

Il bollettino dell'Osservatorio sulla legalità
n. 13/2024

- I rischi per la democrazia tra élitismo e demagogia.* p. 2
Giuseppe Acocella
- “Fare la storia” e le slogan machines.* p. 3
Stefano Sepe
- Il reato universale di surrogazione di maternità tra etica, diritti e le nuove frontiere della legittimità.* p. 5
Mariangela Barletta
- Cercasi Socrate disperatamente?* p. 7
Giorgio Ridolfi
- Il controllo delle piattaforme tra sanzioni simboliche e populismo regolatorio.* p. 10
Francesco Cirillo
- Tertium datur: separare per render terzo. Sul DDL Nordio e la separazione delle carriere.* p. 13
Carmine De Angelis

I rischi per la democrazia tra élitismo e demagogia.

GIUSEPPE ACOCELLA

L'allarme diffuso per le minacce alla democrazia – denunciate con inopinato candore dall'intero arco delle forze politiche e parlamentari come "dossieraggio" – generate dal "furto" e dalla utilizzazione truffaldina di intere banche dati, operata da privati e da servitori infedeli dello Stato, rappresenta un profondo e intollerabile vulnus alla legalità nel nostro paese che colpisce alle fondamenta l'intero sistema democratico. L'utilizzazione privata di informazioni prevalentemente raccolte per finalità pubbliche o private, rivolte a "screditare" l'intera nazione (come ha dichiarato spudoratamente uno degli autori dell'illecito che ha fruttato ai manigoldi, per quel che finora di sa, più di tre milioni di euro) non deve però sorprendere (se non chi vuole intenzionalmente tenere gli occhi chiusi) giacché si tratta dell'ultimo grado di un trend che la politica ha favorito, ignara o indifferente alle conseguenze che comportava.

Una costante disaffezione del popolo sovrano (continuamente solleticato nelle peggiori pretese da partiti-*éentraineuses*, pallida e deviante copia dei partiti-progetto) distolto dallo scopo di una sana partecipazione politica (a cominciare dal momento supremo delle libere elezioni) è stato obiettivo sostanziale (camuffato da buone intenzioni, ma palese nella realizzazione) dei tanti tentativi di riforma delle leggi elettorali che – deformando il sistema della rappresentanza con la confusione che ne è seguita, come ai nostri giorni si constata – hanno costantemente

scoraggiato gli elettori perché un numero sempre più ridotto di affluenti al voto (siamo passati dal 90% del periodo in cui vigevo il sistema proporzionale al meno 50% della babele odierna) è maggiormente controllabile e perfino manipolabile.

Così ha potuto consolidarsi il fenomeno delle élites detentrici del potere (sempre più prodotto di scelte dei capi o di improbabili sistemi di circoli online), già indagato e denunciato più di un secolo fa da classici della scienza politica come Roberto Michels, e al quale sembra assuefarsi l'opinione pubblica sedata e sedotta da una politica che si fa guidare dal marketing invece che dal bene comune. A ciò concorre una tendenza – già manifesta in formazioni che hanno raccolto anche un terzo del consenso elettorale, e subito sgonfiatesi – ad assumere tutti i caratteri dell'operazione commerciale con likes, votazioni online, selezioni casuali delle classi dirigenti, determinanti per la inesistente linea politica (della quale si può fare anche a meno nell'epoca della "democrazia telematica"). La demagogia diventa scuola di accaparramento di consensi e stile del governo della cosa pubblica, in grado di manipolare diffusamente la vita pubblica.

Così élitismo (che congiunge interessi privati ristretti e classe politica in mano a circoli chiusi) e demagogia (sempre più gestita dall'uso illegale della strumentazione tecnologica pubblica) si alleano a danno della democrazia rappresentativa.

“Fare la storia” e le slogan machines.

STEFANO SEPE

La presente nota trae spunto dalle riflessioni di Giuseppe Acocella sul delicato rapporto democrazia/demagogia. Non vi è dubbio che – nel sistema politico italiano e, più in generale nelle democrazie contemporanee – il tradizionale equilibrio dei poteri, cristallizzato nelle riflessioni di Montesquieu, mostri delle crepe, più o meno profonde a secondo dell’ordinamento giuridico proprio di ognuno dei Paesi ritenuti democratici.

Altrettanto palese è l’oggettivo sfarinamento dei “confini” tra ciascuno dei poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario) che consideriamo i pilastri degli ordinamenti democratici. In Italia sono due i poteri che tendono a travalicare l’ambito della loro funzione: il potere esecutivo e quello giudiziario. Il primo si condensa, principalmente, nell’abuso del decreto-legge come elemento abitudinario della legislazione. Modalità che, fin troppo di frequente, prescinde dall’obbligo costituzionale di necessità e di urgenza del provvedimento dell’esecutivo. Il secondo motivo di sbilanciamento è – se così si può dire – ancor più rischioso, riguardando l’esercizio di una funzione, che dovrebbe, per sua natura, essere limitata all’applicazione delle leggi. Come argomenta incisivamente Giuseppe Acocella, l’attività della magistratura – sia in sede di indagine, sia in quella di giudizio – travalica i suoi confini naturali, ergendosi a soggetto che prevale sulla funzione legislativa. Di conseguenza il potere legislativo – proprio quello che rappresenta in prima

istanza le scelte dei cittadini – finisce per essere l’anello debole della triade dei poteri. Da ciò molte storture.

In questo quadro, di per sé accidentato, si è andata pericolosamente facendo strada una crescente inclinazione a “forzare” oltre misura le modalità del dibattito politico e, più in generale, del dibattito pubblico. Si assiste in misura crescente ad un’attitudine all’uso di un linguaggio sguaiatamente demagogico da parte di esponenti di primo piano del ceto politico. Le forme di rapporto tra cittadini ed esponenti delle istituzioni finiscono per assomigliare a una sorta di *slogan machines*, che riduce la comunicazione politica a sintesi da bar dello sport.

Di recente si è andata intensificando un’obiettiva forzatura dell’uso di parafrasi da parte del governo Meloni. Se ne possono trovare le origini, tra l’altro, in uno spirito di rivalse da parte del partito della premier, dopo decenni di un ruolo minoritario nel panorama politico nostrano. La parola “Paese”, negli interventi di Giorgia Meloni, è stata sistematicamente sostituita dalla parola “Nazione”, con quel velato riferimento al nazionalismo della prima metà del XX secolo, in particolare nel corso del ventennio fascista. Ma si avvertono segni anche più preoccupanti, consistenti nella ripetuta retorica delle scelte che il governo in carica compie e/o intende compiere. L’esempio più assordante è rappresentato dallo slogan “stiamo facendo la storia”, coniato dalla presidente del Consiglio e riversato ripetutamente negli interventi di esponenti del suo partito. Slogan divenuto una delle frasi ricorrenti utilizzata da Giorgia Meloni. Una modalità utilizzata per mettere in risalto le iniziative del governo, nonché per sbarrare le critiche all’operato dell’esecutivo. Il modo e i

momenti nei quali Giorgia Meloni utilizza lo slogan hanno due diverse matrici. La prima è di carattere soggettivo, connessa al giudizio che ha di se stesso l'autore della frase. "Fare la storia" fa immediatamente pensare a Giulio Cesare, a Federico II, ovvero a Napoleone; oppure, in momenti storici più vicini, a Cavour oppure a Giovanni Giolitti. A decidere su quali basi sia ragionevole autoassegnarsi, come fa il presidente del Consiglio, l'aureola di artefice di cambiamenti epocali è il tempo storico, di norma piuttosto lungo. Un tempo che permette di verificare il peso delle svolte, legate ai successi (ma anche agli insuccessi) di chi è chiamato – per scelta o per caso – a imprimere una svolta tangibile nel governare. Lo slogan caro a Meloni, al contrario, appare più vicino alla risibile frase dell'allora ministro Di Maio, il quale – da un balcone di Palazzo Chigi, proclamò che il governo aveva "abolito la povertà". Espressione priva di qualsiasi fondamento che fece sorridere la maggioranza degli italiani di fronte all'infelice espressione del leader del Movimento Cinquestelle.

Il secondo aspetto dello slogan usato dal presidente Meloni è connesso al tipo di "narrazione" che il governo attuale imprime alla sua azione politica e ai risultati che raggiunge, o ai quali presume di pervenire. Su questo terreno non è difficile scorgere – nelle dichiarazioni di esponenti della maggioranza - una disinvolta propensione a "raccontare" in modo enfatico successi non ancora raggiunti, ovvero a minimizzare gli errori o le inevitabili criticità che vi sono nell'operato di qualsiasi governo. Quello attuale ha scelto di ridurre la politica ad

una sorta di laboratorio lessicale che sforna – quasi quotidianamente - annunci più o meno prossimi alla realtà.

In realtà c'è una particolarità della lingua italiana che potrebbe offrire una spiegazione del significato effettivo della parola "storia". Con essa si identificano sia i fatti accaduti, come, ad esempio, la Seconda guerra mondiale, sia la ricostruzione – storica, appunto – che di tali avvenimenti racconta le vicende e ne fornisce l'interpretazione. La suddetta duplicità ha un suggello chiarificatore nella lingua inglese, nella quale si distinguono con nettezza i due significati. Il termine *history* indica gli accadimenti, mentre la parola *story* indica il racconto, la narrazione. Analoga suddivisione esiste, del resto, nella lingua latina, in cui *Res gestae* e *Historia rerum gestarum* indicano, rispettivamente – la conquista della Gallia da parte di Giulio Cesare e il racconto che egli stesso ne fece in quanto storico. In questo duplice orizzonte può diventare meno nebuloso il costante richiamo al "fare la storia". Appare evidente che l'insieme dell'operato del governo in carica difficilmente possa essere classificato come "history", mentre balza agli occhi con evidenza che il richiamo possa configurarsi semplicemente come "story". Racconto, appunto. In sintesi, è sufficiente cambiare la "narrazione". Piuttosto che modificare i fatti, è più semplice cambiarne la narrazione.

Il reato universale di surrogazione di maternità tra etica, diritti e le nuove frontiere della legittimità.

MARIANGELA BARLETTA

La recente proposta di introdurre il reato di maternità surrogata universale in Italia ha suscitato un ampio dibattito che tocca aspetti legali, etici e sociali.

Con il disegno di legge approvato a luglio 2023, recanti *modifiche all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, si stabilisce che *“Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”*.¹

Questo provvedimento, non ancora definitivo, amplia quindi la portata dell'art. 12 della Legge 40 del 2004, che attualmente vieta la pratica entro i confini nazionali, aggiungendo la possibilità di punire chiunque, cittadino italiano, acceda alla maternità surrogata in altri Paesi con sanzioni non di poco conto (tra cui reclusione fino a due anni e multa tra i 600.000 e il milione di euro).

L'introduzione di questo reato “universale” è un concetto che si pone come risposta alla convinzione che la maternità surrogata violi principi etici come il diritto alla dignità umana, in considerazione del fatto che il corpo della donna viene visto come un mero contenitore e il nascituro come un prodotto richiesto e impacchettato dai futuri genitori (che possono essere entrambi biologici o meno).

L'introduzione di questa fattispecie,

secondo l'attuale governo, servirebbe pertanto a difendere i diritti fondamentali delle donne e dei bambini, evitando che questi ultimi siano considerati "merce" di scambio in accordi commerciali che potrebbero gravare particolarmente sui soggetti più vulnerabili, aumentando divari e disuguaglianze. Questo concetto, tuttavia, già sul piano etico-morale si scontra con l'ideologia di coloro che ritengono che uno Stato debba garantire la libertà di espressione e la tutela del diritto alla vita privata e familiare a chiunque, senza discriminazioni.

Ad ogni modo, a prescindere dalla condivisione di uno o dell'altro pensiero, sembra lecito chiedersi se il provvedimento *de qua* dal punto di vista giuridico violi il principio di legalità e superi i limiti della legittimità.

Di fatti, l'adozione del reato di maternità surrogata universale apre nuove sfide giuridiche per l'Italia e non possono mancare critiche sulla vaghezza dell'applicazione di una norma così ampia, che impone ai giudici di confrontarsi con una gamma di situazioni complesse e transnazionali.

Tra queste, in primo luogo, le principali difficoltà sono senza dubbio quelle legate al riconoscimento del figlio in Italia, in considerazione del fatto che la normativa attuale non si pronuncia in maniera esplicita sui diritti del minore nato all'estero tramite maternità surrogata.

Ulteriori perplessità riguardano il rispetto del principio di certezza del diritto nell'ordinamento italiano che richiede norme chiare e precise. Da questo punto di vista, infatti, la modifica sembra essere eccessivamente vaga nel momento in cui non si comprende se la consumazione del

¹<https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/FascicoloSched>

[eDDL/ebook/57364.pdf](https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/FascicoloSched)

reato avvenga materialmente solo per il fatto che la coppia abbia fatto ricorso alla pratica di surrogazione all'estero o se invece si realizzi nel momento in cui i genitori richiedono la trascrizione dell'atto di nascita in Italia del figlio nato all'estero. Qualora si optasse per la prima opzione, diversi dubbi susciterebbe il fatto che la norma non definisce chiaramente come verrebbero raccolte le prove o gestite le indagini per fatti di questo genere avvenuti all'estero.

A complicare la questione si pone, inoltre, il problema dei possibili conflitti che potrebbero verificarsi con le giurisdizioni degli Stati in cui la maternità surrogata è regolamentata e permessa.

La normativa proposta, pertanto, solleva numerose questioni riguardanti la legalità, la tassatività e il rispetto del principio di certezza del diritto. Sebbene persegua l'obiettivo di punire chiunque acceda alla maternità surrogata ovunque si trovi, la legge presenta complessità sul piano penale e costituzionale, dato che manca di definizioni precise nei suoi limiti di applicazione. Questa vaghezza non solo rende problematica la sua attuazione pratica, ma rischia anche di entrare in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dal quadro normativo e giurisprudenziale dell'Unione Europea.

Cercasi Socrate Disperatamente?

GIORGIO RIDOLFI

È piuttosto facile immaginare che chiunque sostenga di apprezzare la libertà di pensiero sarebbe deliziato all'idea di farsi una passeggiata per l'agorà nell'Atene di fine V secolo. Si metterebbe forse, un po' vergognoso, ma molto curioso, in un angolo ad aspettare l'arrivo della grande celebrità, di quel Socrate venuto a fare sfoggio dei suoi metodi argomentativi, maieutico ed elenctico, e pronto a sfruttare ogni occasione per attaccare bottone tramite il suo *ti esti*. Anche se i suoi arrugginiti ricordi del liceo classico lo lasciassero a piedi per ciò che riguarda la comprensione della lingua, il nostro viaggiatore nel tempo continuerebbe probabilmente a pensare che lo spettacolo vale assolutamente il prezzo del biglietto.

Vista da un'altra prospettiva, e cioè quella dei concittadini di Socrate, la cosa potrebbe tuttavia apparire diversamente. Certo, ci saranno state persone che si piazzavano in posti strategici, o si davano più semplicemente appuntamento, per alimentare la loro sete di discorsi, una sorta di alternativa speculativa alle bocciofile del tempo. A me, però, è sempre piaciuto immaginare – in un'ottica, lo confesso, un po' dissacrante – tutti quelli che invece, quando vedevano Socrate da lontano, cominciavano a chiedersi come poter cambiare strada senza dare nell'occhio e fare brutta figura. Me li vedo pensare, simili all'Orazio che incontrava il seccatore sulla Via Sacra, cose come: “ieri mi ha tenuto due ore a parlare della giustizia e non mi ha fatto combinare niente”; oppure “oggi ho tante cose da fare, mica posso stare a sentire uno che può

permettersi di bighellonare tutto il giorno”. Non a caso, come è noto, Socrate stesso si paragonava a un insetto fastidioso, per la precisione a un ronzante tafano; e non è detto che con questa autoironia non volesse indorarsi la pillola. Una bella fine, comunque, non l'ha fatta.

Si dice tutto questo principalmente per notare che, almeno stando all'odierno dibattito pubblico, non solo politico, l'atteggiamento dei protagonisti sembra decisamente più vicino a quello di questi immaginari contemporanei di Socrate che a quello degli aspiranti viaggiatori nel tempo. Un Socrate redivivo sarebbe probabilmente inorridito dalla serie di petizioni di principio, *argumenta ad hominem*, perfide insinuazioni o semplici insulti con cui, lungi dal tentare di convincerlo, si prova quotidianamente a zittire l'avversario. Ma, anche se riuscisse a chiudere le orecchie di fronte a una tale quantità di fiato sprecato, o mal utilizzato, il nostro amico ateniese non potrebbe non rendersi conto non solo della povertà degli argomenti messi in campo, ma anche e soprattutto dell'indifferenza che tutti ormai ostentiamo rispetto a tanta povertà. Esaltare ben disposte *clagues*, dopo aver “asfaltato” il proprio interlocutore, come si dice con amabile *understatement*, sembra essere l'unica ricerca dell'*omologhía* alla quale si è disposti. Al massimo, quelli che vogliono dimostrarsi più civili si (e ci) estenuano con i miasmi di una retorica melensa e moralistica. Basta che “il dibattito no!”, come diceva il celebre scongiuro di un vecchio film di Nanni Moretti.

Pensare è indubbiamente faticoso, chi lo può negare; e tuttavia è anche essenziale per il funzionamento di una forma politica, come la democrazia, che non può che basarsi sullo scambio di argomenti e di

opinioni informate. Volendo richiamare un solo esempio, tale consapevolezza non sembra emergere dalle recenti polemiche su una questione della massima importanza, qual è quella della gestazione per altri. Come è noto, il Governo ha deciso di tentare una strada piuttosto impervia, ossia quella di dichiarare la GPA reato universale, senza interrogarsi sull'effettiva applicabilità pratica di una tale disposizione, soprattutto nel momento in cui, che ci piaccia o meno, a considerarla lecita sono Stati a noi politicamente molto vicini, primi fra tutti gli Stati Uniti. Un po' inquietante dal punto di vista giuridico, oltre che morale, è stata, tra l'altro, la richiesta rivolta ai medici dalla ministra Roccella di denunciare i casi di cui dovessero venire a conoscenza. A tutto questo, molti esponenti dell'opposizione hanno risposto con le solite sterili polemiche, richiamandosi vagamente alla presuntuosa inefficienza del Governo o alle sue pulsioni illiberali, quando non sono ricorsi alla mozione degli affetti, chiamando in causa un'istanza come l'amore, sempre più presente – a sproposito – sulle bocche dei nostri politici. Insomma, la solita contrapposizione tra progressisti e oscurantisti o, vista dall'altra prospettiva, tra conservatori e materialisti. Ma è davvero di questo che si tratta, di una più o meno legittima differenza di posizioni politiche e morali, in cui ognuno nello spettro parlamentare può automaticamente sapere da che parte stare? Non esattamente, direi, visto che la GPA, anche in quelle forme che ci si ostina a definire “altruistiche”, dovrebbe essere, per più di una ragione, invisibile a due settori ben definiti dello schieramento di sinistra. Coloro che rivendicano la loro

ascendenza democratico-cristiana potrebbero rigettarla sulla base di un naturale umanesimo di stampo religioso; mentre chi si dichiara femminista dovrebbe farlo, se non in virtù della classica distinzione kantiana tra mezzi e fini, quantomeno in ossequio a quella mitopoiesi biopolitica del corpo, cui in altri contesti continua a sacrificare la maggior parte delle sue energie dialettiche. Certo, ci sono anche posizioni più aperte nei confronti di questa pratica riproduttiva, come quella della stessa segretaria del Partito Democratico; posizioni che scontano tuttavia, a parere di chi scrive, l'illusione di poter coniugare la solidarietà sociale con un radicalismo individualista, per cui i diritti e i desideri vengono sempre prima dei doveri.

Non si tratta qui, comunque, di prendere una posizione sui torti o sulle ragioni, quanto piuttosto di sottolineare come la questione dovrebbe essere dirimente, come poche altre, per l'identità dei partiti e delle coalizioni. Chi ha il vizio di seguire i dibattiti politici ricorderà, tra l'altro, l'atteggiamento scandalizzato di molti esponenti della sinistra, che fino a poco tempo fa negavano recisamente che la cosiddetta *stepchild adoption* fosse una sotterranea scappatoia per la GPA, che invece non sarebbe mai stata legittimata. Si tratta quindi, come si diceva, di sottolineare la pervicacia tattica con cui il dibattito viene sistematicamente evitato, sperando – spesso a ragione – che gli avversari si impantanino da soli nelle loro contraddizioni. Sorge quasi il sospetto, anzi, che il Governo fosse stato estremamente ottimista nel credere che la sinistra, secondo le sue inveterate abitudini, sarebbe ancora una volta implosa di fronte a un problema in grado di suscitare posizioni così articolate; e che, invece, si sia trovato sorpreso da una così plateale mancanza di

reazione da potersi consolare solo con l'apposizione della probabilmente inutile – se non controproducente – bandierina del reato universale. In termini zoologico-machiavelliani, sembra che il bradipo intellettuale abbia inopinatamente sbaragliato il goffo leone, che credeva di farsi volpe.

Per consolarci, comunque, possiamo pensare all'ormai prossimo Natale, che arriverà, se non con il freddo – ormai lontano ricordo delle nostre infanzie –, almeno con le sue tradizionali polemiche tra destra e sinistra su laicità, presepi e inclusione. Anche qui sarebbe auspicabile il ritorno di una riflessione, magari aspra, ma produttiva, sui reali problemi in gioco: quello dell'identità nazionale e sociale, che si rifiuta di diventare un'ubbia novecentesca, e quello dell'integrabilità di culture diverse, per cui l'amore e la bontà non bastano a trovare soluzioni soddisfacenti. Siamo, però, probabilmente facili profeti nel vaticinare ancora una volta alti lai e nessuna volontà di reciproco ascolto.

Insomma, se tornasse Socrate, è probabile che non ci daremmo pensiero di imporgli di nuovo la cicuta, lusingandolo almeno con il considerarlo un pericolo per la comunità. Molto probabilmente ci accontenteremmo in maniera meno cruenta e più disinteressata di relegarlo al silenzio. Al massimo, se pretendesse di alzare la testa, potremmo sempre asfaltarlo con una valanga di meme.

Il controllo delle piattaforme tra sanzioni simboliche e populismo regolatorio.

FRANCESCO CIRILLO

Recentemente – lo apprendiamo da diverse agenzie di stampa e quotidiani nazionali e internazionali – una delle principali aziende tecnologiche statunitensi avrebbe ricevuto una sanzione senza precedenti da parte di un tribunale russo per la rimozione di contenuti legati a emittenti filogovernative: due indecisioni di rubli (2×10^{36}); un importo più grande del PIL mondiale di circa 190 milioni di miliardi di volte.

La controversia ha avuto inizio nel 2020, quando la piattaforma ha bloccato un canale ultranazionalista russo in risposta alle sanzioni statunitensi imposte al suo proprietario. Successivamente, altri canali sono stati rimossi, aggravando la disputa. La sanzione, in origine di importi modesti, ha cominciato a raddoppiare settimanalmente a causa del mancato pagamento, raggiungendo la cifra attuale. Un meccanismo che può portare – se questa è la logica che ne spiega l'ammontare – una multa di 50 euro, che raddoppi ogni settimana per un anno, a 225 milioni di miliardi di euro.

Si tratterebbe di una cifra simbolica, stando alle dichiarazioni di un portavoce del Cremlino, che mira a richiamare l'attenzione sulla questione.

La vicenda evidenzia le crescenti tensioni tra le grandi aziende tecnologiche occidentali e le autorità russe riguardo al controllo dei contenuti online e alla cosiddetta sovranità digitale. Ma, forse, ci induce a una riflessione più ampia.

L'idea di sanzionare le piattaforme digitali con ingenti multe (ora amministrative e non solo giudiziali) è una pratica sempre

più consolidata anche nell'Unione Europea, specialmente per garantire la conformità a varie normative relative alla protezione dei dati, alla concorrenza e alla gestione dei contenuti *online*.

Le violazioni delle norme del regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) possono comportare sanzioni amministrative significative, che arrivano fino al 4% del fatturato globale annuo dell'azienda o 20 milioni di euro, a seconda di quale importo sia maggiore (artt. 83 e 84).

Similmente, le grandi aziende tecnologiche possono essere sanzionate per violazioni delle norme *antitrust*, nel caso di comportamenti anticoncorrenziali, come l'abuso di posizione dominante nel mercato o la pratica di accordi che ostacolano la concorrenza (il sistema di *enforcement* dei divieti dettati dagli artt. 101 e 102 TFUE). Più recentemente, l'UE ha adottato il *Digital Services Act* (DSA) e il *Digital Markets Act* (DMA), che stabiliscono nuove regole per le piattaforme *online* e i cd. *gatekeepers* del mercato. Queste normative introducono obblighi più rigorosi per la moderazione dei contenuti, la trasparenza negli algoritmi e la protezione degli utenti. Le piattaforme che non rispettano queste nuove normative potranno essere soggette a sanzioni che arrivano al 6% del loro fatturato globale (art. 52 DSA) o persino al 10% (art. 30 DMA).

In linea puramente teorica, una sommatoria di violazioni delle sole normative relative all'ambiente digitale potrebbe consentire sanzioni fino al 20% del fatturato annuo globale. Inoltre, per i principali *stakeholder* del mercato, che registrano fatturati di centinaia di miliardi di dollari, un sistema sanzionatorio di questo tipo potrebbe moltiplicare le “multe” descritte per

ciascuno degli Stati membri nei quali si consuma la violazione.

Certamente, va ricordato che le sanzioni europee devono essere proporzionate, basandosi sulla gravità e sull'impatto delle violazioni commesse. Inoltre, l'UE garantisce che le sanzioni siano coordinate tra le autorità competenti, evitando doppie penalizzazioni, e che le aziende hanno il diritto di impugnare le sanzioni davanti a un giudice, assicurando un controllo giurisdizionale che tuteli contro possibili abusi.

Nondimeno, le autorità europee e nazionali hanno già inflitto sanzioni molto significative ai principali *stakeholder*. In questo contesto, il riferimento a singole aziende, finora evitato, si rende necessario. Google ha subito alcune delle multe più elevate nella storia europea. Nel 2018, la Commissione ha sanzionato l'azienda con 4,34 miliardi di euro per abuso di posizione dominante, e un'altra multa di 2,42 miliardi di euro è stata comminata nel 2017 per aver favorito il proprio servizio di shopping comparativo. Meta (Facebook) ha ricevuto pesanti sanzioni nel contesto del GDPR. Nel 2023, è stata colpita da una sanzione di 1,2 miliardi di euro per il trasferimento non conforme di dati personali di utenti europei verso gli Stati Uniti. Nel 2021, un'ulteriore multa di 265 milioni di euro è stata inflitta per la mancata protezione dei dati personali di oltre 500 milioni di utenti. Amazon, a sua volta, è stata destinataria di una multa per violazione del GDPR di 746 milioni di euro nel 2021, comminata dalla Commissione nazionale per la protezione dei dati del Lussemburgo. Apple ha affrontato

sanzioni rilevanti, soprattutto per questioni *antitrust*. Nel 2020, la Francia ha inflitto una multa di 1,1 miliardi di euro per accordi restrittivi con i distributori, volti a controllare i prezzi dei prodotti. Microsoft, infine, è stata sanzionata nel 2013 con una multa di 561 milioni di euro dalla Commissione Europea per non aver rispettato l'accordo che imponeva di offrire agli utenti una scelta di *browser web*, violando gli impegni presi in una precedente indagine antitrust.

La politica delle sanzioni, allora, non sembra distinguere – nelle sue varie *nuance* – solo il dispotismo orientale, volendo adottare la formula della teoria idraulica di Wittfogel², ma potrebbe caratterizzare sempre più anche la postura istituzionale dell'Unione e degli Stati membri.

È vero, proseguendo il confronto con l'Oriente, che le autorità cinesi mostrino una crescente attenzione alle pratiche anticoncorrenziali, imponendo sanzioni di simili entità alle grandi aziende tecnologiche (un esempio rilevante è la multa da 2,8 miliardi di dollari ad Alibaba nel 2021 per abuso di posizione dominante). Ed è altrettanto vero che, in quel contesto, le sanzioni sono accompagnate da un controllo politico più marcato, e le normative vengono applicate con l'obiettivo di garantire il controllo statale sull'economia digitale e sulla sicurezza nazionale.

Tuttavia, qualche interrogativo anche sulla risposta sanzionatoria delle normative europee può – e forse deve – essere sollevato, proprio in considerazione della *ratio* delle misure e dei principi fondamentali dello Stato di diritto (o della *rule of law*). La questione principale

² Il riferimento è a K.A. WITTFOGEL (*Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power*, New Haven, 1957), secondo cui il potere assoluto del sovrano era necessario

per organizzare l'irrigazione e la gestione delle acque in regioni con economie agricole dipendenti dai fiumi

riguarda l'equilibrio tra l'efficacia deterrente e il rispetto del principio di legalità, della proporzionalità delle "pene", della trasparenza dei procedimenti decisionali e della possibilità di un controllo giurisdizionale effettivo.

In linea teorica, a differenza delle sanzioni penali, che mirerebbero a punire comportamenti ritenuti particolarmente gravi, le sanzioni amministrative dovrebbero essere meno severe. Proprio per questo, consentirebbero un'irrogazione più tempestiva, libera dalle garanzie del procedimento penale. Allora, l'opzione politico-giuridica di adottare sistemi sanzionatori di tipo amministrativo per il controllo di settori come quello digitale sembra confinata in un'alternativa paradossale: o gli illeciti sono gravissimi e bisognosi di sanzioni severe (dunque, non amministrative); oppure gli illeciti sono di entità trascurabile e l'ammontare delle sanzioni dovrebbe adeguarsi proporzionalmente a questa valutazione.

Il proposito di colpire le multinazionali attraverso un imprevedibile sistema di sanzioni amministrative, fondato su una dimensione regolatoria in continua espansione, non sembra soddisfare pienamente il principio di legalità, né garantisce un ristoro adeguato ai diritti dei consumatori. Un simile approccio, se non controllato, rischia di supportare una strategia in cui l'UE e le istituzioni nazionali impongono di fatto delle "tasse" mascherate da multe, sulla base di un quadro di regole sempre più denso e oscuro³. Non si tratta di un semplice rischio di trovarsi su un pendio scivoloso,

ma della possibilità concreta di essere già scivolati in un sistema che ha superato la linea di confine della legalità.

Abbiamo riportato in apertura che le sanzioni elevate possano avere una funzione anche simbolica. A ben vedere, inasprimento delle pene, uso simbolico del diritto ed erosione delle garanzie procedurali non sono fenomeni del tutto ignoti alla riflessione filosofica, politica e giuridica. Sorge, quindi, una domanda: possibile che accanto al populismo giudiziario e al populismo penale, stia emergendo anche una forma di populismo regolatorio?

³ Sommando solo GDPR, AI Act, DMA, DSA, direttiva ePrivacy e le norme sulla cibersicurezza, ci troviamo di fronte a un *corpus* con oltre 400 articoli e quasi 700 considerando. Se includiamo le principali ulteriori normative digitali, l'ecosistema europeo potrebbe

comprendere circa 800-900 articoli e quasi 1.400 *recitals*, cui vanno aggiunte le disposizioni vigenti nei 27 Stati membri. La somma finale potrebbe facilmente superare i 30.000 articoli.

Tertium datur: separare per render terzo. Sul DDL Nordio e la separazione delle carriere.

CARMINE DE ANGELIS

Da troppo tempo, tra alterne vicende e inevitabili tensioni ideologiche, si sta discutendo della separazione delle carriere di giudici e pubblici ministeri. Una fisiologica riforma in uno Stato di diritto serio, se ancora qualcosa possa essere rinvenuto nelle sfibrate vestigia italiche, che ha finito per radicalizzare antiche e nuove posizioni di fissità e rigidità. Il ddl approvato di recente in Consiglio dei ministri, la cosiddetta riforma Nordio, prevede la separazione fondamentale del processo accusatorio voluto da Vassalli, ovvero la differenza sostanziale tra PM e i magistrati giudicanti. Un principio assai chiaro: tra due poli opposti della tensione processuale deve esserci un decisore che giudichi con terzietà non solo oggettiva, ovvero con distinzione funzionale, ma costitutiva, ovvero con una netta separazione di organico. La proposta di riforma costituzionale mira ad attuazione una separazione delle carriere in modo conforme alla struttura più coerente con le regole fondamentali del processo penale poiché ed è consustanziale allo stesso processo accusatorio.

Di qui l'inizio di una vera e propria "sommossa" dei garanti della Costituzione, o finti sacerdoti della immutabilità: una magistratura politicizzata che, senza alcun rispetto del silenzio di una funzione, si spinge a provocare, conclamare la disarticolazione dell'assetto dei poteri, la sovversiva legislazione che metterebbe a rischio non solo fonti processuali ma primazie costituzionali.

Quando invece la validità di un principio, la necessaria idea di una magistratura giudicante separata da quella requirente, non solo appare una concreta esigenza intervenuta anche nei percorsi professionali di giudici e pubblici ministeri ma una riforma sulla dimensione professionale, sugli equilibri e le dinamiche proprie del processo penale, tra i rapporti tra il giudiziario e altre istituzioni.

Il modello processuale vive anche di un sistema di influenze che non possono essere sciolte nelle già distinta diversificazione funzionali ma richiede una differenziazione anche sul versante ordinamentale. Basterebbe osservare la portata dell'art. 111, comma 2, Cost., quando si enuclea il principio di un giudice *terzo* oltre che *imparziale* e superando un'interpretazione d'apparato che mira a non collegarla alla portata degli artt. 24 e 3 Cost. Un giudice che non si configura premendo sul valore del principio del giusto processo ma nella sua costitutiva alterata' di garanzia dell'imparzialità.

La neutralità processuale assegnate a un soggetto "terzo", scevro da convinzioni precostituite in ordine alla materia su cui pronunciarsi, richiama alla necessità di una separazione ordinamentale del pubblico ministero dal giudice che non sia solo di natura processuale, ma soprattutto sostanziale.

Il progetto costituzionale di separazione delle carriere giudicante e requirente si ispira proprio al modello di pluralismo istituzionale che la nostra Costituzione pone a garanzia dei disarmonici equilibri. L'effetto di garanzia di questa organica riforma si trasla nella libertà nel processo penale del controllo reciproco fra istituzioni, ovvero in una procedura in cui

il giudice e le parti processuali mantengono una protezione dagli abusi di potere, l'agnosticismo valoriale e l'applicazione del diritto come prestazione funzionale.

Il principio di Terzietà organica è un principio cardine del costituzionalismo liberale perché l'effetto di libertà legale e di certezza del diritto si esprime nella dinamica del potere che frena il potere. Sul piano istituzionale si tratta di una esigenza sistemica di sedimentazione di un ordine giudiziario funzionalizzato, ovvero di un ordinamento delle magistrature come assetto complessivo dei poteri.

E quindi, al di là delle posizioni ideologiche o corporative di un potere, quello giurisdizionale, che negli ultimi trent'anni ha compiuto direttamente o indirettamente una indebita pressione dei livelli di governo e di legittimazione politica, il progetto di revisione costituzionale, animato dai principi del costituzionalismo liberale, ha anche il compiuto programmatico di "estirpare" una consolidata vocazione di esegesi dell'esecuzione della legge; quest'ultima, più di tutti, spetta alla rappresentanza elettorale invece che ai Solini delle leggi. Per troppo tempo la separazione delle carriere giudicante e requirente è stata vista come una pretesa d'influenza o un inedito reflusso del contesto internazionale nella virtuosità degli apparati precostituiti. E, invece, va letta come una consapevolezza istituzionale che non si specifica nella sottoposizione del pubblico ministero al potere esecutivo, ma nella costruzione di un pubblico ministero autonomo e indipendente, costituzionalmente separato dalla magistratura giudicante.

All'idea del potere che frena il potere soggiace un sano realismo politico che non insegue le sirene o i timori del giudizio giudicante ma la complessità dei processi, il contenimento della potenza di processo inquisitorio e di un assetto dogmatico dell'ordine giudiziario.

La nuova funzione di revisione di una parte processuale in un processo informato di vero contraddittorio rende efficace il linguaggio dei diritti dell'imputato.

Vieppiù, si tratta di un primo passo che dovrebbe riaprire il tema, più delicato, della responsabilità diretta della giurisdizione, che ad oggi non è presidiata da alcuna sanzione processuale.

Il divieto di azione "diretta", nemmeno accennato dalla legge Orlando, deve modificare lo speciale regime della responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano.

Di necessità virtù! È forse tempo di riportare alla luce l'istituto della responsabilità diretta anche perché l'unico caso ammesso di responsabilità diretta è quello previsto dall'art. 13, comma 1, l. n. 117/1988, qualora il danno causato dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni consegua a un fatto che costituisce reato.

Il Comitato tecnico-scientifico dell'OSLE:

- *Giuseppe Acocella*, Coordinatore dell'Osservatorio;
- *Mariangela Barletta*, sezione “*Legalità e diritto internazionale*”;
- *Carmine De Angelis*, sezione “*Istituzioni e federalismo*”;
- *Antonio Scoppettuolo*, sezione “*Comunicazione*”;
- *Diego Forestieri*, sezione “*Società*”;
- *Giorgio Ridolfi*, sezione “*Fondamenti Culturali*”;
- *Stefano Sepe*, sezione “*Pubblica Amministrazione*”;
- *Gaia Fristachi, Francesco Cirillo*, sezione “*Legalità e tecnologie emergenti*”.

Per proporre un contributo per la newsletter scrivere a: redazione@osle.it