Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica.

Riflessioni di sintesi

di Miryam Iacometti e Jens Woelk

Abstract: Rule-making in the multilevel pluralism of legal systems. Concluding remarks – This contribution summarises the main indications that emerged during the panel, highlighting the most innovative or most significant aspects of the different papers presented by the several speakers.

Keywords: Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

1. – Non è semplice dar conto, in una relazione di sintesi, dei molteplici motivi di interesse che provengono dai saggi presentati nel *Panel* n. 3, dedicato a “La produzione normativa nel pluralismo multilivello degli ordinamenti giuridici”.

Ognuno di tali saggi presenta una peculiare sfaccettatura delle possibili relazioni tra ordinamenti diversi o si occupa per qualche peculiare profilo delle fonti di normazione latamente intese.

Molti fra questi giovani studiosi hanno indagato sulla relazione tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo o si sono concentrati su alcuni aspetti di questo ultimo sotto diversi e significativi punti di vista.

Per fare una rapidissima rassegna sui saggi compresi nella prima parte del *Panel* e dedicati a qualche aspetto della relazione tra ordinamenti nazionali ed ordinamento europeo, basti pensare che: nel saggio di Antonia Baraggia, *Potestas v. Potentia: l'utilizzo della condizionalità e il suo impatto sulla produzione normativa*, si esaminano le più recenti sfumature assunte dalla condizionalità all'interno della Unione europea allo scopo di garantire la *rule of law* e il nuovo programma *Next Generation EU*, nonché la ricaduta di questo particolare strumento sulle politiche e sulle fonti degli ordinamenti nazionali.

Il saggio di Angela Carrera, *Effetto diretto, primato del diritto UE e disapplicazione: il caso delle decisioni quadro*, indaga il rapporto tra effetto

* Questo contributo è frutto di osservazioni condivise dai due autori. Tuttavia, il par. 1 è stato materialmente scritto da Miryam Iacometti, mentre il par. 2 è stato scritto da Jens Woelk.

diretto e principio del primato, un classico degli studi di diritto dell'Unione europea, attraverso l'esame di una recente sentenza della Corte di giustizia, la sentenza *Poplawski II*.

Il saggio di Andrea Circolo, *Autonomia del diritto dell'Unione e diritto internazionale generale: vecchi nemici o nuovi amici?* si occupa della possibile interazione tra l'ordinamento europeo e il diritto internazionale, allo scopo di fornire all'Unione europea gli strumenti per tutelare adeguatamente i propri valori, in mancanza di efficaci meccanismi previsti dai trattati istitutivi o di impossibilità politica di porli in essere.

Il saggio di Roberto De Caria, *Le libertà economiche nel vortice multilivello, tra fonti interne e fonti Ue: convivenza armonica o tensione irrisolta?* analizzando particolari normative europee riguardanti alcune libertà economiche, si interroga sull'effettiva garanzia di queste, ponendo in dubbio la prevalente definizione dell'ordinamento europeo come neo-liberale per ritenerlo, piuttosto, come moderatamente interventista e, dunque, di stampo democratico-sociale.

Non vanno dimenticati due altri significativi saggi, dedicati a forme di pluralismo diverse rispetto a quelle sin qui ricordate, ma di grande interesse. Si tratta dei saggi di Maria Francesca Cavalcanti, *Le interazioni tra ordinamento giuridico e ordinamento islamico: pluralismo giuridico e marital captivity in Gran Bretagna e Paesi Bassi* e di Sara Parolari e Alice Valdesalici, *La funzione legislativa tra federalismo esecutivo e specialità finanziaria*.

Il primo riguarda la relazione tra due ordinamenti nazionali (quelli britannico ed olandese) e l'ordinamento islamico in rapporto alla delicata posizione della donna il cui matrimonio solo religioso, non valido agli effetti civili, debba essere sciolto, in mancanza dell'indispensabile consenso maritale.

Il secondo si occupa, invece, delle modalità procedurali con le quali si approvano le fonti che disciplinano il complesso settore delle provviste finanziarie delle autonomie regionali speciali e che definiscono il profilo economico delle relazioni tra ordinamento centrale e enti regionali in Italia e Spagna.

Come si è detto, questi saggi, pur analizzando temi molto diversi sono espressione di questioni innovative e di problemi attualissimi e paiono di grande utilità perché confermano quanto già da tempo la dottrina aveva segnalato con riguardo al tema che è definito nella titolazione di questo *Panel* come produzione normativa, (con ciò utilizzando un termine più generico e lato, rispetto a quello tecnico di fonti del diritto, tradizionalmente usato con riguardo allo Stato-nazione). Ci suggeriscono, cioè, che lo scenario, sia con riguardo alle modalità con le quali si realizza la formazione delle norme, che la qualità e la quantità delle esigenze a cui queste corrispondono, ha acquisito una straordinaria complessità.

Il nostro mondo è ormai composto da ordinamenti statali in cui, nello stesso spazio territoriale e temporale, si ritrovano a vivere soggetti diversi sotto il profilo sociale, culturale, etnico, religioso, economico. Questi soggetti animano una forma di Stato che è ormai un'evoluzione rispetto a quello democratico-

sociale, uno Stato che è stato definito come aperto, cooperativo, multiculturale e la cui la produzione normativa è dunque destinata a dilatarsi, ma anche a parcellizzarsi, ad adeguarsi alle diverse identità, ad essere sempre meno monopolizzata dall'ordinamento nazionale o dall'ordinamento sovranazionale. Quanto agli organi deputati alla produzione normativa, all'interno degli ordinamenti nazionali, scontato il ritrarsi dell'organo legislativo in favore di un potere esecutivo che da tempo ne ha insidiato e sostituito la competenza, anche nella disciplina di aspetti di grande rilievo, interferenti con la tutela dei diritti fondamentali, si affacciano sempre nuovi soggetti privati. Si tratta di soggetti assai potenti economicamente (aspetto, questo, reso particolarmente evidente dalla crescita impetuosa della tecnologia e dall'esistenza di piattaforme informatiche che regolano in modo pressoché vincolante il loro rapporto con gli utenti).

Tuttavia, anche nei casi in cui la produzione normativa sia ancora, almeno formalmente, espressione della sovranità nazionale, spesso questa viene svuotata dai contenuti effettivamente desiderati dalle forze politiche al potere, divenendo sostanzialmente etero-diretta, profondamente indirizzata da strumenti non completamente nuovi, ma divenuti quantitativamente più significativi e qualitativamente sempre più pervasivi e volti ad incidere sulle tradizionali fonti normative sia nel rapporto tra gli Stati che nelle relazioni tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento sovranazionale.

Così, per tornare ai saggi qui presentati, indaga su uno di questi strumenti, la condizionalità, definendolo come un meccanismo a mezza via tra la legislazione e il *soft law*, il saggio di Antonia Baraggia. L'autrice ritiene assolutamente imprescindibile occuparsi di tale strumento dal punto di vista teorico, data la grande estensione conosciuta da questo, specie nel rapporto tra gli ordinamenti nazionali e l'Unione europea e la sua ancora insufficiente teorizzazione.

La condizionalità è un meccanismo ben conosciuto anche negli Stati federali, consistendo, come è noto, nella concessione di risorse dalla federazione agli Stati membri perché questi realizzino politiche con riguardo alle quali la prima non gode di specifiche competenze. Il saggio prende le mosse, a riguardo, proprio dal paradigmatico caso statunitense, attraverso l'esame dei *grants in aid* e delle condizioni a cui tali risorse sono concesse per essere costituzionalmente legittime, indagate con riferimento alla ricca giurisprudenza della *Supreme Court* a partire dai lontani anni Venti dello scorso secolo sino alla più recente decisione, del 2012, in tema di *Affordable Care Act*.

Come è altrettanto noto, la condizionalità è però utilizzata anche nel caso di risorse attribuite dall'Unione europea agli Stati che le sono membri allo scopo di realizzare, specie attraverso adeguate fonti normative interne, risultati auspicati dall'Unione in settori nei quali questa manca di una competenza normativa sua propria, con un indubitabile rafforzamento del suo ruolo e dei suoi poteri.

Evocando una distinzione terminologica già utilizzata da Benedetto Spinoza

nel 1670, nel suo *Tractatus Theologico-politicus*, l'azione dell'Unione è qui ricostruita attraverso la contrapposizione tra la *potestas*, intesa come un potere normativo tradizionale (o potere dispotico) e la *potentia* (o potere infrastrutturale), considerata come un potere altrettanto incisivo, una strategia di azione connessa all'impiego delle risorse economiche. Si tratta di uno strumento che, come si è detto, reca in sé la possibilità di incidere profondamente a diversi livelli. L'autrice, con particolare riguardo alla condizionalità utilizzata in Europa per fronteggiare la crisi economica, ne valuta l'interferenza nei confronti di una serie di principi essenziali o di attributi tipici dello Stato. Tra questi, uno tra i più suscettibili di subire tale interferenza è certo la sovranità statale, che può essere limitata e modificata dalla potente leva economica, volta a raggiungere gli scopi che questa si è prefissata di far ottenere agli ordinamenti che le sono sottoposti, con conseguente, possibile riduzione degli stessi diritti dei cittadini, specie di quelli sociali, più "costosi" da soddisfare. La leva economica, insita nella *potentia* della condizionalità, incide, poi, con tutta evidenza, sulla distribuzione delle competenze e, quindi, non solo sulle relazioni tra l'Unione europea e gli Stati, ma tra gli stessi Stati, diversi per capacità economica e sulle caratteristiche della loro forma di governo. Gli organi che concordano le politiche da trasfondersi in fonti adeguate sono tendenzialmente gli Esecutivi, limitandosi, la posizione dei Parlamenti, in molti casi (specie negli Stati più deboli economicamente) ad un ruolo solo ratificatorio e, dunque, di mera forma, con coeva grave riduzione, nello stesso tempo, del principio della centralità della rappresentanza democratica.

D'altro canto, come si è già detto, anche molti altri saggi che compongono questo *Panel*, pur confermando il *trend* già da molto tempo noto della riduzione del ruolo del Parlamento, consentono di mettere a fuoco le cause dalle quali origina tale più o meno esteso esautoramento degli organi legislativi, sollecitando una più attenta riflessione su di queste.

Talvolta, si tratta della insufficienza della volontà politica di disciplinare certi oggetti, non ritenendo che questi debbano rientrare nella competenza parlamentare, ma spesso si tratta di effettiva incapacità degli organi legislativi di regolare una data materia o perché questi sono troppo frazionati politicamente e gli stessi partiti che li compongono sono internamente divisi su temi eticamente sensibili o perché sono notevolmente rilevanti le difficoltà da affrontare dal punto di vista della peculiare natura dell'oggetto da normare e sotto il profilo delle complessità delle competenze tecniche o teoriche richieste a tale scopo.

Talora, alla difficoltà di disciplinare una materia di per sé complessa si collega la pur diversa difficoltà di superare un pregiudizio dovuto alla ritenuta esistenza di un'opposizione inconciliabile tra i principi ispiratori dell'ordinamento nazionale e l'oggetto da normare.

Un esempio di questa ritenuta inconciliabilità è quello del possibile riflesso nell'ordinamento dello Stato di alcuni aspetti dell'ordinamento religioso, in

grado di limitare principi fondamentali, quali quello dell'uguaglianza.

In questa ipotesi, non sono stati gli organi legislativi, ma piuttosto il potere giudiziario a farsi faticosamente carico di un tentativo di conciliazione tra i due diversi ordinamenti, allo scopo di assicurare un trattamento non discriminatorio ai soggetti più deboli.

Tale tema è oggetto del saggio di Maria Francesca Cavalcanti, dedicato alla cosiddetta *marital captivity*, cioè alla condizione della donna musulmana prigioniera di un matrimonio religioso che, in mancanza di un vincolo contratto secondo la legge nazionale, non può essere sciolto se non grazie ad un consenso che il marito non vuole esprimere.

Come si è detto, in questo caso, un potere dello Stato, il giudiziario, diverso dal legislativo (che è rimasto muto a riguardo, data la difficoltà di conoscere le norme religiose), ha tentato di proteggere il contraente più debole, la donna, con strumenti interpretativi dotati di notevole creatività. La giurisprudenza britannica, anche se per ora in modo solo transitorio, dato che le Corti inglesi hanno poi modificato in appello il loro giudicato, ha utilizzato, a tale scopo, dotandole di effetto orizzontale, le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto al matrimonio. Nel 2018, nel caso *Akhter v. Khan*, si è considerato non come inesistente, ma come semplicemente nullo il vincolo matrimoniale (*nikah*) contratto secondo le regole religiose e non formalizzato in base alle norme giuridiche, per garantire alla donna, dopo lo scioglimento del matrimonio, diritti di natura economica.

Sono ancora le Corti, questa volta quelle olandesi, sempre interpretando le previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a costruire, addirittura, una *factio iuris* di illecito civile, nei confronti del marito che non intenda concedere lo scioglimento del matrimonio religioso, per spingerlo a tale concessione.

Insomma, sono stati i giudici, pur attraverso serie difficoltà interpretative e limitata conoscenza dell'ordinamento islamico, ad esercitare quel ruolo conciliatorio e dialogante, quel bilanciamento tra i diritti della donna e quelli del marito necessario a ristabilire un rapporto più paritario tra i sessi che sarebbe stato preferibile che venisse realizzato da un legislatore in grado di raccogliere le sfide poste da uno scenario multiculturale.

In altri casi i Parlamenti o le assemblee legislative regionali hanno invece assunto un loro ruolo, ma di tipo meramente ratificatorio o sono stati completamente esautorati dai loro Esecutivi anche nella disciplina di aspetti così determinanti, per lo stesso sviluppo dell'autonomia politica, quali sono i profili finanziari.

Ciò è reso evidente dal saggio di Sara Parolari e Alice Valdesalici, dedicato alla funzione legislativa tra federalismo esecutivo e specialità finanziaria. In questo si esaminano le fonti con le quali si approva l'indispensabile provvista finanziaria delle Regioni a Statuto speciale nell'ordinamento italiano e nei

regimi spagnoli del *País Vasco* e della Navarra (termine, quest'ultimo, parzialmente omogeneo di comparazione rispetto al caso delle autonomie speciali italiane, per la risalente peculiarità dei meccanismi di finanziamento di tali enti regionali). Come è noto vige, infatti, in essi, il sistema detto, rispettivamente, del *cupo* e della *aportación* in virtù del quale le due autonomie forali riscuotono pressoché tutte le entrate tributarie del territorio, versando allo Stato, per i servizi da questo forniti, solo una quota, oggetto appunto di pattuizione.

Ne risulta un quadro comparativo di speciale interesse: anche nella disciplina di un aspetto così fondamentale, come quello economico, sia in Italia che in Spagna, pur nella diversità della relativa disciplina giuridica, gli Esecutivi esercitano un ruolo centrale, mentre gli organi rappresentativi sono posti al margine della procedura di approvazione. Tutto ciò avviene, in applicazione del principio pattizio tra Stato ed autonomie, in virtù di un semplice e pragmatico principio di “funzionalismo operativo”, cioè per la necessità di disciplinare la “Costituzione finanziaria” con maggiore rapidità e venendo incontro alle esigenze mutevoli della prassi (specialmente evidenti ed imperiose in tema di risorse economiche). Così, in Italia, si approvano leggi statali negoziate e decreti legislativi, privi di legge di delega, di attuazione degli Statuti speciali, previamente definiti dagli accordi tra gli Esecutivi e, specie con riguardo alle leggi negoziate, talora in spregio a norme statutarie che prevedono almeno l'espressione di un parere da parte dell'organo legislativo. Maggiore rispetto del principio della rappresentanza democratica pare realizzarsi nelle autonomie forali spagnole dove, analogamente, il principio bilaterale pattizio tra Governo centrale ed Esecutivi forali è la regola (in contrapposto al regime multilaterale previsto dalla legge organica per il sistema di finanziamento delle altre Comunità autonome), anche se non mancano, rispetto all'approvazione delle necessarie leggi statali (le *leyes de concierto económico* e *de convenio* delle autonomie basca e navarra) passaggi parlamentari anche nel livello locale.

Un *trend*, dunque, quello che esalta il principio pattizio e la centralità degli Esecutivi negli ordinamenti regionali italiano e spagnolo, non diverso da quello che si sviluppa in molti ordinamenti federali e certamente riduttivo della rappresentanza democratica, ma non necessariamente da valutarsi, secondo le autrici del saggio, in modo negativo. È infatti ispirato a rapidità e pragmatismo, anche se necessita di quella maggiore trasparenza nel processo decisionale che sola può consentire agli organi rappresentativi un adeguato controllo degli Esecutivi.

L'analisi della produzione normativa, latamente intesa, che si realizza nei saggi qui in esame riguarda non solo gli organi tradizionalmente chiamati alla funzione legislativa, confermando il ridotto ruolo del Parlamento ed esaltando la centralità dell'Esecutivo, ma evoca anche, come si è già ricordato, la delicatissima posizione delle Corti, siano esse nazionali, europee, e persino internazionali, anche se la funzione da queste svolta non sempre

può essere considerata come creativa ed efficace (come pare invece essere il già ricordato ruolo propulsivo delle Corti inglesi e olandesi, evocato da Maria Francesca Cavalcanti, nell'adozione della tecnica della *reasonable accomodation*, per ovviare alle difficoltà nelle relazioni tra ordinamento nazionale e minoranze religiose).

Basti pensare alla funzione, considerata troppo riduttiva e renitente della Corte di giustizia nel difficile controllo in materia di programmi di condizionalità all'interno dell'Unione europea volti a fronteggiare la crisi economica che dovrebbe avere come parametro proprio il rispetto dei trattati e alla posizione invece assai più significativa nella costruzione di parametri di controllo con riguardo alla concessione di risorse dal centro alla periferia, propria della *Supreme Court* statunitense. La giurisprudenza di quest'ultima, volta alla ricerca di più sicuri criteri di controllo, è per Antonia Baraggia un esempio da imitare in Europa, per realizzare tale non agevole attività giurisdizionale di valutazione futura sui più recenti programmi di condizionalità.

Un ruolo nell'attività di controllo, da parte della Corte di giustizia, che potrebbe essere implementato proprio grazie all'esame ad essa richiesto sul rispetto dei trattati nei confronti del nuovo regolamento 2020/2092 dedicato ad una diversa e più positiva forma di condizionalità rispetto a quella legata alla crisi economica del 2008 e che, anche se relativa al rispetto degli interessi finanziari dell'Unione, potrebbe servire a potenziare i valori europei, rilanciandone lo spirito federalistico.

Sembra invece che sia confermata la posizione centrale della Corte di giustizia nella costruzione europea anche come corte di tutela dei diritti, attraverso la ricostruzione del rapporto tra principio del primato ed effetto diretto in una recente decisione, la *Popławski II*. Si tratta di una sentenza, il cui oggetto è la decisione quadro, particolarmente problematica, in tema di mandato di arresto europeo con la quale si è garantita, in sostituzione dell'estradizione, una cooperazione giudiziaria particolarmente efficace, basata sulla fiducia tra gli Stati membri. A parere di Angela Corra, questa decisione definitivamente chiarisce, rispetto al passato, il rapporto tra principi del diritto europeo e diritto nazionale, riducendo le potenzialità delle fonti europee rispetto a quelle nazionali, ma più correttamente garantendo che la disapplicazione di queste ultime si realizzi solo in presenza di un atto normativo europeo dotato di effetto diretto. A ciò non bastando, come avrebbe voluto l'Avvocato generale, il solo principio del primato del diritto europeo.

La decisione apporta, dunque, un importante chiarimento con riguardo al principio del primato del diritto europeo, ma garantisce anche un altro benefico effetto: ristabilisce un più corretto rapporto tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali degli Stati membri, favorendo una più convinta adesione alla costruzione europea e alla stessa giurisprudenza dell'organo

giurisdizionale dell'Unione, sempre più chiamato a garantire i diritti delle persone in un quadro maggiormente complesso e certamente mutato rispetto a quello esistente all'atto dell'iniziale formazione della Comunità europea.

Il saggio di Andrea Circolo si interroga, invece, sulla relazione che potrebbe farsi "più amichevole" tra ordinamento europeo e diritto internazionale, tradizionalmente, quest'ultimo, poco amico dell'Unione, se si considera che questa, pur basata su trattati internazionali e certo non "impermeabile" al diritto internazionale, ha un ordinamento autonomo e fonti dotate di effetto diretto che la distinguono da una tradizionale organizzazione internazionale.

Il diritto internazionale potrebbe però prestare il suo aiuto, per così dire, all'Unione per proteggerne meglio i valori fondativi, con particolare riguardo alla *rule of law*, diventandone così un "nuovo amico". Il saggio infatti indaga su un'interessante potenzialità del diritto internazionale, attraverso la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (ed in particolare sui suoi artt. 26, che esprime il principio *pacta sunt servanda* e 60 che, invece, individua il criterio in virtù del quale allo Stato che non adempia al trattato non si deve consentire di rimanerne parte).

Facendo leva su tali disposizioni e pur superando alcune notevoli difficoltà (tra le quali la mancanza nei trattati europei, ispirati ad uno spirito di inclusione, di qualsiasi norma regolante l'espulsione) si potrebbe arrivare ad ipotizzare l'esclusione dalla partecipazione ai trattati europei, di Stati che non ne rispettino i principi. A tale scopo potrebbe essere evocato, pur come *extrema ratio*, l'intervento della Corte internazionale di giustizia. Questa sarebbe, allora, possibile arbitro della espulsione di uno Stato dal trattato europeo, in applicazione di norme di diritto internazionale, ove tale ordinamento non sia rispettoso del patrimonio valoriale comune europeo e a fronte della non applicabilità, per ora, del regolamento 2020/2092 che dovrebbe correlare i nuovi programmi economici dell'Unione, tra i quali il *Next Generation EU*, al rispetto dello Stato di diritto.

Il saggio di Riccardo De Caria è invece dedicato alle caratteristiche della "Costituzione economica" europea e ad una interessante comparazione tra questa e la disciplina costituzionale propria, a questo riguardo, dell'ordinamento italiano. Il nostro originario ordinamento costituzionale, per alcuni studiosi, sarebbe ispirato ad una limitazione delle libertà economiche perché aperto, in tema di iniziativa economica, all'intervento pubblico e al principio dell'utilità sociale, al contrario dell'ordinamento europeo, improntato ad una logica di tipo liberista. Allo scopo di valutare se il quadro normativo interno sia mutato sotto questo profilo, a causa dell'adesione del nostro Stato all'Unione europea, il saggio individua alcuni paradigmatici esempi di disciplina di interessanti settori economici (tra i quali quelli in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, di concessioni demaniali marittime, di servizi di trasporto pubblico non di linea), che risultano ispirati ad un orientamento non in linea con la prospettiva a cui si guarda di solito l'indirizzo liberista europeo e che paiono

confermare come l'ordinamento italiano, divenuto membro dell'Unione, non sia stato travolto da alcuna "ondata" neo-liberale. L'analisi costituisce anche un'utile occasione per interrogarsi sulla vera natura di tale organizzazione sovranazionale con riguardo alle scelte economiche, rispondendo ad un quesito davvero significativo: l'Unione è più simile ad un ordinamento democratico-sociale nell'indirizzo delle attività economiche o, viceversa, è corifea di un modello neo-liberale che persegue libera concorrenza e privatizzazioni?

Sembra all'autore che a questa domanda non si possa rispondere in modo reciso o affermando che l'Unione europea sia certamente informata ad un modello liberista, poiché molte politiche europee e da ultimo anche l'*European Green Deal*, si ispirano ad un orientamento ben diverso. La conclusione del saggio è che, in contrapposizione a più maggioritarie dottrine che si inclinano a ritenere tendenzialmente neo-liberale l'ordinamento europeo, abbia invece più colto nel segno l'orientamento di altri studiosi, in particolare quello di Giovanni Bogneri, secondo il quale la Costituzione economica europea avrebbe caratteristiche interventiste.

La lettura dei saggi qui esaminati pare, in definitiva, assai utile: essi ci rivolgono, in modo più o meno esplicito una serie di moniti e sembrano contenere anche una sfida o forse, sarebbe meglio dire, una speranza per il futuro.

Quanto ai moniti, pur non disconoscendo il valore del pluralismo, ci mettono in guardia contro gli aspetti più negativi o problematici della produzione normativa in tale mondo pluralistico e multiculturale, evidenziando tra questi: il ritrarsi eccessivo del potere legislativo, con seria lesione del principio della rappresentanza democratica e del controllo nei confronti dell'Esecutivo; l'esistenza di un pragmatismo e di una necessaria rapidità nell'assunzione delle decisioni e nella approvazione delle fonti che garantisce centralità agli organi esecutivi, ma che non può andare a scapito non solo del principio democratico, ma della altrettanto necessaria trasparenza del processo decisionale; l'attribuzione alle Corti, non sempre tecnicamente attrezzate, di ruoli talora eccessivamente incisivi e supplenti nei confronti dei poteri legislativi, altrettanto privi delle competenze tecniche per fare fronte alle sempre più complesse esigenze di normazione poste dalla realtà sociale; o, al contrario, la necessità, in alcuni più delicati settori, di potenziare il controllo giurisdizionale delle Corti (senza dimenticare lo sviluppo di fonti private che, nutrendosi della più avanzata tecnologia e dell'intelligenza artificiale, possono incidere profondamente sulle libertà anche in questo caso senza adeguata trasparenza e basi di legittimazione, fonti che sono state oggetto di saggi non esaminati in questa relazione, ma afferenti a questo stesso *Panel*).

La sfida per il futuro, forse utopistica, ma che, come si è detto, è anche una speranza è che la cultura del dialogo tra gli ordinamenti e il loro

pluralismo continui a sussistere, senza però che gangli vitali dei nostri sistemi giuridici e, in particolare, i nostri diritti fondamentali, siano progressivamente monopolizzati da poteri pubblici e privati privi, o non sufficientemente dotati, di legittimazione democratica. Tale deriva può essere evitata da una più decisa attività se non sempre normativa, specialmente di controllo svolta da assemblee rappresentative a livello nazionale ed europeo che non si ritraggano eccessivamente rispetto ai più rapidi ed efficienti poteri esecutivi, nel rispetto di un principio antico, ma che non deve morire: la separazione dei poteri. Tutto ciò senza dimenticare che il compito di monitoraggio e di teorizzazione del corretto rapporto tra poteri pubblici e privati e tra i loro organi, cruciale per il futuro non solo della produzione normativa, è affidato, come i saggi qui esaminati ben dimostrano, all'indispensabile attività di ricerca della dottrina.

2. – Anche la seconda parte del terzo panel dedicato a “La produzione normativa nel pluralismo multilivello degli ordinamenti giuridici” presenta una varietà di temi molto diversi fra di loro che rende difficile una loro presentazione sintetica all'interno di un'unica cornice. Tuttavia, le cinque presentazioni, ricche di spunti per riflessioni ulteriori, potrebbero essere quasi lette come dei casi studio che illustrano meglio e più nel dettaglio, con degli approfondimenti su singoli casi o temi, i concetti generali discussi nella quarta sessione del convegno, quella sul tema “Le nuove frontiere del diritto alla globalizzazione”. Infatti, tutte e cinque le relazioni si occupano, da prospettive e angolature diverse, delle nuove frontiere e delle sfide per il diritto risultanti dal “inseguimento del fatto da parte del diritto come nucleo della globalizzazione giuridica” (Andrea Pierini). La necessità di un tale inseguimento e di un adeguamento e aggiornamento del diritto è dovuto sia alla rapida evoluzione tecnologica che apre orizzonti sempre nuovi e diversi, per cui soluzioni pronte o standard non esistono (ancora), sia alla dimensione globale e transnazionale soprattutto dei nuovi fenomeni tecnologici e commerciali che rendono necessari, da una parte, ma allo stesso tempo estremamente difficile, dall'altra, una loro regolazione o disciplina. È proprio l'accelerazione di tali processi tecnologici e globali che richiede una veloce reazione (Giuseppe Franco Ferrari) con discipline e forme giuridiche appropriate che devono però prima essere sviluppati. Il risultante quadro attuale è pertanto spesso caratterizzato ancora da interventi piuttosto puntuali e poco sistematici.

Individuato così lo sfondo comune dei singoli saggi emergono, nonostante tutte le specificità dei relativi argomenti, tre filoni tematici principali e comuni che caratterizzano tutti i cinque saggi. Tali filoni sono l'interazione fra pubblico e privato, la produzione e la co-esistenza di soft law e hard law nonché le implicazioni multilivello di questi fenomeni e le interazioni fra tali livelli di cui ogni disciplina deve tener conto. Al centro dell'interesse e delle riflessioni proposte nella maggior parte dei saggi sta

pertanto il ruolo del privato nella produzione di norme giuridiche, con esempi dei tre ambiti esaminati nella quarta sessione da Edmondo Mostacci: la nuova *lex mercatoria* e il commercio internazionale, l'organizzazione di mercati specifici nonché l'organizzazione dello scambio di alcuni servizi, in particolare quelli finanziari.

Sotto il profilo delle singole tematiche trattate, due dei cinque saggi si occupano di piattaforme online e dell'uso dell'intelligenza artificiale (Giovanni De Gregorio e Chiara Graziani), un saggio affronta il tema della regolamentazione delle monete virtuali (Claudia Marasco), un altro quello del ruolo del *soft law* nei gruppi bancari internazionali (Silvia Oliveti), mentre, infine, il quinto saggio indaga gli spazi di autonomia per l'ordinamento sportivo nel contesto europeo (Alberto Orlando).

Il ruolo dei privati e delle regolazioni da loro adottate sta al centro del primo saggio sulle piattaforme online, di Giovanni De Gregorio, dal titolo "Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo privato della libertà di espressione online". Proprio in ambito della garanzia della libertà di espressione si trovano, infatti, degli standard privati su scala globale, che in quanto basati sulla logica del profitto (attraverso la pubblicità) si pongono frequentemente in competizione con norme pubblicistiche e valori costituzionali. Il potere privato, l'impatto della sua funzione normativa può risultare enorme e limitare o sostituire, di fatto, quello pubblico come illustrano sia la recente vicenda del caso Trump (e del blocco dell'uso dei social media) sia la controversia intorno al diritto all'oblio. L'istituzione di un organo di supervisione presso Facebook con funzioni quasi para-legislative, ma senza le adeguate garanzie oppure una separazione fra i poteri ha reso ancora più evidente la competizione fra pubblico e privato. Tale competizione costituisce il focus dell'analisi comparata fra gli approcci caratterizzanti l'ordinamento statunitense, da una parte, e quello dell'Unione Europea, dall'altra. Mentre nel primo, basato su un approccio reattivo, prevale nettamente una specie di liberalismo liberale che fa regolarmente salvo l'intervento privato, il secondo, inquadrato su un approccio proattivo, vede sempre più frequenti i tentativi di arginare e controllare l'esercizio di poteri online da parte dei privati attraverso diverse misure al fine di garantire la moderazione dei contenuti pubblicati sulle piattaforme (da ultimo il Digital Services Act). Le diversità si spiegano con la differente matrice dei diritti fondamentali e con la conseguente efficacia orizzontale, negli ordinamenti statunitense e dell'Unione europea, soprattutto legata alla libertà di espressione.

Partendo dalla rimozione, con strumenti automatizzati, di contenuti legati al terrorismo come contenuti ritenuti potenzialmente pericolosi, Chiara Graziani si interroga dove tracciare il confine fra *soft law* e *hard law*. Infatti, nel suo saggio dal titolo "Intelligenza artificiale e fonti di diritto:

verso un nuovo concetto di soft law?” si occupa dello studio delle fonti arrivando alla conclusione che c’è ancora poco hard law, mentre esistono tante regole, anche molto specifiche, basate su soft law. Si tratta di una specie di privatizzazione del diritto che vede l’introduzione di standard vincolanti di fatto, cioè nella realtà, piuttosto che di diritto. Sembra pertanto che il confine fra soft law e hard law si stia spostando a favore di quest’ultimo e che perfino la distinzione netta fra entrambi stia perfino sparendo. Tale conclusione porta l’autrice inevitabilmente ad un’altra domanda, più ampia, e più preoccupante: se la distinzione fra soft law e hard law non ha più tanto senso, non risulta in realtà scardinato il concetto stesso del sistema delle fonti? Le loro caratteristiche, la trasparenza del processo di adozione, la pubblicità e la legittimazione non sono più garantite, così come non è più garantito né il vaglio di costituzionalità, né l’esame da parte di un giudice amministrativo. Manca inoltre la democraticità del “legislatore” privato, cioè di chi predispone gli standard. Per questi motivi sono necessarie più chiarezza e specificità delle regole e il rispetto dei diritti; inoltre, l’autrice auspica una forte collaborazione fra pubblico e privato in cui le regole vengano adottate dal pubblico e attuate da privati.

Della compartecipazione fra pubblico e privato, al fine di risolvere il problema della regolamentazione del commercio transnazionale delle valute virtuali, si occupa anche Claudia Marasco nel suo saggio “Dalla lex mercatoria alla regtech: il commercio delle valute virtuali alla prova della disciplina giuridica”. In modo convincente l’autrice constata un’urgente necessità di creare una disciplina generale, strutturata e comprensiva per il fenomeno delle valute virtuali – caratterizzato da un alto grado di eterogeneità nelle funzioni, da una varietà di scopi e da una natura multiforme – per superare l’approccio funzionale alla loro regolamentazione. Infatti, superare tale approccio appare indicato sia per lo sviluppo importante delle valute virtuali dal 2017, non più trascurabile, sia per integrare gli attuali approcci di regolamentazione del fenomeno, che risultano ancora troppo parziali in quanto concentrati su singoli aspetti soltanto, anche se importanti, come ad esempio le normative antiriciclaggio o la disciplina degli aspetti fiscali. Pertanto, l’autrice si interroga su eventuali modelli disciplinari possibili e condivisi e ne individua sostanzialmente due: da una parte, il modello della *regulatory technology* (regtech), secondo il quale la finanza virtuale sarebbe da trattare come un settore pienamente a sé stante e autonomo e di conseguenza da disciplinare autonomamente, dall’altra parte, il modello della lex mercatoria, il quale predispone un esempio ben riuscito di diritto a-statale con dimensione globale; in ogni caso, una disciplina settoriale appare preferibile e più adatto alle sfide poste dal fenomeno delle valute virtuali.

Nel mondo sempre più globalizzato, il mondo della finanza un costituisce un settore specifico, transnazionale per eccellenza, a causa della facilità con cui si possono spostare i capitali e i servizi finanziari. Nel settore

finanziario assumono un ruolo sempre più importante, per dimensioni e aspirazioni strategiche, i gruppi bancari globali per cui la normalità delle operazioni transnazionali si riflette anche nella stessa struttura organizzativa. Il saggio di Silvia Oliveti, dal titolo “Soft law e *nudge* in una realtà transnazionale fluida”, affronta il delicato tema, di enorme rilevanza pratica, dei problemi della risoluzione bancaria, in particolare la ristrutturazione delle banche in difficoltà in seguito alla crisi finanziaria globale. Frequentemente, infatti, le singole sussidiarie nazionali di tali gruppi bancari globali venivano considerate invece dai rispettivi governi e dalle autorità statali coinvolte come banche autenticamente nazionali nel tentativo di cercare di limitare per quanto possibile i danni e le ripercussioni della crisi finanziaria nel proprio paese. Si tratta in primo luogo di strategie per evitare il rischio del fallimento e per il salvataggio attraverso la ristrutturazione delle banche in difficoltà attraverso misure di prevenzione e di risoluzione. L'autrice esamina tali considerazioni e interventi delle autorità statali applicando gli strumenti dell'economia comportamentale e mostrando i limiti della teoria classica della scelta razionale; entrambi non considerano sufficientemente che i benefici degli accordi sulla ristrutturazione si mostreranno solo a lungo termine e in un'ottica globale. La conclusione di tale analisi considera pertanto decisivo l'utilizzo del soft law e soprattutto di incentivi (“*nudge*”), ad esempio obiettivi non vincolanti a breve termine, assieme all'intervento complementare delle autorità indipendenti internazionali, ad esempio attraverso la pubblicazione di graduatorie internazionali. Una trasformazione in hard law delle procedure di risoluzione bancaria non appare attualmente nient'altro che un'opzione per il futuro, in seguito ad un consolidamento.

Un tema molto diverso, e a prima vista poco connesso con gli altri saggi, è quello trattato da Alberto Orlando: “La ‘misura dell'autonomia dell'ordinamento sportivo nel contesto europeo” che esplora la progressiva erosione di tale autonomia. Nonostante il riconoscimento di quest'ultima, l'ordinamento sportivo in Europa non esiste più in uno suo splendido isolamento e sotto vari profili la sua autonomia risulta quindi sempre più compressa. Tale evoluzione trova la sua ragione nella circostanza che le istituzioni sportive, nonostante le declamazioni in tal senso, non agiscono più soltanto come regolatrici indipendenti dello sport, ma perseguono invece da tempo interessi commerciali e finanziari di grande portata che li fanno entrare in contrasto con norme generali di livello statale e sovranazionale. Una cesura importante è sicuramente la sentenza Bosmans della Corte di Giustizia europea. Anche in questo settore si verifica quindi, per la regolamentazione, una competizione fra pubblico e privato come dimostra l'autore nel suo saggio esaminando vari casi a livello nazionale e sovranazionale.

Se inserire la presentazione sintetica dei cinque saggi su temi così

diversi e ricchi di spunti sul ruolo del diritto in un mondo in profonda trasformazione in un quadro comune rappresentava un'impresa ardua, trovare delle brevi conclusioni comuni alle analisi presentate è ancora più complesso. La via potrebbe essere quella di trovare un minimo comun denominatore nel problema fondamentale della ricerca dell'efficienza del e nel diritto. Alla base di tutti i contributi, infatti, sta l'approccio funzionale e la considerazione che sia di importanza fondamentale l'individuazione di una norma, una regola. E poco importa se chi si arriva prima è un privato, determinante è che qualcuno si attivi e di regola succede proprio che questo sia un privato oppure si faccia ricorso ad una regolazione di soft law soltanto. Spesso solo successivamente avvengono degli interventi normativi veri e propri, con norme pubblicistiche. In tale seconda fase cambia pertanto anche il rapporto fra privato e pubblico a seconda della prevalenza di una logica basata sulla competizione (e un recupero del pubblico) oppure sulla cooperazione (basata sull'integrazione reciproca di regole).

Tuttavia, soprattutto in questa seconda fase si pone con forza la domanda se la regola efficace in questi contesti sia allo stesso tempo anche la regola "giusta" (domanda sollevata nel saggio di Edmondo Mostacci). Non si pongono soltanto questioni di legittimazione della norma a causa della spesso mancante o carente partecipazione alla produzione della norma, ma nel sistema capitalistico le regole su misura, anche se accettate dai partecipanti oppure quando si tratta solo di soft law, sono comunque troppo spesso chiara espressione di un forte condizionamento del diritto dall'economia (parafrasando una riflessione di Giuseppe Franco Ferrari, con riferimento a Schumpeter, nelle conclusioni della quarta sessione). Non raramente, tale condizionamento entra in contrasto con i valori costituzionali sollevando pertanto la questione dell'esistenza di garanzie per la parte più debole e della limitazione dei poteri, anche attraverso dei poteri coercitivi. Si tratta quindi di una tipica situazione di transizione, di una fase di passaggio in cui un ordine di carattere spontaneo, cioè emerso da un apparente caos attraverso la sostanziale auto-organizzazione, tipico per le reti sociali ed economici, si sta trasformando in un ordine orientato e controllato.

Miryam Iacometti
Dip.to di Diritto pubblico italiano e sovranazionale
Università degli Studi di Milano
miryam.iacometti@unimi.it

Jens Woelk
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Trento
jens.woelk@unitn.it