

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

1. Premessa

Il ricorso alla regolazione privata¹, 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 nazionale². Fenomeno che, per semplicità, può essere riassuntivamente (e forse inappropriatamente) qualificato come “*governance* o normazione alternativa³” 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 pubblica⁴.

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 unitario⁶.

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 2001⁷ e al successivo Accordo interistituzionale del 2003⁸ (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 recano¹⁰; 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 EU Law*, 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 'ibrid' 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 decisionale¹². 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 efficace non possa prescindere dal loro coinvolgimento¹⁴. 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. ALEMANNI, *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. VERBRUGEN, *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*, OECD 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 fonda¹⁶.

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 sovrintendono 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 Trattati¹⁷, 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. CAGGI (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 contenuto¹⁹.

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 vigore²⁰. In applicazione dell'art. 291 TFUE, l'esercizio della competenza d'esecuzione è invece soggetto al controllo degli Stati membri in applicazione del regolamento comitologia²¹. 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 TFUE²² – 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 accetti 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. PENNING, *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 Trattati²³. 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’UE²⁸), 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 europea³⁰. 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’UE³², 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 mandato³⁴ 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 mandato³⁵. 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 direttamente³⁸. 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 poteri³⁹.

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 esplicitarli 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'attuazione⁴⁰. 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.

Senza 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 giuridici⁴¹. La sussistenza di questo nesso determina, a sua volta, alcune conseguenze che, tra le altre, appaiono particolarmente significative. Innanzitutto, l'atto regolamentare 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 giuridici⁴³. 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 norma alternativa.

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 2016⁴⁵, rappresenta infatti il riferimento principale, anche se non l'unico⁴⁶, 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 vincolante⁴⁷, 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 diritto⁴⁸. 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 law-making, 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 interessate⁵⁰.

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 Citizens' 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 Trattati⁵³, 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 autoregolate 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 esaminare 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 legislativo⁵⁵ dell'Unione conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dal legislatore ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore⁵⁶. 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 interessi⁵⁷. 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 sociali⁶⁰. 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 Ue⁶¹. 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 legislativo⁶².

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 riferimento⁶⁵.

In particolare, se il modello dell'autoregolazione implica la totale assenza di coinvolgimento da parte delle autorità pubbliche⁶⁶, in via di prassi si assiste ad una loro pur modulata partecipazione⁶⁷; 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 dettagliata⁶⁸ o, al contrario, a lasciare ampi margini discrezionali⁶⁹.

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 obbligatorio⁷¹.

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 assumere 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 online⁷³. 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 questioni⁷⁴, 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 TFUE⁷⁶, 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 intervento⁷⁷, 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 europea⁷⁸. A fronte di criteri stringenti⁷⁹, 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 prassi⁸⁰.

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 personali⁸². 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 personali⁸³. 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 codici⁸⁴, ma anche il complessivo *iter* procedurale che attesti la loro conformità al regolamento⁸⁵. 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 generale⁸⁶.

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 democratica⁸⁷. 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 condizioni⁸⁸. 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.