contributo di A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2021, 17 ss.

[25] Cfr. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 13 ss., spec. 17.

quale le armi tradizionali di un intervento regolatore sembrano piuttosto spuntate. Per il semplice motivo che è mutato il contesto e, con esso, i punti certi di riferimento, come quelli offerti tradizionalmente dal diritto positivo dello Stato, identificato con i suoi confini. Di ciò è urgente rendersi pienamente conto, per non fallire le sfide del tutto nuove che questo nuovo contesto implica.

PIATTAFORME DIGITALI E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE FRA AUTOREGOLAMENTAZIONE E COREGOLAMENTAZIONE: NOTE RICOSTRUTTIVE*

RAFFAELLA NIRO**

Sommario

1. *Piercing the platform veil* nella "*concurring opinion*" del Justice Thomas - 2. Un passo indietro. Piattaforme digitali e libertà di espressione: dalla "ricchezza delle reti" alla concentrazione dell'informazione nelle mani di pochi - 3. Gli interventi di "*content moderation*": condizioni contrattuali o regole limitative della libertà di espressione? In margine all'autoregolazione delle piattaforme - 4. Il dibattito fra le due sponde dell'Atlantico: fra "*state doctrine action*" e "*drittwirkung*", gli strumenti di difesa della libertà di espressione nei confronti dei poteri privati - 5. La rinuncia degli Stati alla regolazione e la devoluzione alle piattaforme del potere normativo. Fra autoregolazione e coregolazione - 6. Verso il *Digital Service Act*, fra vecchi e nuovi paradigmi di regolazione.

Abstract

Starting from the concurring opinion of Justice Thomas in Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, 593 U.S. (2021) case - the paper analyzes the issue of the private regulation of free speech restrictions on digital platforms. Since 2000, dominant digital platforms – which provide avenues for historically unprecedented amounts of speech - started using policies of "content moderation", so as not to lose users, prohibiting messages related to hate speech or fake news, defined by the platforms themselves, in the conditions of service. The paper shows how - both in the USA and in Europe- the public authorities have left it to the platforms themselves to dictate the rules, allowing freedom of speech to be stifled by private parties, without any liability. Also the model of coregulation - followed in Europe to adopt the EU Code of conduct on countering illegal hate speech online and the Code of Practice on Disinformation and now in view of the approval of the Digital Service Act - turned out to be similar to the model of self-regulation, as it is equally entrusted to the platforms to identify the limits to freedom of speech. This raises the question of the twisting of sovereignty, by assigning to platforms the role of law making.

Suggerimento di citazione

R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il saggio è realizzato nell'ambito della ricerca PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) e costituisce una rielaborazione dell'intervento al Seminario *Diritti e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 26 marzo 2021.

** Professoressa associata in Istituzioni di Diritto pubblico all'Università degli Studi di Macerata. Contatto: raffaella.niro@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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. *Piercing the platforms veil*[1] nella *concurring opinion* del Justice Thomas

Accade ormai spesso, nella giurisprudenza costituzionale italiana[2], ma anche in quella di legittimità[3], che, nell'economia di una decisione, gli *obiter dicta* finiscano con l'avere un'importanza assai maggiore della vera e propria *ratio decidendi*, strettamente connessa al caso oggetto di giudizio. Si intende, così, porre le basi per futuri mutamenti di giurisprudenza, a volte anche dando spazio ad opinioni minoritarie destinate a segnare la successiva svolta, comunque influenzando gli altri giudici e sollecitando il legislatore.

Tale metodo argomentativo – si sa – è da tempo invalso anche presso le corti statunitensi, sempre meno inclini a ritagliare la *ratio decidendi* sul caso oggetto del giudizio (nonostante la natura vincolante del solo precedente) e sempre più favorevoli a ricondurre a quest'ultima anche quelle affermazioni generali (gli *obiter dicta*, appunto) volte a prefigurare i futuri sviluppi giurisprudenziali, in un'ottica che assegna, peraltro, alle *opinions* dei giudici un rilievo significativo[4].

In questa prospettiva deve leggersi l'ampio *obiter dictum*, scritto nella *concurrent opinion* dal Justice Thomas nell'*order* reso dalla Corte Suprema il 5 aprile 2021 nel caso Knight Institute v. Trump, ora Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al. 593 U. S., a proposito del potere delle piattaforme digitali di "remove any person from the platform", "at any time for any or no reason.", sulla base di "condizioni di servizio" stabilite dalle medesime piattaforme.

Al centro dell'opinione del giudice Thomas – che supporta la lapidaria motivazione della pronuncia[5] - c'è la (conquistata) consapevolezza, ad un tempo,

[1] Si prende in prestito, parafrasandolo, il principio secolare del diritto societario inglese, risalente al caso Salomon v Salomon & Co. Ltd del 1896, secondo cui, in determinati casi, è possibile "squarciare il velo aziendale" (*piercing the corporate veil*), con la conseguenza del venir meno della separazione patrimoniale tra la personalità giuridica di una società e i membri di questa.

[2] Sul punto v. M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa* 2006, p.1148. R. CALVANO, *Lo* stare decisis *nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost*., I, 1996, p. 1279 ss., mette in evidenza come "nel caso della Corte, soprattutto mediante la lettura della sentenze più recenti, è stato possibile invece riscontrare una quasi totale equiparazione tra le *rationes* ed i *dicta* cui la Corte fa riferimento nelle proprie pronunce, ed è anzi rilevabile un'utilizzazione molto frequente degli *obiter dicta,* tesa ad iniziare ad elaborare i principi guida della futura giurisprudenza, o per dare spazio ad opinioni minoritarie che, nelle decisioni successive, trovando maggiore consenso entrano nella sentenza come *rationes decidendi*".

[3] Sul punto, di recente, criticamente, B. CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa, 6 aprile 2020.

[4] Sulle difficoltà, anche nell'àmbito dei sistemi di common law, di distinguere nella decisione la *ratio decidendi* dall'*obiter dictum*, v. ZWEIGERT -KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, I, Principi fondamentali*, Milano, 1992, p. 312. Sul punto v. anche U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, 1996, p. 16.

[5] Nella citata decisione Knight Institute v. Trump, ora Joseph Biden, Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al., 593 U. S. (2021), no.

dell'enorme potere delle piattaforme digitali - che controllano una quantità di comunicazioni senza precedenti e censurano, liberamente, quelle "sgradite", sulla base di proprie regole - e dell'inadeguatezza della regolamentazione vigente (*rectius,* dell'attuale assenza di regolamentazione).

Il giudice Thomas, non più tardi del 2019, aveva votato a favore della decisione adottata a stretta maggioranza nel caso Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 587 U.S. (2019), confermando che agli operatori televisivi privati via cavo non possono opporsi i limiti del I° emendamento e che, quindi, sono liberi di stabilire quali messaggi possano essere tramessi e quali no, in base alle regole contrattuali fissate dai medesimi. Viene da pensare che abbia cambiato idea quanto al ruolo degli operatori privati nel settore dell'informazione[6] e stia gettando le basi per un importante mutamento di giurisprudenza.

È noto che negli Stati Uniti, secondo la tradizionale *State action doctrine*[7]*,* si ritiene che il I° emendamento garantisca la libertà di espressione, in via diretta, solo nei confronti dei poteri pubblici, mentre non impedisca che ad essa vengano poste limitazioni da parte dei privati[8]. Ove si consideri che alla natura

20-197, la Corte Suprema, in poche righe, ha accolto il ricorso avanzato da Trump volto a ottenere che fosse dichiarata priva di oggetto la causa precedentemente intentata nei suoi confronti per effetto del venir meno, *medio tempore*, della carica presidenziale che aveva costituito il presupposto della decisione. Il Knight First Amendment Institute e altri soggetti erano stati bloccati dal profilo Twitter dell'ex Presidente Donald J. Trump, utilizzato dallo stesso Trump anche per comunicare messaggi di natura ufficiale. L'Institute e gli altri soggetti avevano agito in giudizio contro il blocco, argomentando che esso costituiva una violazione dei loro diritti sanciti dal I Emendamento. L'amministrazione Trump, per contro, aveva asserito che era necessario distinguere tra i tweet dell'ex-Presidente, da una parte, e la decisione di bloccare gli utenti, dall'altra. I tweet riguardavano anche questioni ufficiali, mentre il blocco degli utenti sarebbe stata sempre una decisione presa da Trump in veste personale. La District Court federale e la Corte di Appello del Secondo Circuito avevano entrambe accolto le ragioni dell'Institute. L'amministrazione Trump aveva adito la Corte suprema federale. A seguito della vittoria di Joseph R. Biden nelle elezioni presidenziali del novembre 2020 e il conseguente avvicendamento nell'amministrazione presidenziale, nel gennaio 2021 gli avvocati di Trump avevano chiesto alla Corte suprema di annullare la sentenza della corte di appello e rinviare la questione a quest'ultima affinché la dichiarasse priva di oggetto. Infatti, la causa era stata intentata nei confronti di Trump in veste di Presidente e non come privato. La Corte suprema ha accolto il ricorso in un breve *order* non firmato.

[6] Sul punto v. M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion,* in DPCE on line 1/2021, 2787, segnala come "Questo nuovo posizionamento potrebbe peraltro incrinare la stessa maggioranza della sentenza Manhattan che aveva dato un'interpretazione restrittiva della *state action doctrine* e, più in generale, dei poteri regolatori del governo rispetto agli operatori privati".

[7] Sulla storia, sugli scopi e sull'attuazione della *State doctrine action* v., di recente, M. PATTY, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action once again*, in *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, 2019, vol. 40, p.113 e ss. Per una critica della citata dottrina v. M. MINOW, *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 2006, vol. 52, p. 145 e ss.

[8] Di recente questo principio è stato ribadito proprio in Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 587 U.S. (2019), in cui si afferma che "The text and original meaning of those Amendments,

privatistica delle imprese titolari delle piattaforme digitali si è ben presto accompagnato un peculiare regime di esenzione da ogni responsabilità per i messaggi sulle medesime "veicolati" da altri, nonché per gli interventi di rimozione di materiali da loro ritenuti indecenti, eccessivamente violenti o comunque "discutibili", suggellato dalla c.d. *Good Samaritan Clause* di cui alla sezione 230, par. 1 e 2, del *Communication Decency Act*[9], emerge chiaramente lo spazio di totale libertà in cui esse hanno operato e, almeno in parte, continuano ad operare. Tale regime, originariamente pensato al fine di agevolare la "libertà della Rete", era stato, in buona misura, condizionato anche dalla considerazione della peculiare natura delle imprese titolari delle piattaforme digitali (*internet service providers*), che forniscono servizi non necessariamente (anzi, all'inizio si riteneva mai) incidenti sulla libertà di espressione. Si riteneva si trattasse, in altri termini, di imprese che, limitandosi a consentire l'accesso alla rete agli utenti e l'eventuale collocamento su di essa di materiali e messaggi da parte dei medesimi utenti per un tempo più o meno lungo[10], senza interferire con i citati materiali e messaggi, se, da un lato, non avrebbero potuto essere chiamate a rispondere di condotte imputabili ad altri (ai "produttori" di quei materiali e/o messaggi, appunto), dall'altro, legittimamente avrebbero potuto adottare interventi anche di rimozione degli stessi materiali e messaggi, in linea con le specifiche condizioni contrattuali di servizio, sottoscritte dagli utenti e dalle stesse stabilite in coerenza con le proprie *policies* industriali.

Sennonché, sulla scia di un dibattito ormai vivace in dottrina[11], ma anche di qualche indicazione della stessa giurisprudenza statunitense (in specie, di

as well as this Court's longstanding precedents, establish that the Free Speech Clause prohibits only governmental abridgment of speech. The Free Speech Clause does not prohibit private abridgment of speech. See, e.g., Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U. S. 727, 737 (1996) (plurality opinion); Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U. S. 557, 566 (1995); Hudgens v. NLRB, 424 U. S. 507, 513 (1976); cf. Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241, 256 (1974)".

[9] La sezione 230 del *Communication Decency Act* dispone, al primo paragrafo, che "*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*"; al paragrafo 2 stabilisce che "*No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of -(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected*".

[10]Solitamente si distingue la figura del *provider* che svolge attività di semplice trasporto (o di fornitura di accesso alla rete), da quella del provider che svolge un'attività di memorizzazione solo temporanea (*caching provider*); da quella, infine, del provider che svolge un'attività di memorizzazione permanente (*hosting provider*): sul punto, di recente, v. L. ALBERTINI, *La responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione sul ruolo di gatekeepers della comunicazione)*, in IL CASO.it 2020.

[11] Sul punto M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws* 2/2020, segnala come "oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui

recente, Packingham v. North Carolina, 582 US – 2017), nella sua *concurring opinion* il giudice Thomas "squarcia" il velo delle piattaforme digitali e riconosce che esse, che sono "at bottom communications networks, and they "carry" information from one user to another", danno luogo ad un "private, concentrated control over online content", sopprimendo contenuti o rendendoli inaccessibili. Esse, che costituiscono il principale strumento attuale di diffusione dell'informazione e delle manifestazioni di pensiero, pur essendo società private, in ragione dell'"enormous control over speech" conquistato, devono essere sottoposte ad una regolamentazione pubblica che limiti il loro potere, in linea con quel che è accaduto con i *common carriers* o per i "*places of public accommodation*".

Il segnale è chiaro. Il giudice Thomas – forse anche sull'onda della preoccupazione per la malintesa (e pretesa) censura del Presidente Trump ravvisata nell'oscuramento del suo account da parte di vari social media[12] – avverte che è passato il tempo di inneggiare alla libertà delle piattaforme private nel nome della libertà della Rete e occorre porre riparo ad una situazione in cui, all'opposto, "private parties control the avenues for speech", mettendo a rischio proprio la libertà di espressione di tutti. E a questo scopo è necessaria una *public regulation*.

Anche sul fronte europeo – è noto – il dibattito sul punto è quanto mai acceso. La presentazione, nello scorso dicembre 2020, della proposta del Digital Service Act (in una con la proposta del Digital Market Act) svela la centralità del tema della tutela della libertà di espressione sulle piattaforme digitali e racconta il capovolgimento della parabola della Rete[13]. Capovolgimento di cui può essere utile rievocare, sia pure solo con qualche battuta, i principali snodi.

modi con i quali regolare efficacemente l'uso di Internet" (36). Possono richiamarsi i contributi raccolti da L.C. BOLLINGER-G.R. STONE (a cura di), *The Free speech Century, Oxford*. 2019.

[12] Si fa riferimento alla vicenda dell'oscuramento degli account del Presidente Trump su vari social media, interpretata da molti come rivelatrice di una forma di censura privata. Nella specie, tuttavia, come chiarisce bene M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 1, 2021, p. 195 e 198, non era in gioco alcuna censura privata, anzitutto perché i messaggi del Presidente Trump difficilmente avrebbero potuto ricondursi all'esercizio della sua libertà di espressione, essendo piuttosto esternazioni connesse alla sua funzione pubblica, ma, soprattutto, in quanto, consistendo in appelli al popolo a contestare con la forza i risultati elettorali, mai avrebbero potuto configurarsi come esercizio di *free speech*, quanto piuttosto come incitamento all'azione violenta e/o illegale, punibile come reato.

[13] V., ancora, M. MANETTI, *Regolare,* cit., che segnala che "in pochi anni è crollata l'idea della Rete come luogo di appagamento sia del bisogno di comunicazione interpersonale, sia della sete di conoscenza, in quanto tale destinata a divenire anche il luogo di elezione del dibattito democratico" (p. 36). "Dopo l'avvento dei social media" – avverte l'Autrice – "il tema si è per così dire rovesciato, concentrandosi sugli aspetti meno benefici della libertà di comunicazione-diffusione del pensiero".

2. Un passo indietro. Piattaforme digitali e libertà di espressione: dalla "ricchezza delle reti" alla "concentrazione" dell'informazione nelle mani di pochi

È fin troppo noto che, prima della rivoluzione digitale, la produzione e diffusione dell'informazione, della cultura e, più in generale, di tutti i contenuti espressivi del pensiero richiedeva ingenti investimenti.

Efficacemente si è osservato che tali investimenti "erano indispensabili per organizzare gli stabilimenti tipografici e le redazioni con cui si producevano i giornali, per realizzare il telegrafo e la rete telefonica, le radio e le televisioni, la tv via cavo e la tv satellitare"[14] e costituivano "importanti barriere all'ingresso nei mercati dell'informazione" che si affiancavano al "carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione, come la radio e la televisione"[15]. Da qui lo sforzo della legislazione – che, tuttavia, si è manifestato negli anni, in molti casi, solo lentamente e faticosamente, come è accaduto in Italia[16] - anzitutto di garantire il pluralismo dell'informazione tramite la previsione di tetti antitrust volti ad impedire la formazione di concentrazioni editoriali. Ma anche di stabilire precise forme di responsabilità dei titolari delle imprese editoriali, chiamati, ad un tempo, a dar conto del potere ad essi riconosciuto di selezionare cosa e come pubblicare, quale gerarchia assegnare alle informazioni, seguendo prevalentemente la logica economica dell'accrescimento degli introiti, nonché a rispettare i limiti ad essi posti a tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti, spesso assistiti dalla sanzione penale.

A ciò si è aggiunto, almeno in alcuni paesi, un ulteriore tassello, volto a dare voce, in specie nella radiotelevisione, anche ad opinioni ed informazioni che non avrebbero trovato accoglienza nelle emittenti private, così come a messaggi culturali, educativi, in qualche modo "di servizio", attraverso l'espressa previsione di un servizio pubblico.

Con l'avvento della rivoluzione digitale – si sa – il panorama è completamente mutato.

Il facile accesso alla rete tramite dispositivi a basso costo, la connessa possibilità per chiunque di inserire messaggi, video, foto, in sostanza di "produrre" informazione e replicare all'informazione pubblicata da altri, con una diffusione immediata e tendenzialmente "globale", al di là degli stretti confini territoriali, ha indotto a salutare questa nuova stagione come contraddistinta da una sorta di esplosione della comunicazione, connessa alla "ricchezza delle

[14] Così G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws* 1/2018, p.1.

[15] Id., ibidem.

[16] Per una puntuale ed esaustiva ricostruzione delle vicende della libertà di informazione in Italia, per tutti, v. A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21*, in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, 2006, Bologna, p. 575 e ss.

reti"[17] che "amplia la nostra sfera di libertà e rafforza la partecipazione democratica"[18]. Si è detto che l'avvento di Internet "ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza 'filtri', ovvero senza mediazioni di sorta, un open network"[19], in cui "tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori"[20]. La circolazione delle informazioni attraverso la Rete diventa – si è pure sottolineato - un formidabile strumento per "la formazione di una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità"[21].

In questa prospettiva, la libertà della Rete, identificata con la massima libertà di espressione, si è presto affermata anche come libertà da quelle regole, che i legislatori avevano dettato in relazione ai diversi, meno accessibili, mezzi di comunicazione del pensiero e di informazione (stampa, radiotelevisione), rivelandosi insofferente e, per certi versi, irriducibile alle limitazioni da esse definite. La Rete si è, dunque, imposta come uno spazio "aperto e libero", per certi versi "anarchico"[22], capace di "autogovernarsi" grazie all'applicazione di norme tecniche, idonee a consentire a chiunque di connettersi con altri, diffondendo messaggi e ricevendone, senza limiti territoriali e senza interferenze da parte delle pubbliche autorità. Uno spazio – il Cyberspazio – regolato dalla *Lex Informatica*, vale a dire da un "sistema di regole automatizzate e autoapplicative"[23], prodotto per "autopoiesi" e "in grado di dar luogo ad un ordinamento speciale", volto a realizzare la comunicazione "da punto a punto" in maniera neutrale, tale cioè da "disabilitare chiunque fosse al centro dal controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi"[24].

Tale situazione, tuttavia, si è presto trasformata. La smisurata mole di contenuti immessi sulla Rete, congiunta alla immediata e tendenzialmente illimitata diffusione degli stessi, ha contribuito ad inaugurare una nuova fase

[17] Così Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Tranforms Markets and Freedom*, Yale, 2006.

[18] G. PITRUZZELLA, cit., p. 3. L'Autore segnala come, con Internet, "si sono poste molte più restrizioni e più controlli diffusi all'operato dei detentori del potere politico. I watchdogs del potere si sono moltiplicati ed è per questo che i detentori del potere, specie (ma non solo) nei sistemi illiberali, temono Internet"

[19] Così T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Consultaonline* 25 maggio 2020, p. 4.

[20] Id., ibidem.

[21] Ancora T.E. FROSINI, *cit*., p. 10.

[22] Ha parlato di "carattere libertario, persino anarchico, di Internet" S. RODOTÀ, Recensione a G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia,* Napoli, 2012, in *Dir. pubbl.* 1/2014.

[23] Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *GruppodiPisa*, 2/2021, 166.

[24] Id., ivi, 167. L'Autore prende, a tal proposito, in prestito le parole di Lawrence Lessig, *The future of ideas*, New York, 2001, trad. it., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, 125.

dell'evoluzione della stessa (web 2.0), contraddistinta dalla centralità dell'attività di intermediazione tra chi produce informazione e chi la riceve[25]. Si è, in altri termini, andato sempre più delineando il carattere strategico del ruolo dei c.d. "gatekeepers"[26], cioè dei "portieri" dell'informazione (motori di ricerca, ma anche social media) che raccolgono, ordinano e redistribuiscono i contenuti immessi sulla rete, sulla base di algoritmi dai medesimi elaborati. Ciò al fine di guidare l'utente nelle sconfinate praterie del web in armonia con le sue preferenze, fidelizzandolo[27] e, quindi, realizzando, ad un tempo, anche il proprio utile economico, grazie alla cessione dei dati del medesimo utente alle imprese tramite la pubblicità[28].

È così che – nello spazio di assoluta libertà riconosciuto a tali operatori, quale preteso riflesso della libertà della Rete, peraltro garantito da normative (europee e d'oltreoceano) introdotte proprio al fine di esonerarli da qualsivoglia forma di responsabilità inerente ai contenuti immessi dagli utenti, almeno ove di essi i provider (cui non incombe un obbligo di sorveglianza preventiva) non siano venuti a conoscenza – si sono presto venuti a formare importanti e ingombranti oligopoli.

"La rete è aperta" – si è osservato[29] - "ma solo pochi soggetti (come Google e Facebook, e poi Twitter, YouTube, Instagram) hanno le chiavi dei cancelli da cui passa l'informazione".

[25] Sul punto v. R. BORRELLO, *Arte e rete digitale: i social networks e le policies sulla "nudità"*, in *Nomos* 3/2020, 3.

[26] Sul punto E. LAIDLAW, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 1/2008, 114, ha osservato che "by controlling the communication infrastructure of the Internet, they have become information gatekeepers".

[27] Sul punto G. PITRUZZELLA, osserva che "L'algoritmo filtra le notizie e le opinioni provenienti dal mondo esterno facendoci arrivare sullo schermo solo ciò che è coerente con la visione della realtà di ciascun utente. La conseguenza è che l'utente tende ad essere esposto solamente a quello che è in sintonia con i suoi pregiudizi e si rafforza nelle sue convinzioni. L'utente di Internet finisce spesso per ricevere, come notizie e informazioni, soltanto un'eco delle opinioni e dei gusti che ha manifestato (echo chamber) rafforzandosi ancor di più nei suoi convincimenti. Insomma, gli algoritmi costruiscono un mondo su misura di ciascuno di noi" (p. 9). E ciò in linea con il principio della "sovranità del consumatore", secondo l'elaborazione suggerita da Cass R. Sunstein (p. 10).

[28] Sul punto, L. ALBERTINI, *La responsabilità*, cit., p. 34, osserva che "l'apparente gratuità di molti servizi internet non è tale, in quanto il corrispettivo è dato dalla cessione del diritto di usare i propri dati personali (tracciati dal prestatore, di solito la piattaforma)". Pertanto, "le Big Tech Companies (…), pur essendo di solito inquadrate appunto come tech companies, in realtà sono advertising companies and middlemen in the flow of information: Google e Facebook traggono dalla pubblicità rispettivamente l'80 e il 98 % delle loro entrate" (p. 34). Sull'apparente gratuità dei servizi informativi offerti su internet, v. O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *Media Laws* 3/2019, p. 106.

[29] Così G. PITRUZZELLA, cit., p. 4. L'Autore, già nel 2018, sottolineava che "Si tratta di un numero assai ristretto di tech companies che ha il controllo delle porte di accesso alle informazioni presenti nella rete. Google, a livello mondiale, detiene fra il 70 e il 90 per cento del mercato delle ricerche"; "Un ruolo probabilmente ancora più marcato, nel realizzare l'accesso all'informazione, è ricoperto da

E tali soggetti – le Big Tech Companies - in forza della loro posizione di potere, non hanno impiegato troppo tempo a riempire quello spazio di libertà, fissando termini e condizioni per l'accesso alla Rete e ai servizi, dettando proprie "regole"[30], assistite da specifiche sanzioni e, talora, addirittura garantite da apposite "corti supreme" private[31] .

Esse, principalmente al fine di creare un ambiente favorevole per gli utenti, ma talora anche manifestando proprie tendenze ideologiche[32], hanno definito – ciascuna per proprio conto e in forma spesso differente - un vero e proprio sistema di controllo del flusso dei contenuti che transitano sulla Rete, che si sostanzia nella loro selezione, organizzazione ed eventuale rimozione. E hanno, in definitiva, dato vita a quella che è stata efficacemente qualificata come "una formidabile struttura di governance privata, tale per cui esse sono divenute i veri 'decisori', coloro i quali hanno 'more power to determine who may speak and who may be heard around the world'"[33].

Facebook, grazie al grandissimo numero di internauti che lo usa. Facebook, infatti, ha raggiunto la quota strabiliante di due miliardi di utenti (in Italia circa il 96% di utenti di Internet lo usa) (…) Se la rete è nata all'insegna del massimo di decentramento e di apertura, è pur vero che oggi la distribuzione dell'informazione all'utente è concentrata nelle mani di pochi Over The Top (OTP), che hanno accumulato un enorme potere economico, in un mondo, come quello dell'economia digitale, in cui meccanismi di lock-in, 'effetti di rete' ed economie di scala portano a mercati ad elevatissima concentrazione di tipo oligopolistico o addirittura monopolistico".

[30] M. MANETTI, *Facebook,* cit., osserva che la circostanza che gli spazi messi a disposizione dai social media siano soggetti esclusivamente alla disciplina contrattuale predisposta dalle piattaforme in vista del loro interesse è il "riflesso delle scelte dei poteri pubblici, che fin dall'inizio hanno voluto sottrarre la rete a qualsiasi forma di intervento (..) pretendendo che in tal modo sarebbe stata assicurata agli utenti la massima libertà possibile. Oggi è chiaro che quelle scelte hanno bensì favorito l'espansione della Rete, come si ripromettevano, ma l'hanno anche consegnata nelle mani di pochi potentati economici, che, oltre a sfruttare a scopo di profitto i messaggi degli utenti esercitano su di essi veri e propri poteri di censura" (p.196).

[31] È quanto è accaduto con la creazione dell'Independent Oversight Board da parte di Facebook su cui C. BONINI, *Così il gigante dei social stabilisce i limiti della libertà di parola*, La Repubblica 23 settembre 2021. V. ancora M. MANETTI, *op. ult. cit*., p. 196-197, là dove efficacemente sottolinea che "sotto le forme del diritto privato si nasconde dunque (Santi Romano insegna) l'esercizio di poteri pubblicistici, fondati sull'originarietà e indipendenza che gli ordinamenti costituiti dalle imprese son riusciti ad affermare, sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento". Sulla tendenza dei social network a creare proprie "costituzioni", alternative a quelle statuali e "a darsi persino 'corti supreme' investite del compito di interpretarle" v. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Media Laws* 11/2021, p. 188-189.

[32] Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. Italiana di informatica e diritto*, 1/2019, p. 37.

[33] Così M. BETZU, op. cit., p. 173, che richiama quanto affermato da J. ROSEN, *The Deciders : The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordam Law Review*, vol. 80, 4/2012, 1536.

3. Gli interventi di "*content moderation*": condizioni contrattuali o "regole" limitative della libertà di espressione? In margine all'autoregolazione delle piattaforme

È, infatti, un dato noto che, in particolare a partire dalla metà della prima decade degli anni 2000, le piattaforme digitali hanno iniziato ad utilizzare "strumenti di moderazione e *policies* sui contenuti diffondibili sulla Rete"[34], volti, ad un tempo, ad impedire la pubblicazione o consentire la rimozione di messaggi, immagini o espressioni ritenute dalle medesime piattaforme violente, "deplorevoli"[35] o "inappropriate"[36] sulla base di criteri non solo stabiliti in forma unilaterale, ma anche altamente discrezionali, così da consentire decisioni differenziate, caso per caso. Attraverso la previsione di specifiche condizioni di utilizzo, preventivamente rese note all'utente, e quindi contrattualmente fissate, tali piattaforme si sono via via prese la briga di stabilire se un contenuto pubblicato vada rimosso o reintegrato, chi meriti la *damnatio memoriae* del "bando" dallo spazio della discussione digitale, dove vada tracciato il confine tra discorso politico e discorso d'odio[37], quali immagini configurino il diritto di cronaca e quali il compiacimento dell'osceno[38], ma senza indicazioni puntuali e, prevalentemente, in un'ottica di massimizzazione del profitto. E, soprattutto, quasi sempre ben al di là di ipotesi normativamente definite e a

[34] Sul punto v. M. MONTI, op. cit., p.37.

[35] Negli Standard della Community di Facebook compaiono, fra i contenuti vietati, anche quelli qualificati come "deplorevoli" che comprendono: "Contenuti che incitano all'odio; Immagini forti e violente; Immagini di nudo e atti sessuali di adulti; Adescamento". Nel Codice di condotta della Community di Twitter vengono individuati i comportamenti "inaccettabili", fra cui "intimidating, harassing, abusive, discriminatory, derogatory or demeaning conduct".

[36] Fra i contenuti vietati dalle Norme stabilite da Google in relazione agli annunci, si indicano i contenuti "inappropriati".

[37] Può essere di qualche interesse, a conferma dell'elevata discrezionalità della "classificazione" dei contenuti e della conseguente individuazione dei contenuti vietati, richiamare alcuni recenti interventi dell'Independent Oversight Board di Facebook, relativi a contenuti rimossi dalla piattaforma perché ritenuti di incitamento all'odio e poi viceversa riabilitati, perché ricondotti alla critica politica. È il caso del post contraddistinto da un'immagine di una serie tv turca raffigurante un combattente, con la didascalia "Se la lingua del Kafir (non musulmano: ndr) si scaglia contro il Profeta, allora la spada deve essere tirata fuori dal fodero" e le connesse definizioni del presidente francese Emmanuel Macron come "il diavolo". Il citato Comitato, nella specie, aveva infatti revocato (decisione 2020-007-FB-FBR) la cancellazione del post originariamente disposta da Facebook che lo aveva ritenuto di incitamento all'odio, qualificandolo quale critica politica alla risposta di Macron nei confronti della violenza di matrice religiosa. Un altro caso è quello della pubblicazione di una (presunta) citazione di Goebbels, ministro della propaganda del regime nazista, secondo cui, "invece di appellarsi agli intellettuali, le discussioni dovrebbero fare leva sulle emozioni e sugli istinti". Tale frase, dapprima rimossa da Facebook, perché ritenuta una forma di elogio e di supporto al regime nazista, poi era stata nuovamente pubblicata a seguito della decisione del citato Comitato (decisione 2020-005-FB-UA), perché volta a creare un parallelo tra il concetto espresso dalla citazione e la presidenza di Donald Trump e quindi riconducile alla critica politica nei confronti del Presidente.

[38] Sul punto C. BONINI, *Così il gigante social*, cit., p. 1.

prescindere da ogni riferimento ad eventuali limiti fissati dalle Leggi fondamentali dei Paesi in cui esse operano.

In questa chiave si spiegano ad esempio – com'è stato efficacemente già rilevato[39] – la non rimozione del video dell'esecuzione di Saddam Hussein e, all'opposto, la tempestiva rimozione (poi revocata a seguito delle proteste di giornalisti e politici) di un video relativo al pestaggio in cella di un attivista egiziano, sebbene entrambi egualmente contrari agli standard relativi alle manifestazioni di violenza[40]. Ma anche la rimozione di immagini riproduttive di opere d'arte (come nel caso del "Trittico della deposizione della Croce" di Rubens) o di fotografie (come quella della bambina vietnamita che fuggiva da un attacco al napalm americano) raffiguranti nudità, ritenute tali da "urtare la suscettibilità di alcune persone della community che sono particolarmente sensibili a questo tipo di contenuti"[41] e, quindi, bandite in vista dell'obiettivo di non correre il rischio di perdere ampie fasce di utenti.

Simili interventi, che evocano una forma di "censura privata" si realizzano – come è noto - secondo varie modalità. C'è una "moderazione *ex ante*" che si risolve nel "filtraggio" dei contenuti, attraverso sistemi automatizzati fondati su algoritmi in grado di individuare quelli da scartare, nonché di stabilire l'ordine di quelli da visualizzare[42], in armonia con una sorta di "architectural regulation"[43], predefinita dalla medesima piattaforma in vista dei propri obiettivi istitutivi. C'è, poi, una "moderazione *ex post*", che si realizza mediante la rimozione dei contenuti vietati in base agli Standard della Community, stabiliti nelle condizioni contrattuali d'uso, e che si avvale di due "canali" di intervento distinti: uno, affidato alla stessa piattaforma; l'altro, che passa attraverso le segnalazioni degli utenti (*flagging*), che lamentano la presenza di contenuti sgradevoli o sgraditi, assumendone il contrasto con i citati Standard, e ne richiedono l'eliminazione, secondo la logica contrattuale dell'inadempimento degli obblighi derivanti proprio dalle condizioni contrattuali d'uso.

In entrambi i casi risulta evidente, di primo acchito, la dimensione tutta contrattuale e quindi privatistica in cui si colloca l'attività di "moderazione/regolazione" svolta dalle citate piattaforme in vista del proprio interesse. Un'attività attraverso cui, nel "vuoto" della regolazione pubblica e con il favore della

[39] Sul punto v. M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 37.

[40] Così anche R. BORRELLO, *Arte*, cit., pa. 10.

[41] Come risultava, ad esempio, negli Standars della Community di Facebook. Sul punto ancora R. BORRELLO, *cit*., p. 13.

[42] Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione,* cit., p. 38, rileva che, in tali casi, si può parlare di "censura indiretta di quei siti relegati e confinati alle ultime pagine della *search*", dal momento che è risultato che "i siti compresi dalla seconda pagina in poi della risposta alla *query* sono raramente visualizzati da un internauta".

[43] Sul punto M. BETZU, *Poteri pubblici*, cit., p. 174, parla di "regole implicite", "rappresentate dallo strato logico della piattaforma, ovvero dal suo codice".

elevata "tecnicità" degli spazi e degli strumenti utilizzati (il cyberspazio), si delineano ordinamenti giuridici autonomi, "autoprodotti" dalle medesime piattaforme. Ordinamenti le cui regole, tuttavia, incidono vistosamente, limitandoli, su una serie di diritti degli utenti, fra cui spicca appunto quello alla libertà di espressione, garantito dalle carte costituzionali e qualificato, com'è noto, come caposaldo di ogni società democratica e cifra distintiva degli ordinamenti liberal-democratici non solo dalla più risalente giurisprudenza costituzionale italiana[44], ma anche da quella statunitense ed europea[45].

Il che richiama all'attenzione il tema – antico, ma sempre attuale – dell'efficacia orizzontale delle garanzie dei diritti, in specie della libertà di espressione.

4. Il dibattito fra le due sponde dell'Atlantico: fra "*state doctrine action*" e "*Drittwirkung*", gli strumenti di difesa della libertà di espressione nei confronti dei poteri privati

Si è già ricordato che la giurisprudenza federale americana ha costantemente ritenuto le disposizioni del *Bill of rights* federale come inerenti ai rapporti fra cittadini e poteri pubblici (federali e statali), escludendo, pertanto, l'efficacia orizzontale delle garanzie costituzionali dei diritti e lasciando, così, che la sfera dei rapporti privatistici restasse regolata dal secolare patrimonio giuridico di *common law*[46].

Tuttavia, proprio in applicazione della tradizionale dottrina della *State action*[47], la Corte Suprema ha derogato a tale principio, riconoscendo, con riferimento al I° emendamento – a partire dal leading case *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) – che le garanzie della libertà di espressione si applicano anche ai privati allorquando questi si comportino come "*State actors*". Il che è accaduto appunto nel caso delle *company towns*, ossia di cittadine di proprietà di società private, che, nei propri regolamenti aziendali, avevano proibito la diffusione di documentazione di contenuto politico o religioso all'interno delle medesime cittadine. In quell'occasione la Corte aveva ravvisato nella gestione dell'intero spazio della città, di proprietà privata, una "*public function*", necessaria alla vita della comunità, e nella censura imposta dalla compagnia

[44] Sin dalle più risalenti pronunce la Corte costituzionale ha qualificato la libertà di manifestazione del pensiero quale "pietra angolare" e "cardine" del regime di democrazia garantito dalla Costituzione: v., fra le prime, sentt. nn. 9 e 25 del 1965.

[45] Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di libertà di espressione v., in particolare, O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet,* in *Media Laws* 1/2018, 4 e ss.

[46] Così D. ZECCA, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *Media Laws* 5/2020.

[47] Per riferimenti alla storia, agli scopi e ai contenuti della *State action doctrine* si rinvia alla nota 6.

proprietaria una violazione della libertà di stampa e religione, garantita dal I° e dal XIV° emendamento[48].

Successivamente la Corte Suprema – pur con indicazioni non sempre cristalline[49] – ha delimitato le ipotesi di applicazione diretta del I° emendamento, escludendola con riguardo a provvedimenti di censura adottati da privati che non fossero titolari di funzioni di controllo in tutto analoghe a quelle di un governo o di una municipalità (non "state actors") e in presenza di alternative efficaci per la diffusione delle idee censurate[50]. E ha confermato tale orientamento restrittivo anche nel più recente caso – già citato - Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 587 U.S. (2019), in cui, ribadendo che un ente privato può essere qualificato come "state actor" solo se esercita "poteri tradizionalmente ed esclusivamente riservati allo Stato" ("*powers traditionally exclusively reserved to the State*"), ha escluso che potesse rientrare in tale categoria finanche un operatore privato di televisione via cavo cui era stata affidata per legge la gestione del servizio con l'obbligo di trasmettere canali ad accesso pubblico, ritenendolo, quindi, sottratto al rispetto dei vincoli del Primo Emendamento, ivi compreso il divieto di censura[51].

La porta dell'applicazione diretta delle garanzie costituzionali della libertà di espressione sembra, quindi, negli Stati Uniti, ben serrata, nel segno del riconoscimento di una illimitata libertà di definizione delle condizioni contrattuali da parte delle imprese private, anche di grandi dimensioni e dominanti sul mercato.

Ma è proprio nelle pieghe dell'opinione concorrente del giudice Thomas, redatta nella primavera scorsa in calce alla pronuncia resa dalla Corte Suprema nel caso Knight Institute v. Trump, ora Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, che sembra prefigurarsi – come anticipato in apertura di queste righe - la possibilità di un nuovo scenario.

Quando, come nel caso delle piattaforme digitali – avverte Thomas – si ha a che fare con privati che controllano le principali "strade" della comunicazione e dell'informazione (quasi una variante dell'immagine della "*modern public square*" evocata nel caso Packingham v, North Carolina del 2017, a

[48] Sul punto cfr. M. MONTI, *La Corte Suprema e il potere delle piattaforme digitali*, cit., p. 2783.

[49] M. MINOW, *Alternative*, cit., p. 145, osserva che "in U.S. constitutional law, the state action doctrine — attaching the protections of individual rights to government action — is notoriously confusing, if not incoherent. Though the doctrine is already known for its 'lack of clarity' (…)".

[50] Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza Lloyd Corp. V. Tanner, 407 U.S. 551 (1972) e alla sentenza Hudgens v. NLRB, 424 U.S. 507 (1976)

[51] Nella sentenza si legge che "merely hosting speech by others is not a traditional, exclusive public function and does not alone transform private entities into state actors subject to First Amendment constraints". Sul punto v. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Media Laws* 2/2021, p. 86-87.

proposito della Rete), per evitare che la libertà di parola sia soffocata, è necessario seguire itinerari giuridici diversi da quelli della "state action doctrine" che, tuttavia, conducono al medesimo risultato della, pur indiretta, applicazione delle garanzie del I° emendamento. Itinerari che consentano, ad un tempo, di impedire il controllo, da parte di poche società private, dei contenuti diffusi *on line* (ad es. sopprimendoli mediante la loro "deindicizzazione" o posponendo i risultati di ricerca) e di rendere accessibili al pubblico le piattaforme. Tali percorsi si snodano lungo le analogie sussistenti fra piattaforme digitali e *common carriers* (compagnie ferroviarie, ma anche le compagnie dei telegrafi e dei telefoni) e *places of public accomodation*, assoggettati, da tempi risalenti, a "special regulations", che obbligano le imprese così qualificate – in specie se in posizione dominante sul mercato - a non escludere nessuno dai propri servizi, in virtù del carattere di pubblica utilità di questi ultimi. In fondo, anche le piattaforme digitali sono reti di comunicazione – sebbene digitali e non materiali – attraverso le quali passa la gran parte delle manifestazioni del pensiero e informazioni. La circostanza che non sussistano alternative comparabili alle piattaforme, quanto alla diffusione del pensiero, svelando in maniera ancor più evidente la similitudine con i *common carriers* e le *public accomodations*, fornisce al legislatore argomenti forti – prosegue il giudice Thomas – a sostegno della necessità dell'introduzione di un'analoga disciplina "speciale" anche per le medesime piattaforme. Una disciplina che, pur limitando il potere delle stesse di rimuovere i contenuti, non impedirebbe loro di avvalersi della rete per esercitare la propria libertà di espressione[52].

Ma – osserva, infine, con rammarico – a tutt'oggi il Congresso non ha ritenuto di approvare alcuna regolamentazione di tale specie. Al contrario, ha riconosciuto loro l'immunità per i contenuti diffusi, consacrata nella Sezione 230 CDA - senza imporre alcuna responsabilità, neppure in ordine al divieto di discriminazioni delle opinioni.

Tant'è.

Al di là dell'Atlantico occorrerà attendere per verificare se e come le istanze – in qualche modo recepite dal giudice Thomas - di una specifica regolamentazione pubblica a garanzia della libertà di espressione, volta ad escludere gli interventi di censura delle grandi piattaforme digitali private, prenderanno forma, anche nel segno di una diversa declinazione del paradigma del *marketplace of ideas*[53] (almeno rispetto a quella degli ultimi vent'anni).

[52] A sostegno di ciò si afferma che "That is especially true because the space constraints on digital platforms are practically nonexistent (unlike on cable companies)": p. 10.

[53] M. MANETTI, *Regolare*, cit., p. 36, segnala come, nel dibattito sui modi con cui regolare efficacemente Internet, oggi esploso in tutto il mondo e non da ultimo negli Stati Uniti, vi è chi ritiene che sia necessario, non negare il paradigma *del marketplace of ideas*, ma "sconfessare la retorica deregolatoria della quale il I° emendamento è stato arbitrariamente elevato a simbolo". L'Autrice sottolinea

Sulle sponde europee la situazione, pur sulla base di premesse per certi versi opposte, non è poi molto differente.

Infatti, è noto che – sulla scia della giurisprudenza costituzionale tedesca degli anni cinquanta[54] – la teoria di matrice tedesca dell'effetto orizzontale (*Drittwirkung*) delle disposizioni costituzionali relative ai diritti inviolabili è stata presto condivisa e accettata da molte altre corti costituzionali europee[55]. Il che, peraltro, riflette l'impostazione di quelle Carte costituzionali del secondo dopoguerra, come quella italiana, in cui si consacra il superamento della concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi e si afferma la "piena efficacia della Costituzione anche nella società civile e nelle formazioni sociali di questa si compone"[56]. Un'efficacia che si esplica nei rapporti dei singoli "con qualsiasi potere, pubblico o privato che sia"[57], oltre che nei confronti dei privati e dei gruppi che non detengano poteri. E che implica – come affermato, già molti anni addietro, dalla Corte costituzionale, con specifico riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost., in linea con un'autorevole dottrina[58] – che il dettato costituzionale sul punto "debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale" (sent. n. 122 del 1970).

Da qui l'inevitabile conseguenza dell'applicazione delle garanzie costituzionali della libertà d'espressione anche nei confronti delle piattaforme digitali private, vincolate al rispetto delle regole stabilite in attuazione delle previsioni costituzionali inerenti ai diritti. Regole che il legislatore è tenuto ad adottare, in un'ottica anche di certezza del diritto[59], al fine di individuare gli strumenti

che "chi conosce la giurisprudenza statunitense degli ultimi vent'anni non può ignorare come l'espansione riconosciuta in passato alla libertà di pensiero sia stata trasformata dalla Corte Suprema nel più efficace strumento di protezione degli interessi economici e commerciali" (p. 44).

[54] Sul punto O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia: diritti fondamentali in rete e sfide del costituzionalismo alle prese con i poteri privati in ambito digitale*, in *privacy&* 4/2020, p. 19.

[55] Ancora O. POLLICINO, op. ult. cit., p. 19, che segnala come tale teoria sia stata recepita anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e, con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalla Corte di giustizia, anche se, quanto a quest'ultima, non del tutto coerentemente.

[56] Così, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 18.

[57] Ancora A. PACE, *ivi*, ibidem.

[58] Si tratta di quanto scriveva Carlo ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958, p. 29, nota 61.

[59] Si pensi, a tal proposito, alla diversità delle soluzioni fornite dalla giurisprudenza ordinaria in Italia, quanto all'applicazione diretta, senza intermediazione del legislatore, dei principi costituzionali in tema di libertà di espressione e libertà di iniziativa economica privata (e non solo). Com'è dimostrato, ad esempio, in due casi di rimozione, da parte di Facebook, di contenuti pubblicati ad opera di movimenti politici riconducibili all'estrema destra (Forza nuova e Casa Pound), risolti dai due collegi in maniera diametralmente opposta, confermandosi, in una pronuncia, la legittimità dell'avvenuta rimozione, per violazione delle condizioni contrattuali d'uso (ord. Tribunale di Roma, sez Impresa, 12 dicembre 2019); nell'altra, disponendosi, viceversa, il ripristino del contenuto, nel segno dell'applicazione diretta delle garanzie della libertà di espressione e della posizione "peculiare" di Facebook

più adeguati di tutela in riferimento alle specifiche e concrete situazioni, alla luce di tutti gli interessi costituzionalmente coinvolti (*in primis*, libertà di espressione e libertà di iniziativa economica privata[60]). Regole che sarebbero state (e sarebbero) tanto più necessarie in settori nuovi e strategici come quello delle piattaforme digitali e della Rete (della cui natura tuttora si discute), ma che anche gli Stati europei hanno rinunciato, da lungo tempo, a dettare in nome della "libertà della Rete", lasciando che fossero le stesse piattaforme a conformare lo spazio di libertà.

5. La rinuncia degli Stati alla regolazione e la devoluzione alle piattaforme del potere normativo. Fra autoregolazione e coregolazione

Inizialmente - sull'onda dell'entusiasmo dettato dall'idea che l'avvento di Internet fosse preludio di un "mondo nuovo", in cui ciascuno avrebbe trovato, senza ostacoli e senza condizionamenti, diversi da quelli tecnici, un proprio

(ord. Trib. Roma, sez. diritti della persona, 23 febbraio 2020). Sul punto v. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova*, cit., p. 189, segnala che "un intervento legislativo sarebbe non solo auspicabile – tra l'altro per sollevare i giudici da un'attività di supplenza che può portare, come dimostrano anche le decisioni in esame, ad esiti difficilmente prevedibili, con compromissione del valore della sicurezza giuridica e, in definitiva, dell'eguaglianza dei soggetti coinvolti nelle singole controversie – ma sarebbe altresì del tutto legittimo, quantomeno con riferimento a quei *social network* che possiedano in un determinato Paese una soglia elevata di utenti (criterio già utilizzato ad es. in Francia ed in Germania) e per i quali sia quindi possibile desumere la detenzione di un potere privato".

[60] Quanto a quest'ultima, può essere utile richiamare all'attenzione la circostanza che, nell'orizzonte costituzionale italiano, lo statuto dell'iniziativa economica privata è disegnato in modo tale da prevedere espressamente la necessità della garanzia della compatibilità (sia pure intesa come non contrasto) della libertà economica con le altre libertà (fra cui, ovviamente, quella di manifestazione del pensiero), nonché con altri principi, interessi e diritti costituzionalmente garantiti (la dignità, la sicurezza, l'utilità sociale), in virtù di una lettura –proposta sin da tempo risalente dalla dottrina (per tutti, C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost*. 1962, 37) e condivisa dalla giurisprudenza costituzionale (fra le prime, v. sent. n. 54 del 1962) - dell'art. 41 Cost. secondo cui i limiti da esso indicati fanno corpo con la proclamazione della stessa libertà. La necessità di una disciplina che contemperi eventuali diritti costituzionali confliggenti con la libertà economica è stata ribadita dalla Corte costituzionale proprio con riguardo all'attività di informazione, allorquando la Corte, pur distinguendo fra disciplina dei mezzi (che ricade nell'art. 41) e disciplina dell'attività (riconducibile viceversa all'art. 21), ha precisato che la stessa disciplina dei mezzi trova un vincolo finalistico nell'art. 21, dovendo provvedere a rendere possibile l'utilizzo dei mezzi da parte del maggior numero possibile di soggetti, per assicurare l' "armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno" (sent. n. 105 del 1972). Sul punto A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, p. 670 ss. V. anche E. CHELI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giur. cost*. 1961, 689.

spazio di libera espressione [61] - si è scelto di escludere qualsiasi ruolo dei pubblici poteri nella gestione della Rete, "consegnata 'chiavi in mano' ai privati"[62].

Non è un caso che, nella prima fase, in questa prospettiva, gli unici interventi normativi, sulle due sponde dell'Atlantico, allo stesso modo, siano andati nella direzione di dotare i provider di una speciale immunità, in linea con l'esclusione della loro qualificazione come editori. Immunità che, di là dall'Atlantico, è stata consacrata nella citata sezione 230, par. 1 e 2, del *Communication Decency Act*, approvata dal Congresso nel 1996[63]; sulle sponde europee si è tradotta negli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (recepita in Italia con il d.lgs. n. 70 del 2003). Ciò che ha siglato l'esclusione della responsabilità editoriale del provider in relazione ai contenuti pubblicati, l'affermazione dell'assenza di un suo obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e memorizzate (art. 15), nonché il riconoscimento del potere di rimuovere le informazioni ritenute illecite, a prescindere dall'intervento delle pubbliche autorità[64].

A tale esonero di responsabilità, connesso all'idea di una presunta neutralità della Rete e delle piattaforme, si è andata, poi, in ambito europeo, affiancando la sempre più frequente "delega", da parte dell'Unione, ma anche degli Stati, proprio ai "guardiani della Rete", di importanti compiti regolatori[65], volti a fronteggiare le questioni più spinose proprio in tema di limiti alla libertà di espressione.

È, infatti, anzitutto in corrispondenza della sempre maggiore diffusione in Rete di messaggi di incitamento all'odio (*hate speech*), sotto forma di contenuti xenofobi, nazionalisti, islamofobici, razzisti e antisemiti – favoriti dall'anonimato, oltre che dall'agevole accesso alla Rete stessa e dalla rapida condivisione con altri utenti – che la Commissione europea, che era già intervenuta con la decisione quadro 2008/913/GAI volta al ravvicinamento delle legislazioni

[61] M. BASSINI, *Libertà di espressione*, cit. p. 72, là dove parla di "alba di un nuovo mondo", nell'evocare una situazione in cui ciascuno avrebbe potuto esprimersi liberamente, su piattaforme contraddistinte da poche e semplici regole definite dagli amministratori e condivise dagli aderenti alla "community" e con la possibilità di transitare da una comunità all'altra, segnala come, in un simile contesto, agli Stati non si riconosceva alcun ruolo ed alcun potere: "gli Stati, in questa ricostruzione, sono l'altrove, impossibilitati a predicare la propria sovranità e a estendere l'enforcement delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato".

[62] Così efficacemente M. MANETTI, *Regolare*, cit., p. 41.

[63] Sulla qualificazione della sezione 230 del CDA come contenente "The Twenty-Six Words that Created the Internet" v. M. BASSINI, *Libertà*, cit., p. 73.

[64] Si fa riferimento, in particolare, all' hosting provider (che ospita contenuti forniti dagli utenti memorizzandoli per lungo tempo) che sia "al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita", o, nel caso di azioni risarcitorie, che "sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione" e non abbia subito provveduto a rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso (art. 14).

[65] Parla di "delega di funzioni parastatali alle Internet platforms" M. MONTI, *Privatizzazione,* cit., p. 40.

degli Stati membri relative a taluni reati di xenofobia e razzismo, il 30 maggio 2016 ha adottato il Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online, che è stato sottoscritto dai maggiori attori del mercato telematico e cioè Facebook, Google, Microsoft e Twitter, cui si sono aggiunti nel 2018 anche Instagram, Google+, Snapchat, Dailymotion e jeuxvideo.com. Il Codice di Condotta – che si atteggia come uno strumento di *soft law* - richiede ai firmatari di adattare le loro procedure interne in maniera da garantire una rapida ed incisiva risposta in caso di discorsi d'odio veicolati attraverso le rispettive piattaforme online. In particolare, il Codice stabilisce che le società "valutino la maggior parte delle notifiche valide per la rimozione delle espressioni di odio illegale in meno di 24 ore e rimuovano o disabilitino l'accesso a tali contenuti, se necessario". E ciò, in primo luogo, "alla luce delle loro regole e delle linee guida comunitarie e, se necessario, delle leggi nazionali che recepiscono la decisione quadro 2008/913/GAI». Al fine di ottemperare a tale compito, le piattaforme hanno, quindi, dettato propri standard, fra loro spesso non coincidenti, che non si sovrappongono alle definizioni fornite dalla citata decisione quadro, ma vanno oltre, ampliando il novero dei discorsi d'odio vietati ed assegnando, in ragione della frequente vaghezza della loro identificazione, ampi margini di libertà alla piattaforma, che si trova a stabilire, in unica istanza e caso per caso, il confine fra espressioni legittime del pensiero e discorsi di incitamento all'odio vietati. Con la conseguente privatizzazione non solo della censura (in tutte le ipotesi in cui siano identificati discorsi d'odio anche in riferimento ad espressioni lecite del pensiero), ma anche dei rimedi per contestarla, rimessi alle medesime piattaforme[66].

Tale modo di procedere è prescelto dalla Commissione europea nell'ambito di una strategia "che coltiva l'idea di coinvolgere gli *stakeholder* nella elaborazione dei principi o direttive necessari a fondare una disciplina comune della materia ma affidando loro l'iniziativa sull'implementazione delle regole più confacenti alla propria natura e struttura"[67]. Esso si pone sull'evanescente crinale fra autoregolazione e co-regolazione[68], che sono accomunate dalla

[66] Sul punto, v. F. CASAROSA, *L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio online: l'equilibrio fra un sistema di "enforcement" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *Questione giustizia* 1/2021.

[67] Così P. BONINI, L*'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politi*ci, in *federalismi.it* 11/2020, p. 266.

[68] Si tratterebbe, secondo G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *federalismi.it* 11/2019, p. 14, di una "audited self-regulation", basata su di una "delega di un soggetto pubblico che mantiene un marginale potere di verifica e di eventuale revisione". Una definizione di autoregolazione e di coregolazione compare nel Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE" (parere d'iniziativa) (2015/C 291/05), Par. 2.4 in eur-lex.europa.eu.

"totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola"[69] e "dall'inerenza a settori ordinamentali caratterizzati dalla presenza di preminenti interessi privatistici"[70] e distinte dal differente grado di "ingerenza/influenza dell'autorità pubblica nell'attività di regolazione privata"[71]. Si tratta, in sostanza, di una modalità di regolazione in cui si demanda agli operatori privati del settore il compito di contribuire a dettare le regole che essi stessi dovranno poi applicare, in vista di un loro più ampio e condiviso rispetto.

In questa prospettiva e seguendo un'analoga procedura è stato adottato il Codice di Pratiche sulla Disinformazione, anch'esso volto a contrastare un fenomeno, non nuovo, ma divenuto eclatante sulla Rete, e ritenuto pericoloso per la democrazia, costituito dalla diffusione di *fake news* e di contenuti di disinformazione online. La Commissione europea, sulla base di un rapporto redatto nel marzo del 2018 da un gruppo di esperti, ha affidato ad un "Working Group", composto da tutte le principali piattaforme online, dai rappresentanti dell'industria pubblicitaria e dai maggior inserzionisti, l'effettiva redazione del Codice, che, una volta pubblicato nel settembre 2018, è stato sottoscritto dai medesimi soggetti. Anche in tal caso, la genericità dei contenuti inerenti agli impegni assunti dalle piattaforme, in sostanza, le "maglie larghe" delle linee guida suggerite dalla Commissione finiscono con l'assegnare inevitabilmente proprio alle singole piattaforme – autrici delle regole del Codice – un ruolo definitorio importante nell'individuazione dei contenuti di "disinformazione", tanto più rilevante in quanto nella specie si tratta di contenuti non illeciti e non necessariamente estranei all'orizzonte della libertà di espressione costituzionalmente tutelata[72].

La stessa devoluzione di compiti regolatori alle piattaforme sembra, d'altro canto, informare anche alcuni interventi legislativi adottati da alcuni Stati europei.

È il caso della "Legge per il miglioramento dell'applicazione del diritto nei social network" (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* - NetzDG), adottata nel 2017, con cui la Germania ha effettuato un primo tentativo di regolamentazione statale del "mondo senza confini di Internet", condotto, però, "mediante l'investitura legale di soggetti privati, quali sono gli internet provider, nel ruolo di

[69] Sul punto v. G. PAGANO, Il Code, cit. p. 15.

[70] Id., ibidem.

[71] Id., ibidem.

[72] È noto che, con riguardo alle fake news, si ritiene che siano estranee al raggio di azione delle norme costituzionali che proteggono la libertà di espressione in quanto corrispondano, non già ad opinioni, ma a notizie "intenzionalmente e verificabilmente false": sul punto G. PITRUZZELLA, op. cit., p. 13-14, che mette in guardia dal rischio "che attraverso il contrasto a questo genere di notizie si finisca per pregiudicare la libertà di manifestazione del pensiero"

controllori della sua pratica attuazione"[73]. Più precisamente, il NetzDG si rivolge ai "provider di social network" con oltre due milioni di utenti registrati in Germania, cui prescrive di istituire un sistema trasparente di gestione dei reclami concernenti contenuti illeciti, elencati dal § 1, comma 3 del NetzDG attraverso un catalogo di reati. Sul fornitore di servizi grava l'onere di provvedere entro 24 ore alla rimozione dei contenuti "manifestamente illeciti", che, tuttavia, non vengono individuati. Con il risultato che i medesimi fornitori, pur potendo rivolgersi ad un organismo incaricato di verificare i contenuti online non manifestamente illeciti, ma solo in singoli casi controversi, di fronte di un elevato numero di valutazioni da effettuare in tempi rapidissimi e nel dubbio circa la manifesta illiceità di certi contenuti, in ragione della indeterminatezza del catalogo normativo, finiscono con l'individuare come contenuti illeciti, e quindi rimuovere, anche contenuti leciti (c.d. "overblocking"), trasformandosi in "sentinelle private della pubblica opinione"[74].

Anche l'Italia non ha mancato di misurarsi con il medesimo meccanismo della delega di poteri censori alle piattaforme digitali, sia pure in un settore ben specifico qual è quello della lotta al cyberbullismo. La legge n. 71 del 2017[75], dopo aver individuato in termini assai ampi e, per certi versi, scarsamente determinati, la fattispecie del "cyberbullismo"[76], all'art. 2, impone al gestore del sito internet o del social media che abbia ricevuto un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale di un minore, diffuso nella rete internet, da parte del medesimo minore ultraquattordicenne (o, per suo conto, del genitore/tutore) che assuma di aver subito un atto di cyberbullismo, di provvedere non oltre quarantotto ore all'oscuramento, alla rimozione

[73] Sul punto J. RINCEANU , *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social networks*, in *Sistema penale* 2021.

[74] Così ancora, J. RINCEANU, ivi, sottolinea come "Dei privati si vedono obbligati a decidere, sotto la minaccia di pesanti sanzioni ed entro un breve termine, se un contenuto online corrisponda o meno a uno dei reati elencati dall'art. 1, comma 3 NetzDG, e di conseguenza se cancellarlo o bloccarlo", segnalando che "Il problema dell'impiego di soggetti privati come sentinelle delle opinioni espresse in pubblico è acuito dal fatto che gli strumenti a disposizione dei provider, ai sensi del § 1, comma 3 NetzDG, lasciano molto a desiderare dal punto di vista della determinatezza. Numerose pronunce, aventi ad oggetto molte delle fattispecie comprese nel catalogo normativo di cui al NetzDG, dimostrano che delineare in via interpretativa i confini tra queste fattispecie e la libertà di opinione è operazione estremamente controversa".

[75] Si tratta della legge 29 maggio 2017, n. 71 (Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo)

[76] L'art. 1, comma 2, recita : "per 'cyberbullismo' si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identita', alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o piu' componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo".

o al blocco richiesto. Con il che assegna al medesimo gestore l'"individuazione dei comportamenti rientranti nella dizione cyberbullismo e la loro distinzione da quelli inquadrabili come espressione non illecita del pensiero"[77].

6. Verso il *Digital Service Act*, fra vecchi e nuovi paradigmi di regolazione

Salutata come una "svolta storica sotto il profilo normativo, della disciplina sul web"[78], la presentazione della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mercato unico dei servizi digitali (cd. Digital Service Act), unitamente a quella relativa a realizzare mercati contendibili ed equi nel settore digitale (c.d. Digital Markets Act) esprime la consapevolezza della Commissione europea della necessità di una regolamentazione comune che superi la frammentazione normativa esistente e colmi le lacune, in specie in tema di obblighi e responsabilità delle piattaforme digitali in una prospettiva di tutela dei diritti degli utenti. E ciò specie a fronte della ormai diffusa considerazione secondo cui queste ultime "agiscono alla stregua di veri e propri poteri privati, in competizione, per il ruolo che svolgono nell'erogazione di alcuni servizi, con gli attori pubblici"[79].

Una simile consapevolezza, d'altronde, già serpeggiava nella direttiva 1808/2018/UE, di recente recepita in Italia con l'art. 3 della legge di delegazione europea n. 53 del 2021, contenente modifiche alla precedente direttiva in materia di servizi di media audiovisivi (c.d. direttiva SMAV), là dove ha esteso il suo ambito di applicazione anche alle piattaforme di *video sharing*, assoggettando anche queste ultime (pur non ricondotte ai mass media) alle misure atte ad assicurare un'adeguata, più forte, tutela della dignità umana e dei minori[80]. Ciò, tuttavia, da un lato, affidando all'autorità pubblica il compito di promuovere "procedure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione" (art. 3, comma 1, lett. b); dall'altro, confermando il particolare regime di esonero dalla responsabilità editoriale in senso stretto, già vigente per le stesse piattaforme.

[77] Così M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 40. L'Autore segnala anche che l'art. 3 della medesima legge prevede "un piano di azione integrato al quale parteciperanno anche rappresentanti delle Internet Platforms e che dovrà formulare un 'codice di coregolamentazione per la prevenzione e il contrasto del cyberbullismo, a cui devono attenersi gli operatori della rete internet', il quale servirà per precisare e fornire un prospetto dettagliato delle procedure relative alle istanze di cui all'art. 2".

[78] Così G. FINOCCHIARO, *Digital Services Act: la ridefinizione della limitata responsabilità del provider e il ruolo dell'anonimato*, in *Media Laws* 1/2021.

[79] O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *Media Laws* 2020

[80] Sul punto v. L. ARIA, *L'attività delle piattaforme tra DSA e direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione*?, in *Media Laws* 1/2021, segnala come "l'evento drammatico della bambina di Palermo - che è stato oggetto di un tempestivo intervento del Garante Privacy - interroga sull'esigenza primaria di predisporre mezzi di tutela automatica e avanzata di interessi quali la tutela dei minori che, anche nell'ottica del legislatore comunitario, appaiono non limitati ai media tradizionali."

Anche il "pacchetto" delle previsioni contenute nel *Digital Service Act*, pur presentato come innovativo, s'innesta nel quadro normativo preesistente, come espressamente sottolineato dalla Commissione. Le sue previsioni non sostituiscono, ma innovano, in parte, la disciplina già racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, riproducendo, per altri versi, le norme ivi contenute (in specie agli artt. 12-15), relative alla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, come interpretate dalla Corte di giustizia.

La significativa novità si svela là dove si impongono importanti oneri procedurali a carico delle piattaforme digitali, in specie di quelle di grandi dimensioni, nel segno della trasparenza e dell'*accountability*. Come quando, ad esempio, si prescrive di inserire, in modo chiaro e privo di ambiguità, nelle condizioni generali, tutte le informazioni che riguardino "le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana" (art. 12); o si richiede di effettuare relazioni dettagliate sull'attività di moderazione dei contenuti (art. 13), o ancora di motivare in maniera chiara e specifica la decisione di "rimuovere specifiche informazioni fornite dai destinatari del servizio o disabilitare l'accesso alle stesse" (art.15), imponendo sistemi interni di gestione dei reclami accessibili, gratuiti ed efficaci (art. 17).

Ciò che non sembra cambiare è, tuttavia, l'impostazione di base, seguita con riguardo ai citati interventi di *soft law*. Un'impostazione che continua ad assegnare proprio alle piattaforme private, che dominano il mercato digitale – peraltro coinvolte nel futuro processo di definizione e approvazione dei contenuti del pacchetto - il potere (sostanziale) di effettuare i citati interventi di "moderazione", individuando quali contenuti ammettere e quali rimuovere (un potere, quindi, di autoregolazione)[81], in linea con condizioni generali di contratto da loro unilateralmente fissate o anche con codici di condotta che, comunque, hanno contribuito ad elaborare, in virtù di quanto ad esse espressamente riconosciuto (art. 35). Il che – in assenza di altri scenari[82] - potrebbe rendere

[81] Sul punto G. DE MINICO, *Fundamental Rights European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media Laws* 1/2021, osserva che "the DSA does not specify when news have to be removed because they stop being a lawful exercise of a fundamental right and become an illegal act, damaging the rights of other parties and. Hence, the norm in blank about misleading information opens the way for self-regulation codes or, more precisely, for private platforms (Google, FB, YouTube, et alii) mark the borderline between right and wrong, good and evil".

[82] Si allude alla questione della necessità di riconoscere una diversa configurazione giuridica alle piattaforme digitali, sul filo del diritto costituzionale, da cui scaturirebbe, di necessità, una diversa regolazione delle stesse. Sul punto v. M. MANETTI, *Facebook,* cit., osserva che "dal punto di vista dell'ordinamento generale e del diritto costituzionale in particolare, i social media (…) possono tendenzialmente equipararsi o ad un public forum, come una strada o una piazza messa a disposizione della collettività, che richiede al gestore la più assoluta imparzialità, oppure ad un massmedium, che attribuisce all'esercente il potere di selezionare, nell'esercizio delle proprie libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, i messaggi che gli vengono sottoposti per la pubblicazione".

condivisibili i dubbi di chi, guardando con preoccupazione alla perdurante attribuzione alle piattaforme di un ruolo "che può essere accostato al law-making", ravvisa, in un simile modello di auto/coregolazione, "una chiara torsione dell'idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile in toto allo spazio pubblico (..) per diventare invece oggetto di una parziale condivisione tra pubblico e privato, se non di una vera e propria cessione da parte delle autorità statali a favore del settore ICT"[83].

[83] Così A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale,* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* 2020, 501, richiamata da M. BETZU, *Poteri*, cit., p. 181.

LA COMUNICAZIONE ELETTORALE SUI *SOCIAL MEDIA* TRA AUTOREGOLAZIONE E PROFILI DI DIRITTO COSTITUZIONALE*

EDOARDO CATERINA**

Sommario

1. Alla ricerca di uno statuto costituzionale della comunicazione elettorale online. – 2. Il diritto della comunicazione elettorale online: caratteristiche peculiari. – 3. Il (non-) diritto elettorale delle piattaforme digitali. – 4. Il finanziamento della propaganda politica online. – 5. Conclusioni (con alcune proposte).

Abstract

In this paper I will try to address, from a constitutional law perspective, the issues raised by digital campaigning and online political advertisements. The first question to be tackled is: how does the regulation of political advertisements on the social media differ from the regulation of campaign advertising on traditional media? The lack of a legal framework in this area is highly problematic, given the crucial importance of online propaganda in shaping public opinion. But if the lawmaker is inert and does not regulate, this does not mean that regulation cannot come from other parties. Such parties are the 'digital platforms' themselves. These actors have autonomously issued some rules in this delicate field. Is this self-regulation sufficient? And if not, what should a possible ex lege *regulation look like? What room should be left for self-regulation in any case? In other words, how should co-regulation be shaped in practice?*

Suggerimento di citazione

E. CATERINA, *La comunicazione elettorale sui* social media *tra autoregolazione e profili di diritto costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il saggio è realizzato nell'ambito della ricerca PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) e costituisce una rielaborazione dell'intervento al Seminario *Processi democratici e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 29 gennaio 2021.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell' Università degli Studi di Macerata.
Contatto: edoardo.caterina@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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. Alla ricerca di uno statuto costituzionale della comunicazione elettorale online

In questo contributo si cercherà di affrontare, in un'ottica di diritto costituzionale, le problematiche sollevate dalla propaganda elettorale online[1]. La disciplina delle campagne elettorali in Italia si ritrova principalmente nelle leggi nn. 515 del 1993 e 28 del 2000[2]; queste, come noto, prevedono una serie di regole volte a garantire le pari opportunità tra i vari partiti e candidati e a prevenire episodi di corruzione politica[3] (ad esempio, ponendo tetti di spesa e regolando l'accesso ai mezzi audiovisivi nei periodi antecedenti alle votazioni). Si tratta di un impianto legislativo ormai invecchiato, anche solo per il fatto che non contempla espressamente nessuna regola per il mezzo Internet, ormai cruciale nella formazione dell'opinione pubblica. Una regolazione delle campagne elettorali su Internet è certamente possibile e con ogni probabilità diventerà presto oggetto di attenzione da parte del diritto positivo. Tuttavia, il mezzo Internet, e in particolare quello dei *social media*, sembra mostrare esigenze tutte *sui generis* e una meccanica trasposizione delle regole valide per i *mass media* tradizionali risulta impossibile per una serie di ragioni che verranno di seguito esposte e che sono in parte facilmente intuibili[4]. Una prima domanda da porsi è quindi: in cosa la regolazione della comunicazione elettorale sui *social media* differisce dalla regolazione della comunicazione elettorale sugli altri *media*? Posta questa domanda astratta, occorrerà andare a indagare nel concreto appurando dapprima quali siano *de iure condito* le disposizioni normative applicabili alla comunicazione elettorale online. Anticipiamo fin da subito che l'anomia in questo settore regna quasi incontrastata. Ma se il legislatore è inerte e non *regola*, ciò non toglie che una regolazione possa provenire da altri soggetti. Si parla innanitutto delle stesse "piattaforme digitali", per usare la terminologia adoperata nella bozza di Regolamento UE sui servizi digitali (cd. *Digital Services Act*) e cioè di quei *media* come Facebook e Google che selezionano i contenuti e li indirizzano agli utenti della rete. Come si vedrà, questi soggetti hanno predisposto

[1] Sul tema si vedano, nel panorama italiano, le riflessioni di M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e auto-disciplina*, Milano 2020.

[2] Altro riferimento normativo valorizzato da M.R. ALLEGRI (*ivi*, 84 ss.) è quello della legge 212/1956. L'A. evidenzia come tale disciplina sarebbe di impossibile applicazione e inopportuna se estesa in via analogica anche alla propaganda online

[3] Cfr. G. ARCONZO, *La regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali. Limiti di spesa, obblighi di trasparenza e sistemi di controllo*, in G. TARLI BARBIERI, F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, Napoli 2016. Sul tema della corruzione politica e le sue molteplici implicazioni costituzionali cfr. G. TARLI BARBIERI, *Corruptio optimi pessima*, Modena 2020.

[4] Parla di una "crisi delle regole tradizionali delle campagne elettorali": M. MONTI, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, in *DPCE online*, in corso di pubblicazione.

autonomamente alcune regole in questo delicato ambito. Questa autoregolazione è sufficiente? E se non lo fosse, come dovrebbe configurarsi una possibile regolazione *ex lege*? Quali spazi andrebbero in ogni caso lasciati alla autoregolazione? Detto in altri termini, come deve modellarsi in concreto la *co-regolazione*, ossia quella interazione normativa tra le piattaforme digitali e il legislatore statale? In questo frangente non può non venire in rilievo l'attività, sempre più centrale, di autorità amministrative indipendenti (in Italia è ovviamente il caso dell'AGCOM).

Prima di tentare di rispondere a queste domande, è d'obbligo chiarire un po' meglio i termini della questione e delimitare l'ambito dell'indagine. Innanzitutto va notato che "comunicazione elettorale" non è un sinonimo di "comunicazione politica" [5]. L'ordinamento costituzionale lascia tendenzialmente libera la comunicazione politica in quanto espressione dell'art. 21 Cost. e del principio democratico, in modo da creare un *free marketplace of ideas*[6]. Lo stesso non avviene per la comunicazione elettorale[7], ovvero per tutte le attività volte a influenzare le opinioni politiche dei cittadini in prossimità delle elezioni. Qui limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero sono ammissibili, in estrema sintesi, al fine di: 1) garantire trasparenza circa i mezzi di finanziamento; 2) garantire il rispetto di limiti di spesa fissati per singoli candidati e partiti; 3) garantire in ogni caso le pari opportunità per tutti i candidati e i partiti, in modo che ciascuno possa "far sentire la sua voce" (cd. *par condicio*); 4) evitare interferenze da paesi esteri. Queste limitazioni sono in parte da ricondurre allo stesso art. 21 Cost., in quanto fondante anche un diritto ad essere informati correttamente, in parte all'art. 48 Cost.[8], che garantendo la libertà e l'eguaglianza del voto garantisce anche un confronto elettorale "ad armi pari"[9]. La trasparenza circa i mezzi di finanziamento delle

[5] Per un inquadramento più generale del *political speech* online si fa rinvio a M. MONTI, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, cit.

[6] La fortunatissima metafora, vale sempre la pena ricordarlo, è dovuta al giudice Holmes nella sua *dissenting opinion* alla sentenza *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): "*the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution*" (630). Per una critica in italiano a questa costruzione: I. D'ANDREA, *Denaro, politica e libertà d'espressione: spunti da una recente pronuncia della Corte Suprema U.S.A.*, in *Giur. cost.,* 2010 (4), 3675 ss. (3679 ss.).

[7] Si veda per tutti: F. LANCHESTER, *Propaganda elettorale*, in *Enc. Dir.* XXXVII (1988), 126 ss. (130 s.).

[8] Si vedano per tutti le sentenze della Corte costituzionale n. 502 del 2000 e 155 del 2002. Cfr. G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano 2018, 54.

[9] Sul principio della libertà del voto applicato alla fase di formazione della volontà dell'elettore: M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino 2016, 99 ss.; più in generale sulla "eguaglianza delle *chances*" (*Chancengleichheit*) dei partiti politici: P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. Dir.* XXXII (1982), 66 ss. (82 ss.).

campagne elettorali si interseca, nel caso della comunicazione online, anche con quella, "suggerita" dalla *ratio* dell'art. 21, comma 5 Cost. Se nel 1948 era una esigenza democratica conoscere i finanziatori della stampa periodica, nel mondo di oggi pare che una simile esigenza possa valere anche con riferimento alle piattaforme digitali che selezionano e ci propongono contenuti informativi. Ulteriori limitazioni possono essere configurate ove il messaggio promozionale venga inquadrato non alla stregua di una espressione dell'art. 21 Cost., ma dell'art. 41 Cost., come alcuni autori fanno parlando a tal proposito di un "messaggio politico commercializzato"[10]. Tale tesi, a parere di chi scrive, non è del tutto condivisibile. Da un lato non è strettamente necessario negare di essere in presenza di una manifestazione del pensiero ai sensi dell'art. 21 Cost. al fine di giustificare la presenza di un impianto regolatorio e di particolari limitazioni (come già avviene per i media tradizionali), dall'altro è il contenuto del messaggio a qualificare in primo luogo la sua natura commerciale, e non le modalità con cui è diffuso: un conto è pubblicizzare un prodotto puramente commerciale, un conto è la propaganda politico-elettorale vera e propria, anche se i mezzi impiegati sono simili (ad es., le medesime strategie di targeting *online*). Vale la pena ricordare a tal proposito che la Corte Suprema degli Stati Uniti nel *leading case Virginia Board* (1976)[11] ha definito il *commercial speech* come "*speech which does no more than propose a commercial transaction*". Certo, la Corte EDU ha adottato una nozione più estensiva di *commercial speech*, includendovi anche messaggi dal contenuto non strettamente commerciale, ma situati all'interno di un "contesto commerciale"[12]. Cionondimeno non pare corretto ridurre le tutele costituzionali prescindendo del tutto dall'effettivo contenuto del messaggio promozionale.

Non si affronterà invece in questa sede la delicata questione dei limiti contenutistici posti dai social media alla libertà di manifestazione del pensiero e ai vari fenomeni di censura privata (*hate speech*, *fake news*, ecc…): si tratta infatti di temi che trascendono quello specifico della comunicazione elettorale, anche se ovviamente si intrecciano con esso (si pensi alla diffusione di *fake news* nell'ambito di una campagna elettorale)[13].

[10] Così G. D'IPPOLITO, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *MediaLaws* 1/2020, 159 ss.

[11] U.S. Supreme Court, *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U. S. 748 (1976). Su questa giurisprudenza cfr. *ex multis* C.E. BAKER, *The First Amendment and Commercial Speech*,in *Indiana Law Journal*, 2009 (84), 981 ss.

[12] Cfr. ad es. ECtHR 12.04.2001, *SRG v. Switzerland*, no. 43524/98. Cfr. L. WOODS, *Article 11*, in: S. Peers et al. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 311 ss.

[13] Su questo tema si veda, in questo stesso *Fascicolo*: R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*. Si vedano inoltre: M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma 2019, 259 ss.; M.

2. Il diritto della comunicazione elettorale online: caratteristiche peculiari

Come è stato già detto, il mezzo Internet conferisce alla propaganda elettorale caratteristiche tali da richiedere una regolazione *sui generis*. Quali siano queste caratteristiche, è ormai noto ed è stato studiato con attenzione da giuristi, scienziati politici ed esperti di comunicazione[14]. La principale particolarità del mezzo Internet è data, in estrema sintesi, dalla presenza di "piattaforme digitali" che monopolizzano l'informazione convogliata *online*, cosicché quando si parla di "comunicazione su Internet" si parla in realtà di "comunicazione sulle piattaforme digitali" (questa identificazione tra Internet e piattaforme digitali non è necessitata, ma è ormai una realtà). A sua volta, la comunicazione sulle piattaforme digitali è contraddistinta dalla possibilità che il messaggio politico-elettorale sia rivolto non tanto a un gruppo non predeterminato di cittadini (ad es. telespettatori, lettori di un giornale), quanto ad ogni *singolo* cittadino e che sia "tagliato su misura" in base al suo profilo e alle sue preferenze (*microtargeting*), ricavate grazie all'impiego dei cd. *big data.*

Ciò avviene in particolar modo su quelle particolari piattaforme che sono i *social media.*

Sui *social media* è possibile fare propaganda politico-elettorale in due modi: come "semplice utente" condividendo contenuti politici sul proprio profilo; oppure utilizzando i servizi di "inserzione", e cioè pagando il *social* affinché pubblicizzi i contenuti politici di una determinata pagina/profilo tra la generalità degli utenti. Facendo una similitudine: se i *social media* fossero un parco pubblico, ognuno avrebbe il proprio "angolo" in cui potere fare comunicazioni politiche, ma ognuno potrebbe anche pagare il gestore del parco perché faccia pubblicità a un determinato "angolo" indirizzandovi passanti e potenziali interessati[15]. Non solo: il gestore del parco sarebbe in grado di sapere in anticipo anche quali tra i passanti sono più "ben disposti" nei confronti di determinata propaganda politica. Sulla pagina informativa di Facebook intitolata "In che modo Facebook decide quali inserzioni mostrarmi?"[16] si legge:

> Per noi è importante che le inserzioni che vedi su Facebook siano interessanti e utili per te. Ecco alcuni esempi di elementi che prendiamo in considerazione quando decidiamo quali

MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, 1/2019, 35 ss.

[14] Per una panoramica con ampi riferimenti anche a studi non giuridici: E. LONGO, *Dai big data alle «bolle filtro»: nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, 2019, 29 ss. e si veda anche M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio*, cit., 19 ss.

[15] La similitudine non è casuale: negli USA la Corte Suprema ha paragonato i *social network* a delle *public squares* (cfr. *infra*, nota n. 50).

[16] Cfr. https://www.facebook.com/help/562973647153813

inserzioni mostrarti: la tua attività su Facebook (ad esempio, quando metti "Mi piace" a una Pagina o clicchi sulle inserzioni che vedi); altre informazioni su di te presenti nel tuo account Facebook (ad esempio, età, genere, luogo, dispositivi che usi per accedere a Facebook); informazioni che gli inserzionisti, i loro partner e i nostri partner di marketing possiedono e condividono con noi, come il tuo indirizzo e-mail; se dai il consenso, le tue attività su siti web e app esterni a Facebook.

Un'altra caratteristica della propaganda politica online è che le "inserzioni politiche" a pagamento sono sostanzialmente gestite per intero dal duopolio composto dal gruppo Facebook (che include Instagram)[17] e dal gruppo Google (che include Youtube). Twitter, terzo potenziale concorrente di Google e Facebook in questo settore, ha per il momento deciso di non offrire servizi di pubblicità a pagamento per messaggi con contenuti politico-elettorali. Il motivo di questa decisione è stato chiarito da Jack Dorsey, creatore e proprietario di Twitter, con una sua dichiarazione del 30 ottobre 2019[18]. La decisione di Dorsey si fonda non solo sulla considerazione della particolarità del *social* Twitter, ma anche su di una presa di posizione etico-politica: "crediamo che la diffusione del messaggio politico debba essere guadagnata e non acquistata"[19]. Va ad ogni modo notato che, nonostante la presenza di Google, Facebook ha una posizione del tutto dominante, detenendo quote di mercato di gran lunga più ampie. Ad esempio, per le elezioni tenutesi nel 2017 nel Regno Unito, i partiti hanno speso "solo" un milione di sterline per farsi propaganda per mezzo di Google & co., a fronte di 3,2 milioni di sterline spese

[17] In generale, sulla posizione sostanzialmente monopolista di Facebook nel settore pubblicitario online: D. SRINIVISAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2019 (16), 39 ss.

[18] La dichiarazione è stata resa, *ça va sans dire*, su *Twitter*. Non è privo di interesse riportarne alcuni stralci: "*We've made the decision to stop all political advertising on Twitter globally. We believe political message reach should be earned, not bought. Why? A few reasons… A political message earns reach when people decide to follow an account or retweet. Paying for reach removes that decision, forcing highly optimized and targeted political messages on people. We believe this decision should not be compromised by money. While Internet advertising is incredibly powerful and very effective for commercial advertisers, that power brings significant risks to politics, where it can be used to influence votes to affect the lives of millions. We considered stopping only candidate ads, but issue ads present a way to circumvent. Additionally, it isn't fair for everyone but candidates to buy ads for issues they want to push. So we're stopping these too. (…) In addition, we need more forward-looking political ad regulation (very difficult to do). Ad transparency requirements are progress, but not enough. The Internet provides entirely new capabilities, and regulators need to think past the present day to ensure a level playing field. (…) A final note. This isn't about free expression. This is about paying for reach. And paying to increase the reach of political speech has significant ramifications that today's democratic infrastructure may not be prepared to handle. It's worth stepping back in order to address*".

[19] Su questa *policy* di *Twitter*, cfr. *amplius*: P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it* n. 11/2020, 265 ss. (in part.: 272 ss.).

per la pubblicità su Facebook[20]. La stessa tendenza si è avuta anche in Italia: dal marzo 2019 sono state spesi oltre 30 milioni di euro in pubblicità su temi sociali su Facebook, mentre su *Google ads* la cifra spesa in propaganda politico-elettorale nello stesso arco di tempo non raggiunge i 700mila euro[21].

3. Il (non-) diritto elettorale delle piattaforme digitali

La disciplina delle inserzioni politiche sui social media rappresenta uno dei casi più interessanti di "autoregolazione" della comunicazione politica. In primo luogo vanno notate le caratteristiche della tecnica di autoregolazione: non esiste un testo articolato e redatto secondo le consuete tecniche di normazione (ad es. un "codice del diritto di Facebook"), ma disposizioni sparpagliate che possono trovarsi sulle pagine informative delle varie piattaforme (i cd. *community standards*)[22]. Queste "informazioni" sono soggette a frequenti revisioni e variano a seconda dei paesi.

De iure condito attualmente in Italia non vi sono che disposizioni di *soft law* che mirano a promuovere la trasparenza circa l'identità degli acquirenti di messaggi politici a pagamento su piattaforme digitali[23]. Al livello UE si segnala a tal proposito il "Codice di buone pratiche sul tema della disinformazione online" del 2019[24] a sua volta ispirato dal rapporto dell' *High Level Expert*

[20] Cfr. K. DOMMETT, S. POWER, *The Political Economy of Facebook Advertising: Election Spending, Regulation and Targeting Online*, in *The Political Quarterly* 2/2019, 257 ss.

[21] Cfr. https://transparencyreport.google.com/political-ads/region/IT. Queste cifre vanno tuttavia soppesate tenendo conto che Facebook include nelle pubblicità su temi "sociali" anche contenuti che non sono propaganda politico-elettorale (ad es., le pubblicità di ONG come Emergency, Unicef e Greenpeace). La somma spesa in pubblicità strettamente politico-elettorale su Facebook supera comunque nettamente quella spesa su Google/Youtube. A titolo di raffronto, il solo partito "Lega – Salvini Premier" ha speso in pubblicità su Facebook nel periodo compreso tra aprile 2019 e ottobre 2021 una cifra pressoché uguale da quella spesa da tutti gli inserzionisti politici su Google nello stesso periodo (oltre 600mila euro, di cui oltre 460mila a beneficio della pagina di Matteo Salvini).

[22] Questi possono essere definiti come un "set di regole semipubbliche" che costituiscono un vero e proprio corpo normativo: così K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 8/2020 (vol. 129), 2418 ss.

[23] Vi sono anche disposizioni di legge applicabili in via analogica alla propaganda online. Ad es., l'art. 3, co. 2 della legge n. 515 del 1993, che impone di indicare il nome del committente responsabile "di tutte le pubblicazioni di propaganda elettorale a mezzo di scritto, stampa (…) ed ogni altro mezzo di divulgazione". Così M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio*, cit., 92. Tuttavia si tratta appunto di disposizioni non concepite appositamente per la propaganda online e che non possono veramente trovare applicazione senza una disciplina ad hoc e l'individuazione di un soggetto preposto a vigilare sul loro rispetto.

[24] Cfr. *EU Code of practice on disinformation*, online: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation

Su cui: M. MONTI, *Il* Code of Practice on Disinformation *dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *Medialaws* 1/2019 e 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.

Group on Fake News and Online Disinformation (2018)[25]. L'approccio di *soft law* non sembra tuttavia destinato a durare a lungo: la trasparenza delle inserzioni diverrà obbligo di legge se la proposta di *Digital Services Act* venisse approvata nella sua attuale forma (versione del 15 dicembre 2020). In particolare, l'art. 24 della proposta prevede che[26]:

> Le piattaforme online che visualizzano pubblicità sulle loro interfacce online provvedono affinché i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro e non ambiguo e in tempo reale, per ogni singolo messaggio pubblicitario mostrato a ogni singolo destinatario:
> a) la natura pubblicitaria delle informazioni visualizzate;
> b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene visualizzata la pubblicità;
> c) informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità

In Italia il *soft law* si è prodotto soprattutto grazie all'iniziativa dell'AGCOM che, a partire dal 2019, è intervenuta per supplire al vuoto legislativo stipulando degli accordi con le piattaforme online volti a garantire il rispetto di alcuni princìpi in campagna elettorale[27]. Nell'ambito del "Tavolo Tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali"[28] sono stati siglati di volta in volta, in occasione delle diverse campagne elettorali (europee 2019, regionali e referendum 2020), degli "Impegni"[29] volti a "garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale". Tali impegni invero poco aggiungono rispetto a quelli già assunti dalle piattaforme in sede europea (in primo lugo per quanto riguarda la trasparenza del finanziamento delle

[25] Cfr. EU COMMISSION, *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, 2018, online: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation

[26] Si veda il *considerando* n. 63: "(…) Le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovrebbero garantire l'accesso del pubblico ai registri della pubblicità visualizzata sulle loro interfacce online per facilitare la vigilanza e la ricerca sui rischi emergenti derivanti dalla distribuzione della pubblicità online, ad esempio in relazione alla pubblicità illegale o alle tecniche di manipolazione e alla disinformazione che hanno ripercussioni negative reali e prevedibili sulla salute pubblica, sulla sicurezza pubblica, sul dibattito civico, sulla partecipazione politica e sull'uguaglianza. I registri dovrebbero comprendere i contenuti della pubblicità e i relativi dati sull'inserzionista e sulla fornitura della pubblicità, in particolare qualora si tratti di pubblicità mirata".

[27] Sull'approccio AGCOM alla comunicazione politico-elettorale online: M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio*, cit., 102 ss.

[28] Istituito con la delibera n. 423/17/CONS.

[29] "Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale". Cfr. online: https://www.agcom.it/documents/10179/13511391/Documento+generico+15-05-2019/8a187ec9-5a3b-467c-be5e-13791de74bb6?version=1.0 (elezioni 2019) e https://www.agcom.it/documents/10179/19601687/Documento+generico+05-08-2020+1597742697668/834379a2-a160-4567-8277-8001ccd94177?version=1.0 (elezioni 2020).

inserzioni politiche). Le piattaforme coinvolte si sono in aggiunta impegnate a prendere in esame in via prioritaria le segnalazioni effettuate dalla Autorità e a collaborare con la stessa al fine di garantire il rispetto del divieto di comunicazione istituzionale nel periodo elettorale (art. 9 legge n. 28 del 2000) e del divieto di diffusione di sondaggi nei 15 giorni che precedono il voto. Molto vaghe le raccomandazioni della Autorità in tema di *fake news*, account falsi e *bot* (raccomandazioni che non sono niente di più che un generico invito a… "fare qualcosa").

Volgendo lo sguardo all'estero, occorre notare che la Francia ha già superato l'impostazione *soft law* passando a un approccio regolatorio più tradizionale. Qui nel 2018 è stata approvata una legge, la *loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, che mira a regolare anche la propaganda elettorale online e novella il *Code électoral,* imponendo sostanzialmente quella trasparenza circa i *political ads* che nel "Codice di buone pratiche" del 2019 viene solamente incentivata[30]. Di grande interesse il ruolo che la legge affida al *CSA* (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*), l'autorità indipendente francese preposta al settore audiovisivo. Il *CSA* non solo ha poteri sanzionatori, ma compie anche una attenta opera di monitoraggio pubblicando rapporti annuali in cui vengono esaminate tutte le *policies* delle varie piattaforme e vengono fornite raccomandazioni sia al legislatore che ai gestori di piattaforme[31].

Al di fuori della UE, va segnalato che anche nel Regno Unito si va delineando un percorso regolatorio simile. Qui già nel 2018 la *Electoral Commission* aveva invitato il legislatore a prendere misure volte a garantire proprio la trasparenza delle inserzioni politiche e ad evitarne il finanziamento con danaro proveniente dall'estero[32]. Ne è seguita una consultazione conclusasi

[30] 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.; in italiano si veda: M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio*, cit., 119 ss. e sia consentito il rinvio anche a E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo*, cit.

[31] L'ultimo rapporto, pubblicato nel settembre 2021, è consultabile online al seguente link: https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Lutte-contre-la-manipulation-de-l-information-le-CSA-publie-le-bilan-des-mesures-mises-en-oeuvre-par-les-plateformes-en-ligne-en-2020

[32] Cfr. UK ELECTORAL COMMISSION, *Report: Digital campaigning - increasing transparency for voters*, 1° giugno 2018, online: https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/changing-electoral-law/transparent-digital-campaigning/report-digital-campaigning-increasing-transparency-voters. Nelle *Recommendations* rivolte al legislatore si legge: "*Each of the UK's governments and legislatures should: change the law so that digital material must have an imprint saying who is behind the campaign and who created it;* (…)*; clarify that spending on election or referendum campaigns by foreign organisations or bodies is not allowed. They would need to consider how it could be enforced and the impact on free speech; increase the maximum fine we can sanction campaigners for breaking the rules, and strengthen our powers to obtain information outside of an investigation.*

a fine 2020[33] e a giugno 2021 il Governo ha annunciato un progetto di riforma elettorale che include tra l'altro una regolazione *ad hoc* della comunicazione elettorale online finalizzata ad assicurare la trasparenza, soprattuto in relazione alle fonti di finaziamento[34]. A luglio 2021 è stato presentato il progetto di legge (*Elections bill*) alla Camera dei Comuni[35]: il sesto capo del progetto è dedicato interamente alle "informazioni che devono essere accluse al materiale elettronico" e conferisce alla *Electoral Commission* un ruolo centrale nell'*enforcement* delle previsioni di legge, con poteri di irrogare sanzioni e di ordinare la rimozione di contenuti online.

Venendo alle "politiche" (*policies*) delle varie piattaforme, si illustreranno di seguito quelle di Facebook e Google[36], i due attori che ricoprono un ruolo preponderante nella raccolta pubblicitaria online.

Google consente ai candidati di pagare per una "precedenza" nei risultati ottenuti nel motore di ricerca per determinati termini (*search ads*); su Youtube (che è parte del gruppo Google) è inoltre possibile fare campagna elettorale acquistando gli spazi pubblicitari che precedono i video sponsorizzati presenti sulla piattaforma (*Youtube ads*); vi sono infine i *display ads*, ovvero le caselle con le pubblicità che compaiono sulle pagine dei siti che si visitano una volta indirizzati dal motore di ricerca. Google nelle sue *Advertising policies*[37] dichiara di sostenere "la propaganda politica responsabile" e di richiedere il

[33] Cfr. CABINET OFFICE, *Transparency in digital campaigning. Technical consultation on digital imprints*, online: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1014665/Digital_imprints_consultation.pdf

[34] Si veda lo *statement* del 15 giugno 2021 del ministro Chloe Smith: *Strengthening Transparency and Fairness in Elections, Statement made on 15 June 2021*, online: https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2021-06-15/hcws92 . Qui si legge: "*The Elections Bill will legislate to extend the 'imprint' regime to digital campaigning material. The imprint regime ensures there is accountability over who is promoting campaigning material (and on whose behalf), provides a recourse to challenge, and can help discourage the publication of anonymous intimidatory material. The Government today is publishing a response to the consultation on how digital imprints should be implemented. This is a complex area, given the need to avoid unreasonably restricting the free speech of individuals, or impose disproportionate measures which would discourage political campaigning. These balanced measures on digital imprints will update our campaigning laws for the modern age and protect the integrity of our democratic processes. A copy of the response has been placed in the Libraries of both Houses. The Government has engaged with the Electoral Commission, social media companies and political parties through the Parliamentary Parties Panel in developing all these provisions, and carefully considered policy recommendations made by respondents to the consultation, think tanks and by Parliamentary Select Committees. Overall, these measures strike the right balance between further strengthening our regulatory framework and ensuring democratic engagement in this country can continue to be vibrant and inclusive*".

[35] Il testo del progetto è consultabile online al seguente indirizzo: https://bills.parliament.uk/bills/3020

[36] Per una ricognizione più esaustiva si rinvia a P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network*, cit.

[37] Cfr. https://support.google.com/adspolicy/answer/6014595?hl=it

rispetto dei requisiti di legge presenti in ciascun paese, "incluse le leggi relative a campagne elettorali ed elezioni e i periodi obbligatori di silenzio elettorale". Nell'area UE e in altre aree geografiche Google richiede la "verifica degli annunci elettorali", e cioè che questi rechino un'informativa che identifica chi ha pagato l'annuncio (su cui compare un avviso "pagato da …") [38]. Caratteristica particolarmente interessante delle "politiche" di Google in materia di propaganda elettorale è che per questo specifico tipo di annunci viene escluso il *microtargeting* più pervasivo. Infatti nella *Guida* di *Google ads* si può leggere:

> Per il targeting degli annunci elettorali, nelle aree geografiche in cui è richiesta la verifica degli annunci elettorali [NdR: come in tutti i paesi UE], possono essere utilizzati solo i seguenti criteri:
> - Località geografica (tranne un'area definita da un raggio intorno a una località);
> - Età, sesso;
> - Opzioni di targeting contestuale quali: posizionamenti degli annunci, argomenti, parole chiave relative a siti, app, pagine e video;
>
> Tutti gli altri tipi di targeting non sono ammessi negli annunci elettorali.

Infine, Google pubblica anche un "Rapporto sulla trasparenza per la propaganda politica"[39] in cui si trovano raccolti, divisi per area geografica, tutti gli annunci politici pubblicati, con la possibilità di per ciascuno di conoscere, per ogni annuncio, il nome dell'acquirente, il numero di visualizzazioni che ha avuto e la fascia dell'importo speso[40] (ma non l'importo esatto).

Facebook, a differenza di Google, non prevede un regime particolare per i *political ads* quanto a *targeting*. È però previsto un regime di trasparenza, in conformità con gli impegni presi nel "Codice di buone pratiche". Come Google, anche Facebook ha iniziato, a partire da marzo/aprile 2019, a pubblicare, in una apposita sezione online denominata *Ad Library* ("biblioteca

[38] Per l'area UE Google dà questa definizione di "annuncio elettorale":
"Nell'Unione europea, gli annunci elettorali includono quelli che presentano:
- un partito politico, un funzionario eletto in carica o un candidato al Parlamento dell'UE;
- un partito politico, un funzionario eletto in carica o un candidato per un ufficio elettivo nazionale in uno stato membro dell'UE. Alcuni esempi sono i membri di un parlamento nazionale e i presidenti che vengono eletti direttamente.
- una votazione referendaria, un gruppo di campagne referendarie o un invito a partecipare a un referendum nazionale oppure a un referendum regionale o provinciale sulla sovranità.

Gli annunci elettorali non includono quelli per prodotti o servizi, tra cui prodotti promozionali a scopo politico come le magliette, né quelli pubblicati da agenzie di stampa per promuovere la copertura di referendum, partiti politici, candidati o funzionari eletti in carica.

[39] Cfr. online: https://transparencyreport.google.com/political-ads/region/EU

[40] Attualmente sono presenti sei fasce: 1) Meno di € 50; 2) € 50-€ 500; 3) € 500-€ 30.000; 4) € 30.000-€ 60.000; 5) Più di € 60.000.

delle inserzioni")[41], i nomi dei soggetti finanziatori di ogni inserzione che concerna temi politici o sociali[42], creando un archivio consultabile da tutti con tutte le inserzioni pubblicate. Tale archivio fornisce anche più dati di quello di Google, visto che è conoscibile anche l'esatto importo speso in inserzioni da ciascun soggetto politico. I dati sulle inserzioni rimangono disponibili al pubblico per sette anni dopo la pubblicazione. Facebook ha anche tentato di limitare le intereferenze estere nella propaganda online. Infatti, tra le regole applicabili ai paesi UE si legge: "tutti gli inserzionisti che desiderano pubblicare inserzioni su temi sociali, elezioni o politica devono far pubblicare l'inserzione da una persona autorizzata nel Paese dell'UE a cui è destinata"[43]. Si potrebbe parlare, tra il serio e il faceto, di un principio *cuius regio eius insertio*: solo un cittadino italiano può acquistare una pubblicità su temi politici sociali destinata al pubblico italiano su Facebook.

4. Il finanziamento della propaganda politica online

La propaganda politica online rappresenta uno snodo fondamentale del "danaro politico". Sempre maggiori risorse, siano esse di provenienza pubblica ovvero privata, vengono investite dai soggetti politici in questo tipo di propaganda[44]. Dal punto di vista della regolazione del finanziamento della politica la disciplina della propaganda online rappresenta quindi una sfida fondamentale. La ragione più evidente è che una trasparenza sulla propaganda online consente un controllo diffuso sul rispetto dei tetti di spesa previsti dalla legislazione per le campagne elettorali. Ma vi è anche una ulteriore ragione: acquistando *political ads* online per conto terzi è possibile eludere i vari divieti di finanziamento previsti per partiti politici e candidati. Si tratta delle cd. "azioni parallele"[45]. Un esempio di scuola: Tizio, cittadino straniero che non può effettuare donazioni in favore del partito X (cfr. art. 1, comma 12, legge n.

[41] La versione italiana di Facebook traduce erroneamente "Libreria delle inserzioni". Cfr. online la *Ad Library* italiana: https://www.facebook.com/ads/library/?active_status=all&ad_type=political_and_issue_ads&country=IT&media_type=all

[42] Viene dati infatti una nozione molto ampia di "inserzione politica". Cfr. online: https://www.facebook.com/business/help/167836590566506?id=288762101909005: "*Ads about social issues, elections or politics are: Made by, on behalf of, or about a candidate for public office, a political figure, a political party or advocates for the outcome of an election to public office; or About any election, referendum, or ballot initiative, including "go out and vote" or election campaigns; or About social issues in any place where the ad is being placed; or Regulated as political advertising*".

[43] Cfr. *ibidem*.

[44] Ciò si inserisce nella generale tendenza che vede ormai la raccolta pubblicitaria online superare di gran lunga quella dei mezzi di informazione tradizionali. Cfr. AGCOM – OSSERVATORIO SULLE COMUNICAZIONI, *Focus pubblicità online*, online: https://www.agcom.it/documents/10179/4763755/Allegato+31-7-2020/56faf730-d62e-4cbf-a0b7-7fb60fa0fa70?version=1.0

[45] Impiego il felice termine (*Parallelaktionen*) adottato dalla dottrina tedesca e coniato da M. MORLOK, *Spenden - Rechenschaft – Sanktionen. Aktuelle Rechtsfragen der Parteienfinanzierung*, in *NJW* 2000, 761 ss. Il termine trae origine dal celebre romanzo di Musil, "l'uomo senza qualità".

3 del 2019) acquista, per aggirare il divieto, delle inserzioni su Facebook che fanno propaganda per il medesimo partito o che riguardano un tema vicino alle posizioni politiche del partito (cd. *issue advocacy*). Molti altri esempi possono essere fatti con riferimento ai vari divieti posti dalla legislazione.

Tanto maggiore sarà la trasparenza della propaganda *online* tanto più ridotte saranno le possibilità elusive date dalle "azioni parallele". Da questo punto di vista, il quasi-monopolio di Facebook sulle inserzioni politiche assume paradossalmente una valenza positiva, perché aiuta il regolatore a controllare più agevolmente questo particolare mercato. Le *policies* di Facebook in materia di *political ads*, siano esse "sollecitate" dal *soft law* o frutto di spontanea iniziativa, assumono così una valenza materiale quasi di legge di settore. Questo perché, nonostante la sua rilevanza cruciale, la materia, come detto, è ad oggi rimessa alla autoregolazione delle piattaforme *online.* Il menzionato "Codice di buone pratiche sulla disinformazione online" impone ai firmatari una "*public disclosure of political advertising* (…) *which could include actual sponsor identity and amounts spent*". I dati pubblicati sono significativi e testimoniano il crescente impiego di risorse finanziarie in queste attività di propaganda online. Si è già detto che in Italia dall'aprile 2019 all'ottobre 2021 sono stati spesi più di 30 milioni di euro in inserzioni su temi politico-sociali; ebbene, negli USA nello stesso periodo sono stati spesi quasi tre miliardi di dollari, il che forse ci fa presagire una tendenza verso un sempre maggiore afflusso di "danaro politico" verso le piattaforme digitali. Può essere di interesse qualche dato sulle elezioni politiche nazionali (attualmente non disponibile per quelle italiane del 2018, tenutesi prima che fossero applicate le nuove regole di trasparenza). In Germania, nei due mesi antecedenti le elezioni politiche del 26 settembre 2021, i sei maggiori partiti (SPD,CDU/CSU, FDP, Linke, Verdi e AfD) hanno speso circa 3,3 milioni di euro in inserzioni su Facebook: più di 50mila euro al giorno[46].

Come valutare il "*corpus* normativo" Facebook? Vi sono sicuramente molti aspetti positivi da accogliere con favore. La autoregolazione privatistica di Facebook potenzia notevolmente la trasparenza prevista dalle disposizioni di legge circa le risorse finanziarie della politica e aiuta a raggiungere obiettivi costituzionali in tema di finanziamento della politica. Senza la *Ad Library* sapremmo molto di meno circa l'impiego di risorse finanziare da parte dei soggetti politici in Italia. Dagli schemi di rendiconti previsti dalla legge o comunque impiegati dai partiti non è possibile desumere l'importo speso nella

[46] Si fa riferimento alle cifre indicate nella *Ad Library* come spese dai partiti o da loro articolazioni locali (escluse le spese sostenute dai singoli candidati). Per una dettagliata analisi delle spese dei partiti spagnoli in inserzioni su Facebook: D. CALVO, L. CANO-ORÓN, T. BAVIERA, *Global Spaces for Local Politics: An Exploratory Analysis of Facebook Ads in Spanish Election Campaigns*, in *Social sciences (Basel)*, 2021 (10), 271 ss.

"propaganda social". Ancora, la trasparenza Facebook rende più difficile l'aggiramento delle regole di legge tramite "azioni parallele". Infine, Facebook con il principio *cuius regio eius insertio* aiuta a rendere effettivo il divieto di donazioni estere.

D'altra parte sono pure evidenti i limiti di questa autoregolazione di Facebook. Innanzitutto questa copre le esigenze di trasparenza, ma non quelle di pari opportunità. Ad es.: non vi sono tetti di spesa alle inserzioni pubblicitarie. Solo la regolazione *ex lege* può stabilire simili misure; la trasparenza di Facebook può aiutare ad attuarle con effettività. Il principio *cuius regio eius insertio* è facilmente aggirabile tramite prestanome, e quindi Facebook non si sostituisce veramente alla vigilanza di autorità pubbliche sul rispetto del divieto di finanziamenti esteri. Ma soprattutto, si pone un problema di garanzie dei soggetti politici. Va infatti sempre tenuto a mente che fare propaganda politica è un diritto fondamentale che discende direttamente, nel nostro ordinamento, dall'art. 21 Cost. (e, nel caso di propaganda fatta dai partiti, anche dall'art. 49 Cost.)[47]. Data la posizione para-monopolistica di Facebook sulle inserzioni politiche sui social media, il suo eventuale rifiuto di pubblicare inserzioni a pagamento può costituire una grave lesione di questo diritto fondamentale[48]. Se poi il rifiuto colpisce esclusivamente una determinata parte politica si può anche configurare una violazione del principio costituzionale delle pari opportunità dei partiti politici (artt. 3 e 49 Cost.). Da una lettura delle "regole" Facebook non è chiaro quali siano le garanzie procedurali in caso di diniego di pubblicazione. Ovviamente resta impregiudicata la possibilità di agire in giudizio in tali casi; ma quali sarebbero i possibili riferimenti normativi per un giudice?

Vi è poi una questione ulteriore e, per così dire, radicale: dobbiamo veramente fidarci dei dati diffusi da Facebook? Chi ci garantisce che siano corretti e corrispondano al vero? È giusto che sia un privato, senza alcuna supervisione o controllo di autorità pubbliche, a curare in via esclusiva la raccolta e diffusione di informazioni così cruciali per la vita democratica di un paese?

[47] In questo senso, per tutti: M. MANETTI, *Propaganda politica radiotelevisiva*, in EAD., A. PACE (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario Branca – Pizzorusso*, Bologna 2006, 759 ss.

[48] Si può parlare di un diritto fondamentale alle pari opportunità. Cfr. in tal senso, con riferimento all'ordinamento tedesco e alla *Chancengleichheit* tra partiti politici: T. KOCH, *Neutralitätspflicht und Chancengleichheit bei Leistungen an politische Parteien*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 4/2002, 694 ss. Ritiene in particolare che sia illegittimo, in quanto lesivo della libertà del voto, il rifiuto di un mezzo di informazione in posizione monopolistica di pubblicare l'annuncio elettorale di un determinato partito: H. MEYER, *Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung*, § 46, in J. Isensee, P. Kirchhof (a cura di) *Handbuch des Staatsrechts*, III, Heidelberg 2005, 543 ss. (558 s.). Della stessa opinione, ma ritiene violato in tal caso il principio delle pari opportunità tra i partiti politici: M. MORLOK, *Art. 21*, in H. Dreier (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen 2018, § 96.

5. Conclusioni (con alcune proposte)

Vi è sovente un certo scetticismo sulla effettiva possibilità di regolare le piattaforme online e i social media. Ciò è dovuto alla loro natura transnazionale, alla velocità dei mutamenti tecnologici e alla difficoltà di un *enforcement* in un "ecosistema digitale" di cui le piattaforme digitali sono signore incontrastate[49]. Chi scrive non condivide questo afflato pessimistico: è ben possibile una regolazione del *digital campaigning* che consenta una piena applicazione dei precetti costituzionali anche al cd. ecosistema digitale. Lo dimostra il percorso intrapreso negli ultimi anni, che è chiaramente segnato da una crescente presenza di regole e limitazioni[50]. Notevolissimi i passi in avanti fatti in materia di trasparenza del finanziamento, come si è fin qui mostrato. Molto modesti invece i progressi sul versante della *par condicio*. Tuttavia, a ben vedere, misure volte a garantire la *par condicio* online sono facilmente configurabili, ad esempio ponendo dei limiti di spesa per le inserzioni politiche online nel periodo elettorale (limiti di spesa che si affiancherebbero a quelli già previsti in via generale per partiti e candidati dalla legge n. 515 del 1993)[51]. Sarebbe inoltre non fuori luogo differenziare ulteriormente le inserzioni politiche rispetto alle normali inserzioni commerciali, vietando per esse le forme di *microtargeting* più insidiose e spregiudicate (ad esempio vietando in ogni caso l'impiego in tal senso di dati forniti da terze parti). Anche la disciplina del silenzio elettorale può essere estesa allo spazio digitale, rimettendone ai gestori delle piattaforme l'attuazione pratica.

[49] Sottolinea bene questi aspetti: P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., 268

[50] Al livello dottrinale e giurisprudenziale si segnala anche l'abbandono della concezione esclusivamente privatistica delle piattaforme e dei rapporti che sorgono nel loro "spazio digitale". Si parla invece delle piattaforme come di "piazze pubbliche" (così la sentenza della Corte Suprema USA *Packingham v. North Carolina*, 582 US; 2017) sulle quali è lecita una azione del potere pubblico. Su questo punto si vedano, con particolare riferimento alla riflessione della dottrina nordamericana: M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, cit., 223 ss.; M. MONTI, *Le* Internet platforms*, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.* 4/2019, 811 ss. La dottrina nordamericana sembra ormai andare (non senza difficoltà) verso un riconoscimento della natura pubblicistica delle piattaforme, con tutte le conseguenze del caso alla luce della *state action doctrine*: cfr. M. BASSINI, *ivi*, 189 ss.; da ultimo si veda anche la *concurring opinion* del giudice Thomas nel caso "Trump contro Twitter", che pure opera uno sforzo ricostruttivo nel senso di imporre limiti alla discrezionalità delle piattaforme nell'esercizio di una "censura privata": cfr. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in questo *Fascicolo*, e M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una* concurring opinion, in *DPCE online* 1/2021, 2781 ss. Non dissimile la concezione abbracciata dalla dottrina tedesca, per cui si esclude che le piattaforme siano titolari di un vero e proprio *Hausrecht* e quindi di una piena potestà sui propri "affari interni": cfr. G. PIRAS, *Virtuelles Hausrecht?*, Tübingen 2016.

[51] Ritengono che sia da considerare un tetto alle spese nella propaganda online: D. CALVO, L. CANO-ORÓN, T. BAVIERA, *Global Spaces for Local Politics: An Exploratory Analysis of Facebook Ads in Spanish Election Campaigns*, cit., 15.

Si tratta di operazioni tecnicamente fattibili e che però richiedono la vigilanza di una autorità pubblica che ne garantisca fattivamente il rispetto, irrogando se del caso adeguate sanzioni. In Italia questa autorità sarebbe certamente da individuare *de iure condendo* nella AGCOM. Il modello della vigilanza non sarebbe dissimile da quello che la proposta di *Digital Services Act* attualmente delinea per il "coordinatore dei servizi digitali"[52] con riferimento alle piattaforme "molto grandi": sarebbero in particolare da attribuire significativi poteri ispettivi alla autorità, in modo che questa sia in grado di verificare autonomamente che le piattaforme digitali si conformino alla normativa vigente. Il legislatore dovrebbe inoltre preoccuparsi di assicurare una maggiore procedimentalizzazione delle decisioni provenienti dalle piattaforme digitali e che possano incidere sul godimento di diritti fondamentali (si pensi alla decisione di non accettare inserzioni a pagamento da determinate parti politiche o a quella di cancellare una determinata pagina online che fa propaganda politica). Sarebbe auspicabile in particolare la predisposizione di rimedi non giurisdizionali davanti ad organi per quanto possibile imparziali (ad es.: reclami da proporre davanti all'AGCOM o a commissioni di esperti formate secondo il modello dell'*Oversight Board* di Facebook[53]).

La dimensione transnazionale dell'ecosistema digitale non sembra un argomento particolarmente persuasivo contro un approccio regolatorio di *hard law* – lo suggerisce anche solo l'esempio della Francia: le piattaforme hanno già dimostrato di potere applicare regole diverse paese per paese, a seconda della diversa normativa vigente.

Da ultimo, preme rilevare che, anche nella stasi del legislatore, alle autorità pubbliche non mancano alcune possibilità di intervento. Lo si è visto bene in Italia con le meritorie iniziative della AGCOM. E ve ne sono anche di ulteriori che potrebbero essere messe in campo. Ad esempio, un'opera di monitoraggio costante delle varie *policies* delle piattaforme da pubblicare in rapporti periodici (sul modello delle relazioni annuali del *CSA*). Ma anche, più banalmente, la valorizzazione dei dati diffusi dalle piattaforme al fine di rafforzare la rete di controlli (spesso lacunosa) sul finanziamento dei soggetti politici. Le autorità preposte alla vigilanza sulle risorse finanziarie della politica (Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, Collegi di garanzia elettorale, Presidenza della Camera) potrebbero iniziare ad impiegare i dati pubblicati da Facebook e Google per incrociarli con quelli dei rendiconti presentati dai partiti e dai singoli eletti/candidati o anche per desumere la sussistenza di una "azione parallela" che, ai sensi della

[52] Per cui sia consentito il rinvio a 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.

[53] Su cui in termini positivi cfr.: K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board…*, cit.

legge n. 3 del 2019, comporta obblighi di trasparenza per il soggetto che la effettua[54].

[54] Cfr. art. 5, co. 4 del d.l. n. 149 del 2013 (come novellato dal comma 20 della legge n. 3 del 2019): "sono equiparate ai partiti e movimenti politici (…) le fondazioni e le associazioni che eroghino somme a titolo di liberalità o contribuiscano in misura pari o superiore a euro 5.000 l'anno al finanziamento di iniziative o servizi a titolo gratuito in favore di partiti, movimenti politici o loro articolazioni interne, di membri di organi di partiti o movimenti politici o di persone che ricoprono incarichi istituzionali".

PROCESSI DI REGOLAZIONE DELLA *SHARING ECONOMY*: OLTRE LA *SELF-REGULATION*[*]

GIACOMO MENEGUS[**]

Sommario

1. Introduzione. – 2. *Sharing economy*: difficoltà definitorie. – 3. La regolazione agli albori della *sharing economy*: gli argomenti a favore della *self-regulation*… – 4. …e gli orientamenti sovranazionali: *l'Agenda europea per l'economia collaborativa* e la comunicazione *Piattaforme online e Mercato unico digitale*. – 5. L'evoluzione concreta del panorama regolatorio negli Stati membri: il caso *Airbnb*... – 6. …e i riflessi sul piano europeo: l'iniziativa della Commissione sugli affitti brevi. – 7. Critica agli argomenti a favore della *self-regulation*. – 8. Conclusioni: oltre la *self-regulation*.

Abstract

The paper investigates the regulatory processes in the sharing economy, an economic sector in which the technological factor plays a crucial role in shaping the regulatory intervention both by private and public actors. The aim is to evaluate, from a constitutional perspective, whether it is possible to rely on self-regulation by sharing economy actors (i.e. platforms and users). After having defined sharing economy, the arguments in favour of self-regulation and reputational mechanisms at the dawn of the sharing economy are outlined on the basis of existing literature and guidance instruments issued by the European Commission. Then, focusing on the case of the home-sharing platform Airbnb, how the regulatory processes tend to move beyond the approach based on self-regulation is shown. The paper also provides a practical and theoretical criticism of online reputational mechanisms as regulatory tools. The conclusion is that self-regulation alone is not an appropriate instrument to regulate sharing economy. Self-regulation is not fit to strike a balance between the interests of sharing economy actors on the one hand and the interests of other citizens and the public on the other.

Suggerimento di citazione

G. MENEGUS, *Processi di regolazione della* sharing economy: *oltre la* self-regulation, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il saggio è realizzato nell'ambito della ricerca PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) e costituisce una rielaborazione dell'intervento al Convegno *Processi normativi e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 22 giugno 2021.

[**] Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell' Università degli Studi di Macerata.
Contatto: giacomo.menegus@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 3/2021
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 continuo e repentino sviluppo delle tecnologie digitali in tutte le attività umane ha notoriamente prodotto un impatto dirompente sui meccanismi di regolazione. Accanto agli strumenti tradizionali, che per molti versi sono apparsi inadeguati a "tenere il passo" con l'innovazione, si sono andati affermando modelli di auto- e co-regolazione (spesso identificati con terminologia anglosassone come *self-* e *co-regulation*), nell'ambito dei quali il ruolo principale – se non egemone – nella produzione delle regole giuridiche è rivestito da soggetti privati, tra cui spiccano le grandi aziende del settore tecnologico.

Di fronte a tali fenomeni, lo studioso del Diritto costituzionale è chiamato ad interrogarsi tanto sulla legittimazione di queste nuove forme regolatorie, quanto sulla rispondenza delle stesse ai canoni ermeneutici della materia e, in particolare, alla necessità di limitare il potere (sia esso pubblico o privato) e di garantire la tutela dei diritti fondamentali[1].

Un settore nel quale il ricorso a questi modelli regolatori è particolarmente diffuso è quello della cd. *sharing economy*. In quest'ambito – che si tenterà di meglio definire poi (*infra* par. 2) – lo sviluppo di meccanismi di *self-regulation* appare particolarmente interessante perché la presenza del fattore tecnologico (rappresentato dalle piattaforme di intermediazione) si accompagna spesso all'interessamento di settori dell'economia usualmente caratterizzati da un uso piuttosto intenso di regolazione tradizionale (si pensi ai casi del trasporto pubblico non di linea o della ricettività turistica).

Al fine di orientare e gestire le proprie attività e quelle degli utenti, gli operatori della *sharing economy* – che per una serie di ragioni si collocano al confine o al di fuori delle trame della disciplina esistente[2] – fanno ampio ricorso alla *self-regulation*, intesa sia come auto-regolazione vera e propria (anche e

[1] Per questa impostazione si v., da ultimo, M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. 2/2021, 166 ss.; con specifico riferimento al tema della *sharing economy* e in termini in parte analoghi cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* in *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 13, n. 2/2019, 204 ss.

[2] V. *infra* par. 3.

soprattutto a livello di singola impresa)[3], sia ai cd. meccanismi reputazionali, implementati dalle piattaforme e alimentati dai relativi utenti[4].

Questa impostazione – che si potrebbe definire *post-regolatoria*[5] – è stata promossa tanto dai principali attori del nuovo modello economico emergente, tanto da una parte della letteratura (specie di matrice socio-economica), che ne ha sostenuto le potenzialità benefiche in termini di efficienza ed innovazione con argomenti (illustrati nel par. 3) che sono stati accolti – almeno entro certi limiti – anche dalle istituzioni europee, interessate a favorire (o quantomeno non ostacolare) lo sviluppo di un settore che appariva già agli albori particolarmente promettente in termini di crescita (par. 4).

A fronte di tali premesse, lo scopo del saggio è quello di verificare se sia ammissibile (e in quale misura), in una prospettiva costituzionalistica, il ricorso alla *self-regulation* nei termini in cui si configura attualmente nella *sharing economy*. Ovvero, per dirla altrimenti, se la *self-regulation* sappia rispondere a quell'esigenza di contemperamento degli interessi in gioco, tutela dei diritti e salvaguardia dei presidi democratici che il costituzionalismo contemporaneo esige.

A tal fine, si procede dapprima a tratteggiare l'evoluzione concreta del panorama regolatorio della *sharing economy* a valle della riflessione dottrinale e degli strumenti di orientamento europei di cui sopra. Non potendo esaminare diffusamente tutti i settori interessati, si è deciso di concentrare l'attenzione sul

[3] Ai fini dell'analisi si fa riferimento ad un concetto ampio di *self-regulation*, sulla scorta di MICHÈLE FINCK, (cfr. ID., *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, in *LSE Legal Studies Working Papers*, n. 15/2017, spec. 9, disponibile al seguente link: https://ssrn.com/abstract=2990043 – cui si farà riferimento per le citazioni nel prosieguo; pubblicato anche in *European Law Review*, Vol. 43, n. 1/2018, 47 ss.), la quale – partendo dalla categorizzazione proposta da J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, Vol. 59, n. 1/1996, 27 – ritiene di includere nella *self-regulation* anche quella che Black definisce *individualised regulation* («*regulation which is tailored to the individual firm*»). La scelta di Finck in tal senso si fonda sulla condivisibile osservazione per cui il dibattito odierno si concentra essenzialmente su questa tipologia di auto-regolazione, riflettendo il fatto che le singole piattaforme sono già *de facto* regolatori. Va tuttavia evidenziato che, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, tale terminologia assume un significato ben più preciso e circoscritto: con *autoregolamentazione* si intende infatti «la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali)»; v. *Progetto interistituzionale — "Legiferare meglio"*, in *G.U.U.E.*, n. C 321 del 31/12/2003, p.to 22.

[4] La tendenza maggioritaria riscontrabile in dottrina è per l'inclusione degli *online reputational mechanism* tra le forme di *self-regulation* (per tutti, cfr. M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *The University of Chicago Law Review Dialogue*, Vol. 82, 2015, 116 ss.). Per una diversa prospettiva, che li considera come una "nuova forma di privatizzazione della regolazione", cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* cit., 232-233.

[5] Cfr. M. CANTERO GAMITO, *Regulation.com: self-regulation and contract governance in the platform economy: a research agenda,* in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 9, n. 2/2017, 53 ss.

cd. *home sharing*, che vede tra i principali attori economici la piattaforma *Airbnb*[6]. Si potrà così riscontrare come la *self-regulation* abbia mostrato molteplici limiti, al punto da spingere le autorità pubbliche, a livello nazionale e sovranazionale, a ricorrere a più tradizionali ed incisivi interventi regolatori (parr. 5-6). Accanto alla ricostruzione dei tratti salienti dell'evoluzione della disciplina della *sharing economy*, verranno anche ripresi gli argomenti posti a fondamento e giustificazione della auto-regolazione (nella duplice accezione descritta) già illustrati nel par. 3, per sottoporli ad una revisione critica sia sul piano teorico, sia su quello pratico (par. 7). Nelle conclusioni, assodata l'inadeguatezza dell'auto-regolamentazione ad assolvere ai compiti propri della normazione in chiave costituzionalistica, si tenterà di indicare alcune ipotesi per andare "oltre la *self-regulation*" (par. 8).

2. *Sharing economy*: difficoltà definitorie

L'espressione *sharing economy* è ormai entrata nel linguaggio comune da diversi anni[7] e ricorre con una certa frequenza anche nel dibattito pubblico. Quando però si tenta di chiarire cosa si intenda precisamente con *sharing economy* sorgono incertezze e difficoltà, che risultano a maggior ragione problematiche per lo studio del diritto, scienza definitoria per eccellenza[8]. D'altra parte, va osservato come il termine risenta inevitabilmente, oltre che delle molteplici sfaccettature del fenomeno, anche delle diverse prospettive da cui è stato investigato e delle diverse scienze sociali che si sono esercitate sul tema.

Per meglio inquadrare il campo d'indagine e cogliere quanto i contorni della *sharing economy* risultino sfumati, conviene allora tratteggiare dapprima alcune delle principali definizioni accreditatesi in ambiti estranei a quello giuridico[9], per poi riprendere la definizione dettata dalla Commissione europea,

[6] Altri esempi possono essere *Wimdu*, *Vrbo* (in precedenza nota come *Homeaway*), *Housetrip*. Va peraltro evidenziato che anche OTA (*Online Travel Agencies*) come *Booking* e *Expedia* hanno ampliato la loro offerta includendo, accanto alle strutture ricettive anche i cd. affitti brevi. Sempre per ragioni di sintesi si limiterà l'indagine al contesto europeo, inteso come diritto sovranazionale e principali esempi di regolazione statale o sub-statale (anche qui operando una necessaria selezione dei casi).

[7] L'espressione risulta introdotta nell'*Oxford Dictionary* nel 2015, ma si era andata affermando già a partire dal 2008.

[8] È significativo in tal senso che l'opera collettanea N.M. DAVIDSON, M. FINCK, J.J. INFRANCA (eds), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, CUP, Cambridge, 2018, ospiti nell'introduzione una sezione intitolata "*A word on nomenclature*", nella quale si riconosce l'esistenza delle molteplici espressioni e sfumature di significato del termine, rimettendo agli Autori dei singoli contributi il compito di esercitare un'*actio finium regundorum*.

[9] Cfr., per alcune indicazioni introduttive, M. BERNARDI, *Un'introduzione alla Sharing Economy*, Milano, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2015, disponibile al seguente link: https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/116789/167622/UN%27INTRODUZIONE%20ALLA%20SHARING%20ECONOMY_BERNARDI.pdf. Spunti descrittivi si ritrovano anche in N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso,* in *Il diritto dell'informazione e*

che dalle prime si discosta parzialmente – sotto certi profili anche in maniera significativa – al punto da preferire una diversa formulazione, ossia quella di *collaborative economy* (tradotta in italiano in genere come *economia della collaborazione* o *economia collaborativa*).

Una prima autorevole definizione di taglio non giuridico è quella offerta dalla *guru* della *sharing economy*, Rachel Botsman, docente alla Oxford University e autrice con Roo Rogers del *best-seller "What's Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live",* saggio che per molti versi ha preconizzato il successo di questo peculiare modello economico[10]. Nel tentativo di tracciare i confini rispetto ad altri ambiti affini, l'autrice ha sottolineato come per *sharing economy* debba intendersi un sistema basato sulla *condivisione* di beni o servizi *sottoutilizzati*, informato a principi etici quali trasparenza, umanità, autenticità ecc.[11]. Secondo Botsman rientrano in questo modello, ad esempio, *Airbnb*, la piattaforma di *home sharing* che consente di affittare per brevi periodi stanze o intere case inutilizzate[12]; oppure *BlaBlaCar*, la piattaforma attraverso cui si possono offrire passaggi in auto a modici prezzi in cambio di un contributo alle spese di viaggio[13]. Diverso invece il significato da attribuirsi a termini come *collaborative consumption, peer-to-peer economy* o ancora *on-demand economy,* spesso ritenuti intercambiabili con quello di *sharing economy*, ma invero differenti, sebbene concettualmente prossimi o talora in parte sovrapponibili.

Con il primo – *consumo collaborativo* – si andrebbero ad individuare quelle attività che, reinventando pratiche tradizionali di mercato (noleggio, prestito, scambio, baratto, dono) attraverso l'impiego della tecnologia, ne amplificano il potenziale su una scala impensabile prima dell'avvento di *internet*. Un esempio in tal senso sarebbe *Zipcar*[14], servizio di *car sharing* su scala mondiale, ma anche la nota piattaforma *eBay*. Nel secondo caso (anche detto *peer-economy*),

dell'informatica, n. 6, 2015, 957 ss., spec. 957-959, nonché – in chiave sociologica – F. RAMELLA, C. MANZO, *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, il Mulino, Bologna, 2019, 65-71.

[10] R. BOTSMAN, R. ROGERS, *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, HarperBusiness, New York, 2010; ora disponibile in tr. it. *Il consumo collaborativo, ovvero quello che è mio è anche tuo,* FrancoAngeli, Milano, 2017.

[11] L'Autrice ha sentito la necessità di ritornare sul significato di *sharing economy* in più occasioni dopo la pubblicazione del saggio. Lo sforzo definitorio qui sintetizzato può ritrovarsi in R. BOTSMAN, *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption–And What Isn't?*, in *Fast Company*, 27 maggio 2015, disponibile al seguente link: https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt; nonché precedentemente ID., *The Sharing Economy Lacks A Shared Definition*, in *Fast Company*, 21 novembre 2013, disponibile al seguente link: https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition.

[12] Si v. https://www.airbnb.it.

[13] Si v. https://www.blablacar.it.

[14] Si v. https://www.zipcar.com/how-it-works.

è invece la connessione tra pari (P2P), fondata sull'instaurazione di un rapporto di fiducia, a rappresentare la caratteristica principale (qui l'esempio fatto da Botsman è *Etsy*, piattaforma per l'*e-commerce* di prodotti artigianali o *vintage*). Il concetto di *on-demand economy* va invece ad individuare quelle attività in cui la presenza di piattaforme consente di collegare immediatamente utenti e fornitori per la prestazione di beni o servizi: è il caso della notissima compagnia di *ride sharing Uber*.

Tutte queste pratiche – sempre secondo Botsman – sarebbero riconducibili al concetto più generale di *collaborative economy*, ossia «un'economia basata su reti distribuite e a loro volta formate da comunità e individui interconnessi, in opposizione ad istituzioni centralizzate, che trasforma le modalità con cui produciamo, consumiamo, finanziamo ed impariamo»[15].

Come emerge da questa prima sistematizzazione, la *sharing economy* si caratterizza dunque per essere una branca specifica dell'economia collaborativa, in cui l'elemento saliente – che la distingue dalle altre pratiche – è la capacità di liberare risorse sottoutilizzate (c.d. *idling capacity*)[16]: ne deriva che solo alcune delle piattaforme generalmente ricondotte sotto questa etichetta possono, in quest'ottica, dirsi davvero *sharing* (ad es. *Airbnb* o *BlaBlaCar*), mentre altrettanto non si può fare per altre (come ad es. *Uber*).

Un differente tentativo di definire la *sharing economy* è stato compiuto da Arun Sundararajan, economista della Stern School of Business, New York University, autore dell'altro testo di riferimento sul tema: "*The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*"[17]. Benché accetti di impiegare la dizione di *sharing economy* impostasi nell'uso comune, Sundararajan avverte che in realtà gran parte di quello che viene contrassegnato come *sharing* va ben oltre la mera condivisione e l'impiego di beni e servizi sottoutilizzati. Suggerisce dunque l'impiego del termine più preciso di *crowd-based capitalism* (ovvero *capitalismo fondato sulle masse*) per significare il trasferimento dell'organizzazione delle attività economiche dall'imprenditore alle masse, nel senso che l'imprenditoria in questo modello economico

[15] R. BOTSMAN, *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption–And What Isn't?*, cit.

[16] Anche altri Autori, come A. STEPHANY, *The Business of Sharing: Making It in the New Sharing Economy*, Palgrave Macmillan, Hampshire New York, 2015, evidenziano la capacità di trarre valore da "*underutilized assets*". In tal senso, cfr. pure F. RAMELLA, C. MANZO, *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, cit., 66-67, i quali riprendono poi – oltre alle categorizzazioni qui proposte – anche le riflessioni in prospettiva sociologica di J. SCHOR, *Debating the Sharing Economy,* ottobre 2014, disponibile al seguente link: https://greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy , e ora in tr. it. *Il dibattito sulla sharing economy*, in G. SMORTO, T. BONINI (a cura di), *Shareable! L'economia della condivisione*, Edizioni di Comunità, Roma, 2017.

[17] A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism,* MIT press, Cambridge (MA), 2016.

verrebbe ad essere distribuita tra una popolazione di micro-imprenditori[18]: «Una nuova architettura sociale, dove il consumatore diventa sia fruitore che produttore di beni e servizi», per dirla con Sundararajan[19]. Tra le altre cose, sarebbero elementi caratterizzanti di questo "capitalismo delle folle", da un lato, il superamento dei sistemi centralizzati di produzione e delle gerarchie che contraddistinguono l'organizzazione d'impresa; dall'altro lato, il venir meno di chiare linee di demarcazione tra attività professionale e personale, nonché tra lavoro dipendente a tempo pieno e lavoro del tutto occasionale[20].

A fronte di una definizione così ampia, è evidente che il *range* delle pratiche che possono essere ricondotte alla *sharing economy* si allarga: oltre ai casi già citati di *Airbnb* e *BlaBlaCar*, anche *Uber* si presta a rientrare sotto l'ombrello del *crowd-based capitalism*, così come le varie compagnie di *food delivery* (quali *JustEat*[21], *Deliveroo*[22], *Glovo*[23]) o ancora le piattaforme come *Taskrabbit* (attraverso la quale si può richiedere la realizzazione di piccoli lavori domestici da parte di utenti non professionisti)[24].

Questi ultimi esempi consentono di introdurre un ulteriore termine piuttosto in voga nel dibattito pubblico e spesso usato in modo intercambiabile con *sharing economy*, ossia quello di *gig economy* (tradotto in italiano come "economia dei lavoretti"[25]). In questo caso, il *focus* si sposta dalla condivisione (Botsman) e dalla creazione di micro-imprenditorialità diffusa (Sundararajan) al rapporto di lavoro, per sottolineare come il modello economico non sia più basato sulle tradizionali prestazioni lavorative stabili e continuative, ma sul lavoro a chiamata, occasionale e temporaneo. Talora ciò assume contorni positivi[26], nei termini di una maggiore flessibilità e dell'assenza di vincoli; molto più frequentemente si colora di un'accezione fortemente negativa, volta ad

[18] A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism,* cit., 26 ss.

[19] Dall'intervista di C.I. Colombo a Arun Sundararajan, pubblicata su *laStampa* (versione *online*), 24 settembre 2016, con il titolo *"La sharing economy aumenta la possibilità di redistribuire la ricchezza",* disponibile al seguente link: https://www.lastampa.it/cultura/2016/09/24/news/la-sharing-economy-aumenta-la-possibilita-di-redistribuire-la-ricchezza-1.34810563.

[20] Cfr. A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism,* cit., spec. 26 ss.

[21] Si v. https://www.justeat.it.

[22] Si v. https://deliveroo.it/.

[23] Si v. https://glovoapp.com.

[24] Si v. https://www.taskrabbit.it/.

[25] Cfr. R. STAGLIANÒ, *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Einaudi, Torino, 2018.

[26] Per un esempio in tal senso cfr. F. DEL PRATO, C. STAGNARO, Take it easy, rider! *Perché la flessibilità dei lavoretti è un valore e non un limite*, Istituto Bruno Leoni, Briefing Paper, No. 167, 13 luglio 2018.

evidenziare l'assenza di garanzie per i lavoratori e il perpetuarsi di meccanismi di sfruttamento delle classi più deboli da parte del capitale[27].

Ampliando ulteriormente lo sguardo non è mancato, infine, chi ha preferito l'espressione *platform economy*[28], volendo con ciò porre l'accento sull'elemento tecnologico comune a tutte le attività descritte, ossia la piattaforma o l'*app* che abilita e agevola l'interazione tra utenti.

A fronte della varietà ed ampiezza di significati che la *sharing economy* è arrivata ad assumere, la scelta della Commissione europea – che affronta il tema nel 2016, quando le diverse definizioni passate in rassegna si sono già affermate – si orienta verso una definizione piuttosto ampia ed inclusiva[29], nella quale però i caratteri più etici e l'elemento della condivisione tendono a scolorire.

Nella Comunicazione del 2016 *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*[30] – di cui si approfondiscono alcuni aspetti nel par. 4 – la Commissione definisce l'economia collaborativa come:

«modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da *piattaforme di collaborazione* che creano un *mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati*. L'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale ("pari") sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali"); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione — attraverso una piattaforma online — i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione"). Le transazioni dell'economia collaborativa generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro»[31].

Come si vede, l'area di attività economiche contrassegnate come *collaborative economy* si spinge ben oltre la definizione offertaci da Botsman. Gli elementi centrali della definizione sono, da un lato, le *piattaforme di collaborazione*

[27] Cfr., *ex pluribus*, il volume collettaneo A. SOMMA (a cura di), *Lavoro alla spina, welfare* à la carte*: lavoro e Stato sociale ai tempi della* gig economy, Meltemi, Milano, 2019.

[28] Cfr. ad es. I. PAIS, *La* platform economy*: aspetti metodologici e prospettive di ricerca,* in *Polis*, n. 1/2019, 143 ss.

[29] Riconosce un certo *pragmatismo* della Commissione M. FINCK, *The Sharing Economy and the EU*, in N.M. DAVIDSON, M. FINCK, J.J. INFRANCA (eds), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, cit., 262.

[30] Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

[31] Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 3.

e, dall'altro, l'*uso temporaneo* di beni e servizi, senza riferimento alcuno alla condivisione o allo sfruttamento di potenzialità sottoutilizzate. Ciò porta ad escludere ad esempio le piattaforme dell'*e-commerce* – che facilitano transazioni che implicano un trasferimento di proprietà – ma copre tutti gli esempi fatti finora, dai diversi servizi di trasporto (*BlaBlaCar, Uber, Lyft,* ecc.), all'*home sharing* (*Airbnb* e simili)[32], sino alla *gig economy* (servizi di *food delivery*, *Taskrabbit,* ecc.)[33].

Emerge così un'ambiguità di fondo – che permane anche nel dibattito pubblico su questo modello economico – di cui è bene avere contezza: in estrema sintesi, quello che è *sharing* (o meglio *collaborative*) *economy* per la Commissione non implica necessariamente né condivisione né un rapporto diretto tra pari; elementi che invece sembrerebbero essere coessenziali al concetto espresso dal verbo inglese *to share* e sono fondamentali nella visione di Botsman. Nel "grande calderone" della *collaborative economy* europea rientrano senz'altro le attività autenticamente *sharing*, accanto alle quali si collocano però attività imprenditoriali che non hanno un'analoga caratterizzazione "etica". Come vi rientra *BlaBlaCar*, vi rientra anche *Uber*; come è *collaborative economy Fairbnb*[34], così lo è anche *Airbnb* (anche quando ad affittare alloggi a breve termine sulla piattaforma sia una grande società immobiliare che dispone di centinaia di appartamenti).

Ai fini dell'analisi sui processi di *self-regulation* adottati nel settore, si prenderà a riferimento la definizione ampia data dalla Commissione, anche in considerazione del fatto che, al momento, non è possibile rinvenire nel nostro ordinamento né in quello europeo una disciplina specifica né una delimitazione giuridica delle attività propriamente di *sharing economy* (quanto meno nel

[32] Considerati espressamente nella Comunicazione, che fa riferimento a «settore dei trasporti» e «settore degli alloggi per brevi soggiorni».

[33] La *gig economy* viene evocata solo indirettamente attraverso il riferimento al problema dell'inquadramento dei lavoratori come subordinati o autonomi. In nota è citato anche V. DE STEFANO, *The Rise of the 'Just-in-Time Workforce': On-Demand Work, Crowd Work and Labour Protection in the 'Gig-Economy'*, in *ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper*, No. 71, 2016 (Ginevra, ILO).

[34] Cooperativa per gli affitti brevi che aspira a ridurre gli impatti negativi prodotti sulle città dall'*overtourism* e si caratterizza per prevedere, in taluni contesti, la limitazione degli alloggi che il singolo proprietario può pubblicizzare sulla piattaforma (secondo la regola *one host – one house*) nonché la destinazione del 50% dei proventi alla realizzazione di progetti di comunità; si v. https://fairbnb.coop/about-us/. Per un confronto tra *Fairbnb* e *Airbnb* e una valutazione di quanto possano effettivamente dirsi "*sharing*" l'una e l'altra piattaforma, cfr. M.A. PETRUZZI, V. SHEPPARD, C. MARQUES, *Positioning Airbnb and Fairbnb in the sharing-exchange continuum*, in *Current Issues in Tourism*, 2019, disponibile al seguente link: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13683500.2019.1697650?journalCode=rcit20

senso descritto da Botsman) rispetto a quelle di *collaborative economy* (nel senso descritto nell'Agenda europea)[35].

3. La regolazione agli albori della *sharing economy*: gli argomenti a favore della *self-regulation*…

Al di là degli aspetti più prettamente definitori, l'avvento dei nuovi modelli economici descritti ha sollevato seri problemi di adattamento della disciplina normativa esistente, sia perché ha fatto emergere figure ibride difficilmente inquadrabili nelle tradizionali categorie giuridiche (si pensi al concetto di *prosumer*[36]), sia perché ha reso assai labili molte distinzioni classiche (si pensi, ad esempio, a quella tra immobili destinati ad uso turistico-ricettivo e residenziale, oppure tra lavoro subordinato e autonomo)[37]. Posti dinnanzi ad un fenomeno nuovo e di difficile comprensione, i regolatori pubblici hanno adottato spesso un approccio attendista[38], faticando ad intervenire con discipline organiche ed incisive.

Si è così verificato che le attività della *sharing economy* si sono sviluppate in un vero e proprio *vuoto normativo*[39] oppure sono andate collocandosi in una *zona grigia*[40] di incertezza sulla disciplina applicabile. L'assenza (o difficile individuazione e applicazione) della regolazione tradizionale – quella che nei contesti anglosassoni si direbbe *command-and-control* o *top-down regulation* – ha quindi lasciato ampio spazio alle piattaforme collaborative per sviluppare meccanismi di autoregolamentazione.

[35] Le iniziative legislative avviate in tal senso nel contesto italiano durante la XVII Legislatura non sono andate a buon fine; sul punto cfr. G. D'IPPOLITO, Sharing economy: *l'esperienza italiana della XVII legislatura alla luce degli orientamenti europei*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, n. 2/2018, 298 ss.

[36] Termine con il quale si suole indicare come il fornitore di beni o servizi (*provider*) nei rapporti tra pari (P2P) sia sovente al tempo stesso un consumatore (*consumer*) e non un professionista; v. ad es. V. HATZOPOULOS, S. ROMA, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under the EU Law*, in *Commom Market Law Review*, Vol. 54, n. 1/2017, 86. Naturalmente questa figura pone problemi non indifferenti soprattutto per l'applicazione della disciplina a tutela dei consumatori; cfr. ad es. V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2018, 44 ss.

[37] In tal senso efficacemente M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., 5.

[38] Un esempio di questo approccio è dato dall'Unione europea (v. par. 4); ma per molti versi anche lo stesso legislatore italiano, salvo pochi interventi settoriali, sembra aver sposato una linea attendista (v. *infra* par. 5).

[39] V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., 190, parla ad esempio di «*regulatory void*».

[40] Il termine è spesso impiegato dai detrattori della *sharing economy* (in particolare dalle associazioni degli operatori tradizionali), ma si ritrova anche in dottrina e in documenti ufficiali; cfr., ad es., Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su un'agenda europea per l'economia collaborativa* (2017/2003(INI)), disponibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_IT.pdf

Se da un lato era prevedibile che le imprese dell'economia collaborativa avessero tutto l'interesse a promuovere questa forma di "regolazione privata" per evitare di essere imbrigliate dai *lacci e lacciuoli* della normazione dei poteri pubblici, anche parte della letteratura non ha mancato di evidenziare le potenzialità benefiche di un cambio di prospettiva rispetto alla *sharing economy*[41].

Nel senso di una promozione della *self-regulation* a discapito di forme di regolazione tradizionale si possono individuare una serie di argomenti ricorrenti, che in parte riprendono tesi solitamente spese in favore dell'autoregolazione in settori ad alta specializzazione tecnico-scientifica (si pensi all'industria chimica in materia ambientale) e in parte muovono dalle peculiarità proprie della *sharing economy.*

Un primo argomento fa leva sul fatto che le piattaforme – attraverso le quali si svolgono tutte (o la maggior parte) delle interazioni tra gli utenti – dispongono di una quantità di dati e informazioni di gran lunga superiore a quella che possono raccogliere i pubblici poteri[42]. Questa posizione di forza consentirebbe alle piattaforme di prendere decisioni più consapevoli e di intervenire con piena contezza sulle principali problematiche. Per fare qualche esempio, basti pensare che *Airbnb* gestisce tutti i pagamenti per i soggiorni brevi, consentendo all'azienda di avere un quadro completo dei proventi derivanti dalle attività svolte sulla stessa, mentre le autorità pubbliche devono affidarsi alle dichiarazioni degli utenti oppure intervenire con ispezioni e indagini piuttosto complesse[43]. Sempre *Airbnb* conosce il numero esatto di notti per le quali un alloggio è stato prenotato, mentre le autorità devono ancora una volta affidarsi alle dichiarazioni degli utenti o intraprendere attività ispettive a campione, che comunque non riescono a restituire un quadro completo delle attività (dato che nelle principali destinazioni turistiche gli alloggi offerti su *Airbnb* sono migliaia)[44]. Per di più le piattaforme della *sharing economy* sono in possesso delle

[41] Cfr., tra gli altri, M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, cit.; A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the 'Lemons Problem'*, in *University of Miami Law Review*, Vol. 70, No. 3, 2016, Mercatus Research Paper, disponibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610255; C. KOOPMAN, M.D. MITCHELL, A.D. THIERER, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 8, n. 2, 2015, *Mercatus Research Paper*, disponibile al seguente link: https://ssrn.com/abstract=2535345.

[42] Cfr. V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., 190; G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, in M. BRUGLIERI (eds), *Multidisciplinary Design of Sharing Services. Research for Development,* Springer, Cham, 2018, 120.

[43] La piattaforma si avvale di *Airbnb Payment Luxembourg S.A.* per fornire i servizi di pagamento on line e gestire i pagamenti del gruppo nell'Unione europea; in precedenza tali compiti erano affidati a *Airbnb Payments UK Ltd.* (ora solo per Svizzera e Regno Unito). Si v. https://www.airbnb.it/help/article/2909/termini-del-servizio-di-pagamento.

[44] Cfr. C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy,* in M. CANTERO GAMITO, H.-W. MICKLITZ *(eds), The Role of the EU in Transnational Legal Ordering:*

valutazioni dei servizi rese dagli utenti attraverso i meccanismi reputazionali (ossia la possibilità di recensire *online* il servizio di cui si è usufruito). Si tratta valutazioni che spesso riguardano non solo il fornitore, ma pure il fruitore: anche in questo caso vale l'esempio di *Airbnb*, nel quale alla valutazione data all'accoglienza da parte del *guest*-utente corrisponde una valutazione del comportamento dell'ospite da parte dell'*host*-utente[45]. È evidente che una siffatta mole di informazioni circa qualità e caratteristiche delle prestazioni effettuate nella *sharing economy* non può essere ottenuta da altri soggetti[46].

Sempre su questa linea argomentativa si colloca pure l'argomento del "ritmo" dello sviluppo tecnologico: i regolatori tradizionali (e le assemblee legislative su tutti) non sarebbero in grado di seguire il rapido evolversi della tecnica, con il rischio che le norme di volta in volta adottate non solo non risultino adeguate, ma soprattutto siano destinate ad una rapida obsolescenza[47]. Le piattaforme invece disporrebbero di una maggiore flessibilità e, trovandosi a gestire direttamente l'evoluzione degli strumenti tecnologici, potrebbero intervenire in modo tempestivo adattando le proprie regole.

Proprio il controllo del fattore tecnologico esercitato dalle piattaforme costituirebbe uno degli argomenti principali a favore di una *self-regulation* plasmata dagli attori della *sharing economy*. Il concetto di fondo è semplice e può essere riassunto nella tanto famosa (quanto abusata) formula coniata da Lawrence Lessig "*Code is Law*"[48]. Detto altrimenti, per far sì che i propri utenti si conformino ad una data regola, le piattaforme non devono far altro che intervenire sul fattore tecnologico per rendere tecnicamente obbligati un dato comportamento o una data scelta[49]. Se, ad esempio, la piattaforma vuole limitare il numero di pernottamenti annui per un singolo alloggio – il che avviene spesso sulla base di accordi della piattaforma di *home sharing* con le singole città – alla stessa basta disattivare automaticamente l'annuncio *online* al raggiungimento

Standards, Contracts and Codes, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, 115 ss., disponibile anche al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3309293 – cui si farà riferimento per le citazioni nel prosieguo; v. in part. 6-7.

[45] Per una descrizione dei tratti salienti del sistema reputazionale di *Airbnb*, cfr., per tutti, G. ZERVAS, D. PROSERPIO, *A First Look at Online Reputation on Airbnb, Where Every Stay is Above Average*, 20 dicembre 2020, disponibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2554500.

[46] Cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* cit., 225 ss., per una rassegna della letteratura in tal senso e per l'efficace sintesi di questo argomento offerta dal *CEO* di *Airbnb,* Brian Chesky: «*[C]ities can't screen as well as technologies can screen. Companies have these magical things called reputation systems...*».

[47] Cfr. G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., 121.

[48] L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

[49] Cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., 12.

del tetto previsto. *Airbnb* ha inoltre dovuto confrontarsi con critiche crescenti a causa dei comportamenti discriminatori tenuti da diversi *host* ai danni di *guest* appartenenti a minoranze (nel contesto americano, soprattutto ospiti afro-americani, coppie *same sex* e persone disabili), cui veniva spesso rifiutata la prenotazione. L'azienda, tra le altre cose, ha perciò promosso la funzione *instant booking*, che consente ai *guest* di riservare la stanza o l'appartamento senza che l'*host* possa preventivamente verificarne il profilo[50].

Va osservato che pure nei casi in cui l'attività non si svolge integralmente *online* le piattaforme hanno un forte strumento di condizionamento dei comportamenti degli utenti. Laddove un utente si rendesse responsabile di gravi e ripetute violazioni delle regole della comunità degli utenti (che assumono spesso il nome di *community guidelines* o *standard*), la piattaforma può sospendere o eliminare definitivamente l'*account* dell'utente[51]. Anche in questo caso alcuni esempi sono utili: le *community guidelines* di *Uber* prevedono, tra l'altro, il *delisting* (cancellazione) dell'autista-utente che abbia tenuto comportamenti inappropriati, danneggiato beni altrui, cercato contatti non voluti con i passeggeri dopo la corsa, violato la normativa locale[52]. Benché non abbia la stessa efficacia preventiva delle suesposte regole tecniche *ex ante*, anche questa forma di intervento regolatorio *ex post* mostra una certa carica dissuasiva rispetto a comportamenti in violazione delle regole, dato che la sanzione può provocare la perdita radicale delle possibilità di guadagno dell'utente.

Secondo parte della dottrina sarebbe inoltre riscontrabile, a fronte della spiccata capacità delle piattaforme collaborative di correggere i fallimenti del mercato, l'inefficacia di molta parte della regolazione tradizionale, che finirebbe spesso per essere il frutto della "cattura del regolatore" da parte degli *incumbents*, ossia degli operatori tradizionali dei mercati in cui fanno il loro ingresso le piattaforme della *sharing economy* (un caso che viene spesso evocato in tal senso è quello della *lobby* dei taxisti rispetto ad *Uber*)[53].

Le piattaforme avrebbero d'altronde un forte interesse al corretto funzionamento delle transazioni che si svolgono per loro tramite e pertanto sarebbero portate ad adottare i migliori accorgimenti e tutte le regole necessarie a fare in

[50] Si v. M. LUCA, M.H. BAZERMAN, *What Data Experiments Tells Us about Racial Discrimination on Airbnb*, 19 giugno 2020, al seguente link: https://www.fastcompany.com/90460723/airbnbwhileblack-the-inside-story-of-airbnbs-racism-problem. Per un'analisi dei comportamenti discriminatori sulla piattaforma, cfr. B. EDELMAN, M. LUCA, *Digital Discrimination: The Case of Airbnb.com*, Harvard Business School Working Paper 14-054, 10 gennaio 2014.

[51] Cfr. C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy,* cit., 4-5.

[52] Si v. https://www.uber.com/us/en/drive/basics/uber-community-guidelines/. Cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., 11.

[53] Per questo argomento si v. C. KOOPMAN, M.D. MITCHELL, A.D. THIERER, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, cit.

modo che non si realizzino inconvenienti o comportamenti negativi[54]. Si è evidenziato infatti che il successo delle piattaforme collaborative risiede nella capacità di creare un rapporto di fiducia tra gli utenti, da un lato, e tra gli utenti e la piattaforma, dall'altro: fiducia che risulta decisiva per spingere i molti soggetti non professionisti che animano la *sharing economy* ad offrire e ricevere beni e servizi da sconosciuti (spesso) a loro volta non professionisti[55].

Altri argomenti chiamano invece in causa direttamente il ruolo assunto dagli utenti delle piattaforme in virtù della presenza dei meccanismi reputazionali *online*[56]. Da un lato, gli utenti attraverso le proprie recensioni e i contributi informativi alla *community* concorrerebbero alla definizione delle regole da parte delle piattaforme e alla valutazione dei servizi, secondo un sistema che può definirsi partecipativo e democratico (si è sintetizzato infatti l'argomento sotto il nome di "*democratic legitimacy*"[57]): «le informazioni sulla qualità o la sicurezza dei servizi nella *sharing economy* non sono esclusivamente nelle mani di uno o due pubblici ufficiali ma sono distribuite tra un ampio numero di utenti»[58]. Dall'altro lato, in considerazione della possibilità di contribuire in via diretta alla valutazione del servizio, vi sarebbe pure una sorta di *informational legitimacy*[59], dal momento che le piattaforme non eserciterebbero alcuna interferenza sui contenuti delle recensioni, che conserverebbero un carattere di autenticità e attendibilità.

4. …e gli orientamenti sovranazionali: l'Agenda europea per l'economia collaborativa e la comunicazione Piattaforme online e Mercato unico digitale

Gli argomenti in punto di regolazione degli attori della *sharing economy* e della letteratura più favorevole alle piattaforme hanno inizialmente fatto breccia nella Commissione europea.

Nell'ottobre 2015, dopo aver avviato un ampio percorso di studio e valutazione sul ruolo crescente delle piattaforme nell'economia – nell'ambito del quale una specifica attenzione è stata rivolta proprio alla *collaborative*

[54] In tal senso v. M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, cit. Cfr. altresì, per l'esposizione sintetica di questa tesi, V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., 190; G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., 121.

[55] Cfr. sempre V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., 190; G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., 121.

[56] Cfr., per l'illustrazione e l'analisi critica di questi argomenti, S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* cit., spec. 229 ss.

[57] S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* cit., 229-231.

[58] *Ibidem* (traduzione dall'inglese di chi scrive).

[59] S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* cit., 231-232.

economy[60] – la Commissione adotta la comunicazione *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese*[61]. In questa sede, dopo aver illustrato le grandi potenzialità in termini di sviluppo e crescita del settore[62], si annuncia l'intenzione di adottare un'Agenda sul tema per dettare «orientamenti sulle modalità di applicazione del diritto UE vigente ai modelli di *business* dell'economia collaborativa»[63].

Segue la comunicazione *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa* del 25 maggio 2016, nella quale si comincia a delineare il favore della Commissione per un approccio regolatorio minimalista: si afferma infatti che «la necessità di favorire il ruolo innovativo delle piattaforme comporta che tutte le misure normative future proposte a livello di UE dovranno *trattare soltanto problemi chiaramente circoscritti* relativi a un tipo specifico di piattaforme online o a un'attività specifica che queste svolgono», e si evidenzia come «*l'economia collaborativa* [sia] un *buon esempio di un settore in cui norme ideate per la fornitura di servizi tradizionali e spesso locali possono essere di intralcio per modelli aziendali basati sulle piattaforme online*». Il ritrarsi della regolazione tradizionale porta dunque al riconoscimento di «*un ruolo importante*» alle «*misure di auto-regolamentazione e co- regolamentazione basate su principi di riferimento*»[64].

[60] Tutta la documentazione relativa alle iniziative della Commissione sull'economia collaborativa può essere rinvenuta sul sito della Commissione: https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/collaborative-economy_en.

[61] Cfr. Commissione europea, *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese,* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 28 ottobre 2015 COM(2015) 550 final.

[62] «L'economia collaborativa assicura ai consumatori una scelta più vasta e prezzi più bassi e alle *startup* innovative e alle imprese europee esistenti opportunità di crescita, sia nel loro paese che all'estero. Accresce altresì l'occupazione e permette ai lavoratori di beneficiare di una maggiore flessibilità, da microattività non professionali a un'imprenditorialità a tempo parziale. Le risorse possono essere utilizzate in maniera più efficiente, accrescendo in tal modo la produttività e la sostenibilità»; cfr. Commissione europea, *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese,* cit., 3-4. In termini altrettanto positivi si v. la pressoché coeva comunicazione sul completamento del mercato unico digitale; cfr. Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa,* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 6 ottobre 2015 COM(2015) 192 final, 12: «Anche l'ascesa dell'economia collaborativa apre possibilità di maggiore efficienza, di crescita e di occupazione grazie all'ampliamento della scelta disponibile al consumatore, ma in potenza pone anche nuove questioni di regolamentazione».

[63] Commissione europea, *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese,* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 28 ottobre 2015 COM(2015) 550 final, 4.

[64] Commissione europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 25 maggio 2016 COM(2016) 288 final, 5-6 (corsivi aggiunti). È bene sottolineare come, in quest'ambito, la Commissione faccia riferimento

L'agenda annunciata nel 2015 viene finalmente adottata il 2 giugno 2016[65], nella forma di una comunicazione, diretta non solo a fornire indicazioni non vincolanti sull'applicazione del diritto europeo alle attività dell'economia collaborativa, ma pure a formulare «raccomandazioni per gli Stati membri allo scopo di sostenere uno sviluppo equilibrato dell'economia collaborativa»[66]. Anche in questo frangente la Commissione non manca di ribadire le potenzialità della *sharing economy*[67] e insiste affinché gli Stati membri mostrino cautela nell'intervenire nel settore, dato che le peculiarità dello stesso escluderebbero in molti frangenti la necessità di un apporto pubblico: «le autorità nazionali devono generalmente prendere in considerazione le *specificità dei modelli imprenditoriali dell'economia collaborativa*, come pure *gli strumenti che essi possono mettere a disposizione per affrontare le questioni di ordine pubblico, quali quelle relative all'accesso, alla qualità o alla sicurezza*. Ad esempio, i *sistemi di reputazione e di valutazione o altri meccanismi volti a scoraggiare comportamenti dannosi da parte degli operatori del mercato possono*, in alcuni casi, *ridurre i rischi per i consumatori* derivanti da asimmetrie informative. Ciò può contribuire a un miglioramento della qualità dei servizi e potenzialmente *ridurre la necessità di taluni elementi della regolamentazione*, a condizione che si possa riporre adeguata fiducia nella qualità delle recensioni e delle valutazioni»[68].

L'*Agenda europea per l'economia collaborativa* affronta cinque temi principali – requisiti di accesso al mercato, responsabilità, tutela degli utenti, lavoro nell'economia collaborativa (autonomo e subordinato), tassazione – per ciascuno dei quali individua la disciplina europea rilevante, offre indicazioni per

al concetto di auto-regolazione non nel senso ampio accolto in questo scritto, ma piuttosto nel senso di «possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali)»; v. *supra* nt. 3.

[65] Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit.; per alcune prime analisi, cfr. A. DELL'ATTI, *L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2016, 107 ss.; G. BRONZINI, *L'Agenda europea sull'economia collaborativa.* Much ado about nothing?, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2016, 259 ss.; C. CAUFFMAN, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?,* in *Journal of European Consumer and Market Law,* Vol. 5, n. 6/2016, 235 ss.

[66] Commissione europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, cit., 4.

[67] «L'economia collaborativa crea nuove opportunità per i consumatori e gli imprenditori. La Commissione ritiene quindi che possa dare un contributo importante alla crescita e all'occupazione nell'Unione europea, se promossa e sviluppata in modo responsabile»; cfr. Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 2.

[68] Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 4 (corsivi aggiunti). La Commissione si spinge a suggerire agli Stati membri di «cogliere l'opportunità di riesaminare, semplificare e modernizzare i requisiti di accesso al mercato che sono generalmente applicabili agli operatori del mercato, mirando a esentare gli operatori dagli oneri normativi superflui, indipendentemente dal modello imprenditoriale adottato, e ad evitare la frammentazione del mercato unico»; cfr. Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 8.

l'applicazione della stessa, delinea possibili interventi circoscritti, raccomandando talora agli Stati membri uno specifico approccio regolatorio. In estrema sintesi, la linea interpretativa principale che emerge dalla comunicazione è quella per cui le piattaforme della *collaborative economy* dovrebbero di massima considerarsi intermediari della società dell'informazione, disciplinate pertanto dalla cd. *direttiva sull'e-commerce*[69] (con tutto ciò che ne consegue in termini di limitazione dei requisiti per l'accesso al mercato, limitazioni di responsabilità, ecc.); rispetto agli utenti e ai servizi prestati grazie alle piattaforme dovrebbe invece trovare applicazione la normativa di volta in volta pertinente (ad es. la cd. *direttiva Servizi*)[70]. Solo nell'ipotesi in cui una piattaforma dovesse risultare anche fornitrice del servizio sottostante – sulla base di una valutazione condotta caso per caso secondo indici suggeriti dalla Commissione[71] – dovrebbe trovare applicazione, anche rispetto alla piattaforma, la disciplina applicabile al servizio[72].

La dottrina che si è occupata dell'Agenda ha descritto la cautela mostrata dalla Commissione verso nuovi interventi regolatori come un approccio "*wait-and-see*"[73], che sarebbe giustificato essenzialmente dalla necessità di non ostacolare il pieno e proficuo sviluppo di un settore in rapida crescita, rispetto al quale l'economia europea scontava peraltro un ritardo non indifferente rispetto ai principali *competitor* internazionali, ossia USA e Cina. Non sono mancate tuttavia voci critiche, che hanno colto un atteggiamento sin troppo accondiscendente ed ottimista, e hanno sostenuto come la presenza di sistemi reputazionali o la scala ridotta di molte attività *sharing* non siano argomenti sufficienti per rimuovere le preoccupazioni per la tutela dell'interesse pubblico (e quindi la necessità di un nuovo intervento regolatorio)[74]. Si è detto efficacemente che «la Comunicazione della Commissione sembra essere assai ben disposta a cedere alla retorica del lato dell'offerta della *sharing economy* (piattaforme e fornitori di servizi) che usa termini idealistici come "condivisione" e

[69] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, *relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico")*.

[70] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, *relativa ai servizi nel mercato interno*.

[71] Le piattaforme fornirebbero il servizio sottostante – oltre all'attività di intermediazione *online* – quando definiscono il prezzo del servizio, altre condizioni contrattuali fondamentali e quando dispongono della proprietà dei beni impiegati per l'erogazione del servizio; cfr. Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 6-7.

[72] *Ibidem*.

[73] Così, tra gli altri, V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., 207; M. FINCK, *The Sharing Economy and the EU*, cit., 266.

[74] Cfr. C. CAUFFMAN, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?,* cit., 237.

"collaborazione" per nascondere il suo carattere spiccatamente commerciale e sfuggire alla regolamentazione»[75].

5. L'evoluzione concreta del panorama regolatorio negli Stati membri: il caso *Airbnb…*[76]

Gli sviluppi nel più lungo periodo delle *policy* sul piano europeo, e ancor prima nazionale e sub-nazionale, sembrano testimoniare un mutato atteggiamento dei decisori pubblici, a conferma di quanto l'*Agenda europea per l'economia collaborativa* fosse fin troppo fiduciosa nelle capacità auto-regolatorie delle piattaforme. In prima linea vi sono soprattutto città e regioni, che per prime hanno avvertito la carica dirompente della *sharing economy*, seguite a stretto giro da molti Stati membri; ma recentemente anche l'Unione – o per meglio dire, la Commissione, con significativo ritardo rispetto alle posizioni critiche assunte da Parlamento[77] e Comitato delle Regioni[78] – sembra aver riconsiderato le posizioni iniziali, a favore di un maggiore interventismo.

Uno dei primi "fronti regolatori" aperti, com'è noto, è stato quello riguardante i servizi di *Uber,* nei confronti dei quali diversi Stati membri hanno dettato normative anche molto stringenti[79]; proprio rispetto a questa prima ondata regolatoria si sono peraltro registrate le prime sentenze della Corte di Giustizia

[75] C. CAUFFMAN, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?,* cit., 243 (traduzione dall'inglese di chi scrive).

[76] Questo paragrafo riprende in parte – con rilevanti integrazioni e modifiche – i risultati di un precedente lavoro già ospitato in questa *Rivista*: cfr. G. MENEGUS, *Recenti interventi delle Regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020 - Rubrica: Fonti delle Regioni ordinarie, 1-13.

[77] Cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su un'agenda europea per l'economia collaborativa* (2017/2003(INI)), disponibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017IP0271; nonché, più recentemente, cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sull'accesso a un alloggio dignitoso e a prezzi abbordabili per tutti* (2019/2187(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0020_IT.html.

[78] Cfr. Comitato europeo delle Regioni, *Parere del Comitato europeo delle regioni — Economia collaborativa e piattaforme online: una visione condivisa di città e regioni* (2017/C 185/04), 7 dicembre 2016, disponibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IR4163&from=IT.

[79] La letteratura sul tema è ormai sterminata; si v. almeno, *ex pluribus*, E. MOSTACCI, A. SOMMA, *Il caso Uber: la sharing economy nel confronto tra common law e civil law,* Egea, Milano, 2016. Per un'analisi nella prospettiva italiana, cfr. E. CARUSO, *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber,* in *Il diritto dell'economia,* Vol. 31, n. 95 (1 2018), 223 ss.

sul tema (casi *Asociación Profesional Elite Taxi*[80] e *Uber France*[81]), che riconoscono un ampio margine di intervento ai regolatori nazionali sui servizi collaborativi di trasporto urbano.

Naturalmente una ricostruzione puntuale degli sviluppi del panorama regolatorio in tutti i settori interessati dalla *collaborative economy* a livello europeo – sovranazionale, nazionale e sub-nazionale – non è possibile in questa sede. Ai fini della presente analisi, ci si limita dunque a tratteggiare le tappe salienti dell'evoluzione della regolazione di *Airbnb* – uno dei principali attori del settore – che può fungere da buon esempio di quanto l'approccio "*wait-and-see*" abbia lasciato spazio ad un'intensa stagione regolatoria, tutt'ora in corso. In quest'ambito, il quadro europeo è, per il momento, segnato da due importanti sentenze della Corte di Giustizia: con la prima, *Airbnb Ireland* (2019)[82], si è ricondotta l'attività della piattaforma *Airbnb* nell'ambito dei servizi della società dell'informazione; con la seconda, *Cali Apartments* (2020)[83], si è invece ritenuto che i servizi di accoglienza forniti dagli utenti ricadano nella Direttiva Servizi.

[80] Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi,* con note di M. FINCK, *Distinguishing internet platforms from transport services:* Elite Taxi v. Uber Spain, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, n. 5/2018, 1619 ss.; P. HACKER, *UberPop, UberBlack, and the regulation of digital platforms after the Asociación Profesional Elite Taxi judgment of the CJEU: judgment of the Court (Grand Chamber) 20 December 2017,* Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15), in *European Review of Contract Law*, Vol. 14, n. 1/2018, 80 ss.; V. HATZOPOULOS, *After Uber Spain: The EU's Approach on the Sharing Economy in Need of Review ?*, in *European Law Review*, Vol. 44, n. 1/2019, 88 ss.; M.Y. Schaub, *Why Uber is an information society service*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 7, n. 3/2018, 109 ss.; M. TURCI, *Sulla natura dei servizi offerti dalle piattaforme digitali: il caso Uber*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 7-8/2018, I, 1088 ss.; A. PALMIERI, *Uber Pop: fine delle corse in (mezza) Europa?*, in *Foro it.*, n. 2/2018, IV, 95 ss..

[81] Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 10 aprile 2018, causa C-320/16, *Uber France*.

[82] Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 19 dicembre 2019, causa C-390/18, *Airbnb Ireland*; con note a commento, tra gli altri, di M.E. BUCALO, *I servizi delle piattaforme online fra giurisprudenza sovranazionale e interna*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, 66 ss.; M. INGLESE, *Affinità e divergenze fra le sentenze Elite Taxi e Airbnb Ireland*, in *Eurojus*, n. 1/2020, 37 ss.; P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Accommodating the freedom of online platforms to provide services through the incidental direct effect back door: Airbnb Ireland*, in *Common Market Law Review*, n. 4/2020, 1201 ss.; L. VAN ACKER, *C-390/18 – The CJEU Finally Clears the Air(bnb) Regarding Information Society Services*, in *Journal of European Consumer and Market Law,* Vol. 9, n. 2/2020, 77 ss.

[83] Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 settembre 2020, cause riunite C-724/18 e C-727/18, *Cali Apartments*; cfr. a commento V. HATZOPOULOS, *Disarming Airbnb: dismantling the Services Directive?*, in *Common Market Law Review,* Vol. 58 n. 3/2021, 905 ss., nonché P. TULLIO, *Airbnb nell'Unione europea: tra prevenzione della concorrenza sleale e libera prestazione dei servizi*, in *Riv. it. dir. tur.*, n. 32/2021, 7 ss., spec. 36 ss. Per un'autorevole ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia concernente la *sharing economy* (redatta dall'Avvocato Generale che ha seguito tutte le principali decisioni), cfr. M. SZPUNAR, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union*, in G. BARRETT, J.-P. RAGEADE, D. WALLIS, H. WEIL (eds), *The Future of Legal Europe: Will We Trust in It? Liber Amicorum in Honour of Wolfgang Heusel*, Springer, Cham, 2021, 735 ss.

Prima di entrare nel merito dei profili normativi nazionali, conviene tuttavia riepilogare le ragioni della necessità di disciplinare i cd. affitti brevi: il successo delle piattaforme di *home sharing* – *Airbnb* su tutte – ha generato una serie di *esternalità negative*, specie in quelle città che sono soggette a fenomeni di *overtourism*[84] in quanto destinazioni turistiche di livello internazionale.

In primo luogo, si è assistito alla riduzione delle abitazioni disponibili sul mercato delle locazioni residenziali e al correlato aumento dei canoni, dal momento che i proprietari preferiscono destinare i propri immobili al mercato turistico, più redditizio e flessibile[85]. A ciò si aggiungono: l'aggravamento della gestione di alcuni servizi locali (ad es. la raccolta dei rifiuti e i trasporti pubblici) provocata dalla presenza di una "popolazione temporanea", che varia significativamente in tempi brevissimi; la diffusione di fenomeni di *gentrification* e *touristification,* con riflessi negativi per le attività economiche non direttamente funzionali all'accoglienza turistica[86]; per arrivare, infine, a problemi di

[84] Sulla nozione di *overtourism* (difficilmente traducibile in italiano con "sovraturismo") la letteratura oramai è sterminata; cfr. per tutti, cfr. P. PEETERS, S. GOSSLING, J. KLIJS, C. MILANO, M. NOVELLI, C. DIJKMANS, E. EIJGELAAR, S. HARTMAN, J. HESLINGA, R. ISAAC, O. MITAS, S. MORETTI, J. NAWIJN, B. PAPP, A. POSTMA, *Research for TRAN Committee - Overtourism: impact and possible policy responses*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2018, documento disponibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/629184/IPOL_STU(2018)629184_EN.pdf.

[85] La letteratura sugli effetti di *Airbnb* e le altre piattaforme di *home sharing* sul mercato immobiliare e delle locazioni residenziali è oramai significativa; si v., tra gli altri (con esclusivo riferimento a contesti europei), J. VAN HAAREN, S. VERMEULEN, J. KLIJS, K. KOENS, J. BIJL, *Short-term accommodation rental in Amsterdam. An empirical investigation of statistical correlations between short-term rental, housing prices and quality of life index*, European Commission, DG for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, disponibile al seguente link: https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/cf2a7bed-c995-11eb-84ce-01aa75ed71a1; T. DUSO, C. MICHELSEN, M. SCHÄFER, K. DUCBAO TRAN, *Airbnb and Rental Markets: Evidence from Berlin,* CEPR Discussion Paper No. DP16150, 11 maggio 2021, disponibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3846265; S. PERALTA, J. PEREIRA DOS SANTOS, D. GONÇALVES, *Do short-term rentals increase housing prices? Quasi-experimental evidence from Lisbon*, GEE Papers 0155, Gabinete de Estratégia e Estudos, Ministério da Economia, Portugal, giugno 2020, disponibile al seguente link: https://www.gee.gov.pt//RePEc/WorkingPapers/GEE_PAPERS_155.pdf; M.-À. GARCIA-LÓPEZ, J. JOFRE-MONSENY, R. MARTÍNEZ MAZZA, M. SEGÚ, *Do short-term rental platforms affect housing markets? Evidence from Airbnb in Barcelona*, Working Papers 2019/05, Institut d'Economia de Barcelona (IEB), nonché in *Journal of Urban Economics*, Vol. 119, 2020; I. YRIGOY, *Rent gap reloaded: Airbnb and the shift from residential to touristic rental housing in the Palma Old Quarter in Mallorca, Spain,* in *Urban Studies Journal*, Vol. 56, n. 1/2018.

[86] Cfr., ad es., F. CELATA, A ROMANO, *Overtourism and online short-term rental platforms in Italian cities*, in *Journal of Sustainable Tourism*, 2020; S. PICASCIA, A. ROMANO, M. TEOBALDI, *The* airification *of cities: making sense of the impact of peer to peer short term letting on urban functions and economy*, in *Proceedings of the Annual Congress of the Association of European Schools of Planning*, Lisbon, 2017, 2212 ss.; A. CÓCOLA GANT, *Tourism gentrification*, in L. LEES, M. PHILLIPS (a cura di), *Handbook of Gentrification Studies*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, 281 ss.; ID., *Holiday rentals: The new gentrification battlefront*, in *Sociological Research Online*, Vol. 21, n. 3/2016; D.

ordine pubblico latamente inteso, quali la "difficile convivenza" con i vicini (specie nei contesti condominiali)[87] e i problemi di disturbo della quiete pubblica. Non va poi tralasciato neppure il profilo fiscale, il quale concerne non solo la questione della lotta all'evasione delle imposte sui proventi derivanti dagli affitti brevi, ma pure quella della riscossione delle *tourist taxes* (la nostra imposta di soggiorno) ove le stesse siano previste[88].

Rispetto alla maggior parte di queste problematiche, sia l'auto-regolazione della piattaforma sia i meccanismi reputazionali si sono dimostrati del tutto inadeguati, dando adito a tentativi – più o meno riusciti – di disciplinare il fenomeno con strumenti più rigorosi, sia a livello sub-nazionale che nazionale. Un tratto comune agli interventi normativi adottati sul punto in molti ordinamenti europei è dato dal fatto che difficilmente si tratta di discipline stabili e compiute, ma piuttosto di processi regolatori in divenire, caratterizzati da un incremento di vincoli e regole e da una ripetuta correzione e revisione di quanto già stabilito. Il che pare testimoniare, tra l'altro, la progressiva presa di coscienza da parte dei decisori pubblici delle problematiche connesse alla *sharing economy* e dell'inadeguatezza della disciplina esistente.

Un esempio di questo processo incrementale è dato dalla legislazione francese, tra le più attive in Europa sul fronte della regolamentazione delle locazioni turistiche, anche in ragione del grande impatto avuto sulle città francesi, e in particolare a Parigi.

Volendo identificare i provvedimenti più significativi, si deve fare riferimento a tre leggi, susseguitesi nell'arco di pochi anni: la *Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, detta più brevemente *loi ALUR* o *loi Duflot II* (2014); la *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique* (2016); e, infine, la *Loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, detta più semplicemente *loi ÉLAN* (2018).

La prima legge ha posto le basi per la revisione della disciplina dell'equivalente francese della nostra locazione per finalità turistiche, ovvero i cd. *meublés de tourisme*. In estrema sintesi, le direttrici della riforma si articolano su due

GUTTENTAG, *Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector*, in *Current Issue on Tourism*, Vol. 18 n. 12/2015, 1192 ss. Più in generale sulla *gentrification*, si v. G. SEMI, *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, il Mulino, Bologna, 2015.

[87] Anche nel contesto italiano è fiorita una serie di controversie tra condomini; v. ad es. *Affitti brevi, per la Cassazione non possono essere vietati*, in *la Repubblica* (versione *online*), 4 ottobre 2017, disponibile al seguente link: https://www.repubblica.it/economia/diritti-e-consumi/casa/2017/10/04/news/affitti_brevi_divieto-177341215/

[88] Per questa "carrellata" si v. già il mio precedente *Recenti interventi delle Regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, cit.; cfr. altresì S. NIEUWLAND, R. VAN MELIK, *Regulating Airbnb: how cities deal with perceived negative externalities of short-term rentals*, in *Current Issues in Tourism*, 2018, 1 ss.

piani: il primo riguarda la natura dell'abitazione offerta in locazione turistica; il secondo invece l'occorrenza (o meno) di un cambio di destinazione d'uso della stessa. Quanto alla natura, la *loi Alur* distingue tra abitazioni principali e secondarie. Per poter dare in locazione la propria abitazione principale, il titolare non necessita di alcun permesso o autorizzazione particolare, essendo sufficiente la registrazione. Tuttavia, non si potrà affittare l'abitazione per più di 120 giorni all'anno; se si intende superare tale limite, sarà necessario chiedere un'autorizzazione per il cambio di destinazione d'uso della stessa, che verrà così considerata abitazione secondaria. Per le residenze secondarie invece occorre distinguere tra le aree in cui le stesse sono collocate; laddove infatti l'abitazione sia situata in aree con problemi di penuria di abitazioni sul mercato immobiliare (città con oltre 200.000 abitanti e alcuni dipartimenti vicini a Parigi), il titolare dovrà presentare una domanda di autorizzazione al cambio d'uso dell'immobile. In talune aree, dove la penuria delle abitazioni è particolarmente grave (ad es. a Parigi), per non ridurre ulteriormente gli alloggi disponibili sul mercato, sono previste delle misure compensative contestuali alla trasformazione dell'abitazione in locazione turistica[89].

La seconda legge (*pour une République numérique*) ha invece previsto la possibilità che i comuni prevedano l'obbligo di attribuire un numero di registrazione alle locazioni situate sul proprio territorio; tale numero si può ottenere attraverso una procedura telematica elaborata dai singoli comuni. Significativamente, è stato previsto l'obbligo – rivolto non più ai singoli *host*-utenti, ma alle stesse piattaforme di intermediazione *online* – di rimuovere gli annunci illegali, relativi cioè ad abitazioni prive di numero di registrazione oppure ad abitazioni principali che avessero raggiunto il numero massimo di notti (cioè 120)[90].

Infine la *loi ELAN* ha rafforzato gli strumenti sanzionatori (sanzioni pecuniarie fino a 12.500 €) messi a disposizione delle città contro le piattaforme digitali che non ottemperano agli obblighi di legge (in particolare a quelli relativi alla rimozione degli annunci privi di registrazione o che hanno raggiunto il tetto di notti).

[89] Questa normativa è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che l'ha ritenuta conforme alle previsioni al diritto dell'Unione (e in particolare alla Direttiva Servizi) con la summenzionata sentenza *Cali Apartments*: secondo la Corte infatti una normativa nazionale, come quella francese, che assoggetta ad autorizzazione la locazione, esercitata in maniera reiterata, di un locale destinato ad abitazione per brevi periodi ad una clientela di passaggio che non vi elegga domicilio è conforme al diritto dell'Unione, giacché la lotta contro la scarsità di alloggi destinati alla locazione di lunga durata che costituisce la *ratio* della normativa costituisce un motivo imperativo di interesse generale ai sensi della direttiva. Lo stesso può

[90] Per una ricostruzione della disciplina francese in rapporto a questi prime due leggi, cfr. N. FOULQUIER, J.C. ROTOULLIÉ, *Numérique et tourisme: la réglementation française sur les locations meublées de tourisme*, in *Riv. it. dir. tur.*, 2018, pp. 32-44.

Meno lineare il percorso regolatorio seguito dalla città di Berlino, altra capitale europea in cui *Airbnb* ha generato ripercussioni significative sulla disponibilità degli alloggi (in un contesto peraltro già segnato da notevoli tensioni abitative)[91].

La prima legge concernente le locazioni turistiche brevi adottata dalla città di Berlino (tra le principali mete del turismo mondiale) risale al 2013 (Legge sul divieto di uso difforme dell'abitazione - *Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum* (*ZwVbG*) del 29 novembre 2013), ed è stata seguita da diverse modifiche, tra cui una in senso più restrittivo (2016), una in senso parzialmente contrario (9 aprile 2018) e l'ultima (16 settembre 2021) che inasprisce nuovamente le previsioni sull'*home sharing*.

In virtù del quadro normativo attuale, chi affitta una o più stanze all'interno della propria abitazione non è tenuto a ottenere alcun permesso dalle autorità locali, purché lo spazio locato sia complessivamente inferiore al 50% della superficie dell'abitazione; chi invece voglia affittare più della metà della propria abitazione o interi alloggi deve richiedere un'autorizzazione. In entrambi i casi va ugualmente comunicato alle autorità locali l'avvio della locazione al fine di ottenere un numero di registrazione, che va quindi pubblicizzato *online*, consentendo così un più agevole controllo da parte delle autorità. Le piattaforme sono tenute a non pubblicare annunci privi di numero di registrazione. Regolazioni in parte analoghe sono state adottate anche in altre città tedesche (ad es. Amburgo[92] e Monaco[93]).

[91] Per una visione d'insieme del panorama tedesco, cfr. C. BUSCH, *Regulating Airbnb in Germany* – status quo *and future trends,* in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, n. 1/2019.

[92] Nella città anseatica di Amburgo (terza destinazione tedesca su *Airbnb* nel 2017), l'ultima modifica alla legislazione concernente le locazioni turistiche è entrata in vigore nel gennaio 2019 (*Hamburgisches Wohnraumschutzgesetz, da ultimo modificata con la Dritte Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Wohnungswesens, 23.10.2018*). Tale normativa – che combina, per certi versi, le soluzioni adottate a Berlino e Monaco – prevede, in primo luogo, l'attribuzione di un numero di registrazione, tanto per le singole stanze quanto per le intere abitazioni, che deve essere pubblicizzato *online*. A ciò si aggiunge un limite temporale di otto settimane, nonché la previsione che i guest comunichino alle autorità cittadine i periodi di pernottamento per ogni singolo ospite. Come a Berlino, inoltre, le piattaforme devono assicurare che gli annunci di locazioni non siano pubblicati *online* senza il connesso numero di registrazione.

[93] A Monaco di Baviera la disciplina delle locazioni è rimessa a un regolamento della città capoluogo del *Land* (*Satzung der Landeshauptstadt München über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum*, 5.12.2017); analogamente a quanto previsto a Berlino, non è richiesto alcun permesso per locare parti della propria abitazione principale, purché queste siano inferiori al 50% della superficie complessiva. Non è ugualmente previsto alcun permesso per le offerte di intere abitazioni che non superino complessivamente le otto settimane annue. Il superamento di tali limiti è consentito solo previo ottenimento di uno speciale permesso, che è connesso a forme di pagamento o compensazione. Va tuttavia sottolineato come sia assai rara la concessione di permessi in tal senso.

Pure in contesti più prossimi a quello italiano sotto il profilo urbano e turistico, come Spagna e Portogallo, l'intervento regolatorio risulta particolarmente intenso.

Nell'ordinamento spagnolo, la competenza sulle locazioni brevi ricade sulle Comunità autonome, con la conseguenza che ciascuna Comunità ha potuto elaborare una propria disciplina nel settore. A questa varietà di regimi regolatori, vanno aggiunti poi gli strumenti adottati dalle principali città turistiche (ad es. Barcellona, Madrid, La Palma, Maiorca, ecc.)[94].

In via generale, le diverse discipline delle Comunità autonome prevedono che quanti vogliano offrire locazioni brevi siano tenuti ad effettuare una comunicazione di avvio dell'attività, cui consegue l'assegnazione di un numero di registrazione. Tale numero dev'essere impiegato nella pubblicizzazione degli appartamenti e l'inosservanza di tale obbligo può comportare sanzioni anche pesanti per il locatore e i responsabili della pubblicizzazione (piattaforme incluse).

Quanto agli immobili di cui è consentita la locazione turistica, si riscontra una certa varietà nelle diverse legislazioni: talune hanno escluso la possibilità di locare singole stanze o porzioni dell'abitazione (ad es. le Isole Canarie, anche se tale previsione è stata in alcuni casi ritenuta illegittima); altre semplicemente non hanno contemplato la locazione di singole stanze (ad es. Isole Baleari); altre hanno previsto la locazione della sola abitazione principale (Valencia ed Isole Baleari). Risultano interessanti le previsioni relative ai tetti temporali di locazione: ci sono casi di limiti "verso il basso" (è il caso della città di Madrid, che prevede un soggiorno minimo di 5 giorni), come pure limiti "verso l'alto", volti anche a differenziare locazioni turistiche brevi dalle altre tipologie di locazione[95].

Alcuni regolamenti delle Comunità autonome e delle singole città (v. ad es. Galizia, Isole Baleari, Barcellona, San Sebastián e Valencia) prevedono la suddivisione del territorio in diverse zone per circoscrivere la locazione breve di abitazioni in aree individuate dalle autorità. In altri casi è prevista la determinazione di un numero massimo di abitazioni che possono essere destinate all'uso da parte dei turisti (sempre in Galizia e nelle Isole Baleari).

[94] Sul tema, cfr. per un'agile ricostruzione A. MARTÍNEZ NADAL, *Regulating Airbnb in Spain*, in *Journal of European Consumer and Market Law,* Vol. 8, n. 1/2019; più diffusamente G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018.

[95] Mentre il limite minimo madrileno è stato ritenuto illegittimo in quanto volto a restringere la concorrenza, i vari limiti massimi sono stati in genere considerati legittimi.

In tal senso, si segnala la legge n. 6/2017 sul turismo nelle Isole Baleari[96]: attraverso strumenti di pianificazione urbanistica, il territorio delle isole è suddiviso in zone sulla scorta di valutazioni che riguardano la natura delle infrastrutture circostanti, le risorse dell'isola, la densità di popolazione e altri criteri (saturazione, problemi ambientali e/o tensione sulle risorse naturali). Nelle zone costiere considerate "sature" per sviluppo urbano o turistico, vi sono restrizioni significative alle locazioni turistiche: solo la residenza principale del locatore può essere affittata e solo per un massimo di 60 giorni all'anno per un periodo di 5 anni.

Concludendo questa breve panoramica con le previsioni autonomiche riguardanti le piattaforme, si deve notare come, in generale, le legislazioni esaminate tendano a riconoscere una responsabilità in capo alle piattaforme per la pubblicizzazione di annunci privi di numero di registrazione (e quindi in assenza di comunicazione d'avvio dell'attività). Hanno avuto una certa eco anche sulla stampa italiana i casi delle sanzioni a *Airbnb* (fino a 400.00 euro) comminate dalle autorità locali della Catalogna[97] e delle Isole Baleari[98].

In Portogallo i primi interventi normativi nel settore delle locazioni turistiche risalgono al 2008, anno in cui viene introdotta nell'ordinamento la nozione di *alojamento local* (AL), termine che individua tanto il contratto quanto i locali adibiti a locazione turistica (breve) a loro volta oggetto di un'articolata categorizzazione[99].

In tutti i casi è comunque prevista una forma di registrazione, che opera in modo analogo allo schema della nostra SCIA. Sono previsti controlli *ex post* sulla sussistenza dei vari requisiti previsti per l'avvio di tali locazioni da parte delle autorità locali, mentre non sono previsti invece limiti particolari al numero di alloggi che si possono locare, salvo quello di nove appartamenti nello stesso stabile se questi superano il 75% dello stabile. Le piattaforme sono tenute a verificare l'avvenuta registrazione di *AL* pubblicizzati sulle stesse nonché taluni altri requisiti; l'inosservanza di tale obbligo di controllo è sanzionata con multe fino a 40.000 euro. Un'interessante previsione è costituita dalla facoltà per i Consigli comunali di individuare delle *áreas de contenção*, ovvero

[96] Ley 6/2017, *de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas*, in «BOE» núm. 223, de 15 de septiembre de 2017, 90949-90974.

[97] Si v. *Airbnb nei guai in Spagna. La Catalogna la multa per irregolarità*, in *IlSole24Ore* (versione *online*), 9 luglio 2014, disponibile al seguente link: https://st.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2014-07-09/airbnb-guai-spagna-catalogna-multa-irregolarita-133249.shtml?uuid=ABZh46YB.

[98] Si v. *"La città non è in affitto". La crociata anti-Airbnb delle capitali d'Europa*, in *laRepubblica* (versione *online*), 22 giugno 2019, disponibile al seguente link: https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2019/06/22/la-citta-non-e-in-affitto-la-crociata-anti-deuropa21.html.

[99] Cfr. J.M. CARVALHO, P. POLICARPO, *Regulating Airbnb in Portugal*, in *Journal of European Consumer and Market Law,* Vol. 7, n. 6/2018, 256 ss.

delle zone della città in cui si applicano restrizioni significative all'avvio di nuove locazioni turistiche, con la finalità di preservare la realtà sociale delle aree considerate. È stato anche introdotto contestualmente un limite di 7 AL per singolo proprietario.

Per chiudere la panoramica sulla regolazione di *Airbnb* nei principali Stati europei, è giusto il caso di riprendere i tratti essenziali della disciplina italiana, che rispetto alle omologhe europee si caratterizza per un approccio più attendista e settoriale.

Il primo intervento del legislatore statale avente ad oggetto la questione delle locazioni turistiche e delle piattaforme di *home sharing* è infatti costituito dall'art. 4 del d.-l. n. 50/2017 (convertito in l. n. 96/2017), rubricato: "Regime fiscale delle locazioni brevi". La disciplina ivi dettata – di rilievo pressoché esclusivamente fiscale – è rimasta in parte inattuata per il contenzioso insorto tra *Airbnb* e Agenzia delle Entrate, giunto persino dinanzi alla Corte di Giustizia (che però non si è pronunciata per l'incompletezza del rinvio pregiudiziale)[100]. Un secondo intervento si rinviene nell'art. 13-*quater* del d.-l. n. 34/2019, recante «Disposizioni in materia di locazioni brevi e attività ricettive», che va a modificare e integrare il succitato d.-l. 50/2017. Si tratta di una norma che ha portato proprio negli ultimi mesi alla creazione della "Banca dati banca dati delle strutture ricettive e degli immobili destinati alle locazioni brevi" (D.m. 29 settembre 2021, n. 1782) da parte del neo-istituito Ministero del Turismo.

Nel frattempo, a livello regionale, sono fiorite molteplici discipline volte ad introdurre un codice di registrazione (similmente a quanto fatto altrove in Europa) con lo scopo di semplificare le attività di controllo e monitoraggio delle locazioni turistiche da parte degli enti locali[101]. Alcune città – in assenza di

[100] Sul rinvio pregiudiziale brevemente, cfr. G. SCIASCIA, *Alla Corte di giustizia UE "la legge Airbnb"*, in *www.irpa.eu* – Pubblicazioni – Contributi, 18 settembre 2019. Sul tema fiscale cfr., tra gli altri, G. BERETTA, *Il regime fiscale delle locazioni brevi*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2018, 1011 ss.

[101] Per una ricognizione delle discipline regionali e un'analisi delle principali problematiche giuridiche, sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Recenti interventi legislativi delle Regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, cit. (alla rassegna di codici identificativi regionali *adde* anche il CITRA della Regione Liguria, introdotto nella disciplina regionale dall'art. 53 bis della l.r. n. 32/2014). Il tema sta progressivamente attirando l'attenzione della dottrina italiana; cfr. in part. i contributi di C. ALVISI, A. CLARONI, *Problemi di governo della* sharing economy *nel settore delle locazioni turistiche e del* bike-sharing, in *Ist. fed.*, n. 4/2019, 917 ss.; N. PICA, *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa e* sharing economy. *Il caso delle locazioni turistiche (cd.* home sharing*),* in *Ist. fed.*, n. 4/2020, 893 ss.; e E.N. FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla* sharing economy *e le nuove istanze di salvaguardia*, in *Munus*, n. 3/2020, 549 ss. (quest'ultimo tuttavia tende a svalutare eccessivamente le differenze giuridiche tra locazioni turistiche e strutture ricettive extra-alberghiere, spec. 559, 562, 581; si tratta però di una differenza che risulta dirimente, oltre che per l'individuazione delle norme applicabili, anche per la definizione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni; su quest'ultimo punto, sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Locazioni per finalità turistiche: il codice identificativo lombardo supera lo scrutinio di costituzionalità,* in *Le*

strumenti adeguati[102] – hanno pure tentato approcci "innovativi" per limitarne l'eccessiva diffusione: a Venezia, ad esempio, si è riformato il RUE (Regolamento urbanistico edilizio), introducendo l'obbligo per tutte le abitazioni destinate all'esercizio di locazione turistica di dotarsi di una fossa settica. L'obbligo sarebbe in effetti già previsto per tutte le private abitazioni, ma è stato "sospeso" *sine die* per le evidenti difficoltà che comporterebbe la piena attuazione dello stesso su larga scala. Persiste invece per le strutture alberghiere; da qui, la scelta di trattare le locazioni turistiche (e i B&B) alla stregua di una vera e propria struttura ricettiva.

Volendo trarre una prima conclusione, l'ampia ricostruzione svolta pare sufficiente a testimoniare nei fatti quanto l'affidamento alla *self-regulation* prefigurato dalla Commissione e promosso dai fautori della *sharing economy* sia stato presto soppiantato – almeno a livello nazionale e sub-nazionale – da discipline assai più tradizionali, caratterizzate da stringenti vincoli e prescrizioni, a loro volta assistiti da strumenti sanzionatori di natura pecuniaria.

6. …e i riflessi sul piano europeo: l'iniziativa della Commissione sugli affitti brevi

L'abbandono dell'approccio "*wait-and-see*" non è proprio tuttavia dei soli regolatori nazionali, giacché segnali in tal senso arrivano anche dell'Unione europea.

Si fa riferimento, da un lato, a interventi normativi che, pur riguardando l'economia digitale complessivamente intesa, interessano in misura non marginale la *sharing economy*; dall'altro lato, ad una recentissima iniziativa della Commissione sugli affitti brevi – uno dei maggiori mercati collaborativi – che è dichiaratamente diretta a «sviluppare una crescita responsabile, equa e affidabile degli affitti di breve durata, nel quadro di un ecosistema turistico equilibrato»[103].

Regioni, n. 3/2019, 825 ss.). Sempre sul tema, ma nell'ambito di una riflessione di più ampio respiro su città e disuguaglianze, cfr. E. OLIVITO, *Le diseguaglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020, spec. 93 ss.

[102] È opinione assai diffusa, specie tra gli "addetti ai lavori" che le amministrazioni comunali non dispongano di strumenti regolatori per guidare o limitare la diffusione delle locazioni turistiche (risolvendosi questa essenzialmente in un modo di impiego della proprietà immobiliare non soggetto a vincoli di alcun tipo; soprattutto non sarebbe necessario il cambio della destinazione d'uso dell'immobile per affittarlo ai turisti, mantenendosi pur sempre la destinazione urbanistica residenziale). Su questa posizione, cfr. però le convincenti obiezioni critiche di D. TRAINA, *Il governo del territorio per un turismo innovativo e sostenibile*, in G. MORBIDELLI, M. MORISI (a cura di), *Dal turismo di massa al turismo di qualità,* Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Cesifin On-line, Firenze, 2020, 75 ss., disponibile al seguente link: https://www.cesifin.it/dal-turismo-di-massa-al-turismo-di-qualita-2/.

[103] Così il *Sommario* della proposta di regolamento della Commissione, che prosegue così: «Mira inoltre a garantire condizioni di parità per tutti i prestatori di servizi di alloggio e a rispondere alle numerose richieste delle parti interessate per un'azione a livello dell'UE in questo settore. Ciò

Partendo dagli interventi di carattere più trasversale, vanno senz'altro menzionati, tra gli altri – e tralasciando le più ampie iniziative del *Digital Services Act* (DSA) e del *Digital Market Act* (DMA)[104]: *a)* il regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (Regolamento (UE) n. 2019/1150)[105]; *b)* la Direttiva (UE) 2019/2161, cd. *Omnibus* (per la parte in cui integra la Direttiva 2011/83/CE)[106]; e *c)* la direttiva Dac 7 (direttiva UE n. 2021/514)[107] sulla cooperazione amministrativa in materia fiscale.

Il regolamento n. 1150/2019 aspira a promuovere trasparenza ed equità sul fronte dei rapporti tra utenti commerciali e piattaforme, partendo dal presupposto che la soggezione economica dei primi rispetto alle seconde sia sfociata nell'approfittamento del ruolo di forza da parte delle piattaforme, attraverso pratiche commerciali e comportamenti unilaterali, imprevedibili, poco chiari e iniqui[108].

L'intervento si muove su più livelli, imponendo la trasparenza: dei termini e delle condizioni contrattuali tra piattaforma e utenti commerciali (art. 3); in

comporterà l'offerta di soluzioni equilibrate per le città, le piattaforme e i prestatori - privati e professionisti - di servizi di locazione a breve termine, apportando nel contempo benefici in particolare alle piccole e medie imprese»; disponibile al link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13108-Servizi-turistici-iniziativa-sugli-affitti-di-breve-durata_it

[104] Cfr. M. INGLESE, *L'economia collaborativa tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le prime proposte di armonizzazione: verso il* Digital Markets Act *e il* Digital Services Act, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4/2020, 843 ss.

[105] 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*.

[106] Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, *che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori*.

[107] Direttiva (UE) 2021/514 del Consiglio del 22 marzo 2021, *recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale*.

[108] Si fa riferimento, ad esempio, alla modifica delle condizioni contrattuali senza preavviso; alla rimozione dei beni o servizi offerti sulla piattaforma dai professionisti; all'opacità su regole e criteri che determinano la collocazione delle offerte all'interno della pagina web, come pure su regole e criteri che presiedono alla sospensione o eliminazione dell'utente. Sul punto, anche per un'analisi puntuale dei contenuti del regolamento, cfr. F. RUGGERI, *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione online e i motori di ricerca*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, 397 ss. La circostanza che il regolamento riguardi espressamente i professionisti non consente di escludere dall'ambito di applicazione le piattaforme della *sharing economy*, come pure è stato affermato (v. F. FOLTRAN, *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali,* in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3/2019, 168), equiparando sostanzialmente la *sharing economy* alla *peer-to-peer economy*. Tale prospettiva non può essere accolta per il semplice fatto che la maggior parte delle piattaforme in questione accoglie tanto utenti professionisti quanto utenti comuni (v. *amplius supra* par. 2). Peraltro, come avverte giustamente proprio F. RUGGERI, *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali*, cit., 401, nt. 19, la differenziazione nell'economia collaborativa tende a scolorare per la presenza dei cd. *prosumer* (v. *supra* par. 3).

caso di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione (art. 4); su termini e condizioni che determinano il posizionamento degli annunci dell'utente all'interno della piattaforma (art. 5) e il differente trattamento tra vari utenti (art. 7). Alle medesime esigenze di maggiore trasparenza, benché questa volta sul fronte dei rapporti tra professionisti e consumatori, risponde in sostanza anche la modifica alla direttiva 2011/83/CE del 2019, operata dalla Direttiva cd. *Omnibus*, laddove impone alle piattaforme digitali di indicare se l'utente che offre beni, servizi o contenuti attraverso la piattaforma sia un professionista o meno, sulla base della dichiarazione del medesimo utente-fornitore (art. 4)[109].

Al di là della capacità (assai controversa)[110] delle norme appena richiamate di farsi promotrici di un'effettiva tutela delle parti deboli della *sharing economy*, il solo intervento dell'Unione nel senso appena descritto appare di per sé significativo, risuonando come un implicito riconoscimento dell'inadeguatezza dei meccanismi di *self-regulation* a garantire persino quelle istanze (minime) di trasparenza e riduzione delle asimmetrie informative promesse agli albori dall'economia collaborativa[111]. In questo frangente infatti non si è affrontata l'inidoneità dei meccanismi di auto-regolazione a limitare le esternalità negative prodotte dalle attività della *sharing economy* "al di fuori" del triangolo piattaforma – utenti-fornitori – utenti-fruitori; inidoneità già assodata a livello

[109] Cfr. G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella* platform economy *dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d.* Omnibus*)*, in V. FALCE (a cura di), Fairness *e innovazione nel mercato digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 49 ss. Alcuni Autori (cfr. spec. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Will Deliveroo and Uber Be Captured by the Proposed EU Platform Regulation? You'd Better Watch Out…*, in *European Law Blog,* 12 marzo 2019, disponibile al seguente link: https://europeanlawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-youd-better-watch-out/) hanno peraltro evidenziato come la scelta di applicare il regolamento alle sole piattaforme della società dell'informazione (come definite dalla Direttiva (EU) 2015/1535) finisce per escludere dall'ambito di applicazione la stessa *Uber* e tutte quelle piattaforme che invece offrono un servizio composito – per come descritto nella sentenza della Corte di Giustizia *Asociación Profesional Elite Taxi* – che più di altre esercitano un controllo sugli utenti professionisti. Per una prospettiva più ampia, cfr. A. CHAPUIS-DOPPLER, V. DELHOMME, *Regulating Composite Platform Economy Services: the State-of-play after Airbnb Ireland*, in *European Papers*, n. 1/2021, 411 ss.

[110] Cfr. G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella* platform economy *dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d.* Omnibus*)*, cit.

[111] Non scalfisce questa osservazione il fatto che il Regolamento incoraggi «i fornitori di servizi di intermediazione online e le organizzazioni e associazioni che li rappresentano a elaborare *codici di condotta*, unitamente agli utenti commerciali, incluse le PMI e le organizzazioni che le rappresentano, intesi a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto delle specificità dei diversi settori in cui sono forniti i servizi di intermediazione online e delle caratteristiche specifiche delle PMI» (art. 17, corsivo aggiunto). Benché infatti i codici in questione rientrino nella nozione di autoregolazione accreditata nel diritto dell'Unione europea (v. *supra* nt. 3), la necessità di intervenire con strumenti vincolanti per fissare principi e regole testimonia comunque il superamento dell'iniziale ampio affidamento all'auto-regolazione delle piattaforme.

nazionale (come testimoniano le molte iniziative regolatorie descritte nel par. 5). Si è piuttosto messa in dubbio la capacità della *self-regulation* di gestire gli stessi rapporti interni all'economia collaborativa, il piano rispetto al quale la Commissione sembrava nutrire maggiore fiducia[112].

Un altro segnale sintomatico di sfiducia proviene, d'altra parte, dalla direttiva Direttiva (UE) 2021/514, detta anche Dac 7[113], relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale; in questo caso, non si fa più affidamento sul volontario trasferimento di dati dagli attori della *sharing economy* alle autorità competenti, gestito secondo le regole datesi dalle piattaforme, ma si obbligano le stesse piattaforme a comunicare i redditi percepiti (oltre una certa soglia) dai propri utenti insieme a una serie di informazioni sui prestatori dei servizi.

La novità più rilevante è rappresentata però dall'iniziativa sugli affitti di breve durata, che riguarda direttamente i servizi di *home sharing* e che – nel momento in cui si chiude questo lavoro – sta attraversando la fase preparatoria di consultazione pubblica[114].

Nella *Valutazione di impatto iniziale*[115], si osserva che «la rapida crescita degli affitti brevi ha suscitato una serie di preoccupazioni», tra cui quelle «per la pressione sul mercato immobiliare locale a prezzi accessibili e per lo sviluppo sostenibile delle città, compresa la pianificazione urbana», cui si aggiunge «una serie di preoccupazioni circa il rispetto delle norme applicabili, come ad es. prescrizioni a tutela della salute e della sicurezza»[116]. La Commissione elenca le varie iniziative adottate per affrontare queste problematiche – ivi inclusa l'*Agenda* del 2016 – ma riconosce espressamente che «gli sviluppi non sono stati in grado di risolvere tutti i problemi»[117]. Abbandona quindi l'approccio di *soft law* preferendo l'adozione di un regolamento, diretto «a disegnare e applicare norme adeguate sugli affitti di breve durata», «a facilitare il funzionamento e la crescita delle PMI promuovendo al contempo obiettivi di interesse pubblico, come assicurare la disponibilità di alloggi a prezzi accessibili o garantire il rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza», e far sì che le

[112] Si v. in part. *supra* par. 4 i riferimenti alla tutela consumeristica nell'Agenda del 2016.

[113] Direttiva (UE) 2021/514 del Consiglio del 22 marzo 2021 *recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale.*

[114] Tutta la documentazione relativa alla fase di consultazione pubblica – ivi inclusa la *Valutazione di impatto iniziale* – è reperibile al seguente link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13108-Servizi-turistici-iniziativa-sugli-affitti-di-breve-durata_it.

[115] Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, Ref. Ares(2021)5673365 - 16/09/2021.

[116] Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 1 (traduzione dall'inglese di chi scrive).

[117] Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 1-2.

autorità pubbliche dispongano di «dati pertinenti (ad esempio chi affitta cosa e con quale frequenza) e strumenti di informazione»[118].

A prescindere dall'esito concreto che avrà l'iniziativa della Commissione, risulta evidente come la prospettiva regolatoria sia cambiata.

7. Critica agli argomenti a favore della *self-regulation*

L'insuccesso dei meccanismi auto-regolatori della *sharing economy*, presto soppiantati da approcci più tradizionali, potrebbe essere letto non come la presa di coscienza della loro inidoneità a fungere da strumento regolatorio, quanto piuttosto della resistenza all'innovazione da parte di decisori antiquati e di autorità locali interessate a difendere lo *status quo*. In effetti, questa lettura è sposata da parte della dottrina e, naturalmente, dai principali attori dell'economia collaborativa, che lamentano discipline frammentarie e oscure, spesso appesantite con inutili oneri amministrativi e vincoli sproporzionati.

Sebbene non si possa escludere che parte delle normative descritte sia stata sollecitata, sul piano politico, dagli *incumbents* dei mercati in cui si sono diffusi gli attori dell'economia collaborativa, né si possa escludere la possibilità di miglioramenti quanto a *drafting* e riduzione degli oneri burocratici, va comunque rilevato come l'alternativa della *self-regulation* presenti limiti evidenti, che ne escludono in radice l'idoneità a regolare adeguatamente – dalla prospettiva costituzionale adottata in queste riflessioni – le attività e gli interessi coinvolti in questo nuovo modello economico.

Gli argomenti che depongono a sfavore della *self-regulation* sono di natura pratica e teorica.

Innanzitutto, va osservato che non è affatto corretto affermare che le piattaforme della *sharing economy* avrebbero sempre un interesse ad intervenire per correggere le esternalità negative prodotte dalle relative attività. Se questo può essere in parte vero per i comportamenti scorretti di alcuni utenti perpetrati ai danni di altri o in violazione delle norme imposte dalla piattaforma (le cd. *community guidelines*), lo stesso non può dirsi rispetto alle esternalità prodotte al di fuori dei rapporti tra utenti della piattaforma. In relazione a talune problematiche (si pensi ad es. alla disponibilità di abitazioni a prezzi accessibili sul mercato immobiliare residenziale), che chiamano in causa rilevanti interessi pubblici, le piattaforme sono in realtà contro-interessate, dal momento che una correzione delle esternalità prodotte determinerebbe una ricaduta economica negativa per la propria attività. Le piattaforme di *home sharing* non hanno di

[118] Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 3.

norma[119] alcun interesse a limitare il progressivo incremento del numero di abitazioni "trasformate" in locazioni turistiche in un contesto urbano; è stato dimostrato al contrario che il successo della singola piattaforma dipende proprio dalla capacità di moltiplicare l'offerta (cioè il numero e la tipologia di alloggi offerti a breve termine) per venire incontro alla richiesta degli utenti di disporre di un'ampia scelta[120].

Va inoltre sottolineato che pure rispetto a problematiche emerse nell'ambito dei rapporti tra utenti non può dirsi assodato che la piattaforma sia pronta ad intervenire con meccanismi autoregolatori in modo tempestivo ed efficace, soprattutto in quei casi in cui un siffatto intervento porterebbe a svelare informazioni potenzialmente dannose per la reputazione della piattaforma stessa[121]. In questo senso pare si possano leggere talune prese di posizione (forse tardive) rispetto a comportamenti pericolosi o atteggiamenti discriminatori diffusi tra gli utenti, sollecitate più dal clamore mediatico di taluni specifici episodi che da un comportamento vigile e proattivo della piattaforma[122]. In questo frangente, si profila in un certo senso un rovesciamento dell'argomento a favore della *self-regulation* che faceva leva sulla necessità della fiducia quale elemento fondante della *sharing economy* e, quindi, sull'interesse delle piattaforme a darsi delle regole per garantire tale fiducia tra gli utenti (v. *supra* par. 3). La necessità di infondere un senso di sicurezza tra gli utenti per facilitare le interrelazioni tra pari, se letta in quest'ottica, potrebbe portare al contrario – proprio per preservare un'apparenza di sicurezza – ad una minore trasparenza e alla tentazione di celare i problemi che pure dovessero emergere. Va rilevato peraltro come, anche nei casi in cui le problematiche emergono ed hanno una certa risonanza nel dibattito pubblico, i correttivi introdotti si mostrino spesso palesemente inadatti, svelando quanto l'interesse della piattaforma sia diretto

[119] Un'eccezione in tal senso è rappresentata, ad esempio, dalla piattaforma *Fairbnb* (v. *supra* nt. 34), che nei contesti a maggiore tensione abitativa introduce la regola *one host – one house*, limitando così la diffusione di *host* multiproprietari. Va però rilevato come *Fairbnb* faccia della propria attenzione alla sostenibilità un tratto distintivo proprio rispetto alle altre piattaforme dell'*home sharing*.

[120] Cfr., in prospettiva più generale, D.S. EVANS, R. SCHMALENSEE, *Matchmakers. The New Economics of Multisided Platfroms*, Harvard Business Review Press, Boston, 2016.

[121] G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., 121.

[122] Si pensi al "divieto di feste" introdotto negli USA da *Airbnb* dopo che in una sparatoria ad una festa presso una villa affittata sulla piattaforma (in violazione delle regole poste dall'*host*) sono morte cinque persone: si v. *Usa, Airnbn: "Niente più feste nelle case". Il divieto dopo gli omicidi di Halloween in California*, in *laRepubblica* (versione *online*), 3 novembre 2019, disponibile al seguente link: https://www.repubblica.it/esteri/2019/11/03/news/stati_uniti_airbnb_usa_halloween_divieto_feste-240160230/. Quanto alle risposte "poco efficaci" delle piattaforme alle crescenti accuse di comportamenti discriminatori, cfr. N. SCHOENBAUM, *Law and Norms in the Market Response to Discrimination in the Sharing Economy,* in *Law & Ethics of Human Right*s, Vol. 13, n. 2/2019, 1 ss., spec. 7 ss.

più a ridimensionare i danni alla propria reputazione che a risolvere realmente il problema[123].

Ciò non deve stupire più di tanto: al di là della retorica della *sharing economy*, le piattaforme che operano nel settore rimangono pur sempre imprese commerciali, soggetti privati che – pur con tutti i distinguo del caso – operano al fine di massimizzare i propri profitti. Ciò non esclude affatto che possano adottare correttivi, anche efficaci, rispetto a talune esternalità negative provocate dalla propria attività; ma dovrebbe mettere in guardia dalla tentazione di appaltare loro, *in toto* o in larga misura, la regolazione di aspetti che hanno ricadute sulla tutela di interessi pubblici.

L'osservazione può apparire banale finché non la si colloca nel quadro di complessivo favore per la *self-regulation* emerso agli albori della *sharing economy* (e descritto *supra* nei parr. 3 e 4), in cui assume invece tutt'altra pregnanza.

Una valutazione critica a parte meritano i meccanismi reputazionali *online*, una forma di *self-regulation* – come si è detto – assai diffusa nella *sharing economy.* Si è visto *supra* (par. 3) come – sulla scorta degli studi di Sofia Ranchordás – si possano individuare due forme di legittimazione di questi strumenti: l'una informativa (nel senso che questi meccanismi accrescerebbero le informazioni a disposizione degli utenti); l'altra democratica (nel senso che gli utenti parteciperebbero direttamente alla definizione di informazioni e quindi regole).

Quanto al primo fondamento di legittimazione, si può affermare – sulla scorta di una letteratura interdisciplinare oramai significativa – che la maggiore informazione assicurata dai sistemi reputazionali *online* è piuttosto un'*apparenza* di maggiore informazione[124]. I limiti dei meccanismi in questione sono d'altronde intrinsechi allo strumento: in primo luogo, va ricordato che gli utenti dei servizi della *sharing economy* (dal passeggero di un'auto *Uber*, al turista che alloggia nell'appartamento *Airbnb*, all'avventore che pranza in un

[123] Un esempio efficace in tal senso è il *form* di *Airbnb* messo a disposizione dei vicini per segnalare le problematiche come "rumori eccessivi e feste" o la violazione delle "normative locali in materia, ad esempio, di spazzatura, parcheggio oppure home-sharing". Si v. https://www.airbnb.it/neighbors. L'eventuale segnalazione da parte dei vicini può infatti avviare una verifica da parte della piattaforma, ma non è chiaro quali siano le potenziali conseguenze. Va peraltro evidenziato che, non essendo possibile localizzare *online* se un preciso immobile è pubblicizzato su *Airbnb* o meno (la piattaforma non rende pubblici questi dati, ma solo l'area generica in cui l'immobile è collocato), è assai arduo per i vicini capire se i disagi sono provocati da un *host Airbnb* o da utenti di altre piattaforme di *home sharing*. Il che depone contro la concreta funzionalità di un siffatto meccanismo.

[124] Per un'ampia analisi dei limiti di tali sistemi, qui risolta nei punti più salienti, cfr. S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, Vol. 5, n. 1/2018, 127 ss., e la bibliografia ivi richiamata; l'A. osserva che «*in the context of the platform economy, reputational feedback does not create a scenario of perfect information—it merely creates the illusion thereof*» (146).

home restaurant) sono generalmente persone comuni, prive di conoscenze tecniche o specialistiche e pertanto il giudizio che offrono sul servizio sarà essenzialmente soggettivo[125]. Questo comporta che la valutazione offerta può riflettere in una certa misura l'esperienza personale vissuta, ma può dire assai poco su aspetti tecnici quali, ad esempio, il livello degli *standard* di sicurezza o il rispetto delle norme d'igiene e conservazione dei cibi. Si aggiunga, quale ulteriore svalutazione delle capacità realmente informative dei meccanismi reputazionali, che ricerche empiriche hanno dimostrato come vi sia una tendenza alla prevalenza dei giudizi positivi, specie da parte dei cd. *peers*, anche in considerazione delle ricadute negative che gli utenti presumono possa avere una loro recensione negativa del servizio[126]. Da ultimo, un limite va riscontrato nella stessa struttura data dalle piattaforme ai sistemi reputazionali: non sempre è obbligatorio valutare il servizio di cui si è usufruito e non di rado i giudizi risultano vaghi e incompleti, dal momento che gli utenti non sono chiamati a descrivere puntualmente tutti gli aspetti della propria esperienza.

Il limite principale dei meccanismi reputazionali *online* (e della *self-regulation* in genere) risiede tuttavia proprio nell'argomento della legittimazione democratica. Contrariamente a quanto vorrebbe accreditare la retorica della partecipazione e del coinvolgimento diretto degli utenti, i meccanismi reputazionali si dimostrano del tutto inadeguati a sostituire il tradizionale regolatore democratico. Danno infatti voce agli utenti della *community* e solo ad essi, escludendo i diritti e gli interessi di coloro che sono "fuori" dalla *community*. Eppure le più rilevanti e preoccupanti esternalità negative della *sharing economy* spesso si producono proprio al di là del recinto della *community* degli utenti: sempre per rimanere nell'ambito dell'*home sharing*, basti pensare alla riduzione della disponibilità di alloggi a prezzi accessibili, alle ricadute sui servizi locali, ai problemi di vicinato e di rispetto della quiete pubblica. Tutte esternalità negative che gli utenti della *community* producono al di fuori della stessa, a danno di soggetti che non hanno spazio alcuno nel dibattito interno. Anzi, non può non registrarsi la tendenza di molti utenti-fornitori di alloggi su *Airbnb* e simili (commerciali e non) a unirsi in associazioni per difendere i propri interessi di *host* contro qualsiasi forma più rigorosa di regolazione delle proprie attività, a dimostrazione di quanto non solo gli interessi altrui non siano rappresentati, ma siano addirittura apertamente avversati.

Mentre il regolatore autenticamente democratico – pur con tutte le ben note inefficienze – è chiamato, ad ogni livello, a mediare e tener conto degli interessi di tutti i cittadini, realizzando un bilanciamento tra le diverse istanze emergenti

[125] Cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* cit., 232-233.

[126] Cfr. S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, cit., spec. 134-135.

dalla società, le linee guida della *community* o i meccanismi reputazionali avranno riguardo solo per gli interessi della *community* stessa, oltre a derivare integralmente da soggetti che son parte della *sharing economy*, in una dialettica che – dove esiste – si risolve essenzialmente nel binomio piattaforma–utenti.

In uno scritto di qualche anno fa, Roberto Bin metteva in guardia dall'eccessivo rafforzamento del ruolo e delle tutele di consumatori e utenti rispetto ai cittadini complessivamente intesi, secondo una logica che finiva per pregiudicare e pretermettere gli interessi di "chi non consuma"[127]. In questo frangente, con modalità del tutto simili, il problema diviene quello dei diritti di quanti sono esclusi dalla *community,* di "chi non fa *sharing economy*": all'interesse generale si sostituiscono infatti gli interessi *particulari* di una comunità fittizia *online*, che ha però l'interesse assai concreto a marginalizzare le necessità di quanti restano fuori e ostacolino la crescita del proprio *business*.

8. Conclusioni: oltre la *self-regulation*

Una volta riconosciuto il fatto che i processi di regolazione della *sharing economy*, sia a livello europeo che nazionale e sub-nazionale, si stanno muovendo concretamente in una direzione lontana dalla *self-regulation* (parr. 5-6); e riconosciuto che la *self-regulation* e i meccanismi reputazionali *online* non risultano adeguati, sul piano pratico e teorico, a disciplinare la complessità degli interessi emergente in questo settore economico, rischiando di lasciare eccessivo potere in mano alle piattaforme e di comprimere gli interessi estranei al circuito delle *community* degli utenti (par. 7), resta da chiedersi quale spazio rimanga per l'auto-normazione delle piattaforme e per i meccanismi reputazionali.

Sotto questo profilo, l'analisi non può che condurre ad una complessiva svalutazione delle capacità regolatorie di questi strumenti. Guardando ai meccanismi reputazionali, un possibile correttivo dei limiti descritti potrebbe essere quello di una parziale regolazione eteronoma degli stessi, volta a rendere più attendibili, complete e veritiere le recensioni degli utenti (anche attraverso l'introduzione di un "*technological due process*"[128]). Questo però deve avvenire senza alcuna pretesa di recuperare tali strumenti ad un impiego latamente normativo. Come è stato icasticamente affermato da Sofia Ranchordás: «I meccanismi reputazionali restano quello che sono sempre stati: strumenti per comunicare informazioni sulla qualità o commerciali»[129].

[127] Cfr. R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2010, 95 ss.

[128] Sui possibili correttivi, si v. più diffusamente S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, cit., spec. 144 ss.

[129] Cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy,* cit., 236. Tradotto liberamente dall'inglese: «*Reputational mechanisms remain what they have always been: a form of sending quality or commercial signals*».

Messa da parte la possibilità di consegnare la regolazione della *sharing economy* alla *self-regulation*, si pone tuttavia l'interrogativo su quale sia la soluzione più adatta per intervenire nel settore. Il regolatore tradizionale infatti (sia esso legislatore, autorità indipendente, ecc.) deve comunque confrontarsi con le piattaforme, sia per le informazioni di cui le stesse dispongono (e che il regolatore non ha), sia per le loro capacità operative di *enforcement*, nettamente superiori a gran parte delle autorità pubbliche (v. *supra* par. 3).

In proposito, sembrano emergere in dottrina almeno due posizioni, tra loro attigue.

In primo luogo, da parte di molti autori si chiama in causa un approccio di *co-regulation*[130]. Con questa terminologia si tende ad identificare, in senso lato, il coinvolgimento dei privati nei processi di regolazione, a partire dall'attribuzione di compiti di attuazione degli obiettivi definiti dal regolatore pubblico per arrivare alla co-definizione delle regole stesse ad esito del confronto con gli *stakeholders*[131]. I pregi di questo sistema sono evidenti: da un lato, il regolatore pubblico non viene estromesso dal processo normativo; dall'altro, lo stesso può valersi delle informazioni e delle capacità tecniche delle piattaforme per perseguire in modo più efficace e avveduto obiettivi di interesse pubblico. Gli esempi di un approccio in questo senso sarebbero molteplici: si citano, in particolare, gli accordi di cooperazione tra *Airbnb* e città europee (Londra, Lisbona, Amsterdam, ecc.) per promuovere il rispetto delle regole locali, il prelievo delle *tourist taxes*, la definizione e applicazione di limiti ai pernottamenti[132].

Non va tuttavia sottovalutato il rischio che, ponendosi sullo stesso piano delle piattaforme, il regolatore pubblico incorra nella "cattura" da parte del regolato, specie se il potere contrattuale di quest'ultimo risulta significativamente superiore rispetto a quello del regolatore. In tal senso, pare si possano richiamare i casi in cui, sulla base di accordi con i singoli Comuni italiani, le

[130] Cfr. per questa prospettiva soprattutto M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., *passim*; nonché già M. FINCK, S. RANCHORDÁS, *Sharing and the City*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 2016, disponibile anche al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741575. Vale anche qui quanto si è detto per l'*autoregolamentazione* (*supra* nt. 3): nel diritto dell'Unione europea, il termine *coregolamentazione* assume il preciso significato – differente da quello più ampio proposto in questa sede – di «meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni)»; si v. *Progetto interistituzionale — "Legiferare meglio"*, in *G.U.U.E.*, n. C 321 del 31/12/2003, p.to 22.

[131] In relazione a quest'ultima prospettiva si discorre anche di «*negotiated co-regulation*»: v. M. FINCK, S. RANCHORDÁS, *Sharing and the City*, cit.

[132] Cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., 16-18.

piattaforme hanno "preteso" una semplificazione dell'imposta di soggiorno (quanto meno nei loro confronti) quale contropartita dell'attività di *collect & remit* (riscossione e trasferimento al Comune dell'imposta stessa)[133]. Va peraltro notato come il confronto su un piano paritetico può portare la tutela degli interessi pubblici e dei valori della comunità di riferimento a divenire oggetto di contrattazione con le piattaforme, con esiti non sempre positivi. Anche su questo fronte, gli esempi sono molti: si pensi al tetto ai pernottamenti portato in Francia a 120 giorni dopo l'insistita pressione operata dalle piattaforme di *home sharing* per superare il limite precedentemente fissato a 90 giorni. Nella città di Amsterdam, invece, l'amministrazione aveva concluso un accordo con *Airbnb* per l'*enforcement* tecnologico del limite di 60 giorni e la condivisione di dati; quando si è inteso ridurre ulteriormente il limite ai pernottamenti, alla luce dell'inefficacia del limite antecedente, la piattaforma ha interrotto ogni collaborazione[134]. Ma l'elenco di casi come quelli descritto è molto lungo[135].

Su una posizione attigua a quella appena descritta si collocano quegli autori che valorizzano il ruolo delle piattaforme quali "intermediari della regolazione"[136]. Più che sulla definizione condivisa delle regole, l'accento in questo caso è posto sulla possibilità delle piattaforme di attuare e far rispettare le regole dettate dal decisore pubblico in misura più diretta ed efficace di quanto non possano fare le pubbliche autorità. È sempre il fattore tecnologico a giocare un ruolo centrale: gli esempi richiamati in dottrina vanno dai già menzionati blocchi automatici in corrispondenza del raggiungimento dei tetti ai pernottamenti, al prelievo automatizzato dell'imposta di soggiorno.

Ammesso che, in questa prospettiva, la definizione delle regole rimanga saldamente nelle mani del regolatore pubblico, i limiti di questo approccio risiedono soprattutto nell'incapacità dei poteri pubblici di verificare se le

[133] Sia consentito rinviare su questo punto a G. MENEGUS, *Smart Cities and Airbnb: Platforms as "Regulatory Intermediaries" in Short-Term Rental Market?,* in A. CALIGIURI (ed), *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 147 ss.

[134] È giusto il caso di ricordare come l'esempio di Amsterdam sia stato, almeno agli inizi, un punto di riferimento per i più convinti fautori di un intervento minimo del regolatore pubblico; v. ad es. F. DEL PRATO, *AirBnB: regolare poco per regolare bene*, Istituto Bruno Leoni, IBL Focus 261, 2 marzo 2016. L'esito sfortunato della collaborazione pare illustri bene quanto la disponibilità della piattaforma sia comunque condizionata alla conservazione (almeno in una certa misura) dei propri interessi economici.

[135] Un vero e proprio *cahiers de doléances* è stato realizzato su incarico del gruppo parlamentare europeo GUE/NGL: cfr. M. COX, K. HAAR, *Platform Failures. How Short-Term Rental Platforms like Airbnb fail to cooperate with cities and the need for strong regulations to protect housing*, 9 December 2020, Study commissioned by members of the IMCO committee of the GUE/NGL group in the European Parliament, disponibile al seguente link: https://left.eu/content/uploads/2020/12/Platform-Failures-v5-08-12-2020-002_compressed-1.pdf.

[136] Cfr. in part. C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy,* in M. CANTERO GAMITO, H.-W. MICKLITZ *(eds), The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes,* Edward Elgar, Cheltenham, 2019, 115-134.

piattaforme diano o meno effettivamente attuazione alle regole, in che misura e con quali risultati. Le piattaforme rimangono infatti in larga misura delle *black box*, mal disposte a condividere dati (se non in forma aggregata), restie a spiegare il funzionamento dei propri algoritmi, ma soprattutto contro-interessate nel dare una rigorosa applicazione alle regole stesse (dubbi sono stati avanzati, ad esempio, da parte delle autorità locali di Parigi sull'applicazione del limite di 120 giorni ai pernottamenti)[137].

Se viene tuttavia superata l'asimmetria conoscitiva tra pubblico e privato, quest'ultima prospettiva di "intermediazione regolatoria" appare la più promettente, giacché da un lato non fa venir meno il ruolo del regolatore pubblico, legittimato democraticamente, di dettare le regole del gioco sulla base di un contemperamento dei diversi interessi contrastanti (eventualmente soggetto al sindacato del giudice, costituzionale o amministrativo); dall'altro lato, lo stesso non si priva delle potenzialità tecniche delle piattaforme per rendere più efficiente ed effettiva l'attuazione delle regole stesse. Questo però implica, come si è detto, l'adozione di strumenti che consentano al regolatore di controllare l'attuatore (le piattaforme) e di un'efficace condivisione dei dati.

Segnali incoraggianti in questo senso sembrano rinvenibili nell'iniziativa sugli affitti brevi, laddove si indica quale uno degli obiettivi principali quello di garantire l'accesso delle autorità pubbliche alle informazioni in possesso delle piattaforme, «considerando anche l'elaborazione di strumenti tecnici per facilitare la condivisione dei dati, come lo sviluppo di un'interfaccia di programmazione delle applicazioni (API)»[138]. Se le soluzioni ivi prefigurate diverranno realtà e potranno rappresentare un modello anche per altri settori della *sharing economy* è presto per dirlo; certo è che per "forzare" la collaborazione delle piattaforme in tal senso il livello europeo appare l'unico idoneo, trattandosi nei fatti dell'unico – assieme forse a pochi Stati membri – che può confrontarsi in una posizione almeno paritetica con i principali attori dell'economia digitale[139].

[137] Sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Smart Cities and Airbnb: Platforms as "Regulatory Intermediaries" in Short-Term Rental Market?,* cit., 150 ss.

[138] Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 3. Indicazioni in tal senso si ritrovano già in dottrina; cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., 22-23; C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy,* cit., 12.

[139] Quanto persino il livello statale possa risultare inadeguato a "vincolare" le piattaforme lo dimostra chiaramente l'esperienza italiana: la controversia tra *Airbnb* e Agenzia delle entrate ha sostanzialmente impedito sino ad oggi (fine 2021) l'applicazione della disciplina di legge adottata nel 2017 (v. *supra* par. 5, d.l. n. 50/2017).