

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

4 / 2021

OTTOBRE - DICEMBRE

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Dr. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)
- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte

costituzionale, Italia)

- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistrianiana di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)

- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all’approccio tipico dell’analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un “Comitato dei Revisori” che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.0 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l’indicazione del nome dell’autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2021, 4, p. 35 ss.

Per l’invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

© 2021 CERIDAP

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

- GHERARDO CARULLO, *Accesso alla giustizia e processo amministrativo: la riduzione della distanza geografica e dei tempi grazie alla digitalizzazione* 1
- ALESSIA FIDELANGELI E FEDERICO GALLI, *Artificial Intelligence and Tax Law: Perspectives and Challenges* 24
- DOMENICO IELO, *Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”* 59
- RENATA SPAGNUOLO VIGORITA, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell’economia* 112

RASSEGNE E COMMENTI

- ANDREA DE PETRIS, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?* 127
- DIANA-URANIA GALETTA, *Technological Transition in response to COVID. Scattered Thoughts on the possibility of a (Technological) transition to a Digitalized Public Administration in Italy, with the help of the Recovery and Resilience Plan* 154

RELAZIONI E SEGNALAZIONI

- GIULIA RE FERRÈ, *Il Tar Friuli Venezia Giulia si pronuncia sull’obbligo vaccinale per i sanitari: i vaccini non sono sperimentali* 165
- FRANCESCA RONCAROLO, *Il Consiglio di Stato conferma l’ordinanza cautelare di primo grado sull’impiego della certificazione verde COVID-19 (c.d. “Green pass”)* 170

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

GHERARDO CARULLO, Ricercatore (RTDB) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano (abilitato come professore di II fascia).
Avvocato nel foro di Bologna

ANDREA DE PETRIS, Direttore Scientifico Centro Politiche Europee Docente di Diritto Costituzionale, Università Giustino Fortunato di Benevento

ALESSIA FIDELANGELI, Assegnista di ricerca al CIRSIFID-Alma AI, Università di Bologna, dottoranda di ricerca in Diritto Tributario Europeo nell'Università di Bologna.

DIANA-URANIA GALETTA, Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP

FEDERICO GALLI, Assegnista di ricerca al CIRSIFID-Alma AI, Università di Bologna. Dottore di ricerca in Scienza e Tecnologia del Diritto nell'Università di Bologna e in Informatica nell'Università del Lussemburgo.

DOMENICO IELO, Dottore di Ricerca in "Organizzazione e Funzionamento della Pubblica Amministrazione", Avvocato Cassazionista nel Foro di Milano, Professore a Contratto nell'Università degli Studi di Milano

GIULIA RE FERRÈ, Dottoranda in diritto pubblico, internazionale ed europeo (curriculum diritto amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano

FRANCESCA RONCAROLO, Magistrato Ordinario e cultrice della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA , Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Accesso alla giustizia e processo amministrativo: la riduzione della distanza geografica e dei tempi grazie alla digitalizzazione

Gherardo Carullo

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-11

Il contributo affronta il tema dell'accesso alla giustizia, nella prospettiva del Gold 16 dei sustainable development goals delle Nazioni Unite. Dopo una breve disamina dell'organizzazione territoriale della giustizia amministrativa, l'autore si concentra sulle innovazioni del processo amministrativo telematico per valutare in che misura queste abbiano agevolato l'accesso alla giustizia. Il contributo valuta quindi quali limiti ancora sussistano nel processo amministrativo telematico nella prospettiva della riduzione delle distanze e, sulla base di tali considerazioni, avanza alcune proposte per mitigare il problema della eccessiva durata dei processi.

Access to justice and administrative trial: the reduction of geographical distance and of the length of the trial thanks to digitization

The contribution addresses the issue of access to justice, in the perspective of the sustainable development goal 16 of the United Nations. After a brief analysis of the territorial organization of Italian administrative justice, the author focuses on the innovations of the electronic administrative trial to assess to what extent it has facilitated access to justice. The contribution therefore evaluates what limits still exist in the electronic administrative trial in the perspective of reducing distances and, on the basis of these considerations, makes some proposals to mitigate the problem of excessive length of the trials.

1. Introduzione: la digitalizzazione del processo

amministrativo nella prospettiva del goal 16 delle Nazioni Unite.

Il sedicesimo obiettivo di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite mira alla «*promozione di società pacifiche ed inclusive ai fini dello sviluppo sostenibile, e si propone inoltre di fornire l'accesso universale alla giustizia, e a costruire istituzioni responsabili ed efficaci a tutti i livelli*»^[1]. Tra i traguardi relativi a questo goal, troviamo in particolare, al numero 16.3, il «*promuovere lo stato di diritto a livello nazionale e internazionale e garantire un pari accesso alla giustizia per tutti*»^[2].

Non pare necessario soffermarsi sull'importanza di tale obiettivo. Si può dare per scontato che una giustizia efficiente ed efficace, accessibile e tempestiva siano elementi essenziali di uno stato di diritto, la cui mancanza può minare alle fondamenta gli elementi costitutivi di una società civile, tra gli altri generando incertezza nei rapporti giuridici e riducendo la complessiva competitività del sistema economico, con tutte le conseguenze a cascata che ne derivano.

Le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT) – che oggi appaiono tanto comuni nella quotidianità da far apparire l'espressione «*nuove tecnologie*» ormai anacronistica – permettono di ridurre le distanze drasticamente, consentendo uno scambio di dati pressoché immediato e, soprattutto, anche di comunicare in tempo reale attraverso strumenti quali quelli di videoconferenza. Come la pandemia ha ben dimostrato, è indubbiamente possibile – ma non per ciò sempre preferibile – condurre più o meno complesse interazioni a distanza.

A tale ultimo riguardo occorre sottolineare che la pandemia ha avuto un effetto acceleratorio di un processo di transizione al digitale a ben vedere già da tempo in atto^[3]. Se pur infatti la necessità di lavorare da casa per via della situazione sanitaria ha moltiplicato il numero di società che hanno preferito la modalità di lavoro da remoto anche passata l'emergenza – come, ad esempio, *Dropbox Inc*^[4] –, tale fenomeno non è nuovo. Già da diversi anni alcune imprese, specialmente quelle altamente innovative, avevano optato per tale modalità organizzativa, in taluni casi anche con significativi successi, come nel caso di *GitLab Inc*, che ha addirittura pubblicizzato il fatto di essere «*100% remote since inception*» nei documenti presentati alla *Securities Exchange Commission* per la quotazione sul Nasdaq^[5].

Condividendosi dunque l'importanza del suddetto obiettivo 16 delle Nazioni Unite, l'attenzione qui è volta a valutare in che misura le ICT possano supportare le azioni volte a realizzarlo sotto lo specifico profilo della riduzione delle distanze geografiche e di conseguenza auspicabilmente anche dei tempi del processo. Lo si farà prendendo in considerazione la giustizia amministrativa, se pur quanto si dirà potrà certamente valere, *mutatis mutandis*, anche in rapporto alle altre giurisdizioni.

Nel processo amministrativo, come già avvenuto in relazione a quello civile, il legislatore ha infatti scelto di ricorrere al digitale per portare i vantaggi offerti dalle ICT nell'amministrazione della giustizia, così dando vita al c.d. «*processo amministrativo telematico*» (anche noto con l'acronimo PAT), divenuto peraltro la modalità esclusiva di azione dal 1° gennaio 2018^[6].

Si è efficacemente, e condivisibilmente, commentato in dottrina che il PAT si fonda su tre «*capisaldi*», in particolare: «*la "neutralità" dello strumento telematico rispetto alla disciplina generale del processo amministrativo; il conferimento di rilevanza ed efficacia formale unicamente agli atti digitali; l'utilizzo esclusivo dei mezzi di trasmissione elettronica*»^[7].

In particolare, il primo elemento sottolineato da tale Autore appare confermare quell'idea per cui l'uso di tecnologie digitali non muta gli istituti giuridici alla base, cambiando semplicemente gli strumenti – e le modalità – attraverso cui i medesimi fini erano soddisfatti “in modo analogico”^[8].

Possiamo perciò rilevare anzitutto che la digitalizzazione del processo amministrativo, per quanto riguarda gli strumenti in concreto utilizzati, ha potuto fare affidamento sulle previsioni da tempo dettate dal d.lgs. n. 82/2005, il c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD). Prescrive infatti l'art. 2, c. 6, che le «*previsioni del CAD stesso si applicano al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico*».

Istituti quali la firma digitale, la posta elettronica certificata e le norme sulla validità ed efficacia dei documenti informatici costituiscono perciò la base su cui è stato sviluppato il PAT. Si tratta di istituti che, nell'ottica del presente contributo, avevano già da tempo contribuito a ridurre la distanza tra cittadino e pubblica amministrazione, consentendo la fruizione a distanza di molteplici servizi pubblici.

Come purtroppo noto, tale circostanza ha subito una forte accelerazione a causa della pandemia a partire da marzo 2020. A fronte delle misure di contenimento adottate dal Governo, tra cui il divieto di circolazione, gli strumenti digitali sono divenuti improvvisamente il canale esclusivo per ottenere servizi e prestazioni da autorità pubbliche (e non solo). Ciò ha così determinato l'adozione su larga scala di strumenti previsti dal CAD, quali il Sistema Pubblico di Identità Digitale (c.d. SPID), prima di scarsa diffusione^[9].

Si può perciò sin d'ora dire che tale evenienza può probabilmente andare a tutto vantaggio anche del PAT. Avvalendosi quest'ultimo dei medesimi suddetti strumenti, risulta oggi fondato su tecnologie di più larga diffusione e, quindi, auspicabilmente, di più facile reperibilità ed utilizzo.

Ciò premesso, prima di passare a valutare in che misura la digitalizzazione del processo amministrativo possa contribuire al raggiungimento del *goal* 16, pare opportuno brevemente analizzare in che modo la distanza geografica rilevasse nella giustizia amministrativa prima dell'avvio del PAT.

2. La distanza geografica nella giustizia amministrativa prima del processo amministrativo telematico.

Sotto un profilo spaziale, una fondamentale norma sull'organizzazione della giustizia amministrativa è dettata dall'art. 125 della Costituzione, ai sensi del quale «*nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica*», con la precisazione che «*possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione*».

Come ricordato in dottrina, dopo una serie di interventi normativi relativi all'assetto organizzativo della giurisdizione amministrativa non determinati dalla Costituzione, finalmente «*con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge Tar), furono istituiti, nei capoluoghi di ciascuna Regione, i Tribunali amministrativi regionali (Tar); successivamente, in otto Regioni furono istituite anche sezioni staccate presso altrettanti capoluoghi di provincia*»^[10].

Tale scelta del costituente, e quindi del legislatore ordinario nell'individuazione delle sedi distaccate, ha determinato una distribuzione geografica dei T.A.R. significativamente inferiore a quella della giustizia civile, la cui distribuzione

territoriale è articolata ancora oggi in ben oltre 160 sedi ^[11].

Da ciò ne è derivata una maggiore distanza tra il cittadino ed il giudice per tutte le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, con una particolare accentuazione del problema nei giudizi di appello, localizzati esclusivamente a Roma innanzi al Consiglio di Stato, e solo eccezionalmente a Palermo innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Anche qui la maggiore distanza tra cittadino e giudice è ancor più evidente in rapporto alla giustizia civile, nella quale il giudice d'appello è, a seconda del riparto di competenze, il Tribunale ovvero la Corte d'Appello ^[12], sicché comunque un organo nel territorio della Regione del giudice di primo grado.

Prima dell'introduzione delle ICT il distanziamento territoriale tra T.A.R. e cittadini era particolarmente significativo in quanto lo svolgimento della maggior parte delle attività processuali, quali il deposito o l'estrazione di copia di atti e documenti, comportava la necessità di recarsi materialmente presso la cancelleria. Non solo. Anche la ricezione di comunicazioni inviate dai T.A.R. e dal Consiglio di Stato presupponeva una certa vicinanza con il giudice. L'art. 25 del d.lgs. 104/2010, c.d. codice del processo amministrativo (c.p.a.) ancora prescrive che *«nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali, la parte, se non elegge domicilio nel comune sede del tribunale amministrativo regionale o della sezione staccata dove pende il ricorso, si intende domiciliata, ad ogni effetto, presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale o della sezione staccata»*, e che *«nei giudizi davanti al Consiglio di Stato, la parte, se non elegge domicilio in Roma, si intende domiciliata, ad ogni effetto, presso la segreteria del Consiglio di Stato»*.

Se tale norma, ai sensi del comma 1-ter del medesimo articolo, oggi non si applica più ai *«ricorsi soggetti alla disciplina del processo amministrativo telematico»*, fino al 1° gennaio 2018 ha invece avuto un rilievo assolutamente significativo, determinando in sostanza l'esigenza per gli avvocati stabiliti in diverso comune di eleggere un domicilio speciale per ciascun giudizio.

In ragione delle suesposte esigenze, si era diffusa la prassi di nominare un domiciliatario, in procura o meno, affinché questo potesse fornire un indirizzo valido per le comunicazioni, così come occuparsi di tutte le attività di cancelleria e, ove necessario, persino presenziare alle udienze per le quali il difensore di fiducia non ritenesse necessaria una trasferta.

Si noti che una simile necessità, per gli avvocati stabiliti in un comune sede di un T.A.R., si presentava solo qualora il cliente dovesse impugnare un atto di competenza territoriale di altro T.A.R., mentre per gli avvocati stanziati in un comune senza T.A.R. l'evenienza ricorreva per qualsiasi controversia loro affidata da promuovere innanzi alla giurisdizione amministrativa.

Tale circostanza ha contribuito a concentrare gli studi di avvocati specializzati in materie oggetto di giurisdizione amministrativa nei comuni sedi di T.A.R. in quanto strutturalmente avvantaggiati nell'organizzazione delle attività difensive.

Per altro verso, la maggior concentrazione di avvocati specializzati in materie di diritto amministrativo nei comuni sedi di T.A.R., o comunque la necessità di eleggere domicilio nel comune sede del T.A.R. adito, dalla prospettiva dei cittadini residenti in altro ente locale si traduceva in maggiori oneri e costi, o quantomeno in maggiori difficoltà nel trovare un avvocato di fiducia a cui rivolgersi.

V'è da dire che tale situazione derivava dal naturale modo di essere delle cose in un mondo analogico, nel quale ancora non esistevano strumenti in grado di far transitare dati in modo pressoché istantaneo anche a grandi distanze. E così anche i fenomeni culturali e sociali che ne sono derivati possono essere considerati il risultato in un contesto nel quale l'interazione fisica in persona era l'unica modalità di azione possibile. Il che è cambiato radicalmente con l'implementazione del PAT.

3. Gli strumenti di digitalizzazione del processo amministrativo telematico che hanno ridotto la distanza tra le parti, i difensori ed il giudice.

Sotto un profilo materiale, l'introduzione del PAT ha ridotto drasticamente le distanze geografiche tra le parti, i relativi difensori ed il giudice, introducendo molteplici strumenti ed istituti che hanno in gran parte, se non interamente, rimosso la necessità di recarsi fisicamente in Tribunale.

Per valutare in che termini ciò sia stato realizzato possiamo analizzare le regole tecniche-operative del PAT da ultimo adottate con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato in data 28 luglio 2021, e dal relativo Allegato 1 e 2^[13] (di seguito, Regole Tecniche PAT).

Un elemento centrale del PAT, che consente in sostanza l'esistenza stessa del processo telematico, è il «*Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa*» (di seguito, SIGA), ossia «*l'insieme delle risorse hardware e software, mediante le quali la Giustizia amministrativa tratta in via automatizzata attività, dati, servizi, comunicazioni e procedure riguardanti l'esercizio dei compiti istituzionali inerenti allo svolgimento dell'attività processuale*»^[14].

Il SIGA è, in breve, una complessa piattaforma informatica sulla base della quale si sviluppa la digitalizzazione dell'intero processo, dall'atto introduttivo dello stesso, sino alla sua conclusione^[15]. È particolarmente importante sottolineare che attraverso tale sistema si è implementata un'integrale digitalizzazione del "ciclo produttivo", ossia di tutte quelle operazioni materiali che devono essere svolte dai diversi attori del processo amministrativo nelle sue varie fasi^[16].

Per quanto riguarda il ruolo delle parti e dei difensori, la digitalizzazione delle attività che competono a questi può essere apprezzata già dalla fase introduttiva del giudizio: dalla stesura del ricorso, passando per la procura alle liti e la notifica e quindi al suo deposito.

Anzitutto, l'art. 9, c. 1, All. 1, delle Regole Tecniche precisa che «*salvo diversa espressa previsione, il ricorso introduttivo, le memorie, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e qualsiasi altro atto del processo, anche proveniente dagli ausiliari del giudice, sono redatti in formato di documento informatico sottoscritto con firma digitale conforme ai requisiti di cui all'articolo 24 del CAD*»^[17].

Le Regole Tecniche dettano non una mera preferenza per gli strumenti digitali, ma un vero e proprio obbligo di utilizzo di questi, escludendo che, salvo specifiche eccezioni, possano essere sostituiti da mezzi cartacei^[18]. Per quanto riguarda gli atti di parte, ad esempio, ciò significa che il documento non può essere prodotto attraverso una scansione di una stampa cartacea, ma deve essere prodotto in formato informatico "nativo".

In merito alla procura alle liti, l'art. 8, c. 1, All. 1, delle Regole Tecniche ne consente l'autenticazione con la «*apposizione della firma digitale*». In via subordinata il secondo comma del medesimo articolo ammette che la procura sia raccolta su supporto cartaceo e ne sia fatta «*copia per immagine su supporto informatico*». In questo caso vi è dunque una mera preferenza per lo strumento digitale, continuandosi ad ammettere la procura cartacea – che va comunque digitalizzata – per l'ovvia necessità di garantire anche a coloro che non possono

sottoscrivere digitalmente la procura di nominare un difensore.

Salva quest'ultima ipotesi, nel caso di cui al primo comma si può ritenere che la procura possa essere raccolta da remoto, posto che la firma digitale del cliente ne garantisce l'autenticità indipendentemente dal fatto che questa sia eseguita, o meno, in presenza del difensore. Anzi, a ben vedere l'avvocato non potrebbe assistere il cliente nell'apposizione della firma digitale, dovendosi mantenere riservati i codici di accesso per l'apposizione della stessa.

Per quanto riguarda la successiva notifica, l'art. 14, c. 1, All. 1, delle Regole Tecniche prevede espressamente che *«i difensori possono eseguire la notificazione a mezzo PEC a norma dell'articolo 3-bis della legge 21 gennaio 1994, n. 53»*^[19], sino allo scadere del giorno senza limiti di orario^[20] e senza la previa autorizzazione del Consiglio dell'ordine, che resta obbligatoria solo per le notifiche in proprio "cartacee". Il che comporta anche il superamento del registro (cartaceo) cronologico per le notificazioni via PEC, che resta solo per quelle cartacee.

L'attività del difensore può proseguire da remoto anche per il deposito, che avviene anch'esso da remoto, in via ordinaria tramite PEC, ovvero *«nel caso in cui [ciò] non sia possibile»*, attraverso *upload*^[21].

Un essenziale strumento a supporto delle attività dell'avvocato è al riguardo il «*sito istituzionale*» della giustizia amministrativa^[22], ed in particolare la sezione denominata «*portale dell'avvocato*», «*attraverso il quale gli avvocati hanno accesso diretto al SIGA*»^[23]. Grazie a tale portale i difensori sono abilitati allo svolgimento di molteplici operazioni, come ad esempio il *download* dei formulari necessari alle attività di deposito^[24], ovvero il deposito tramite *upload* nei casi previsti.

Tra le attività che possono essere svolte tramite detto portale vi è anche la consultazione del fascicolo processuale, che è oggi confluito nel «*fascicolo informatico*»^[25]. Questo «*contiene tutti gli atti, gli allegati, i documenti e i provvedimenti del processo amministrativo in forma di documento informatico, ovvero le copie per immagine su supporto informatico dei medesimi atti*»^[26].

Tra i vantaggi che tale previsione comporta, dal punto di vista delle parti e dei difensori, v'è ancora una volta la possibilità di accedere ed estrarre copia di tutti i dati ed i documenti relativi ad una causa da remoto, senza la necessità di andare fisicamente presso il Tribunale ove si svolge il giudizio^[27].

Si tratta, com'è evidente, di una significativa semplificazione delle attività di

cancelleria, specie per i difensori. Se fino all'introduzione del PAT era necessario recarsi fisicamente presso la cancelleria per ritirare, ad esempio, copie di atti e documenti avversari, oggi una simile attività può essere svolta da remoto in pochi minuti.

Del pari anche tutte «*le comunicazioni di segreteria sono effettuate esclusivamente con modalità telematiche*», ossia tramite PEC^[28]. Ancora una volta, dunque, si riducono le distanze tra il T.A.R. ed il difensore, che non ha più esigenza di eleggere un domicilio «*nel comune sede del [T.A.R.] o della sezione staccata dove pende il ricorso*», come si è accennato sopra^[29].

Dalla su esposta analisi ne consegue che sono complessivamente ridotte drasticamente le attività che obbligano l'avvocato a recarsi in Tribunale. Come si dirà a breve, tale circostanza ha molteplici vantaggi, non solo per i difensori ed i loro clienti. Senonché l'attuale stato del PAT presenta anche diverse criticità che risultano in contrasto con il perseguimento dell'obiettivo 16 delle Nazioni Unite che è perciò doveroso affrontare.

4. Criticità e problemi ancora irrisolti del processo amministrativo telematico che si pongono quale limite al pieno raggiungimento del goal 16.

Una prima rilevante critica che si potrebbe muovere alle modalità con cui il legislatore ha deciso di sviluppare il PAT risiede nella scelta di aver assoggettato ad un diverso regime la digitalizzazione del processo civile, amministrativo e penale. In tal senso si è ritenuto in dottrina che non risulti logico aver dettato differenti regole tecniche a tali processi, determinando così una frammentazione del quadro normativo che ha aumentato l'incertezza per avvocati ed operatori del settore^[30].

Se pur tale osservazione ha indubbi meriti, d'altra parte si deve anche considerare che la scelta di procedere su autonomi binari per i diversi processi potrebbe risultare opportuna ove si consideri che la digitalizzazione di un qualsiasi processo (in senso lato, quale metodo di azione) è un fenomeno complesso dai risultati altamente incerti^[31]. Sicché un approccio monolitico potrebbe comportare il rischio di un fallimento su larga scala. Viceversa, procedendo su binari diversi si può valutare quali soluzioni risultino in concreto più efficaci ed opportune.

Senonché, laddove si scelga di procedere in tal senso, ovvero sperimentando diverse modalità di azione, occorrerebbe che si portino ad unità le diverse esperienze, uniformando le regole tecniche secondo le soluzioni che si siano rivelate migliori.

Tale coordinamento normativo è tuttavia sino ad oggi mancato, privando perciò di una qualche materiale utilità l'aver sperimentato diversi modelli di processo telematico. Il che dunque avvalorava l'idea avanzata dalla dottrina citata sopra per cui la scelta di adottare una diversa disciplina per il processo telematico civile, quello penale e quello amministrativo risulti «*irragionevole*»^[31].

Un evidente esempio di tale problema è offerto dalla firma digitale. Secondo la normativa nazionale ed europea gli standard di firma digitale qualificati sono tre: PAdES per la firma di file con estensione PDF, XAdES per la firma di file con estensione XML, e CAdES per tutti gli altri file^[32]. Ebbene, mentre nel processo civile sono ammessi tanto lo standard CAdES quanto quello PAdES, nel processo amministrativo è contemplato solo il secondo. Tale disparità, oltre a destare le suddette perplessità in ordine al mancato coordinamento, ha generato una certa confusione tra gli avvocati, come la casistica giurisprudenziale ha già ampiamente confermato^[34].

Un'altra considerazione di carattere generale deriva dal fatto che il PAT, come si è detto, si avvale degli strumenti già disciplinati dal CAD. Se ciò da un lato significa portare i vantaggi di tali istituti nel processo amministrativo, dall'altro lato comporta anche ereditarne i relativi difetti.

Per quanto riguarda la PEC, ad esempio, questa presenta diverse criticità di non secondario rilievo, a partire dell'indirizzo del destinatario. Per ragioni che si sono più diffusamente analizzate in altra sede^[33], a cui si rinvia per un più approfondito esame, l'individuazione dell'indirizzo valido ai fini della notifica di atti giudiziari alle pubbliche amministrazioni non è affatto scontata per via di complesse, quanto artificiose, modalità di pubblicazione dei relativi recapiti. Il che si è tradotto, in molti casi, in un vizio tanto grave da far ritenere non correttamente integrato il contraddittorio.

Altro non secondario problema della PEC, anche in ottica europea, è il forte *lock-in* che questa determina. Per ragioni tecniche che anche in questo caso si sono già analizzate altrove ed alle quali si rinvia per un più approfondito esame^[36], basti qui dire che una volta che un avvocato abbia scelto il proprio fornitore del servizio

PEC, ed abbia quindi ricevuto il suo relativo indirizzo, non può più cambiare fornitore se non cambiando anche il proprio indirizzo.

Tale vincolo è intrinsecamente collegato alla tecnologia sulla base della quale la PEC – in quanto posta elettronica – si fonda ed è perciò allo stato non facilmente risolvibile. Ciò risulta piuttosto critico in quanto l'art. 136, c. 1, c.p.a. ad oggi ancora prescrive che «è onere dei difensori comunicare alla segreteria e alle parti costituite ogni variazione del recapito di fax o di indirizzo di posta elettronica certificata».

Ciò significa che un avvocato che voglia cambiare fornitore di PEC è tenuto a notificare la variazione di indirizzo a tutte le cancellerie ed a tutte le parti di tutti i giudizi pendenti in cui sia in procura, pena il rischio di non ricevere comunicazioni. Il che, com'è evidente, rappresenta un onere davvero eccessivo che verosimilmente dissuaderà la maggior parte degli avvocati dal cambiare indirizzo.

Oltre a tali criticità relative a specifiche caratteristiche degli strumenti in uso nel PAT, un più generale ostacolo alla rimozione di qualsivoglia barriera geografica nell'accesso alla giustizia amministrativa restano le udienze in persona. L'esigenza, infatti, per l'avvocato di recarsi fisicamente in Tribunale per la discussione, tanto pubblica quanto in camera di consiglio, determina ancora oggi un significativo onere per il difensore ogniqualvolta la trasferta non sia agevole.

In proposito la pandemia ha dato modo di sperimentare la partecipazione all'udienza da remoto. L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 aveva previsto che, sino al 31 luglio 2020, fosse possibile disporre «anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto», escludendo peraltro la possibilità di svolgerla in presenza^[37]. Tale modalità è oggi stata confermata per le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato, dichiaratamente «per evitare la formazione di nuovo arretrato»^[38]. Il legislatore ha perciò ritenuto che il collegamento da remoto rappresenti un modello di azione più efficiente ed in grado di facilitare la più spedita risoluzione delle controversie.

Non pare necessario qui dilungarsi sul fatto che tale collegamento possa essere effettivamente efficace solo se gli strumenti di videoconferenza all'uopo adottati siano adeguati, risultando altrimenti più un ostacolo che un ausilio. In proposito preme dunque solo sottolineare che, passato il periodo emergenziale, è necessario che il sistema di videoconferenza scelto consenta l'accesso esclusivamente tramite

gli strumenti di cui all'art. 64, c. 2-*quater*, CAD, ossia SPID e carta d'identità elettronica^[39]. Ciò in quanto solo tramite tali strumenti è possibile – allo stato attuale – avere effettiva certezza dell'identità di chi si connetta da remoto.

V'è tuttavia da aggiungere che, a parere di chi scrive, la videoconferenza non è paragonabile alla discussione in presenza, tanto nella vita quotidiana quanto soprattutto per la discussione di una causa. Elementi materiali non riproducibili in video possono giocare un ruolo fondamentale nell'oratoria. Per tale motivo, se pur l'udienza può comportare una difficile trasferta reintroducendo la barriera geografica che le ICT hanno altrimenti rimosso per ogni altra fase del processo, non per questo pare debba essere totalmente abbandonata. Quello che invece può risultare opportuno è valutare – oltre allo smaltimento dell'arretrato – in che modo strumenti come la videoconferenza ovvero l'invio di atti sottoscritti digitalmente da remoto possa eliminare tutte quelle udienze superflue che obbligano le parti, i giudici ed i loro ausiliari a inutili attività.

Si potrebbe in particolare rimuovere la necessità di essere presenti in persona per tutte quelle udienze in cui le parti ed il Collegio siano già determinati e concordi sul proseguo del giudizio, senza necessità di alcuna reale discussione. Ciò potrebbe essere il caso, ad esempio, di rinvii per l'attesa di una certa determinazione dell'amministrazione che possa risolvere la controversia, ovvero in tutti quei casi in cui le parti si vogliano meramente rimettere agli scritti, o casi analoghi.

In tutte queste casistiche si potrebbe ipotizzare che le parti, d'accordo tra loro, depositino in giudizio un'istanza congiunta affinché sia superata l'esigenza di presenziare fisicamente all'udienza, conducendola da remoto in videoconferenza, od addirittura saltando completamente la fase orale. In tal caso potrebbe spettare al Collegio valutare l'istanza e, ove questo non abbia motivo di sentire le parti, o ritenga sufficiente sentirle in videoconferenza, disporre di conseguenza dandone comunicazione, via PEC, ai difensori.

Una tale innovazione potrebbe così ulteriormente ridurre le distanze geografiche, ed i costi del giudizio, al contempo velocizzando lo svolgimento del processo, in linea del resto come si è detto con quanto previsto per lo smaltimento dell'arretrato.

5. Riduzione della distanza geografica e persistente eccessiva durata dei processi: superare la competenza territoriale per ridistribuire i ruoli.

A fronte dei vantaggi portati dalla digitalizzazione in termini di riduzione delle distanze non ci si può sottrarre dal constatare che, allo stato attuale delle cose, resta irrisolto l'ormai endemico problema della eccessiva durata dei processi^[40]. L'auspicio, viceversa, sarebbe che la riduzione delle distanze possa portare anche ad una riduzione dei tempi dei giudizi.

Come confermato dal più recente rapporto dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, che ha posizionato l'Italia al terz'ultimo posto tra 50 paesi del continente europeo per durata del primo grado dei giudizi amministrativi^[41], quello dell'eccessiva durata dei processi è infatti un problema ormai tanto annoso quanto grave^[42]. Una sentenza emessa a grande distanza dall'instaurazione del giudizio rischia di essere *inutiliter data*^[43], anche qualora nel frattempo fossero state emesse misure cautelari^[44]. Ciò in quanto la società moderna, globalizzata e digitale, viaggia a ritmi sempre più veloci e competitivi, nei quali non ha spazio l'incertezza che deriva da un sistema giudiziario lento ed ineffettivo. L'incapacità di dare pronto riscontro alle domande di giustizia dei privati incide negativamente sia sulla società, sia sui rapporti economici, sia sul sistema industriale del Paese^[45].

Non si tratta peraltro di un problema ignorato dal legislatore. Nonostante l'enunciazione di principio contenuta nell'art. 2, c. 2, c.p.a.^[46], e i tentativi di accelerazione e smaltimento dell'arretrato intervenuti negli anni^[47], ad oggi non si sono ancora ridotti entro termini ragionevoli i tempi della giustizia amministrativa^[48]. In tale prospettiva, anche l'attuazione del PAT non pare aver mutato la situazione^[49]. Questo probabilmente perché il problema della durata dei processi non ha un'unica soluzione, ma potrà essere risolto solo da molteplici interventi su più fronti^[50].

Senza, dunque, alcuna pretesa di risolvere una volta per tutte la questione, si può suggerire in questa sede di superare la logica che governa oggi nel c.p.a. la competenza per territorio dei T.A.R., meglio allocando le cause. L'idea è che restino validi i criteri di cui agli artt. 13 e 14 c.p.a. per l'iniziale individuazione

della sede innanzi alla quale agire. Una volta instaurato il giudizio, il SIGA potrebbe verificare, attraverso un'analisi automatizzata, il carico della Sezione competente della sede adita, nonché quello delle Sezioni di altre sedi competenti sulla materia. Tale verifica dei ruoli pendenti, eseguita in modo automatico su tutti i T.A.R., potrebbe individuare Collegi con un minor carico di lavoro e quindi suggerire il trasferimento presso la sede che, avendo il ruolo più "scarico", garantisca la più celere risoluzione della controversia.

Un tale sistema, a pieno regime, potrebbe assicurare che il ruolo di tutti i T.A.R. abbiano un pari carico di giudizi, in rapporto naturalmente al numero di magistrati in servizio in ciascuno. In tal modo si ridurrebbe l'intasamento di alcuni – viene *in primis* in mente il T.A.R. Lazio – a fronte di altri con relativamente poche cause iscritte a ruolo.

Essendo il processo interamente digitalizzato, ed affidandosi l'intero sistema della giustizia amministrativa alla medesima piattaforma informatica, il SIGA, il trasferimento del fascicolo informatico potrebbe in sostanza avvenire in modo immediato, senza ulteriori costi e senza alcun apprezzabile nuovo onere per le cancellerie. Per le medesime ragioni il trasferimento non pare che richiederebbe la notifica alle parti non costituite tempestivamente, né pregiudicherebbe la possibilità di costituzione tardiva o di intervento di terzi. Il sistema potrebbe infatti conservare l'informazione del trasferimento, dandone riscontro agli interessati e reindirizzandoli automaticamente alla nuova sede.

A garanzia che il trasferimento ad altro T.A.R. sia effettivamente funzionale all'accelerazione della causa, e quindi a tutela dell'interesse pubblico e delle parti ad un rapido giudizio, l'avviso di trasferimento sarebbe opportuno che indicasse già la data dell'udienza pubblica, ed eventualmente anche quella del cautelare ove richiesto. Queste potrebbero essere individuate attraverso un'analisi automatizzata da parte del SIGA, subordinata a conferma da parte dei funzionari del T.A.R. ricevente. Così determinate, entrambe tali date potrebbero soggiacere ai medesimi limiti al rinvio di cui all'art. 71, c. 1-*bis*, c.p.a.^[54], così da assicurare la conservazione del "vantaggio" temporale acquisito, a fronte della minor vicinanza del giudice.

Pur credendosi che un tale sistema potrebbe contribuire ad accelerare i processi, non si può sottacere che il trasferimento possa pregiudicare le parti. Prima di valutare se tale operazione possa avvenire con o senza il consenso di queste, giova

evidenziare che, secondo quanto esposto sopra, le attività materiali da svolgere presso la sede fisica del T.A.R. sono oggi estremamente esigue e si riducono sostanzialmente alla presenza in udienza. Per tutte le attività difensive diverse dalla discussione, pubblica od in camera di consiglio, nella maggior parte dei giudizi è possibile operare interamente da remoto.

Naturalmente il nodo dell'udienza non è di secondo rilievo e potrebbe essere sufficiente a far dubitare dell'opportunità di un simile sistema. A parere di chi scrive si potrebbe ipotizzare che il trasferimento non necessiti del previo consenso delle parti, potendo queste invece opporsi motivatamente entro un termine perentorio. Su tale opposizione potrebbe pronunciarsi con decreto il Presidente del T.A.R. trasferente, eventualmente, ove non accolga, prevedendo la possibilità di partecipare da remoto all'udienza.

Quanto a tale ultima evenienza, poiché tale modalità di partecipazione, come si è detto, è stata confermata per lo smaltimento dell'arretrato anche terminato il periodo emergenziale^[52], ed è dunque divenuta la norma per i giudizi pendenti da tempo, non pare che, quantomeno quale *extrema ratio*, vi possano essere motivi che impediscano l'udienza da remoto anche per le nuove cause. Del resto, si tratta di evitare che queste si trasformino in un nuovo arretrato, nel qual caso sarebbero comunque sottoposte alla relativa disciplina che prescrive unicamente la possibilità di udienza da remoto.

6. Conclusioni.

A conclusione dell'analisi svolta si può certamente rilevare che l'implementazione del PAT abbia avuto significativi vantaggi in termini di riduzione delle distanze tra parti, difensori e giudice, se pur non senza alcune criticità.

Per quanto riguarda i vantaggi vale evidenziare che oggi gli avvocati hanno sempre meno bisogno di essere prossimi al Tribunale. Ciò ha importanti conseguenze nell'esercizio della professione in quanto significa che l'attività giudiziale può in misura crescente essere svolta da qualsiasi luogo, il che si traduce in una maggiore flessibilità nella scelta dell'ufficio e quindi della sede lavorativa. Ciò può quindi comportare anche significativi risparmi, sia perché la scelta dell'ufficio non è più legata a logiche di vicinanza al T.A.R., con i relativi costi che ciò spesso comporta, sia perché un efficientamento nella gestione delle

pratiche può ridurre l'esigenza di ore-persona dedicate alle attività di cancelleria. Il rinnovato contesto determinato dal PAT può inoltre andare a beneficio anche dei clienti. Per questi ultimi, difatti, la digitalizzazione del processo amministrativo comporta una possibile riduzione dei costi vivi del processo, nonché una più ampia scelta nella selezione del difensore di fiducia che risulta oggi in misura crescente slegata da criteri territoriali.

Il tutto ha peraltro ripercussioni anche sul tessuto urbano, che vedrà verosimilmente un progressivo spostamento degli uffici legali specializzati nel contenzioso giurisdizionale amministrativo verso aree non necessariamente prossime ai T.A.R.. Il che, a sua volta, potrebbe suggerire di rilocalizzare le sedi dei T.A.R., specie di quelli ospitati in immobili in locazione, verso aree della città più idonee ad accogliere l'organo giurisdizionale.

A fronte di queste considerazioni ottimistiche sulle innovazioni portate dall'introduzione delle ICT nel processo amministrativo, in ragione dell'efficientamento che la digitalizzazione spesso può comportare, resta come si è visto irrisolto il nodo – cruciale – della durata dei processi.

La digitalizzazione del processo dovrebbe quindi essere l'occasione per intervenire, ancora una volta, al fine di migliorare l'attuale situazione, anche attraverso innovativi istituti non precedentemente ipotizzabili in un mondo cartaceo. Si è qui in tale prospettiva suggerito al paragrafo precedente di superare la competenza territoriale per ridistribuire le cause nei T.A.R. con meno giudizi iscritti a ruolo, così da equilibrare il carico di lavoro a livello nazionale.

Non è tuttavia questa l'unica opzione possibile a fronte delle possibilità che la digitalizzazione rende disponibili. Si deve quindi esortare il legislatore ad intervenire portando la trasformazione oltre la mera dematerializzazione, per ripensare in chiave digitale alcune delle logiche che governano il processo e così sfruttare appieno quanto offerto dalla tecnologia.

1. V. <https://unric.org/it/obiettivo-16-pace-giustizia-e-istituzioni-forti>.
2. Ibid. Per un approfondimento sui criteri di valutazione del raggiungimento dell'obiettivo 16.3, v. M.L. Satterthwaite, S. Dhital, *Measuring Access to Justice: Transformation and Technicality in SDG 16.3*, in *Global Policy*, vol. 10, S1, 2019.
- 3.

CERIDAP

- In tal senso si veda lo studio di A. Ozimek, *The Future of Remote Work*, in *SSRN*, 2020, *passim*.
4. V. il comunicato stampa in data 13 ottobre 2020, <https://blog.dropbox.com/topics/company/dropbox-goes-virtual-first>.
 5. V. il form *S-1 registration statement* su <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/0001653482/000162828021018818/gitlab-sx1.htm>.
 6. Dal primo gennaio 2017 il PAT era già entrato in vigore in via transitoria, periodo nel quale erano ammesse sia le modalità digitali sia quelle cartacee. L'entrata in vigore del PAT era in realtà originariamente fissata per il 1° gennaio 2016 dal d.l. 27 febbraio 2015, n. 83, ma fu posticipata una prima volta al 1° luglio 2016 dal d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, e poi ulteriormente rinviata al 1° gennaio 2017, dal d.l. 30 giugno 2016, n. 117.
 7. Così F. Gaffuri, *Il processo amministrativo telematico*, in R. Cavallo Perin; D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 344–345.
 8. In tal senso si rinvia a quanto già esposto in G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 14–16.
 9. Si pensi che da aprile 2016 sino a dicembre 2019 le utenze SPID attivate risultavano poco più di 5 milioni complessivamente, mentre tra gennaio 2020 e ottobre 2021 ne sono state attivate più di 20 milioni, per un totale di circa 25,6 milioni di utenze. Dati forniti da AgID, v. <https://avanzamentodigitale.italia.it/it/progetto/spid>.
 10. Così A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII Ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 41.
 11. V. il r.d. del 30 gennaio 1941, n. 12, relativo all'ordinamento giudiziario, e s.m.i.
 12. V. art. 341 del codice di procedura civile.
 13. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.183 del 2 agosto 2021.
 14. Art. 1, c. 1, lett. d), All. 1, Regole Tecniche PAT.
 15. Ai sensi dell'art. 4 dell'Allegato 1 delle Regole Tecniche, «*il SIGA gestisce con modalità*

informatiche in ogni grado del giudizio la formazione del fascicolo, le operazioni di individuazione del procedimento giurisdizionale, la tenuta dei registri, il deposito, la conservazione, la visualizzazione e l'estrazione di copie degli atti del fascicolo, la pubblicazione dei provvedimenti giurisdizionali, le comunicazioni di segreteria, la trasmissione dei fascicoli ed ogni altra attività inerente o comunque connessa al processo amministrativo telematico».

16. In tal senso B. Brunelli, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 71, 2, 2017, par. 2, evidenzia che «*il processo amministrativo telematico [...] ha la caratteristica di essere nato direttamente ed interamente digitale*». Da evidenziare che un ultimo “baluardo” analogico, finalmente abrogato dall’art. 4, c. 1, d.l. n. 28/2020, era previsto dall’art. 7, c. 4, d.l. n. 168/2016 che prevedeva il deposito di «*almeno una copia cartacea del ricorso e degli scritti difensivi*» (c.d. “copia di cortesia”). Se pur tale adempimento poteva avvenire «*anche a mezzo del servizio postale*», non pregiudicando quindi la possibilità di operare da remoto, impediva di poter considerare il processo interamente digitalizzato. La *ratio*, secondo alcuna dottrina, era di «*consentire ai giudici di gestire tale radicale cambiamento*», v. M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 10, 2016, par. 6.2.
17. Sulla nozione di documento informatico si veda per tutti S. D’Ancona, *Il documento informatico e il protocollo informatico*, in R. Cavallo Perin; D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell’Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.
18. Per un commento in ordine all’omessa produzione del ricorso in forma informatica, v. F. Volpe, *L’irregolarità dell’atto processuale amministrativo alla prova del processo telematico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2017.
19. L’ammissibilità della notifica a mezzo PEC nel processo amministrativo non è sempre stata scontata in mancanza di un’espressa norma, sul che v. ad es. in commento ad una delle prime pronunce che l’ha ammessa F. Cortese, *Giustizia amministrativa e processo telematico: prime avvisaglie*, in *Giornale Dir. Amm.*, 4, 2015. Per un’analisi del percorso che ha portato alla notificazione via PEC nel PAT, v. F. de Leonardis, *La notificazione diretta del ricorso giurisdizionale via posta elettronica certificata (PEC) tra autonomia ed eteroreferenzialità del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2016, nonché da ultimo F. Gaffuri, *Il processo amministrativo telematico*, cit., p. 356 e ss..
20. In origine l’art. 16-septies del d.l. n. 179/2012 prevedeva che la notifica via PEC dopo le 21:00 fosse differita al giorno successivo, senonché la Corte costituzionale, con sentenza del 9 aprile 2019, n. 75, ha condivisibilmente ritenuto illegittima la norma, sancendo che un termine computato “a giorni” «*scade allo spirare della mezzanotte dell’ultimo giorno*». In dottrina v. il commento di C. Punzi, *I limiti di orario nelle notificazioni eseguite con*

CERIDAP

- modalità telematiche.*, in *Giur. cost.*, 2, 2019.
21. Artt. 6, 7 e 8, All. 2, Regole Tecniche.
22. Art. 1, c. 1, lett. f), All. 2, Regole Tecniche PAT, accessibile dal sito internet www.giustiziaamministrativa.it.
23. Art. 1, c. 1, lett. g), All. 2, Regole Tecniche PAT.
24. Operazione peraltro particolarmente delicata potendo l'uso di un modulo sbagliato equivalere ad un «*mancato deposito*» secondo la giurisprudenza analizzata da F. Volpe, *Quale tutela contro il rifiuto di deposito di un atto processuale, nel sistema del processo amministrativo telematico?*, in *Foro amm.*, 4, 2018.
25. Art. 1, c. 1, lett. l), All. 1, Regole Tecniche PAT.
26. Art. 5 dell'Allegato 1 delle Regole Tecniche.
27. L'articolo 17, Allegato 1, delle Regole Tecniche, consente l'accesso da remoto al fascicolo informatico «*ai difensori muniti di procura, agli avvocati domiciliatari, alle parti personalmente nonché, previa autorizzazione del giudice, a coloro che intendano intervenire volontariamente nel giudizio*».
28. Art. 13, c. 1, All. 1, Regole Tecniche.
29. V. art. 25 del d.lgs. 104/2010.
30. In tal senso v. F. Gaffuri, *Il processo amministrativo telematico*, cit., p. 348.
31. Sottolinea tale aspetto A.V. Roman, *Realizing E-Government: Delineating Implementation Challenges and Defining Success*, in E.F. Halpin; D. Griffin; C. Rankin; L. Dissanayake; N. Mahtab (a cura di), *Digital Public Administration and E-Government in Developing Nations: Policy and Practice*, IGI Global, 2013, p. 112.
32. F. Gaffuri, *Il processo amministrativo telematico*, cit., p. 328.
33. V. il Regolamento 2014/910/UE e la relativa nella Decisione di esecuzione 2015/1506/UE della Commissione dell'8 settembre 2015.
34. Si veda in proposito quanto esposto in G. Carullo, *Nuove insidie nel Processo Amministrativo Telematico: standard di firma digitale e validità della notifica*, in

- Giustamm.it*, 4, 2017, *passim*.
35. V. G. Carullo, *Elezione del domicilio digitale per la ricezione di notifiche di atti giudiziari: dubbi in relazione alla diversa disciplina dettata per i privati e per le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2019, *passim*. Analoghe considerazioni sono state condivise anche da F. Gaffuri, *Brevi note sulle notificazioni via PEC alla pubblica amministrazione*, in *CERIDAP*, 4, 2020.
36. Si veda quanto esposto in G. Carullo, *Posta Elettronica Certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, *passim*.
37. Norma ritenuta perentoria e non derogabile dal Consiglio di Stato, che aveva respinto un'opposizione all'udienza da remoto, v. F. Oliverio, *PAT: la discussione da remoto è l'unica modalità ammessa nel periodo emergenziale*, in *Dir. & Gius.*, 14, 2021. D'altro canto, lo stesso Consiglio di Stato aveva anche ritenuto che la parte potesse chiedere il rinvio dell'udienza al fine della discussione orale della controversia, v. il commento all'ordinanza n. 2539 del 21 aprile 2020 di G. Delle Cave, *L'art. 84 del d.l. n. 18/2020 al cospetto degli artt. 24 e 111 Cost.: va accolta l'istanza di differimento nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo*, in *CERIDAP*, 2, 2020.
38. Art. 17, c. 7, lett. a), n. 6), d.l. n. 80/2021 che ha introdotto il nuovo comma 4-bis all'art. 87 c.p.a., ai sensi del quale «*le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato sono svolte in camera di consiglio da remoto*».
39. Su identità digitale e relativi strumenti disciplinati dal CAD v. per tutti S. D'Ancona, P. Provenzano, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, in R. Cavallo Perin; D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 236 e ss..
40. Numerosa dottrina evidenzia tale circostanza, oltre a quella citata nelle note che seguono, v. per tutti A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 46, il quale evidenzia che «*la durata di un processo amministrativo è eccessiva e in molti casi lo Stato ha subito condanne ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), per i pregiudizi derivati dall'eccessiva durata del processo amministrativo*».
41. Sulla persistente attualità del problema nella giustizia amministrativa, si può rinviare al più recente rapporto di ottobre 2020, basato sui dati del 2018, dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa. Ivi si legge che l'Italia presenta un tempo di risoluzione delle cause amministrative di prima istanza particolarmente elevato, pari ad 889 giorni, il terzo più elevato tra i 50 paesi dell'area continentale europea presi in considerazione (pag. 119 del rapporto). Il rapporto è scaricabile all'indirizzo

<https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc058>.

42.

La gravità del problema è evidenziata anche nella delibera del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa del 5 gennaio 2010 di osservazioni allo schema del codice. In modo analogo F. Patroni Griffi, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in *La Revue administrative*, vol. 52, 8, 1999, p. 141, afferma che «*la durata del processo costituisce un problema comune a molti Paesi, che in Italia ha assunto dimensioni decisamente allarmanti*». A. Travi, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative - celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 4, 2017, sottolinea che «*il tema della funzionalità è importante per qualsiasi processo, ma in un certo senso è ancora più importante per il processo amministrativo, che è strumento istituzionale di tutela del cittadino nei confronti di un potere pubblico*».

43.

Risulta coerente con tale idea l'assunto per cui «*la effettiva disponibilità di rimedi pienamente soddisfattivi delle lesioni e dei torti sofferti richiede anche che al giudice siano assegnate risorse adeguate strumentali per assicurare che la durata del singolo processo non vada in danno dell'attore che ha ragione*», G.D. Comporti, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. Comporti (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol. VII, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 34.

44.

In linea con l'idea per cui il danno grave ed irreparabile possa consistere anche solo nella durata di questo, A. Travi, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace*, cit., afferma che «*in molti casi, infatti, la pendenza del giudizio è essa stessa fonte di un grave danno patrimoniale*».

45.

In effetti l'obiettivo 16 delle Nazioni Unite viene di sovente inteso quale fattore abilitante gli altri obiettivi di sostenibilità, cfr. L. Niklasson, *Improving the Sustainable Development Goals: Strategies and the Governance Challenge*, Routledge, London, 2019, p. 65.

46.

Ai sensi del quale «*il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo*». In proposito A. Corpaci, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2010, pp. 617-618, evidenzia che nonostante tale enunciazione di principio, «*la nuova disciplina [di cui al d.lgs. 104/2010, n.d.a.] non appare a tal fine risolutiva, e, di più, per questo aspetto risulta particolarmente carente*».

47.

Si pensi allo stesso art. 44 della l. n. 69/2009 che ha disposto la delega «*per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*», il cui comma 6 prevedeva l'adozione di misure per

lo smaltimento dell'arretrato. Da ultimo l'art. 11 del d.l. n. 80/2021 è intervenuto al fine di «assicurare la celere definizione dei procedimenti giudiziari», ordinari ed amministrativi, tra gli altri prevedendo all'art. 17 specifiche misure per lo «smaltimento dell'arretrato» e «per evitare la formazione di nuovo arretrato».

48.

Il rapporto citato in nota 41 evidenzia che l'Italia ha registrato un tasso di definizione dei giudizi molto elevato, compreso tra il 316% nel 2010 e il 136% nel 2018, che ha causato una diminuzione dei tempi medi di risoluzione delle controversie, ma non in modo così sostanziale come ci si sarebbe potuto aspettare: si è infatti passati da 1.037 giorni nel 2010 a 889 giorni nel 2018 (p. 120 del rapporto). Che l'arretrato sia stato ridotto è peraltro stato sottolineato anche dal Presidente del Consiglio di Stato nel suo discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2018, nella cui relazione scritta si legge che «negli ultimi 8 anni (dal 2010 al 2017) il lavoro di riduzione dell'arretrato della giustizia amministrativa è stato costante e tale arretrato si è più che dimezzato», v. A. Pajno, *Inaugurazione dell'anno giudiziario e giustizia amministrativa in tempi di cambiamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2018. In commento ai dati riferiti nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario del 2017, G. Falcon, *Buone notizie per la giustizia amministrativa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 2017, 166, rileva che i tempi dei processi «nelle medie riportate appaiono molto buoni per i procedimenti cautelari e vicini ad uno standard accettabile anche per le decisioni di merito», proseguendo tuttavia nel rilevare che «quanto a queste, probabilmente ogni avvocato potrebbe trarre dalla propria esperienza casi molto lontani da quei dati». Ed in effetti, nonostante la significativa riduzione dell'arretrato riportata nel 2018, come si è visto i tempi medi di risoluzione delle controversie sono restati in quell'anno elevatissimi.

49.

Così anche A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 47, il quale evidenzia che «anche l'introduzione del c.d. processo amministrativo telematico è stata motivata con l'esigenza di maggiore efficienza e celerità. Queste misure [oltre a quelle di cui agli artt. 59, 74 ed 82 c.p.a., n.d.a.], però, non sono sufficienti».

50.

In tal senso A. Corpaci, *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 618, in nota 17 suggerisce che l'irragionevole durata del processo «dipende solo in parte da motivi di carattere tecnico processuale, incidendo non poco le criticità sul versante della organizzazione degli uffici e delle risorse umane. Da questo punto di vista uno degli aspetti problematici è costituito dalla esiguità e della vacanze di organico sia del personale di magistratura sia di quello amministrativo, in particolare per quel che riguarda i T.a.r.».

51.

Introdotta dal d.l. n. 80/2021 proprio in chiave acceleratoria «per evitare la formazione di nuovo arretrato», dispone che «non è possibile disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza, ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio».

CERIDAP

52.

V. nota 38 sopra.

Artificial Intelligence and Tax Law: Perspectives and Challenges

Alessia Fidelangeli e Federico Galli

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-27

Negli ultimi anni, le applicazioni di Intelligenza Artificiale (IA) basate sui big data hanno suscitato un enorme dibattito tra i giuristi. Il dibattito si è concentrato su come le nuove interazioni mediate dall'IA basata sui dati influiscano su diversi principi giuridici, mettano in discussione le norme esistenti e richiedano modifiche del quadro normativo. Sono stati discussi molti campi del diritto: diritto della protezione dei dati, diritto della protezione dei consumatori, diritto della proprietà intellettuale, ecc. Questo articolo fornisce una panoramica delle sfide e delle opportunità che si trovano all'intersezione tra le applicazioni dell'IA e il dominio della fiscalità e del diritto tributario. Nella prima parte, il documento esamina come gli attuali modelli economici basati sull'intelligenza artificiale rimodellano la catena del valore tradizionale e influenzano i concetti legali nella tassazione diretta e indiretta. La seconda parte discute in che modo l'IA viene applicata in diverse aree della compliance fiscale volontaria e dei controlli delle amministrazioni fiscali e come questi sviluppi generino nuove sfide per il diritto (fiscale).

In recent years, Artificial Intelligence (AI) applications based on big data have sparked a huge debate among lawyers. The debate has focused on how new interactions mediated by data-driven AI affect different legal principles, challenge existing rules, and require changes in the legal framework. Many traditional fields of law were covered: data protection law, consumer protection law, intellectual property law, etc. This article provides an overview of the challenges and opportunities that lie at the intersection of AI applications and the domain of taxation and tax law. In the first part, the paper examines how current AI-powered economic models reshape the traditional value chain and influence legal concepts in direct and indirect taxation. The second part discusses how AI is applied in different areas of voluntary tax compliance and tax administrations' controls, and how these developments generate new challenges for (tax) law.

1. Introduction^[1]

This paper provides a survey of the challenges that lie at the intersection of tax law and Artificial Intelligence (henceforth “AI”). First, it will address how AI is reconfiguring the value chain and put into question traditional tax legal concepts. Second, it will review current applications of AI in the field of compliance and enforcement of tax law.

There are several added values in providing a mapping of current research topics. First, whether concerned with AI-powered business models or with application of AI in taxation, both research areas presuppose the knowledge of AI. We believe that such knowledge is a necessary precondition to correctly interpret the socio-technical and economic phenomena that are impacting on established legal system and to determine whether and how norms can and should adapt and possibly change. Secondly, the legal analysis of AI in the world of taxation should not only look at the impact of AI has on the current legal system. Rather, it is equally important to investigate the prospects of using AI for providing enhanced enforcement capabilities and improving efficiency and fairness in taxation system. Thirdly, the prospect of using AI technologies to automate certain tasks and processes within the compliance and tax enforcement system requires a careful legal analysis, in which tax lawyers as well as tax practitioners should take a leading role. Only with a knowledge base of the law, issues that might potentially arise from the use of AI in taxation systems can be adequately understood and addressed in the technology itself.

The paper is structured as follows. Section 2 offers some insights on the extent to which traditional concepts of tax law – such as taxable person, taxable event, and tax nexus – are adequate to catch the new ways of business to create value and ensure a fair taxation in the data-driven economy. Then, Section 3 looks at AI technologies as useful tools to improve the effectiveness of voluntary tax compliance and tax law enforcement and highlights related legal challenges.

2. Tax law for Artificial Intelligence

New forms of creation of value continuously come to light thanks to knowledge and technological innovation. In the last two centuries, the use of coal and steam engine, earlier, and of internal combustion engine, electricity, and oil, afterwards,

had a revolutionary impact on the economic models. More recently, the emergence of big data, AI and automation are deeply impacting on the structure of the value chain transforming the ownership-based industrial society into a service-driven information society.

In the current economy, technologies are increasingly widespread and pervasive. They are no longer mere tools for business operations but generate new forms of value which can be moved from one place to another with great speed and ease and give rise to new markets. The use of digital networks, whose economic potentialities are not limited by national boundaries, have changed the market, which is no longer a physical place where goods are exchanged, but rather an interconnected, easy-to-access, open space without borders where to freely exchange data, goods, and temporary use rights.

On the one hand, this environment is characterised by the synergy between data and data processing technologies, which allow to supply new digital services. The great data flows, facilitated by the increased number of computer-mediated transactions, have been integrated into a global interconnected data-processing infrastructure, centred on, but not limited to, the Internet. This infrastructure constitutes a universal medium for communicating, accessing data, and delivering any kind of private and public services. It enables citizens to shop, use banking and other services, pay taxes, get governmental benefits and entitlements, access information and knowledge, and build social connections. Algorithms - often powered by AI techniques - mediate citizens' access to content and services, selecting information and opportunities for them, while at the same time recording any activity. AI's *hunger* for data concerns any kind of information: from meteorological data to environmental ones, to those concerning industrial processes.

On the other hand, the digital economy is characterised by the increased use of robotics. Robotics can be simply defined as «*AI in action in the physical world*» (also called embodied AI). More precisely, a robot is a physical machine that must cope with the dynamics, the uncertainties, and the complexity of the physical world. Perception, reasoning, action, learning, as well as interaction capabilities with other systems are usually integrated in the control architecture of the robotic system. The uptake of robotics in the industry 4.0 is changing the production processes and the supply of goods and services. Robots improve work

efficiency through material handling processing operations, but also manage the organisation of work, through coordination and logistic.

These two fundamental characteristics of the new information economy create new challenges for tax law whose concepts have been developed for an economic system with different features. However, just as the shift from agricultural feudal economy to the industrial society had consequences for the tax legal systems (such as the emergence of income and consumption taxes), so too the emergence of the digital technologies requires an adaptation of traditional tax legal concepts - if not the creation of new ones - to meet the needs of new economic models.

In the following paragraphs, we will discuss the impact of AI-driven business models on three traditional tax law concepts: 1) taxable person; 2) taxable event; 3) tax nexus.

2.1. Taxable person

2.1.1. The proposal for a Robot Tax

The automation of business process is seen by many as a paradigm shift whose main features are the evolution in the AI use which is expected to radically affect the productions models, the new balance between labour and capital, and the re-organisation of work. The development of robotics and AI technologies in the environment are profoundly affecting both how the value is created and how the work is performed.

Faced with this scenario, there is a pessimistic view that emphasises that the use of AI in the production chain could lead to unemployment ('technological unemployment'), wage stagnation and income inequality.^[2] More optimist positions suggest that AI will only bring a shift in required job skills^[3] with the distinctive feature that the results of the digital revolution will be different from those of the industrial revolution in that not only routine but also non-routine cognitive tasks are at risk.^[4] Since a considerable part of States' revenues comes from income taxes, payroll taxes and social security contributions, the shift from humans to automation is likely to challenge national tax systems and consequently current public financing systems.^[5]

Such considerations provide the premise for using the fiscal policy in order to

contrast the negative consequences of technological innovation in the labour market, to balance the possible loss in terms of States' revenue, and to finance investments in education with social transfer and social expenditure measures, such as the Finnish Universal Basic Income (UBI).^[6] In fact, taxation is one of the most effective tools to direct individuals' behaviour and societal changes, while at the same time, raising public revenues and sustain social welfare.^[7]

2.1.2. The proposal for a Robot Tax

One of the possible answers to this scenario is the introduction of a Robot Tax. The idea was first proposed by the European Parliament in 2016 for the most sophisticated autonomous robots.^[8] After the proposal, the perspective of introducing a Robot Tax and how to shape it have been objects of many politic and academic discussions.^[9]

The establishment of a Robot Tax created lots of hype especially about the possibility of attributing legal status to robots.^[10] The creation of such a tax would have important consequences on the concepts of *taxable person* that are generally recognised for the purposes of direct and indirect taxation. While there are reasons to think that a tax on robots seems to be motivated by a contingent concern about the sustainability of public finances of European welfare states caused by automation, it is worth asking whether such a radical solution is the best solution.

One of the central arguments for giving robots legal status is the increasing independence and autonomy from their human supervisors. In the most advanced AI techniques (such as unsupervised and reinforcement learning), robots, once programmed, can perceive the environment, and make decisions based on specific goals; they can learn and improve based on experience, without the need for human input.^[11]

Proponents argue that giving legal status to robots would not be very different from the creation of the concept of "legal person" for businesses and corporations, which was introduced more than a century ago with the developments of capitalist society.^[12] Moreover, the tax legislator, to identify the taxable person, frequently does not follow the civil law concepts and regulations. So, the lack of recognition of a legal status to robot under civil law does not

prevent to attribute such status under tax law.^[13]

If robots have ability to pay and should have legal personality, there would be many ways to tax robots.^[14] For example, in case the robot is employed by a company and replace human workers, an income tax could be levied on a hypothetical robot's salary. More reasonably, since robots do not actually receive a salary, a lump-sum could be introduced.^[15] In both cases, specific tools, such as deductions, should be granted to the owner or employer of the robot to avoid double taxation.

If robots are given legal personality, one might wonder whether robots should also be subject to value added tax (VAT). In the case of VAT, the definition of taxable person is provided at the European level. According to Article 9 of the VAT Directive,^[16] a taxable person is any person who, independently, carries out in any place an economic activity, whatever the purposes or results of that activity.

Considering the prospect of taxing robots with vat, the most interesting question would be to determine how and to what extent they can fulfil the condition of "independence" provided for in Article 9.^[17]

However, giving legal personality to robots would raise many questions which have been extensively studied in the literature.

One of the most relevant problems would be to provide a legally relevant definition of a robot.^[18] Taxes require a specific definition to identify taxable persons, to grant legal certainty to taxpayers. Therefore, to be subject to tax, a robot should be clearly determinable, which is quite difficult when there is no unique definition, neither at the European nor at the international level.^[19]

Secondly, even if a clear definition could be provided, it would be difficult to justify in terms of tax neutrality a specific tax treatment of robots and not of other non-physical forms of AI. Tax neutrality requires decisions of firms or individuals to be made on their economic merits and, in this specific case, that businesses using physical application of AI are not treated differently from those using non-physical AI. Indeed, from an economic point of view, there seems to be no reason to treat physical and non-physical IA differently from a tax point of view, given that in both cases personal data are collected, processed, and acted upon by intelligent system. Moreover, also software systems may have access to sensor on the physical world (e.g., cameras) or govern physical devices (e.g.,

doors, lights, etc.).

Thirdly, even assuming that legal personality could be attributed only to robots, it would be difficult to assign the economic benefits deriving from their activities to the robots themselves. The subjects expressing taxable capacity would not be the robots, but their users, i.e., those who derive an economic benefit directly from their activities.^[20] Hence, it is more reasonable not to tax the robot but rather the use of such robot by the owner or employer (not a “tax on robots” but a “tax on the use of robots”).

2.1.3. Taxing robots beyond legal personality

A tax on robots would be feasible even if they were not given legal personality. This could be achieved through an object tax (e.g., car taxes) or a fee (e.g., business licence). In the first case, the tax would affect the ownership of the robots. It could be based on fixed or flexible rates depending on the type of robot.^[21] The second hypothesis seems less plausible. A fee is defined as the compensation to the State for a service or another advantage granted by the latter. In case of robots, it would be difficult to identify the service or advantage obtained by the State.^[22]

Finally, it has been suggested that a more comprehensive solution to finance public spending in data-intensive business models would be to increase or introduce new energy taxes.^[23] The use of automated processes, including robots, requires the real-time processing and the analysis of large amounts of data, which in turn demand a high level of energy consumption.

2.2. Taxable event

2.2.1. The key role of data

Despite the different applications of AI in business models (e.g., targeted advertising and online searches, self-driving cars, software for translation intelligence, facial recognition cameras etc.), the possibility to obtain value from the use of technology depends on the availability of large amounts of data collected from users or in the physical environment. The availability of big data and technologies enabling intelligent processing and monetisation is profoundly

influencing the production of the value and is becoming an integral part of most digitised business models.^[24]

Especially, data collected from online users have become essential for the provision of free services by new platforms intermediaries, such as the supply of cloud service, sharing of digital content, e-commerce marketplaces, or targeted search and advertising.^[25] These new intermediaries tend to enjoy a monopoly or oligopoly position, as in information technology services size is usually an advantage, due to well-known aspects of the information economy, such as network effects, small marginal costs, the possibility of packaging and integrating multiple services, the advantage of possessing vast amounts of information. Much information is collected in the context of the provision of services: in online services to consumers a two-way transmission of information takes place, from the provider to the consumer, but also from the consumer to the provider. Computer systems run by providers/traders can observe, verify, and analyse many aspects of a transaction, recording what is typed on a keyboard and the links clicked. Thus, monopolies over the online provision of services tend to become monopolies over the collected data. Yet, although new data-driven models are clearly visible in the “web giants”, data have now become an asset also for small and medium-sized enterprises and have become crucial for contemporary economy. This change could call, among others, for the identification of new taxes or new taxable events.

2.2.2. The EU Proposal for a Digital Service Tax

On 21 March 2018, the Commission presented a Package of Measures for the Fair Taxation of the Digital Economy, consisting of a Communication, a Recommendation^[26] and two proposals for Directives: the first concerning the introduction of Digital Service Tax; the second regarding the Significant Digital Presence.^[27]

In particular, the proposal for a Digital Service Tax (DST)^[28] - which was defined by the Commission itself as “provisional” - was oriented towards the enterprises and business models which significantly rely on the contribution of users in the value chain.

As explicitly stated in the DST,^[29] the tax applies to revenues generated by the

provision of certain digital services, which are fundamentally characterised by the users' contribution to the relevant activity. Among such services, Article 3, para 1, includes: 1) advertising services, i.e., the placing on a digital interface of advertisement targeted at users of that interface; 2) intermediation services, i.e., the provision of a multi-sided digital interface to users; 3) services of transmission of data collected on users. Hence, according to the European Commission, in the case of the Digital Service Tax the changes in the production chain and the centrality of data and user participation called for the identification of a new tax on the revenues derived from the supply of certain digital services by taxable persons (taxable transactions).

While the tax affects the revenue derived from the processing of user data, not the participation of the users themselves, the tax base is the gross revenue of the enterprise received in exchange for the provision of digital services, net of VAT and other similar taxes.

The underlying principles and rationale of EU Commission's proposal were used for building taxes such as the one introduced by Italy, France, Austria, and the Czech Republic and is one of the first cases in which transactions concerning data are considered taxable operations.^[30]

2.2.3. The concept of “value creation”

The identification of new taxable supplies is linked, at the supra-national level, to the impetus that the OECD and the EU have recently given to the discussion on the blurred concept of “value creation” as a driver in the debate on how to tax digital businesses (according to the European Commission one of the main reasons for introducing a Digital Service Tax is that digital business have different characteristics than traditional ones in terms of how *value is created*).^[31] The OECD claims that, even though with different degrees, user data contribute to “value creation”, whereas the Commission has taken a clearer stance by explicitly recognising that data contribute to “value creation”. In more general terms, the concept of “value creation” is gaining importance in tax policy instruments to identify new taxes in the digital economy.

Nonetheless, opinions on this issue diverge. On the one hand, “value creation” is considered by many to be a useful new paradigm for taxation in digital business

models, although not a traditional concept in international tax law.^[32] The underlying idea is that the digitisation of the economy has challenged traditional concepts and rules for the taxation of corporate profits in supranational contexts. In this respect, the OECD has clearly stated that changes in the value chain require a better alignment between taxation and “value creation”.^[33] Consequently, the principle of “value creation” has become iconic for adapting tax systems to the economic models of the 21st century.

On the other hand, it has been observed that, given its vagueness and flexibility - an element that has determined its success in the Member States where it was introduced - the concept of “value creation” would reflect no more than the original cause of income or profit.^[34] Therefore, its introduction into national tax systems would not mark a much-vaunted international tax revolution, but rather a more modest evolutionary reform. In this vein, the most significant repercussions would be - as we shall see in the following section - on the allocation of States’ taxing rights in the international context.^[35]

At the same time, the discussion on “value creation” questioned the role of users in the production chain. It was stressed that monetisation of users’ data takes place in different ways and only a few companies are engaged in the direct sale of user data. Users’ data as such do not constitute a source of wealth, but rather constitute the basis for AI techniques’ ability to aggregate, analyse and build decision-making models, that allow making predictions or determinations based on which services can be offered.^[36]

In any case, emphasising the role of users in production chain does not directly imply that transactions between users and society are taxable events or that the provision of free data can be a form of remuneration in kind in exchange for the free provision of services by the digital society. This would mean that every user would have to be considered a taxable person for the supply of data, which would give rise to tax liabilities for all users and thus costs the administration in recovering the tax debt. On the contrary, according to the Authors, the concept has mainly consequences on the identification of the tax nexus.

2.3. Tax nexus

2.3.1. The need for new proxies in direct taxation

As mentioned above, the use of big data and AI has repercussions on the determination of tax nexus, especially in the case of transnational activities. The concept of territoriality is used to identify the principle of levying tax only within the territorial jurisdiction of a sovereign tax authority or country.

In general, while the industrial society was strongly bound to the physical territory by virtue of the presence of production facilities, the digital one is not confined by territorial boundaries.^[37] This feature is particularly noticeable in the case of data-driven AI, since the users' data that form the raw material of technologies can be physically located in different jurisdictions.

As already mentioned, both the proposals for a Digital Service Tax and Significant Digital Presence are based on the idea that user involvement should play a role in the allocation of the tax base concerning the profits generated by multinational firms in the digital economy.^[38]

Under the existing rules dealing with the taxation of transnational activities, business profits are primarily taxed "at source", if there is a sufficient link between the economic activity generating the profits to be taxed and the territory where the income arises. In this regard, the concept of "permanent establishment" is crucial and is generally accepted as a criterion for the exercise of taxing rights by States other than the State of residence.

Digitalization allows businesses to "scale" globally across different countries and to be involved in the economic life of these countries without having significant physical presence ("mass") in these countries.

However, the digital economy has challenged the taxation of business profits at source because of several reasons. First, technology has facilitated the phenomenon of cross-jurisdictional scale without mass, in which businesses grow globally across different countries without having significant physical presence there.^[39] Second, activities of an ancillary nature in traditional economic models (e.g., data storage and information processing) have become the core elements of the business model in the digital age. Such services are generally provided from a single country to many different jurisdictions (e.g., cloud service). Finally, users provide data that contribute^[40] to the production and profit of the enterprise.

In this case, the value generated by users' data could be located at least in three

different places: the place of data collection (i.e., the place where data sources are located), the place of data processing, and the place of the company creating the system for data processing and analysis.

These key role of users in AI-powered business services implied taxation to be at least partially allocated to the market jurisdiction. Consequently, international tax law should attribute increasing importance to destination-based taxation, which should be identified where the user of the good or service is located. In fact, the jurisdiction where the user is located grants means of communication, legal and technical infrastructure from which service providers benefit.^[41]

Among other initiatives, the European Commission's proposals, followed by part of the doctrine, have suggested the use of the concept of "digital presence" to justify a shift of taxing rights to market countries in double taxation treaties.^[42]

This perspective could materialise with an amendment of the Model Tax Convention with a new paragraph in Article 5 or a stand-alone article on "digital presence" that would provide proxies for determining when a company has sufficient economic integration in a certain jurisdiction.^[43]

The place where the user is located is the place where the device is when he or she accesses the digital interface to receive the service.

2.3.2. The Italian case of a Digital Service Tax

Following the European Commission's proposal for a DST, several European countries have adopted national legislation introducing taxes on digital services. Such taxes also take into consideration the concept of territoriality.

For example, in the Italian case, the territorial scope of the tax is determined in relation to the customers. The tax is applied to revenues received from operations carried out by resident and non-resident subjects, regardless of the place where the contract is concluded, when the user is located on the Italian territory and this location is confirmed via the IP address of the user's device or any other geo-localisation method.^[44]

For each taxable service, there are specific rules for determining whether a user is in the Italian territory in the relevant tax period.^[45]

There has been some criticism of this approach. On the one hand, the territorial linkage criteria envisaged would fail to effectively link the taxation (which applies

irrespective of nationality) and the community that the tax is supposed to finance.^[46]

On another hand, the need to also consider qualitative factors, such as certain thresholds of users' base size (in terms of number of users or devices) and activity (e.g., in terms of clicks and attendance per user, intensity of use), was highlighted.^[47]

The existing debate makes it clear that in the complex world of digital activity, it is hard to identify precise criteria for establishing a link or meaningful approximations between an economic activity and a certain territory.

2.3.3. The place of supply in Value Added Tax

VAT has undergone a radical metamorphosis over the past two decades.^[48] For the purposes of this paper, it is particularly relevant that the provision of intangible goods and services has become increasingly important compared to the provision of tangible goods. Since different rules apply to determine the place of supply of services and the supply of goods, many problems in the qualification of certain operations as supplies of goods or services have arisen concerning the territoriality of VAT.

Differently from the field of direct taxation, both the OECD and the EU agree that the most appropriate system to ensure the effective taxation of consumption is the destination principle. In fact, according to the prevailing opinion, while direct taxes tend to be taxed at source, indirect taxes on consumption (such as VAT) are usually taxed in accordance with the destination principle. In the digital economy, the importance of the principle of destination was already marked by the European Commission with Directive 2008/8/EC, which introduced the destination principle for the de place of supply of telecommunication services, TV-radio diffusion and the B2C electronic services.^[49]

The application of VAT to digital businesses was the topic of a study conducted by an expert working group appointed by the European Commission in 2014. In the final report, the experts argued that there is no need to subject digital enterprises to special legislation, but rather an adaptation of the existing rules is needed to ensure similar treatment between non-digital and digital enterprises.^[50]

However, the main difficulties in applying VAT to economic transactions powered by AI concern the concrete payment methods at the place of consumption. These arrangements should not place an undue burden on suppliers.^[51] A further difficulty is the qualification of the relevant transaction as a supply of goods or services on which the determination of territoriality depends.

3. Artificial Intelligence for tax law

While various proposals have been put forward to adapt tax concepts and rules to AI-powered business models, AI technologies have attracted a lot of interest due to their potential applications in tax procedures.

Many of tax-related activities underlying enforcement of tax law are to a large degree repetitive and time-consuming works: data collection, analysis and comparison, retrieval of factual and legal information, case-based decisions etc. Taxpayers as well need to collect data, audit records, and transfer data to tax system, prepare tax filing and tax accounting entries, etc. These activities can be regarded as input-output data procedures: based on certain information (corporate ledger, transactions, contracts, assets, properties, existing rules, fact of the case etc.), an expert human (tax administration employee or tax professional) makes a determination that might have some legal consequences under tax law (pay tax/not pay tax, tax rate, legal interpretation, evasion, anomaly pattern, etc.). Because of these characteristics, tax management has soon become a candidate domain for the application of AI research.^[52] As early as the 1970s, tax law had been selected as one of the domains where first applications of knowledge-based systems were developed. These were sc. “expert systems”, end-to-end software that would operate using a “knowledge base”, a set of specialised information relevant to the particular domain, and inferential engine (procedural algorithms) that enabled the system to solve the problems connected to its task. The first example of expert systems developed in this first stage was Taxman.^[53] The system, developed to test the consequences of certain corporate reorganisation transactions, was able to apply a complete set of statutory rules and concepts to a specific case in order to classify it for corporate tax purposes. Other systems were Taxman II (1979), TaxAdvisor (1982), Expertax (1986), Investor (1987).

As of the 2000s, rather than giving knowledge and rules to computer systems, AI research started to build systems from a great quantity of raw data. Based on such data, the systems themselves can construct implicit knowledge and apply such knowledge to new cases. These developments have been enabled by great advancements in probabilistic theories and statistical models, and by the increasing proliferation of machine learning research. This has led to a number of successful applications in many sectors—ranging from automated translation to industrial optimisation, marketing, robotic visions, movement control, etc.—and some of these applications have already had substantial economic and social impacts.

In taxation systems, AI and machine learning provide several possibilities.^[54] Two applications are particularly relevant.

The first is predictive analytics. In this domain, AI and machine learning algorithms are used to extract patterns from large amount of data and to make predictions and assessments for different tax purposes, considering a much larger set of features.

The second is natural language processing (NLP). This provides techniques to program computers so that they can process and analyse large amounts of natural language data (including complex legal texts such as contracts, treaties, legislation, judgements) and give responses that humans can easily understand.

Against this background, the present section explores first how AI is applied in tax systems, both facilitating voluntary tax compliance and tax administrations' assessment and control procedures. Then, it reviews some legal challenges to ensure the lawfulness and fairness of the of AI use in tax systems.

3.1. AI for taxpayers

In tax compliance, AI applications are employed for 1) enhanced tax law cognition, 2) tax accounting, 3) tax requests and case predictions.

3.1.1. Tax law cognition

Legal cognition covers the practices aimed at establishing the law applicable to taxable operations. Nowadays, taxpayers are frequently confronted with a complex tax law environment where the retrieval and interpretation of rules is increasingly difficult because of many reasons, included the need to comply with supranational regulations.

In this field, AI provides promising applications to make tax law more accessible

and more easily comprehensible to taxpayers. For example, in the US, companies that must navigate the increasingly complex US Tax Code can use AI tools to track tax rates and calculations for multiple tax jurisdictions.^[55] An example of such tool is Intuit Inc. which provides an application called Tax Knowledge Engine (TKE) helping users streamline tax preparation. The system delivers answers tailored to each taxpayer by gathering correlating more than 80.000 pages of US tax requirements and instructions based on an individual's unique financial situation. The implementation of such a tool demonstrates the awareness of the State on the possible usefulness of AI technologies in improving taxpayers' knowledge of the law.

AI software for legal cognition is also provided by large accounting firms. For example, KPMG has reported using IBM Watson to help clients secure R&D credits.^[56] With the application, users can upload thousands of documents and analyse structured and unstructured data at rapid speed to help identify projects that are eligible for credits, using NLP to understand the economic context.^[57] In Belgium, Deloitte has developed a chatbot that is capable of providing first-hand EU VAT advice, taking into account the place of supply rules, exemptions, domestic rates, etc.^[58] Chatbot applications, powered by NLP and machine learning, are said to profoundly affect the accessibility for taxpayers to the law. Especially, the emergence of deep learning-based Q&A systems and speech-based virtual assistants are likely to empower taxpayers in addressing client-specific tax questions.^[59] Even though according to the Authors chatbot applications cannot substitute human advises especially in complex matters, for example those entailing open clauses, they could be useful in easy cases and for problems which are frequently raised by taxpayers, as in the last scenario they could provide answers leaving interaction with lawyers and advisors for more complex issues.

3.1.2. Tax accounting

In the field of tax accounting is AI provides the promising applications which are quite different and cover a vast range of needs. For example, AI can be used for extracting critical data from tax documents and classify tax-sensitive transactions.^[60] Intelligent algorithms can be used to identify assets that are incorrectly booked in the company's accounts based on historical classifications made by human employees.

Deloitte accounting department provides AI-powered solutions for a variety of

tax purposes. It developed a tax analytics application which analyses the company's tax obligations related to employees, and by analysing and aggregating the data, allows the company to manage its tax position. The tool is pre-loaded with curated knowledge including—business rules, training data, and a dictionary so that the machine understands the relevant terminology. For example, the firm uses natural language generators in its tax practice to provide targeted financial advice.^[61]

Furthermore, Deloitte provides a service that consists of recovering refunds related to indirect taxes, such as sales taxes or VAT. For such purposes, Deloitte employs Cognitive Tax Insight™ (CogTax), which can analyse the full population of accounts payable transactions by applying optical character recognition (OCR), machine learning algorithms, and analytics to identify overpayments and reduce the potential for over or underpayments in the future.^[62]

As in the previous case, even if AI tools cannot probably completely substitute humans especially in relation to complicated issues, they can speed up processes automating easy tasks. For this reason, especially big accounting firms, are investing both in economical and advertising terms on the use of AI technologies.

3.1.3. Tax case prediction

Another field of application of AI that has recently developed concerns the prediction of judicial decisions in tax matters. Such applications are included in the field of "predictive justice".^[63] This involves data analytics, machine learning and NLP techniques to analyse large amounts of judicial decisions and make predictions about the outcome of legal cases.

One of the seminal applications in this domain is the Blue J project created from a partnership between industry and researchers. The group has developed an AI application which provides taxpayers with answers on routine legal issues which arise in the Canadian tax law courts.^[64] The system is able to classify workers either as self-employed or as employees for income tax purposes by looking at how the courts interpreted the law in the past.^[65] The researchers used the 600 cases under Canadian law to develop a predictive system that maps trends in case law and anticipates tax authority interpretation.^[66] The system was also equipped to make predictions relative to other types of problem (such as whether an individual is resident or not for tax purposes; whether the expenses related to work space in the home are deductible or not etc.). Even if research on this issue

appears promising and raised a certain interest in academic discussions, some issues are still open. As it has been noticed in relation to Blue J project, for example, the system does not provide satisfying results in relation to anti-abuse clauses.^[67]

Another example is provided by the Italian research project LAILA (Legal Analytics for Italian Law) funded by the Italian Ministry of Research. The project is currently addressing the application of methods of legal analytics (LA) to a vast and diverse set of legal information: legislation, case law, and empirical legal data. It applies AI to infer undiscovered relationships and make data-driven predictions in the fields of tax law. At present, the research group is working on Italian case legal prediction on VAT tax law (the authors of this paper are members of the University of Bologna research group).^[68]

Applications of predictive analytics, including in the tax domain, are also taking ground in the industry of legal tech, especially in the US. Some analytics companies are focused on understanding procedural aspects of courts (e.g., how long it takes for a judge to decide or how frequently they decide in favour of a certain category of litigants) or offering more specific services, such as outcome prediction, best litigation strategies, case law retrieval, and arguments mapping. Among such services are Bloomberg Law, Premonition, Lex Machina, LexisNexis.^[69]

Even though these applications do not provide totally satisfying results yet, and hence cannot be used massively by taxpayers now, research are ongoing. In case they were reasonably accurate they could be useful, for example, for predicting whether it makes sense to appeal a certain decision. Nevertheless, the accuracy of the prediction still depends on the quality of the previous decisions and in some jurisdictions, such as Italy, the case-law of the tax judiciary is not always homogeneous.

3.2. AI for tax authorities

Besides supporting taxpayers in compliance procedures, AI applications are increasingly assisting tax authorities across a wide range of operational activities. Tax authorities have started to employ AI in (1) tax audit and fraud detection and in (2) tax payment and debt management. Other AI applications are used (3) by tax authorities and governmental actors for better policymaking.

3.2.1. Tax audit and fraud detection

Tax controls involve purely formal checks based on data and elements that can be directly deduced from the tax declaration, and more complex procedures. Among the latter, tax administrations perform (1) checks on the data in the declaration against other data which allow to presume the correctness of the data declared (such as those present by other taxpayers or collected by other tax authorities) and (2) tax investigations by means of inspections, audits and requests of information aimed at detecting tax evasion or fraud.

Traditionally, tax controls have taken an *ex-post* approach in the form of auditing. A tax audit is the examination of an organisation or individual's tax return to verify that financial information is being reported correctly and in compliance with the applicable law. Today, AI application can help tax administrations efficiently allocate resources for tax audits and control. In particular, it allows to prioritise certain controls based on the probability of actual non-compliance with tax law rules, and to detect tax fraud schemes.

A 2016 OECD survey showed that many tax administrations deploy AI to prioritise cases for investigation, audit or other compliance intervention.^[70] According to the survey, generally, AI is used to analyse previous taxpayers' or evaders' data to identify hidden relationships or potentially high-risk tax non-compliance networks. For example, the Norwegian Tax Authority uses data analysis and machine learning techniques to improve efficiency in the selection of the cases to be inspected. The algorithm is trained with historical data to predict the possibility of non-compliance in VAT return. Each case is assigned a score and tax officials begin inspecting taxpayers with the highest scores. The more declarations are audited, the more data the algorithm will obtain for using it in the model, thus improving its accuracy.

Besides using AI for audit prioritisation, tax authorities employ data analytics and machine learning techniques to detect tax fraud cases.^[71] For example, the Irish and the Dutch tax administrations have experimented with unsupervised techniques. These techniques represent a sectorial application of the broader cluster analysis through which it is possible to identify groups of taxpayers who are similar to each other in some significant respects, and dissimilar to the other groups identified.

The Belgian Government deploys an AI system that looks for fraud patterns in large amounts of data to detect corporate residence fraud. This type of fraud

occurs when companies deceitfully attempt to place their residency in a low-tax country in order to avoid paying the higher taxes of their real location. The data consists of two types of records: on the one hand, structured data on the Belgian companies (sector, city, etc), on the other hand, transactional data (invoicing logs) between Belgian and foreign companies.

Another application of automated analysis of fraud detection was supported by the Federal Ministry of Finance in Germany in a 2016 amendment of German Tax Law.^[72] The reform has introduced a "fully automated procedure" for risk management, which allow the German tax authority to detect risk-fraught cases, and thereby to prevent tax evasion. The fully automated procedure is based on the data provided by the taxpayer, on the information already available to the tax authorities, and on data transmitted by third parties to the tax authorities. It is intended to ensure an appropriate risk of detection and corresponding verification possibilities, by automatically filtering out cases involving significant risk and submit them for comprehensive examination by public officials

3.2.2. Tax collection

Besides formality and substantive checks, tax administrations are in charge to secure correct and timely tax filing and tax payment. Especially, tax payment management is needed either in the case where tax evasion is previously detected and a sanction is imposed, or in the case where tax return is correct, but the taxpayer is insolvent. To secure tax collection, tax authorities can use AI in different way.

For example, the HMRC implemented a programme of risk modelling and experimentation that detect taxpayers who are likely to fail to meet filing obligations. The model uses supervised machine learning to predict taxpayer most likely to miss filing deadlines and target interventions to encourage compliance. Such application is based on profiling UK citizens behaviours to detect those that, based on their personal information and lifestyle, are most likely to incur in. It uses nudge theory to improve governments policy and services.^[73]

On a similar line, in the field of taxpayer management, AI applications have been developed to support taxpayer services. These include the use of pro-active messaging, calling, information and consulting services to enhance the probability of taxpayers' complying with tax law.^[74] One particularly innovative

service is provided by Singapore tax administration, where the text of incoming customer email is analysed with NLP to classify and gain insights into the content of taxpayers' inquiries.^[75]

3.2.3. Tax policy evaluation

Although most applications are today employed to support operational decision-making of tax authorities, AI can be used also by authorities and other governmental bodies for tax policymaking. The most common applications in this field are (1) tax gap measurement and (2) tax policy change prediction.

Regarding the former, AI has been applied to carry out tax gap analysis considering large quantities of taxpayers' data. Analytics techniques allow tax administration to visualise what are the most problematic non-compliance tax issues, depending on the tax evaded, the geographical location of tax evasion, and potential patterns in tax fraud schemes. Such analysis provides insights that are actionable in new tax policies or tax law drafting.^[76]

In tax policy domain, tax administration and governmental bodies can use AI and big data analytics to gather fine-grained insights into the behaviour of taxpayers in order model the predicted impact of candidate tax rules. For example, predictive analytics allow regulators to construct more precise laws tailored to individuals' circumstance, as well as to communicate directly to them.^[77] AI techniques have been also employed to predict the amount rate of tax collected to improve government social welfare planning and optimal taxation for better social welfare.^[78]

3.3. Legal challenges

As many public factsheets and industry reports show, the perspective of using AI in the tax system is likely to bring a lot of advantages to the tax system. Indeed, AI and related technologies allow for faster and more automated analysis of large amounts of data, reducing errors and saving time. However, such developments may come with corresponding risks, especially for privacy, fairness, transparency of tax assessment and collection procedures. Such risks are already partly addressed by current regulation, among which a prominent role is played by the General Data Protection Regulation (henceforth GDPR).^[79] The GDPR is a general framework applicable to all natural and legal persons that process

personal data; it provides individuals with a series of ex-ante transparency rights before in order to control the access to personal data and ex-post actionable rights, while also imposing on data collectors a series of obligation to ensure that personal data are processed in the respect of citizens' fundamental rights.

In addition to that, due account should be given to the recent legislative developments in the field of AI. On 21 April 2021, the European Commission issued a proposal to regulate AI system in EU.^[80] The proposal takes on a risk-based approach outlawing specific AI practices and providing a detailed regulation for high-risk systems. Crucially in this category, AI systems employed in tax law enforcement have been excluded, as made explicit in Recital 38.^[81] This choice needs to be carefully considered.

The paragraphs that follow are limited to a review of some legal challenges that shall be considered in the prospect of using in tax systems.

3.3.1. Privacy and data protection

A crucial factor that determines the lawfulness of the use of AI technologies in tax law is the right balance between the tax administration' needs to have data concerning taxpayers and the privacy and data protection laws.^[82] Indeed, many current AI applications for tax law involve the processing of personal data of taxpayers or of taxpayers' clients who are natural persons. There are multiple synergies between AI and taxpayers' data. On the one hand, taxpayers' data contribute to the datasets used by learning systems to draw knowledge from it. On the other hand, such models can be applied to taxpayers' personal data to draw inferences concerning them, such as the systems assessing the risk of non-compliance. In both cases, when the data concern natural persons, it is necessary to consider the GDPR.

The GDPR covers cases where taxpayers data are processed, regardless of whether they are disclosed by taxpayers or are collected by tax authorities from other sources, such as other data controllers or other authorities. The last two scenario are quite frequent in the field of tax law^[83]. The GDPR applies to taxpayers' data, as long these can identify a natural person or render them identifiable and require tax authorities who process personal data to limit processing to one of the six conditions in Article 6. Letter e) is relevant for the tax law sphere. It states that

data processing is lawful when necessary for the performance of a task which is carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller. Art. 6(3) establishes the need for a legal basis which shall be laid down by either by Union or Member state law to which the controller is subject and which shall be proportionate to the legitimate public interest aim pursued. Hence, this provision leaves to the member States the choice on how to balance taxpayers' rights and the exercise of tax administration tasks, within the limits of proportionality.

Tax authorities employing AI in tax system should also be compliant with the GDPR provisions on profiling and automated decision-making.^[84] Article 22 provides for data subject's right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling. The prohibition^[85] applies to all the cases where personal data are used for profiling taxpayers and automated systems are used to take some decision which produces legal effects or similarly significantly affects the data subject. This might apply when the tax decision is binding on the data subject or creates some legal obligations (e.g., where the taxpayer does not challenge it, if he or she does not comply with it, the tax assessment notice can be enforced by the relevant authorities), but also if it produces effects that «*similarly significantly affect[s]*» the taxpayers. The "significant" element is rather vague, and Article 29 Working Party has identified possible categories of decisions which can be considered such.^[86] They include decisions affecting someone's access to health services, to education, decisions denying someone an employment opportunity or put them at a serious disadvantage and decisions affecting someone's financial circumstances. Even if the tax assessment notices affect the financial circumstances of the data subject, and, as such, Article 22 would apply,^[87] the prohibition of automated decision-making, including profiling, is not absolute, and allows for important exemptions. Among the exemptions provided by Article 22, para 2, the authorisation by Union or Member State law will most likely offer safe grounds for the activities carried out by tax administrations and taxpayers employing AI systems. Moreover, Article 23 explicitly provides for derogations to the obligations and rights provided for in Articles 12 to 22 and Article 34, as well as Article 5 in taxation matters. However, as mentioned in Article 22 and more clearly in Article 23 GDPR, legislative initiatives restricting the prohibition of

Article 22 must respect the essence of the fundamental rights and freedoms and must be a necessary and proportionate measures.^[88]

In Italy, Italian Privacy Regulation has been recently modified^[89] to include the prevention and fight against tax evasion between the processing “necessary for reasons of substantial public interest” which allows for a limitation of the GDPR guarantees, thus providing for a balance between tax administration’ needs and taxpayers rights whose adequacy and proportionality has not been assessed by Courts yet.

3.3.2. Transparency

Article 22 GDPR provides a series of safeguards when data controllers legitimately use forms of automated decision-making. Among the latter, one of the most relevant and highly debated in the literature is the right to explanation, to achieve transparency and accountability in automated decision-making.

The ability of AI systems to provide a rationale for decisions is essential in tax investigation and controls. Its importance is underlined by the fundamental right to a fair trial that applies also throughout the entire tax procedure.^[90] This means that taxpayers must be allowed to effectively review the information on which the tax authorities base their decisions. For example, the taxpayer should be entitled to know the legal factors used to decide on an application of the tax law and the logic behind the AI model to be able to fully understand how the tax decision was reached. Otherwise, the taxpayers’ ability to challenge the administrative decision and deliver evidence against it will be frustrated.^[91]

The right to challenge the decision provided by AI systems is particularly important in determinations based on predictions. Indeed, the problem of the compatibility of using predictions to determine the amount of the tax obligation and fines with the procedural guarantee of taxpayers is not new. The issue is reminiscent of the questions of legitimacy that have been raised, for example, in Italy on the use of inductive methods to calculate the tax base.^[92]

While a large debate has arisen concerning the extent to which the GDPR actually provides a right of explanation to users, it must be recalled that such a safeguard is anyway not explicitly foreseen when automated decision-making is allowed by Union law or Member States’ law. This may entail that from the

GDPR it cannot be deduced that such requirement of transparency applies when AI systems are used by tax authorities allowed by Member State's law. Initiative must be taken at Member States' level.^[93]

The problem of transparency in AI has been more extensively addressed in the recent proposal for an AI Act. The proposal reiterates the importance of transparency in the use of AI systems, in a new 'by design' perspective. Article 13 imposes several requirements for high-risk systems to be «*sufficiently transparent to enable users to intercept the system's output and use it appropriately*». These include, e.g., the intended purpose, level of accuracy, reasonably foreseeable misuse, which may lead to risks to the health and safety or fundamental rights etc. However, as mentioned above, Recital 38 exclude AI systems used for tax law enforcement from the category of high-risk system, which might affect the possibility of taxpayers to challenge the determination of tax authorities.

3.3.3. Fairness

Besides transparency, a key issue for ensuring fair use of AI in both tax compliance and tax control is that the automated determinations do not lead to discriminatory outcomes.

The prohibition of discrimination in conjunction with protection of property under the ECHR requires the tax authorities to deliver tax decisions in a non-discriminatory fashion, i.e., not to treat the taxpayers differently without objective and reasonable justification. According to relevant case law, the difference in treatment of taxpayers is permissible insofar as it appears both suited for realising the legitimate aim pursued by the tax administration, and necessary from its context.^[94] In respect of tax law, it would be prohibited to treat taxpayers differently based solely on an attribute or set of attributes that are irrelevant for an application of concrete tax provisions, such as race or gender.

Such discriminatory tax treatment, however, may follow from undesired results of AI models. These have a tendency of suffering from bias, which may be a consequence of the imbalanced datasets that was used for training. This may lead to situation where an AI system grounds its decision on prohibited features (such as in the case of discrimination based on race, ethnicity, or gender) or on features that are not relevant for the decision at hand. There is a risk of the system

providing incorrect determinations, potentially because the available training data were too broad (including personal information not related to tax purposes) or too little (such as in the case, where only data about previously inspected, female taxpayers are used to build the model). Thus, another challenge emerges for AI deployers in tax domain – gathering substantial data which do not contain any bias and are capable of providing robust and reliable models.

3.3.4. Accountability and oversight

The use of AI technologies in taxation also brings up problems of who can be held responsible if the determinations of an AI tax system are wrong. This could happen when the administration or the system used by taxpayers errs in determining taxpayers' obligations.

The question acquires great significance in the case of AI systems used by tax administrations. In almost all tax legal systems, the principles of administrative law apply. Among this, the principle of accountability requires that there must always be a person in charge and responsible for an administrative decision. This principle demands that citizens shall be always able to know to whom they can seek redress in the case of a wrongdoing of the administration. In this regard, it has been observed that such principle would entail that there is always a human-supervisor responsible of machine determination, for which they remain responsible.^[95]

In the field of taxation, the principle of accountability requires that taxpayers have the right to have an automated decision reviewed by a human. To effectively use such right, however, the taxpayer must first know how the AI model reached the decision. This reveals an interplay between the right to explanation and the right to human intervention – the latter cannot effectively be used without the former. Indeed, the right to obtain a human intervention in algorithmic decisions is one of the key ideas behind the proposal for an AI Act. Article 14 of the Proposal requires that high-risk AI systems *«shall be designed and developed in such a way, including with appropriate human-machine interface tools, that they can be effectively overseen by natural persons during the period in which the AI system is in use»*.

Concerning the actual feasibility of human-in-control requirements, however,

due account must be taken of the fact that human supervision will be very difficult to realise in practice. Intuitively, it is highly unlikely that the human supervisor will take distance from the decision made by the AI system when aware that he or she is responsible for the final determination. Such a situation would raise a kind of dilemma: if the human supervisor thinks the decision of the machine is correct, the machine will have determined the outcome of the decision; if the human thinks the determination of the machine is wrong, he will not depart from it because of the risk of being held responsible and in this case too, the machine will have determined the outcome of the decision.

3.3.5. Prevent illegal actions

As it can be used to enhance voluntary tax compliance, AI technologies can also be misused to bypass the tax national or international rules, thus unfairly diverting resources from governments. For example, an AI system could be used to pinpoint uncertainties in tax legislation to exploit them and unlawfully optimise tax obligations. It could be used for statistical purposes to calculate the benefits of a certain tax avoidance scheme and the risk of performance of tax audits, or it may facilitate questionable practices of transfer pricing.^[96] Therefore, questions should be raised as to what is required from regulatory standpoint to ensure that AI is not used by taxpayers to cheat and bypass the law, and to what extent some kind of oversight should be secured in the future.

4. Conclusion

In this paper, we have provided an overview of the most pressing challenges in the world of tax law arising from the use of AI. We have tackled how AI is reshaping the production process and the value chain and put into question traditional tax legal concepts. Furthermore, we have reviewed current and promising applications of AI for voluntary tax compliance and tax law enforcement.

As far as the first part is concerned, regarding the concept of taxable person, the paper has presented the ongoing debate concerning the perspective of attributing legal status to robots. Such perspective seems motivated by the need to counter the effects of automation of human tasks and to sustain national economies.

Nonetheless, the lack of a definition of robots and the difficulty to impute them an ability to pay --and not to the owner or the user-- calls for an alternative solution.

There is a hype at the international level on the new concept of “value creation” to justify the introduction of new tax rules in the digital economy. However, it seems that the concept is of great importance for the allocation of taxing rights at supranational level and is motivated by the political will to share the profits of digital multinational companies differently.^[97]

The brief discussion concerning tax nexus could be an interesting starting point for thinking about the concept of territoriality in more general terms.

While the risks that AI poses to the sustainability of tax system shall neither be downgraded nor neglected, the second part of the paper argues that it is similarly important to consider the other face of AI, namely, the opportunities that the technology offers to tax systems. The assumption is that AI may help tax systems to counter the risks that AI and the broader phenomenon of digitisation poses to fair taxation and tax collection and strengthen their position relatively to unfair tax evasion practices.^[98]

While this change takes place, however, a set of challenges must be duly considered to balance the efficiency of tax administration with individual taxpayers’ rights.^[99] We have explained what we consider the most important challenges: data protection, transparency in decision-making, fairness in AI determination, oversight and accountability, and prevention of unlawful AI uses. Many of these challenges are already addressed in the GDPR and are about to be regulated by the Proposal of AI regulation. However, while the first provides broad exemptions to data protection rights in the use of AI for public purposes (such as in the enforcement of tax law), the second does not even consider AI systems used in tax law as a source of concerns. A new course of action should be set to include tax law in the discussion.

Several actors must play a role and make a significant effort in this direction. First and foremost, domain experts should initiate an inter-disciplinary dialogue between public administrations and computer engineers. Researchers and academics should also strive to ensure that cutting-edge AI technologies work at the service of tax administration and taxpayers and do not infringe on individual taxpayer’s rights and guarantees.

1. Although the contribution is due to the inseparable work of the two authors, Section 2 is attributed to Alessia Fidelangeli and Section 3 to Federico Galli. Section 1 and 4 are the result of a joint discussion.
2. According to OECD statistics, 14% of jobs are highly automatisable while 32% would face substantial changes because of automation. In 2015 OECD signalled that, because of massive use of robotic equipment, multinational enterprises would reduce their manufacturing activities offshore because of lower labour costs and that they may consider moving where consumers are.
3. A. Uricchio, *Intelligenza artificiale e diritto - robot tax: modelli di prelievo e prospettive di riforma*, in *Giur. It.*, Issue 7, 2019.
4. E. Brynjolfsson and A. McAfee, *The second machine age: Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*, WW Norton & Company, 2014.
5. According to a study made by Frey and Osborne, 47% of jobs are at risk because of automation while 53% would be at risk in Europe (C. B. Frey and M. A. Osborne, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? Technological forecasting and social change*, Volume 114, Issue C, 2017).
6. M. G. Lexer and L. Scarcella, *Artificial intelligence and labor markets. a critical analysis of solution models from a tax law and social security law perspective. Rivista italiana di informatica e diritto*, Issue 1, 2019.
7. OECD, *Taxation, Innovation and the Environment*, 2010.
8. European Parliament, *Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, (A8-0005/2017). In 2017, also Bill Gates proposed a robot tax according to which robots should be taxed at the same level as humans performing the same tasks to preserve tax systems during the first stage of automation.
9. A. Uricchio, *Intelligenza artificiale e diritto*, (see note 3); M. G. Lexer and L. Scarcella, *Artificial intelligence and labor markets*, (see note 6); X. Oberson, *Taxing robots? from the emergence of an electronic ability to pay to a tax on robots or the use of robots. World Tax Journal*, Volume 9, Issue 2, 2017; V. Ooi and G. Goh, *Taxation of automation and artificial intelligence as a tool of labour policy. SMU Centre for AI & Data Governance Research Paper*, Issue 2, 2019.
10. The possibility of attributing legal personality to robots was not included in the final version of the Report voted by the European Parliament in February 2017. However, such a perspective has been taken into consideration in the 2017 European Parliament Resolution on Civil Law Rules on Robotics. The latter establishes that “creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently”.
11. A. Uricchio, *Intelligenza artificiale e diritto*, (see note 3) where the author stresses the importance of differentiating between “weak AI” and “strong AI” and highlights the fact

- that the Proposal focuses on smart robots.
12. X. Oberson, *Taxing robots?*, (see note 9).
 13. A. Uricchio, *Intelligenza artificiale e diritto*, (see note 3); G. A. Micheli, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, In *Opere minori di diritto tributario. Vol. I - Il processo tributario*, Giuffrè, 1982.
 14. W. Weismann. *How robots will kill tax administration and the funding of social insurance - part ii. Employee Benefit Plan Review*, Volume 69, Issue 10, 2014.
 15. X. Oberson. *Taxing robots?*, (see note 9).
 16. Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax.
 17. X. Oberson, *Taxing robots?*, (see note 9).
 18. *Ibid.*
 19. N. Nevejans, *Les robots: tentative de définition, in les robots, objets scientifiques, objets de droit*, étude commandée par le Parlement européen (commission des affaires juridiques), PE 571.379, 2016. The common element in the existing definitions is the use of AI techniques that allow the machine sufficient autonomy and the ability to learn progress and make decisions. See also, X. Oberson. *Taxing robots?*, *cit.*
 20. X. Oberson, *Taxing robots?*, (see note 9); M. G. Lexer and L. Scarcella, *Artificial intelligence and labor markets*, (see note 6).
 21. X. Oberson, *Taxing robots?*, (see note 9).
 22. *Ibid.*
 23. E. Frey, *Wertschöpfungsabgabe: Abtauschen statt blockieren. Der Standard*, 21/08/16 at <https://www.derstandard.at/story/2000043151671/wertschoepfungsabgabe-abtauschen-statt-blockieren>.
 24. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018*.
 25. For example, according to Google Privacy and Terms when a User upload, submit, store, send or receive content to or through its Services, it gives Google (and those who work with) a worldwide license to use host, store, reproduce, modify, create derivative works [...], communicate, publish, publicly perform, publicly display and distribute such content. Even though the terms and conditions specify that data are used with the aim of providing customised services, the vagueness of the terms used as well as the fact that also the use for economic purposes could fall within the definition when customised, leave the question open about the real use of data. This is confirmed by the fact that many of the services offered are for free while, at the same time, many of the activities from which GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) obtain income, such advertisements are much more effective when much information from users and AI technologies are available
 26. The Recommendation proposes to the Member States the amendment of the conventions against double taxation with third jurisdictions to extend the concept of permanent establishment to the “significant digital presence”.
 27. European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament*

- and the Council Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy, COM(2018) 146 final. For a comment, see J. Sinnig, *The reflection of data-driven value creation in the 2018 OECD and EU proposals*, in *EC tax review*, 27(6), 2018.
28. European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* COM(2018) 148 final.
 29. The proposal has not yet become a directive.
 30. See, e.g., for Italy, Article 1, para. 35-50, l. n. 145/2018.
 31. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018*; European Commission, *Commission recommendation of 21 March 2018 Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence*, C(2018) 1650 final; European Commission, *Proposals of the European Commission on the introduction of Significant Digital Presence and a Digital Service Tax*, COM(2018) 147 final.
 32. W. Schön, *Ten questions about why and how to tax the digitalized economy*, in *Bulletin for International Taxation* (IBFD-Bulletin), Volume 72, Issue 5, 2018; M. Olbert and C. Spengel, *International taxation in the digital economy: challenge accepted*, in *World tax journal*, Volume 9, Issue 3, 2017; N. Braun Binder, *Ai and taxation: Risk management in fully automated taxation procedures*, Springer, 2021.
 33. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018*.
 34. J. Schwarz, *Value creation: Old wine in new bottles or new wine in old bottles?*, in *Kluwer International Tax Blog*, August 2018; M. Sapirie, *Permanent establishment and the digital economy*, in *Bulletin for International Taxation*, Volume 72, Issue 4a, 2018.
 35. J. Becker and J. Englisch, *Taxing where value is created: Whats user involvement got to do with it?*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 2, 2019.
 36. *Ibid.*
 37. A. Uricchio, *Intelligenza artificiale e diritto*, (see note 3).
 38. European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy*, COM/2018/0146 final, paras. 1, 4, and 9.
 39. J. Becker and J. Englisch, *Taxing where value is created*, (see note 34); A. Uricchio, *Intelligenza artificiale e diritto*, (see note 3).
 40. According to the OECD, digitisation has reshaped the role of users, allowing the possibility for them to become increasingly involved in the value creation process (OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018*).
 41. J. Becker and J. Englisch, *Taxing where value is created*, (see note 34); W. Schön, *Ten questions about why and how to tax the digitalized economy*, (see note 32).
 42. Double tax conventions (DTCs) are bilateral agreements made by two countries to resolve issues involving double taxation of passive and active income of each of their respective citizens.
 43. A. Uricchio and W. Spinapolice, *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rass. Trib.*,

Issue 3, 2018.

44. *Ibid.*
45. These rules include the following: 1) in the case of advertising services, if the advertising in question appears on the user's device at a time when the device is being used in Italy in that tax period to access a digital interface; 2) in the case of digital intermediation services: if the user uses a device in Italy in that tax period to access the digital interface and concludes an underlying transaction on that interface in that tax period; 3) in the case of social networking services, if the user has an account for all or part of that tax period allowing the user to access the digital interface, and that account was opened using a device in Italy; 4) in the case of services regarding the transmission of data, if transmitted data is generated from a user who used their device in Italy to access a digital interface, whether during the same tax period in which data are transmitted or any previous one.
46. G. Frasoni, *Note sul presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, in *Rass. Trib.*, Issue 1, 2021.
47. J. Becker and J. Englisch, *Taxing where value is created*, (see note 34).
48. J. M. Vazquez, *Indirect taxation of digital services after BEPS: A multilateral instrument to achieve harmonization and effective enforcement*, in *Int'l Tax J.*, Volume 43, Issue 5, 2017.
49. Council Directive 2008/8/EC of 12 February 2008 amending Directive 2006/112/EC as regards the place of supply of services OJ L 44, 20.2.2008. The Directive expressly recognised that technological innovations have contributed to a transformation in the volume and structure of trade in services and, initiatives were needed to cope with this new situation and entered into force in 2015. Later, in the framework of the strategy for the digital single market in Europe (6 May 2015) and of the action plan on VAT so-called VAT Digital package (7 April 2016) the EU focused on proposals concerning the e-commerce and e-books.
50. Report of the Commission Expert Group on "Taxation of the Digital Economy", Paragraph 4.1.2.
51. An example in this direction is provided by MOSS and OSS.
52. B. Kuzniacki, *The marriage of artificial intelligence and tax law: Past, present, and future. Present, and Future*, Kluwer international Tax Blog, 25/01/19 at <http://kluwertaxblog.com/2019/01/25/the-marriage-of-artificial-intelligence-and-tax-law-ii-presence-future/>.
53. L. T. McCarty, *Reflections on TAXMAN: An experiment in Artificial Intelligence and legal reasoning*, in *Harv. L. Rev.*, Volume 90, Issue 5, 1976.
54. See OECD reports on "Technologies for better tax administrations: a Practical Guide for Revenue Bodies" and "Advanced Analytics for Tax Administrations".
55. D. Blanchard, *Finance, Big data analytics offer a solution to a taxing situation.*, in *Industry- Week: Advancing the Business of Manufacturing*, Volume 63, Issue 4, 2014.
56. IMB, at: <https://www.ibm.com/watson/stories/kpmsg>.
57. N. Braun Binder, *AI and taxation: Risk management in fully automated taxation procedures*, 2018, Available at SSRN 3293577.

58. Deloitte, VAT chatbot SAM, available at <https://www2.deloitte.com/be/en/pages/tax/solutions/VATbot-SAM-Deloitte-Belgium-Tax.html>.
59. Venture Beat, *How this chatbot powered by machine learning can help with your taxes*, at <https://venturebeat.com/2017/01/27/how-this-chatbot-powered-by-machine-learning-can-help-with-your-taxes/>
60. B. Van Volkenburgh, *Artificial Intelligence and taxes: 8 ways its being used*, Crowd Reason Blog, 09/09/19.
61. M. A. Nickerson, *Ai: New risks and rewards*, *Strategic Finance Blog*, 01/04/19.
62. Deloitte, *Deloitte uses ai to transform indirect tax recovery tax recovery*, Accounting Today Blog, 16/08/19.
63. K. D. Ashley and S. Brüninghaus, *Computer models for legal prediction*, in *Jurimetrics Journal*, 2006, Volume 46.
64. BLUEJ Project, at: <https://www.bluej.com/ca>.
65. B. Alarie, A. Niblett, and A. H. Yoon, *Law in the future*, in *University of Toronto Law Journal*, Volume 66, Issue 4, 2016.
66. Given the different factors that can emerge in a case, the system is able to find what is the best weight to each variable and how the variables interact with each other, accomplishing a task that would be impossible for humans.
67. S. Dorigo, *Intelligenza artificiale e norme antiabuso: il ruolo dei sistemi "intelligenti" tra funzione amministrativa e attività giurisdizionale*, In *Rassegna Tributaria*, 2019, 4, pp. 728 sgg.
68. LAILA (Legal Analytics for Italian LAw) is a project funded by MIUR (Ministry of Education and Research). See <https://dsg.unibo.it/it/ricerca/progetti-di-ricerca/progetti-nazionali-e-di-ateneo/prin2017-laila-legal-analytics-for-italian-law>.
69. R. Strom, *Keep judges and lawyers out of legal predictions*, Bloomberg Law, 2019, at: <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/keep-judges-and-lawyers-out-of-legal-predictions-tech-ceo-says>.
70. OECD, *Advanced Analytics for Better Tax Administration*, 2016.
71. R. Rubin, *AI comes to the Tax Code*, The Wall Street Journal, 2020, at: <https://www.wsj.com/articles/ai-comes-to-the-tax-code-11582713000>.
72. Law of July 18, 2016 (BGBl I p. 1679). See more on this in N. B. Binder, *Artificial Intelligence and taxation: Risk management in fully automated taxation procedures*. In *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, 2020.
73. UK Government, *Building a trusted, modern tax administration system*, 2020 at <https://www.gov.uk/government/publications/tax-administration-strategy/building-a-trusted-modern-tax-administration-system>.
74. OECD, *Advanced Analytics for Better Tax Administration*, 2016.
75. *Ibid.*
76. For example, a recent paper has showed that AI can serve for recommendations for anti-

evasion tax rules for international treaty drafting. See B. Kuzniacki, *The marriage of artificial intelligence and tax law* (see note 51).

77. B. Alarie, A. Niblett, and A. H. Yoon, *Law in the future* (see note 64) argued that such predictive technologies may steer law onto a path towards “legal singularity,” where the law will eventually be complete, with no genuinely grey areas remaining in the law.
78. OECD, *Database of national AI policies - AI strategies and policies in Brazil*, 2021.
79. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119, 4.5.2016.
80. European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts*, COM(2021)206 final.
81. Specifically, Recital 38 states that “AI systems specifically intended to be used for administrative proceedings by tax and customs authorities should not be considered high-risk AI systems used by law enforcement authorities for the purposes of prevention, detection, investigation and prosecution of criminal offences.”
82. Privacy and data protection here is used not merely as a synonymous of “tax confidentiality”, but to the set of individual rights and freedom stemming from fundamental rights and data protection framework. For a discussion on the distinction, see E. Politou, E. Alepis, and C. Patsakis, *Profiling tax and financial behaviour with big data under the GDPR. Computer law & security review*, Volume 35, Issue 3, 2019.
83. See, for example, para. 7) and 7-bis) of Article 32 d.p.r. 600/1973 (Italy).
84. L. Scarcella, *Tax compliance and privacy rights in profiling and automated decision making. Internet Policy Review*, Volume 8, Issue 4, 2019.
85. Although the choice of the term “right” in the provision suggests that the Article applies when it is actively invoked by the data subject, the WP29 guidelines clarify that the article establishes a general prohibition for decision-making based solely on automated processing. See Article 29 of the Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of regulation 2016/679, adopted on 3 October 2017.
86. I. Mendoza and L. A. Bygrave, *The right not to be subject to automated decisions based on profiling in EU Internet Law*, Springer, 2017.
87. Article 29 of the guidelines (see note 82)
88. It must also be recalled that, to ensure the respect of fundamental rights and freedom which also include the right to privacy, Art. 23 (2) provide a list of information which need to be included in the legislative measure allowing such restrictions. These include: a) the purposes of the processing or categories of processing; b) the categories of personal data; c) the scope of the restrictions introduced; d) the safeguards to prevent abuse or unlawful access or transfer; e) the specification of the controller or categories of controllers; f) the storage periods and the applicable safeguards taking into account the nature, scope and purposes of the processing or categories of processing; g) the risks to the

- rights and freedoms of data subjects; and h) the right of data subjects to be informed about the restriction, unless that may be prejudicial to the purpose of the restriction.
89. Art. 1 para. 681-686 l. 27.12.2019 n. 160.
 90. The right of a fair trial stems from Article 6 European Convention on Human Rights. See also the following judgements: European Court of Human Rights, judgment 21 February 2008, Application no. 13580/88, *Schmidt.*; See European Court of Human Rights, judgment 18 July 1994, Application no. 18497/03, *Ravon*; European Court of Human Rights, judgment 24 November 1993, Application no. 13972/88, *Imbrioscia*; European Court of Human Rights, judgment 24 April 2007, Application no. 38184/03, *Matyjek*; European Court of Human Rights, judgment 9 October 2008, Application no. 62936/00, *Moiseyev*.
 91. A. Bal, *Ruled by algorithms: The use of black box models in tax law*, in *Tax Notes International*, Volume 95, Issue 12, 2019.
 92. It has been observed that it is unconventional to calculate taxes based on statistical and presumptive indexes that do not necessarily correspond to reality. The same applies to AI. The determinations of AI systems are not based on logical deductions, according to which certain premises (e.g., income, exchange etc.) lead to certain conclusions (e.g., the amount of tax to be paid, the decision for inspections etc.). But it is based on statistical approach which apply rules that are discovered from the previous cases, and from which the algorithms provide probable answers (often a probability resembling certainty), but never certain answers.
 93. A step in this direction has been taken by France, in the Law for the Digital Republic, which has introduced the right of citizens to have knowledge of automated decision making, as well as to have information about the functioning of the algorithm
 94. See European Court of Human Rights, judgment 18 July 1994, Application no. 13580/88, *Schmidt*.
 95. D.-U. Galetta and J. G. Corvalán, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, Issue 3, 2019.
 96. For example, KPMG Ignite platform provide Global Transfer Pricing Services (GTPS) to the firms' tax clients, which allow to establish prices for goods and services sold between enterprises under common ownership or control.
 97. J. Sinnig, *The reflection of data-driven value creation in the 2018 OECD and EU proposals*, in *EC Tax Review*, Volume 27, Issue 6, 2018.
 98. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018*.
 99. L. Quarta, *Impiego di sistemi AI da parte di Amministrazioni finanziarie ed agenzie fiscali. Interesse erariale versus privacy, trasparenza, proporzionalità e diritto di difesa*, in *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, 2020, Cacucci, p. 247; A. J. Cockfield, *Sharing Tax Information in the 21st Century: Big Data Flows and Taxpayers as Data Subjects*, in *Canadian Tax Journal*, Volume 67, Issue 4, 2019, pp. 1179-1199.

Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti “Golden Powers”

Domenico Ielo

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-31

Il contributo ha ad oggetto le modalità dell'esercizio dei poteri di “golden powers” da parte del governo e il relativo sindacato giurisdizionale. Più in particolare tale sindacato giurisdizionale deve tenere in considerazione da un lato, la tutela degli interessi nazionali e, dall'altro, l'osservanza del principio di legalità: quest'ultimo con particolare riguardo all'individuazione dei presupposti su cui si fonda l'esercizio di tali poteri. I parametri posti a fondamento del sindacato giurisdizionale devono essere individuati nel principio di proporzionalità e nel rispetto delle garanzie procedurali.

Considerations on the Judicial Review of “Golden powers”

The article deals with the administrative procedures for the exercise of “golden powers” by the government and the related judicial review. More specifically, such judicial review must take into account, on the one hand, the protection of national interests and, on the other, the observance of the principle of legality: the latter with particular regard to the identification of the conditions on which the exercise of such powers is based. The parameters on which judicial review is based are the principle of proportionality and respect for procedural guarantees.

1. Oggetto e metodo di indagine

Il presente contributo intende affrontare il complesso tema del sindacato giurisdizionale sui “poteri speciali”, focalizzando l'attenzione sui seguenti aspetti: poteri speciali come oggetto di altissima discrezionalità (molto) politica (e poco) amministrativa; vincoli e limiti derivanti al diritto dell'Unione europea al loro esercizio; sindacato sui presupposti; incrocio - sul versante della proporzionalità

ed estrema *ratio* - tra il profilo statico strutturale settore/attivo e quello dinamico funzionale della criticità/minaccia.

Si svilupperà una tesi ricostruttiva imperniata sui seguenti passaggi.

Il primo è la non perfetta coerenza metodologica di un travaso acritico (alla materia in esame) del tipico sindacato sull'esercizio della discrezionalità amministrativa. Discrezionalità la cui ponderazione comparativa, in questo caso, riguarda scelte strategiche e delicati equilibri geopolitici anche (e soprattutto) internazionali, legati all'evoluzione della natura delle minacce alla sicurezza e all'ordine pubblico emerse nel contesto globale^[1].

Secondo passaggio: occorre esaminare con la lente dell'effettività il (tipo di) sindacato giurisdizionale che può essere concretamente esercitato, soprattutto in periodo di *post* pandemia. L'oggetto di tale sindacato è una discrezionalità amplissima, espressa al massimo livello istituzionale, in ambiti complessi e delicati. Soprattutto, sul piano della scelta valutativa (esercitata dalla Presidenza del Consiglio), non è agevole per il giudice entrare nei concreti parametri di esercizio del potere speciale inerenti a concetti quali "minaccia di un grave pregiudizio per interessi pubblici"; anche considerato che, tanto a livello organizzativo quanto su quello funzionale, l'esercizio del *Golden Power* si innesta nell'attività e nei servizi di *intelligence* dello Stato a tutela e salvaguardia dell'assetto democratico^[2].

Terzo passaggio: la natura di prestazione imposta dell'atto di esercizio dei poteri speciali, con conseguente applicabilità del regime dell'art. 23 della Costituzione. Il che apre la strada al sindacato giurisdizionale non (tanto) sulla scelta valutativa in quanto tale, ma (soprattutto) sull'esistenza dei presupposti per tale scelta.

Il quarto passaggio è rappresentato dalla necessaria combinazione tra l'ottica verticale settore/attivo e quella della criticità/minaccia. Il livello di criticità, come si illustrerà, è legato soprattutto al grado di incidenza di nuove tecnologie e fattori produttivi critici: piattaforme abilitanti dell'internet delle cose; intelligenza artificiale e perimetro della sicurezza cibernetica.

Questa combinazione porta al quinto passaggio: il sindacato giudiziale di proporzionalità, condotto secondo i ben noti parametri elaborati dal giudice europeo. Ma tali parametri sono destinati a innestarsi, e svolgersi, in un substrato complesso e peculiare, in cui ha un peso rilevante (sovente) il dimensionamento dei diversi livelli di rischio (rimarcato dalle Istituzioni UE).

Il sesto passaggio è l'essenziale sindacato sulla legittimità del regolamento di individuazione concreta dell'attivo, vera e propria cartina di tornasole – come si dimostrerà - della tenuta dello Stato di diritto rispetto all'esercizio di poteri speciali.

L'ultimo passaggio è il rilievo assolutamente pregnante e rilevante delle garanzie procedurali. Si tratta di un essenziale baluardo, soprattutto – e con riguardo ai poteri speciali nei settori ad alta intensità tecnologica – sul fronte di quella che la letteratura scientifica di settore qualifica in termini di «problematica della spiegazione della *black box*»^[3].

Comune denominatore della trattazione è il tentativo di dare una risposta a una serie di interrogativi che la riflessione scientifica e gli operatori del settore si pongono in questa materia^[4]. Vale a dire, quali siano (se vi siano) le *chance* concrete – in un'aula di giudizio – di contrapporre alla (forte) discrezionalità politica in materia di poteri speciali la violazione di regole giuridiche.

In particolare, emergono due interrogativi: quali regole e principi giuridici applicare ai poteri speciali; se si possa – ragionevolmente e fondatamente – contestarne la violazione dinanzi al giudice amministrativo.

Sono domande importanti. Come ammoniva Carnelutti, per quanto alti possano essere i voli che spiccano, l'interprete e l'operatore giuridico devono fare i conti con un dato di fondo: il diritto ha sostanza (ed esiste) se è possibile farlo valere in concreto^[5]. E il luogo tipico in cui farlo valere è soprattutto il processo^[6]. Il che è fondamentale in materia di poteri speciali, posto che – a differenza che in altri ordinamenti – tali poteri sono (almeno teoricamente) giustiziabili dinanzi al giudice amministrativo, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva in cui (com'è noto) il giudice conosce del rapporto, oltre che dell'atto.

2. Il nodo problematico: un terreno di altissima discrezionalità (geo)politica

Per iniziare l'analisi, si fornisce una possibile chiave di lettura sul piano dell'approccio. La chiave di lettura muove dalla distinzione tra «potenza» e «potere»^[7]. Si tratta di una distinzione già tracciata da Max Weber nell'opera incompiuta *Economia e società*^[8], con un'accezione (parzialmente) diversa da quella che oggi si intende assumere. Il sociologo considerava la potenza (*Macht*)

come una relazione sociale in cui il soggetto più forte riesce a far valere la propria volontà. Il potere (*Herrschaft*), invece, si riferisce a una relazione sociale in cui il soggetto debole accetta le decisioni altrui perché le riconosce valide e quindi legittime.

Ai fini della nostra indagine, è maggiormente attinente l'etimologia delle due parole. La "potenza" è ricollegabile all'aggettivo latino *potis, pote*, che significa "potente", "capace", ma anche "possibile"^[9]. Si ricondurrà tale accezione (possibile, potenziale) all'atto legislativo di designazione di un "settore speciale".

Il termine "potere" è maggiormente ricollegabile al verbo *potior*, che significa "impadronirsi": l'azione di essere padrone e dominare. A sua volta, *potis* è un termine di origine indoeuropea che rinvia al sanscrito *patish* ("signore", "padrone" e "sposo"), al quale rinviano anche i termini greci *posis* ("sposo") e *despotes* ("signore", "padrone"), che in sanscrito corrisponde a *dasa – patish* ("signore dei nemici", "signore dei sudditi")^[10]. A questa seconda accezione, (impadronirsi d'imperio di specifici segmenti e atti di iniziativa economico privata) saranno ricondotti: l'atto (regolamentare) di individuazione degli attivi e, soprattutto, l'atto (provvedimentale) di esercizio del potere speciale.

Si inizia da quest'ultimo (l'atto di esercizio). Il potere speciale (se esercitato) è un vincolo prescrittivo teso a garantire allo Stato potestà, rispetto a società (anche) private, che esulano dalla normale disciplina privatistica societaria: controllo sui cambiamenti di proprietà e/o diritto di veto all'adozione di alcune decisioni strategiche, prescrizioni alle operazioni straordinarie ecc.

Si parla, quindi, di altissima amministrazione^[11]. Quelli di alta amministrazione sono atti di raccordo tra la funzione di governo e la funzione amministrativa, rappresentando il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo^[12]. In questo caso, l'ambito è innervato da una componente politica amplissima, perché riguarda un terreno di confine con la tutela di essenziali interessi statali. Lo si evince dal soggetto chiamato a operare (Presidenza del Consiglio), dal ruolo istituzionale e dagli interessi in gioco: la minaccia alla sicurezza nazionale o un grave pregiudizio alla collettività^[13].

Di qui una prima considerazione: non è agevole duplicare in sede giurisdizionale la stima, da parte della Presidenza del Consiglio, di rischi inerenti, per esempio, all'interruzione di una rete di comunicazione elettronica o a un malfunzionamento delle reti, impianti e sistemi strategici. Del resto, sovente solo

la Presidenza del Consiglio ha (e ha il diritto di avere) in mano i dati che servono per una esatta percezione di quale sia la portata di una minaccia. Possono rilevare: dati acquisiti dai servizi di informazione; informazioni classificate; dati non conoscibili^[14]. Insomma, sul merito della concreta decisione di esercizio del potere speciale e, soprattutto, sul *quomodo*, l'altissima discrezionalità politica e la rilevanza degli interessi in gioco lascia poche speranze a un sindacato sostanziale da parte del giudice. Quantomeno nella componente valutativo/prescrittiva. Di come si possa tutelare adeguatamente l'interesse nazionale, per esempio, a fronte di casi che espongono al pericolo di attacchi cibernetici da parte di altri Stati o di pericolose organizzazioni criminali in occasione di importanti competizioni elettorali o di perdita di autosufficienza tecnologica in ambiti vitali^[15].

Per coglierne la portata, è utile richiamare un caso concreto di esercizio dei poteri speciali.

Nel 2021 il Governo italiano impedisce la vendita di un'azienda italiana, attiva nello sviluppo di reattori epitassiali utilizzati per la produzione di semiconduttori, a un gruppo asiatico. Ragione del veto: rilevanza strategica dei semiconduttori (impiegati in *smartphone, pc, tablet, laptop*, industria della difesa, automobili). *Rilevanza accresciuta* dall'evento pandemico. Con l'avvento della pandemia, i principali clienti delle aziende di *chip* hanno ridotto scorte e produzione, annullando ordini per un mercato previsto in calo. Ma alla fine 2020 la domanda delle case automobilistiche è tornata a crescere, sommandosi a quella delle aziende che producono elettronica. Risultato: mancano le scorte^[16].

Nel frattempo, con il D.P.C.M. n. 179 del 2020, è stata stilata una lunghissima lista di nuovi attivi strategici, potenzialmente oggetto di poteri speciali. Vi rientrano infrastrutture elettorali e finanziarie, tecnologie di avanguardia, settore della salute, alimentare. Soprattutto, vi entra l'universo "in divenire" dell'intelligenza artificiale.

A fronte di tale complessità, la riflessione scientifica può offrire senz'altro un contributo tecnico, cercando di estrarre dalla scottante materia dei poteri speciali un tema squisitamente giuridico^[17]. Anzi, non *un* tema giuridico, ma – per molti versi – *il* tema giuridico: il *Golden power* è solo affare (geo) politico – come avviene in tanti ordinamenti, quale quello statunitense^[18] – o vi è spazio (anche) per l'applicazione di regole e principi giuridici? Esistono disposizioni normative, anche di principio, declinabili in questa materia?

La risposta positiva è spontanea. Immediata. Altrettanto immediata è la risposta al secondo ordine di domande. Ammettendo che vi siano regole e principi applicabili a tale materia, chi ne controlla la concreta applicazione? Il giudice, ovviamente. Non a caso, l'art. 133, comma 1, lettera *z-quinquies*, del codice del processo amministrativo considera i poteri speciali materia di giurisdizione esclusiva.

Ma sotto l'elegante enumerazione di una materia in giurisdizione esclusiva, vi è vera (ovverosia concreta) "giustiziabilità"?

Non sembra agevole chiamare il giudice amministrativo a verificare se, per esempio, la carenza di *chip* e la dipendenza dall'estremo oriente possano determinare una minaccia all'interesse nazionale e se, conseguentemente, abbia fatto bene la Presidenza del Consiglio a esercitare il potere speciale di veto (alla cessione del pacchetto azionario) per fronteggiare questa situazione.

Dalle parole ai fatti.

Riprendendo l'esempio di prima, si ipotizzi un contenzioso giurisdizionale in cui al giudice vengano prospettate (anche) le seguenti ragioni poste alla base del veto: gli Stati Uniti ospitano i più grandi venditori mondiali di *microchip* al mondo, tra i primi nella progettazione di dispositivi e di software (*fabless*), ma non nella fabbricazione materiale, non disponendo di fonderie. Gli effetti della mancanza di *chip* si stanno rivelando in tutta la loro gravità, in particolare sul settore dell'*automotive* (settore tra i più colpiti dalla pandemia). A fronte di questa situazione, alcuni Stati europei stanno esercitando poteri speciali, al fine di arginare il pericolo dell'egemonia asiatica sui semiconduttori. Sono poteri speciali esercitati a fronte di una minaccia seria e concreta.

Non vi è il pericolo che il giudice amministrativo sia "frastornato" da tali dati?

Si intende dare una lettura realista. Le *chance* che un giudice possa entrare nelle maglie di tali valutazioni non sembrano alte. Probabilmente è giusto così, posto che ognuno deve fare il proprio mestiere. Forse non sembra del tutto scandaloso prefigurare una relativa riserva di (altissima) amministrazione rispetto alla giurisdizione (solo) sul versante delle valutazioni inerenti allo stretto *quomodo* del potere speciale. Per esempio, in ordine alle "prescrizioni" imposte (ovviamente nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità e nel rispetto dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea che si illustreranno) al titolare dell'attivo strategico.

Difficile che il giudice amministrativo possa doppiare valutazioni inerenti, per esempio, a come affrontare e ridurre – tramite stringenti prescrizioni imposte con atto di esercizio del potere speciale - il livello di minaccia di un grave pregiudizio per gli interessi pubblici derivanti dalle pericolosissime forme di attacchi cibernetici ai satelliti. Attacchi sovente pilotati da Stati nella prospettiva di vere e proprie azioni di guerra, che, purtroppo, sono in atto da diversi anni e vanno incrementandosi in termini di capacità lesiva (atti di *GPS spoofing*, di *Jamming*, di *Eavesdropping*, di *Hijacking* e di accecamento dei satelliti ecc.).

Ma prima ed al di là della comunicazione politica che di regola accompagna l'esercizio dei poteri speciali, si muove un'azione pubblica sotterranea, poco visibile. Un *agere* retto da regole giuridiche ordinamentali e – come tale – concretamente giustiziabile. Si tratta di un diritto umile, “mite”^[19], lontano dai riflettori.

Cosa sarebbe questo - prendendo in prestito una formulazione di Friedrich Carl von Savigny - “diritto invisibile”^[20], addirittura idoneo a imbrigliare l'altisonante *Golden Power*?

Prima ancora di individuare ed approfondire la natura giuridica, e le fonti, di questo “diritto invisibile”, ci si limita a rilevare che esso presuppone la necessità di analizzare con l'ausilio di adeguati occhiali forgiati dalla tecnica giuridica di settore (la delicatezza geopolitica di ambiti quali il perimetro della sicurezza cibernetica, gli algoritmi di intelligenza artificiale, il 5G ecc.) quel fiume giuridico sotterraneo che alimenta l'impetuosa cascata dell'atto di esercizio del *Golden Power*.

Cosa che si cercherà di fare nel prosieguo.

3. Oggetto e finalità dei poteri speciali

Il decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 (convertito con modifiche dalla legge 11 maggio 2012, n. 56) ha fissato una nuova disciplina sui poteri speciali che, riguardando anche le imprese private, ha trasformato la *Golden share* in *Golden Power*^[21].

I poteri speciali esistono per tutelare essenziali interessi pubblici messi (astrattamente) in gioco dal settore e dall'*asset* strategico, ma concretamente suscettibili di pregiudizio in presenza di un'operazione rilevante.

Si ipotizzi un'importante competizione elettorale (elezioni politiche, elezioni del Presidente della Repubblica, referendum abrogativi ecc.), al cui esito possano essere interessati Stati stranieri, speculatori finanziari o organizzazioni criminali. Si immagini ora (ma oggi non occorrono grandi sforzi di immaginazione) che durante il delicato periodo pre-elettorale, questi soggetti interessati organizzino un mirato e massiccio attacco cibernetico e di *information disorder* (*deep fake*, *trolling*, ecc.)^[22]. Un attacco per effetto del quale: (prima) siano penetrati importanti *datacenter*; (poi), tramite intelligenza artificiale, anche mediante i dati trafugati, siano studiate tecniche manipolative di massa; (infine), siano veicolate in modo massiccio e pervasivo informazioni false e fortemente pericolose in termini di capacità manipolativa del consenso elettorale, perché elaborate tramite algoritmi di persuasione che fanno leva su debolezze e *bias* cognitivi della collettività. Se ben condotto (manipolazioni di questo tipo sono rivolte soprattutto alla categoria degli "indecisi", sovente decisivi nel far pendere l'ago della bilancia), l'attacco ha come effetto un danno enorme alle fondamenta stesse dello stato democratico: il corretto svolgersi della dialettica rappresentativa nella sua fase genetica (le elezioni).

L'attacco in questione usa determinate tecnologie, infrastrutture e fattori produttivi. Alcune di queste tecniche, infrastrutture e tecnologie assurgono (potenzialmente) al rango di *asset* strategici nell'interesse nazionale. Si tratta, precisamente, della c.d. terza generazione degli attivi strategici.

La prima macro-categoria (c.d. prima generazione) è costituita dagli *asset* strategici inerenti al sistema di difesa e sicurezza nazionale^[23]. Tale sistema tocca il nucleo della sicurezza e della sovranità nazionale. Anche i più convinti liberisti non riescono a trovare fondati argomenti per contestare la delicatezza dell'attività svolta da imprese che si occupano di sistemi di propulsione aerospaziali e navali militari, scudi spaziali, parti di armamenti ecc.

In tale ambito, l'esercizio di tali poteri è agganciato alla minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale. L'articolo 1, comma 5, del decreto-legge n. 21 del 2012 prevede che chiunque acquisisca una partecipazione in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale sia tenuto a notificarlo alla Presidenza del Consiglio dei ministri^[24].

La seconda macro-categoria di asset strategici riguarda i settori dell'energia, dei

trasporti e delle comunicazioni^[25].

L'art. 2 del *Decreto Golden Power* disciplina l'esercizio dei poteri speciali da parte del Governo con riferimento alle reti, agli impianti, ai beni e ai rapporti di rilevanza strategica. I relativi presupposti applicativi sono meno incisivi rispetto a quelli previsti per i settori della difesa e della sicurezza nazionale, in considerazione del fatto che le relative aree di operatività strategica sono maggiormente armonizzate a livello europeo (consentendo agli Stati membri l'attivazione di prerogative pubbliche di minore intensità)^[26].

Segnatamente, in tali ambiti (energia trasporti e comunicazioni):

- a) l'esercizio dei poteri speciali si basa sulla sussistenza di una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti;
- b) l'articolo 2, comma 2, del decreto-legge n. 21 del 2012 prevede che debbano essere notificati alla Presidenza del Consiglio dei ministri le delibere, gli atti e le operazioni posti in essere da società che detengono attivi strategici in tali settori^[27];
- c) l'art. 2, comma 5, del decreto-legge n. 21 del 2012 prevede che sia notificato alla Presidenza del Consiglio dei ministri anche l'acquisto da parte di un soggetto esterno all'Unione europea di partecipazioni in società che detengono attivi strategici in tali settori, di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente nella società;
- d) i relativi poteri speciali consistono nell'esercizio, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di un potere di veto alle delibere, agli atti e alle operazioni che modificano la titolarità, il controllo, la disponibilità degli *asset* o la loro destinazione e alle delibere di fusione, scissione, scioglimento, trasferimento all'estero della sede sociale, mutamento dell'oggetto sociale ecc.;
- e) il veto può essere opposto solo in presenza di una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti^[28];
- f) i poteri speciali possono assumere la veste di un potere eccezionale di opposizione all'acquisto di partecipazioni azionarie da parte dei soggetti indicati, che può essere esercitato solo in casi eccezionali di rischio per la tutela degli interessi essenziali dello Stato, relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e

degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti, non eliminabili mediante l'imposizione di altre condizioni;

g) sussiste una graduazione, in virtù della quale il potere di veto può essere attivato solo in presenza di situazioni eccezionali e quello di opposizione solo nei casi di fallimento della misura impositiva (lo strumento meno restrittivo di salvaguardia delle esigenze di interesse generale rappresenta la regola, le misure più invasive, quali il potere di veto e quello di opposizione, sono eccezioni attivabili solo nei casi di accertata inidoneità del potere impositivo o di particolare rischio);

h) i poteri speciali devono essere attivati entro 45 giorni dalla notifica delle delibere o degli atti da adottare o dalla notifica dell'acquisizione delle partecipazioni azionarie (nei casi di violazione della relativa normativa e di inottemperanza alle decisioni governative sono previste sanzioni pecuniarie e specifiche ipotesi di nullità).

La terza macro-categoria abbraccia i settori individuati ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2019/452^[29], che ha istituito un controllo sugli investimenti esteri in settori strategici molto ampi^[30].

Sul piano applicativo, in sede di esercizio dei poteri speciali è frequente il ricorso, da parte della Presidenza del Consiglio, alle c.d. prescrizioni^[31]. L'operazione è autorizzata, ma l'impresa interessata è tenuta a osservare una serie di prescrizioni finalizzate a garantire il conseguimento dell'interesse pubblico^[32]. Tali prescrizioni, sovente, si sostanziano in specifici obblighi di *facere* che possono incidere non poco nella sfera di azione (ed economica) della società^[33]. In genere, l'impresa assoggettata a prescrizioni deve dimostrarne l'adempimento predisponendo e inviando una relazione di ottemperanza (descrittiva delle misure adottate).

In sintesi: in presenza di una serie di situazioni che intercettano interessi essenziali dello Stato, la Presidenza del Consiglio può esercitare il potere speciale nei confronti delle imprese che detengono, o che aspirino a detenere, un attivo strategico^[34].

Quali sono queste situazioni?

Si tratta di operazioni economiche (straordinarie) definite in gergo "operazioni rilevanti". Operazioni che – non a caso – il titolare (o l'aspirante tale) dell'*asset* strategico deve notificare alla Presidenza entro termini perentori, affinché la stessa valuti se e come esercitare il potere speciale. Il titolare dell'attivo strategico (o chi

aspira ad acquisirlo), quindi, deve conoscere bene tali situazioni (di qui la necessità di un'attenta *compliance* aziendale *Golden power*), perché deve capire se e quando ottemperare all'obbligo di notifica. Se non notifica un'operazione che avrebbe dovuto essere notificata, "subisce" l'imposizione del potere speciale ed è passibile di sanzioni afflittive e misure ripristinatorie.

Le operazioni rilevanti (che devono essere notificate alla Presidenza) sono approssimativamente riassumibili in due categorie:

- a) atti *latu sensu* dismissivi, ossia atti posti in essere dal titolare dell'*asset*, che abbiano un effetto dismissivo (chi ha l'*asset* sostanzialmente ne perde il controllo e/o la disponibilità e/o ne modifica la destinazione);
- b) atti acquisitivi, vale a dire atti che abbiano come effetto il cambiamento del titolare dell'*asset*, ovverosia acquisto (in via di principio da parte di soggetti extra UE) del controllo del titolare dell'attivo (per esempio un soggetto extra UE assume il controllo di una società titolare dell'*asset*)^[35].

In dettaglio:

- a) nel primo caso (atti dismissivi) si è in presenza del compimento di atti e operazioni da parte della società suscettibili di modificare il "controllo" degli attivi; il titolare rimane lo stesso ma perde l'attivo strategico (o ne subisce una sensibile diminuzione nella disponibilità); il relativo obbligo di notifica gravante sulla società investe il piano gestorio, vale a dire le modificazioni nella struttura dell'impresa^[36];
- b) nel secondo caso (atti acquisitivi), tipicamente un soggetto extra-UE intende assumere il controllo della società titolare degli attivi strategici "*ai sensi dell'art. 2359 del codice civile e del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*"; il titolare cambia^[37] e il relativo obbligo di notifica grava sul socio extra-UE che intenda acquisire il controllo sulla società.

Esistono, insomma, *asset* strategici per l'interesse nazionale, perché investono direttamente temi quali la sicurezza o le reti di approvvigionamento energetiche o le tecnologie critiche. Poiché il passaggio di mano di tali *asset* potrebbe rappresentare una minaccia, la Presidenza è dotata di una gigantesca lente di ingrandimento sulle c.d. operazioni rilevanti, quali – ad esempio – le c.d. operazioni dismissive. Si pensi all'indicazione esemplificativa contenuta nel comma 2 dell'art. 2 del decreto *golden power* che include tra le "operazioni" astrattamente rilevanti «*le delibere ... aventi ad oggetto la fusione o la scissione, il*

trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento ...»^[38].

Una particolare fenomenologia di operazione rilevante attiene all'esercizio dei poteri speciali (nel settore della sicurezza nazionale) inerenti alle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G (che inerisce alla sicurezza nazionale)^[39]. In questo caso l'operazione rilevante consiste: i) nella conclusione di contratti o accordi aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi relativi alla progettazione, realizzazione, manutenzione o gestione delle reti relative ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G; ii) oppure nell'acquisto, a qualsiasi titolo, di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali a tale realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti extra UE^[40]. Sul piano operativo, l'acquisto di prodotti e di servizi relativi alla tecnologia 5G (forniti da soggetti extra UE) è sottoposto al c.d. *screening* tecnologico. Si tratta di una verifica della sussistenza di “fattori di vulnerabilità che potrebbero compromettere l'integrità e la sicurezza delle reti e dei dati che vi transitano”, compresi quelli individuati sulla base dei principi e delle linee guida elaborate a livello internazionale e dell'Unione europea.

Le complicazioni non sono finite.

Esistono un regime ordinario e un regime transitorio:

- a) quello ordinario è previsto dal d.l. n. 21 del 2012, vale a dire dalla normativa ordinaria in materia di poteri speciali;
- b) quello transitorio è stato introdotto dall'art. 15 del d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020, emanato per far fronte alla situazione emergenziale Covid 19.

Allo stato, il termine del “regime temporaneo” per l'esercizio dei poteri speciali (Golden Power) è stato prorogato al 31 dicembre 2021.

4. La natura dei poteri speciali: si intravedono tracce del “diritto invisibile”

Come illustrato, vi sono interessi pubblici “forti”. Anche interessi di nuova fattura. Si pensi alla materia del 5G (che inerisce alla sicurezza nazionale). Questa tecnologia rappresenta oggi la piattaforma abilitante dell'internet delle cose^[41]. Ma l'internet delle cose incrementa notevolmente quello che è stato definito un nuovo dominio suscettibile di attacco: il dominio cibernetico. Con l'aumentare

dei dispositivi connessi, con la progressiva centralizzazione di *database*, con la moltiplicazione delle transazioni digitali, con la migrazione di tante funzioni verso il *cloud*^[42], si prospetta un mondo notevolmente insicuro. Insicuro perché la sicurezza del mondo materiale dipende sempre più da quella immateriale. Di qui la necessità di un'azione pubblica mirata alla sicurezza cibernetica nell'ambito della quale si iscrive lo strumento del potere speciale, non a caso sistematicamente e funzionalmente coordinato, a livello normativo, con la disciplina sul perimetro nazionale della sicurezza cibernetica^[43].

Un altro inevitabile punto di incontro tra poteri speciali e nuove tecnologie è rappresentato dall'immenso ambito (intersectoriale) dell'intelligenza artificiale. Ambito che, da un lato, sarà a breve oggetto di regolazione da parte delle istituzioni dell'Unione europea^[44] e, dall'altro, è stato inserito nell'elenco dei settori strategici.

Quale è la natura giuridica dei poteri speciali?

È una domanda essenziale (anche) ai fini della loro giustiziabilità. Come rilevato, si tratta di atti di alta (anzi altissima) amministrazione^[45].

I profili di difficile perscrutabilità sono destinati ad ampliarsi per effetto dello straordinario impatto che avrà l'intelligenza artificiale quale tecnologia e input strategico della civiltà del futuro e, a questo punto, anche del presente. Basti solo pensare alle piattaforme di intelligenza artificiale tramite le quali sono sviluppate le soluzioni verticali della smart Agriculture o delle smart City, oppure alle piattaforme di Early Warning System nella valutazione del rischio clinico e, più in generale, alle tecnologie abilitanti dell'Internet of Medical Things (IoMT).

Di qui una prima conseguenza applicativa. Non è agevole duplicare in sede giurisdizionale la stima, da parte della Presidenza, di rischi inerenti, per esempio, all'interruzione di una rete di comunicazione elettronica, a un malfunzionamento delle reti, impianti e sistemi strategici o a un sistema di intelligenza artificiale che, tramite una rete di sensori con robot mobili, è in grado di salvare vite umane nel caso di catastrofi naturali^[46]. Del resto, spesso, solo la Presidenza del Consiglio ha in mano i dati che servono per avere una esatta percezione di quale sia la portata di una minaccia^[47]. Insomma, sul merito della concreta decisione di esercizio del potere speciale e, soprattutto, sul quomodo, l'altissima discrezionalità politica e la rilevanza geopolitica degli interessi in gioco lascia poche speranze a un sindacato sostanziale da parte del giudice, quantomeno nella componente valutativa^[48].

All'interno di quella che può così apparire una "black box", immune da ogni sindacato^[49], abitano tuttavia essenziali regole giuridiche. Regole giuridiche che, investendo le fondamenta stesse dei poteri speciali, possono e devono essere sindacate dal giudice naturale dell'*agere* pubblico. Ecco la (prima) breccia che consente al giudice di accendere una luce nel fisiologico cono d'ombra della valutazione politico discrezionale: oltre ad atti di altissima amministrazione (gli atti di esercizio dei) poteri speciali hanno anche natura di provvedimenti di ordine.

Ne deriva una nuova prospettiva. Quando sono esercitati (con veti, opposizioni o prescrizioni), i poteri speciali assumono la natura di prestazioni imposte. Prestazioni che, come tali, ricadono nel regime dell'art. 23 della Costituzione. Il che apre la strada a un particolare tipo di sindacato giurisdizionale. Non (tanto) sulla scelta valutativa in quanto tale; ma sull'esistenza dei presupposti per tale scelta. Nel sancire una riserva di legge, infatti, l'art. 23 della Costituzione richiede che: i) la legge determini in modo preciso i presupposti della "imposizione" per atto amministrativo; ii) l'atto amministrativo di imposizione espliciti puntualmente quali fatti integrano i presupposti previsti dalla legge per l'imposizione.

Sin dagli anni '50, la Corte costituzionale ha precisato cosa la legge deve necessariamente indicare quando attribuisce un potere impositivo. Il *dictum* della Corte costituzionale è perentorio: la legge deve necessariamente disciplinare gli elementi essenziali che identificano la prestazione imposta e cioè: i) il fatto al verificarsi del quale la prestazione è dovuta (c.d. fatto-presupposto); ii) il soggetto cui tale fatto è ricollegabile e che è tenuto ad effettuare la prestazione (soggetto passivo); iii) la determinazione quantitativa della prestazione richiesta^[50].

In materia di poteri speciali, tali presupposti sono due: strategicità dell'asset e rilevanza dell'operazione. Perché possa applicarsi la normativa sul Golden Power devono sussistere – cumulativamente – due presupposti:

a) la società (che dispone o che è deve essere acquisita) deve gestire un attivo strategico, vale a dire uno dei beni rientranti in una delle categorie individuate dalla norma regolamentare (elemento oggettivo);

b) devono essere posti in essere quegli atti – tassativamente indicati dalla legge – al cui ricorrere è riconnesso l'esercizio del potere speciale (elemento funzionale).

Quanto ai presupposti oggettivi, occorre distinguere tra settore e attivo

strategico:

- a) i settori strategici sono comparti economici molto ampi (energia, telecomunicazioni, trasporti, difesa ecc.);
- b) gli asset sono singole categorie di beni e rapporti giuridici che si collocano all'interno del settore e che, proprio per la loro specifica strategicità, possono essere oggetto di poteri speciali.

Rispondendo la distinzione tracciata, i settori esprimono solo potenzialità astratta di intervento. Gli attivi, invece, sono specifici beni e rapporti giuridici identificati – con regolamento – all'interno del settore. Un settore comprende potenzialmente in sé tantissimi asset; solo alcuni asset – quelli individuati (a monte) con regolamento governativo – sono strategici. Rispetto a quegli specifici asset (e non rispetto al settore), la Presidenza può esercitare il potere speciale: atto concreto di “signoreggiamento” che, alla stregua del Leviatano di Hobbes, sottrae fette rilevanti della libertà di impresa, togliendo ossigeno alle libertà sancite dagli art. 41 e 42 Cost.

La differenza si colloca anche al livello delle fonti:

- a) i settori sono individuati con normativa primaria (atti legislativi o atti UE);
- b) gli attivi sono identificati (su delega legislativa) con atto di normazione secondaria (regolamento);
- c) il potere speciale è esercitato, con atto provvedimentale, dalla Presidenza (solo) su quegli attivi (pre) identificati (ex ante) in via regolamentare.

Veniamo al secondo presupposto: l'operazione rilevante. In presenza di un atto o di una operazione idonea a modificare il regime giuridico degli attivi strategici sorge l'obbligo della società di procedere alla notifica alla Presidenza del Consiglio “entro dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione”. Prima che vi sia data attuazione perché si intende prevenire il rischio che l'atto produca (o, addirittura, esaurisca) i suoi effetti e renda “inutile” l'eventuale adozione, da parte della Presidenza, di prescrizioni e condizioni volte a tutelare gli interessi pubblici. Quanto all'operazione rilevante, vengono in considerazione diverse tipologie di operazioni societarie aventi effetto dismissivo o acquisitivo.

Rimane fermo un punto: poiché sono il presupposto per l'imposizione, e cioè il presupposto per l'esercizio del potere speciale (potere impositivo), l'identificazione dell'asset e delle operazioni rilevanti è assoggettata a riserva di legge. E allora la palla passa alla (rilevanza, soprattutto in giudizio, della) Legge

fondamentale. Il tema si sposta dal contenuto dell'atto di esercizio del potere speciale a ciò che ne sta a monte: la regola della "predeterminazione del presupposto impositivo", sancita dall'art. 23 Cost.

Quando è chiamato a sindacare la correttezza del potere speciale, il giudice amministrativo (se opportunamente investito) effettua un attento sindacato sull'esistenza dei presupposti per l'esercizio del potere speciale. Di qui, si ribadisce, una precisa sfera di sindacabilità giurisdizionale: il sindacato sui presupposti. Nel sindacato sui presupposti ciò che si censura: i) non è (tanto) la scelta discrezionale – a valle – della Presidenza del Consiglio sulla tipologia di misura da adottare o sul suo oggetto; ma (soprattutto) ii) a monte, se l'operazione in questione rientri tra quelle rispetto alle quali la legge consente l'esercizio del potere speciale. Non tanto il *quomodo* quanto l'*an* del potere speciale.

Il giudice è chiamato, soprattutto, a verificare la corretta applicazione - alla fattispecie dedotta in giudizio - dell'art. 23 della Costituzione: se esistessero i presupposti della prestazione imposta (tramite esercizio del potere speciale).

E l'*an* (i presupposti) riguarda l'inquadramento della fattispecie concreta in quella prevista dalla norma: se l'impresa detiene un attivo e se si è in presenza di un'operazione rilevante. Elementi che, come tali, devono essere non valutati ma "fotografati". Così come Giannini affermava che «[...] una sostanza o è tossica o non lo è; può accadere che possa essere più o meno tossica, ma non può accadere che sia opportuno o inopportuno considerarla tossica», allo stesso modo il presupposto o esiste o non esiste; e non può essere opportuno considerarlo artificiosamente avvenuto ed esistente^[51].

Lo ha affermato a chiare lettere il Tar Lazio in una sentenza (ormai definitiva) di annullamento di un atto di esercizio di poteri speciali da parte della Presidenza del Consiglio^[52].

5. Il sindacato sul rispetto dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea

Vi è un secondo terreno in cui può dispiegarsi il sindacato giurisdizionale: il rispetto, da parte del Governo, dei vincoli e principi di diritto UE^[53]. La previsione di poteri speciali innesca il tema della loro compatibilità con la libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento all'interno dello spazio dell'Unione

(ex artt. 63 e 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

Si premette che:

- a) uno dei principi chiave del sistema europeo è la regola in base alla quale gli Stati membri non possono, direttamente o indirettamente, ostacolare limitare o restringere la libertà di movimento delle persone, delle imprese, dei beni, dei servizi e dei capitali^[54];
- b) come precisa la direttiva 88/361/CE, le operazioni di acquisto da parte dei non residenti di azioni e obbligazioni in imprese nazionali, nonché il pieno esercizio del diritto di voto connesso a tali partecipazioni, rientrano a pieno titolo nel principio della libera circolazione dei capitali tutelato dall'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea^[55];
- c) le operazioni di acquisto di investitori di un altro Stato membro di partecipazioni in società nazionali vanno assunte nello spettro di azione del diritto di stabilimento, sancito dall'art. 49 del trattato^[56].

Quanto alla libera circolazione, in base all'allegato I della direttiva 88/361/CE, rientrano nel concetto di “*movimento di capitali*” due diverse tipologie di operazioni finanziarie:

- a) la prima è rappresentata da quello che, in termini finanziari, viene definito “*investimento di portafoglio*”; si tratta dell'acquisto, da parte di non residenti, di titoli in imprese nazionali, effettuato non per influire nella gestione dell'impresa, ma semplicemente a fini speculativi^[57];
- b) la seconda tipologia d'operazione riconducibile ai movimenti di capitali è la c.d. “*partecipazione ad investimento diretto*”; con questa espressione si intende l'investimento realizzato per partecipare alla gestione della società^[58].

Quanto alla libertà di stabilimento:

- a) l'art. 49 del Trattato TFUE implica che «*I cittadini di altri Stati membri dell'UE devono ... avere il diritto di acquistare partecipazioni di controllo, di esercitare integralmente i diritti di voto ad esse connessi e di gestire le imprese nazionali alle stesse condizioni stabilite da un determinato Stato membro per i propri cittadini*»^[59];
- b) il divieto imposto agli investitori di un altro Stato membro di acquisire più di un determinato numero di azioni con diritto di voto delle società nazionali o l'obbligo di chiedere l'autorizzazione per l'acquisto delle azioni oltre una certa soglia costituisce una restrizione alle operazioni d'investimento^[60].

Il giudice europeo è orientato nel ritenere che il principio del “trattamento nazionale” vieti non soltanto le discriminazioni a carattere diretto ed esplicito^[61], bensì, in generale, tutte quelle misure che potrebbero condurre a questo risultato^[62].

Secondo la Corte di Giustizia:

- a) tutte queste misure: i) non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata del libero movimento dei capitali; ii) devono essere proporzionate rispetto alla finalità da raggiungere e, in ogni caso, non possono essere fondate da considerazioni di ordine economico^[63];
- b) i provvedimenti nazionali potenzialmente restrittivi dell’esercizio delle libertà sancite dal trattato, per essere legittimi, devono soddisfare quattro condizioni: i) non devono determinare discriminazioni in sede applicativa; ii) devono essere giustificati da motivi imperiosi d’interesse pubblico; iii) devono essere idonei a garantire lo scopo perseguito; iv) non devono andare oltre quanto è necessario per il conseguimento del medesimo^[64].

Questi principi trovano applicazione con riferimento ai poteri speciali. Introducendo ampie deroghe alle regole e agli istituti del diritto societario sulla contendibilità e sulla gestione delle società per azioni tali poteri incidono sulla libertà di circolazione dei capitali e su quella di stabilimento e sono suscettibili di avere una valenza discriminatoria, poiché introducono limiti alla partecipazione azionaria di investitori stranieri. Per questo, sovente la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibile con il diritto europeo la normativa nazionale.

Per tali ragioni, i poteri speciali sono considerati incompatibili non solo quando hanno l’effetto di impedire, ma anche quando rendono meno interessante l’investimento. Non è necessario dimostrare che la normativa abbia avuto in concreto l’effetto di limitare la libertà di circolazione e/o di stabilimento, essendo sufficiente che tale effetto sia solo potenziale^[65]. L’esercizio di un potere speciale non proporzionale potrebbe scoraggiare gli investimenti europei nel capitale di società operanti in settori strategici. Soprattutto laddove non siano chiari i criteri per tale esercizio. In questo caso, l’investitore europeo:

- a) non riuscirebbe a individuare *ex ante* con sufficiente margine di sicurezza quali società siano soggette al regime italiano dei poteri speciali;
- b) sarebbe disincentivato ad acquisire partecipazioni di controllo, o comunque rilevanti, nel capitale di società titolari di quegli attivi, perché correrebbe il

significativo rischio di una perdita di valore del suo investimento qualora, dopo aver legittimamente esercitato il proprio diritto di controllo in sede assembleare e aver eletto un nuovo consiglio di amministrazione, vedesse la società controllata subire l'imposizione da parte del Governo di misure/condizioni e prescrizioni non previste e assai invasive^[66].

Sino allo scoppio della pandemia, tale approccio del diritto UE rappresentava un solido argine ai poteri speciali attivati dagli Stati membri. La pandemia ha cambiato la prospettiva. Ha reso i vari Stati deboli e vulnerabili rispetto a possibili attacchi esteri alle fondamenta delle istituzioni democratiche^[67].

È ben noto che – in relazione all'evento pandemico e alla fase post pandemica – è sorto un acceso dibattito (anche) scientifico sulla “tenuta” delle istituzioni democratiche e sui delicati equilibri tra tali istituzioni^[68] (si pensi al ben noto tema del sostanziale svuotamento del ruolo delle assemblee parlamentari, a tutto vantaggio dell'esecutivo^[69]), messi a dura prova da tali eventi^[70].

Una cartina al tornasole dell'ulteriore rafforzamento del ruolo dell'esecutivo – sia nei confronti del Parlamento sia, e addirittura, nei confronti della società civile – è la legislazione speciale e transitoria che ha attribuito al Governo un potere, per così dire, ancora più speciale. Nelle more di emanazione del primo decreto di individuazione di alcuni *asset* (decreto poi emanato), la possibilità per il Governo di imporre il potere speciale sull'intero perimetro dei settori individuati dall'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2019/452 (cfr. art. 15 del d.l. n. 23 del 2020). Potere speciale commisurato all'ampio settore, quindi, e non solo all'*asset*.

Il Regolamento (UE) 2019/452 ha istituito un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'UE. In base a tale regolamento, l'Italia - come gli altri Stati membri che dispongono di un meccanismo di *screening* degli investimenti nei settori strategici - cooperano nel vagliare gli investimenti esteri diretti, oggetto di vaglio a livello nazionale, suscettibili di incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in più Stati membri.

In questo quadro, a dimostrazione di quanto rilevante sia stato l'evento pandemico anche nel mondo istituzionale, la Commissione europea ha mutato il proprio approccio.

Segnatamente:

a) con la comunicazione (2020) 112 *final* del 13 marzo 2020 (al Parlamento

europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla BCE, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo), ha affermato che «*Gli Stati membri devono essere vigili e utilizzare tutti gli strumenti disponibili a livello nazionale e unionale per evitare che l'attuale crisi determini una perdita di risorse e tecnologie critiche*»;

b) con una seconda comunicazione (del 26 marzo 2020), ha invitato gli Stati membri ad avvalersi con degli strumenti di controllo degli investimenti diretti esteri, al fine di evitare, nel contesto della pandemia, acquisizioni predatorie di aziende che operano in settori strategici («*A tal fine la Commissione europea invita gli Stati membri ad avvalersi appieno, sin da ora, dei meccanismi di controllo degli IED per tenere conto di tutti i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche, per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici e per altri settori critici, come previsto nel quadro giuridico dell'UE*»).

In questo contesto, a livello nazionale sono stati estesi gli obblighi di notifica *Golden Power* anche ai soggetti appartenenti all'Unione europea che detengono beni e rapporti di cui all'articolo 4 del Regolamento (UE) 2019/452, nonché beni e rapporti individuati nel decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 179 del 2020, previsto dall'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge n. 21 del 2012 (tuttavia, a differenza agli investimenti extra-UE, quanto alle operazioni rilevanti, tale normativa riguarda solo le acquisizioni di controllo)^[71].

Nella sostanza, in via transitoria e per fronteggiare l'emergenza Covid 19, è stata temporaneamente attribuita alla Presidenza la potestà di esercitare il potere speciale non (solo) all'interno dell'*asset* definito, ma anche all'esterno di esso e all'interno del (di gran lunga più ampio) "settore" tracciato dal regolamento UE^[72].

6. Il sindacato giurisdizionale sull'atto (regolamentare) di individuazione dell'attivo

Come accennato, sovente l'attenzione è concentrata sull'atto di esercizio dei poteri speciali. Ma, ancora una volta, esiste il "diritto invisibile", che sta fuori dai riflettori. In questo caso, il diritto invisibile agisce a monte del potere speciale e riguarda la fissazione di uno dei due presupposti: l'atto di individuazione dell'attivo.

Riprendendo l'immagine del "diritto mite", rappresentata a conclusione del

precedente par. 2, tra la legge (decreto Golden Power) e l'atto di esercizio del potere speciale (provvedimento di alta amministrazione con cui si esercita il potere speciale) è interposta una normativa secondaria: il regolamento di individuazione degli attivi^[73]. La normativa primaria sui poteri speciali, quindi, prevede una sua declinazione tramite atti di normazione secondaria e, più precisamente, regolamenti governativi di tipo integrativo attuativo^[74]. Tale interposizione riguarda il presupposto oggettivo: la legge identifica il settore speciale e – all'interno del settore – attribuisce alla norma regolamentare il compito di individuare categorie specifiche di *asset*.

Solo a valle (dell'esercizio del potere regolamentare), la Presidenza del Consiglio può esercitare il potere speciale in relazione a quegli *asset* (individuati con regolamento). Il novero delle operazioni rilevanti, invece, in via di principio è indicato dalla normativa primaria. In via di principio, in quanto alcuni regolamenti aggiungono elementi in ordine all'operazione rilevante, secondo il modello istituzionale della riserva di legge relativa^[75].

Di qui l'immediato riflesso sul piano del possibile sindacato giurisdizionale. Il giudice può essere chiamato a sindacare:

- a) non – o non solo – (a valle) quali siano i parametri e i limiti all'azione dello Stato rispetto agli atti di soggetti titolari di attivi strategici (vale a dire di beni che già sono indiscutibilmente attivi strategici);
- b) ma (prima e a monte) l'atto regolamentare del Governo di individuazione degli attivi strategici.

Ci si sofferma sugli attivi. La prima tentazione è quella di considerare attivi solo i "beni materiali" in senso stretto (infrastrutture, apparati ecc.). Sarebbe un errore. Anche – e soprattutto – nei settori strategici, contano fattori (anche) diversi dai tradizionali beni materiali (intesi come cose).

Gli attivi, infatti, possono essere beni materiali o immateriali. Possono essere anche rapporti giuridici. Come si evince dal d.p.r. 18 dicembre 2020 n. 179, oltre che infrastrutture (essenziali per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale della popolazione), possono essere attivi: tecnologie, beni e rapporti definiti in termini di «fattori produttivi critici» o attività economiche. Ma possono essere anche informazioni. Si tratta delle informazioni essenziali per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico

e sociale della popolazione.

Possono essere rapporti giuridici a carattere non reale e (anche) privi del valore della patrimonialità, intesi come ricerca pura^[76]. Per esempio, poiché possono essere attivi strategici le tecnologie derivanti dagli studi e applicazioni della meccanica quantistica o ai processi a elevato impatto computazionale (cfr. d.p.r. n. 179 del 2020), soprattutto alla luce di quello che sta succedendo sul fronte degli attacchi cibernetici, possono essere esercitati i poteri speciali anche sui nascenti rapporti giuridici di ricerca e sviluppo in materia di “comunicazione quantistica” (vale a dire su quella tecnologia che prefigura l’uso dei “quanti” per proteggere i dati, consentendo di creare reti a prova delle pericolosissime organizzazioni criminali di pirati informatici).

Il che apre la strada a un’avvincente – e feconda – elaborazione giuridica che dai “*beni privati di interesse pubblico*” (e, più precisamente, “*beni di rilevanza pubblica*”)^[77] porta ai “*rapporti giuridici privati di interesse pubblico*” di nuova generazione, nell’ambito dei rapporti tra ricerca scientifica e mondo produttivo^[78].

Riprendendo l’esempio di prima, sulla base degli studi del moto e delle interazioni di sistemi fisici e microscopici, si stanno istituendo strutture di ricerca e incubatori finalizzati a mettere a punto la “comunicazione quantistica”^[79]. Vale a dire soluzioni dirette a soddisfare quel – rilevante – bisogno di sicurezza cibernetica delle organizzazioni (pubbliche e private). Di qui la rilevanza dei rapporti giuridici – anche e soprattutto – di ricerca e sviluppo condotti in tali ambiti.

Ma se dal nostro Paese vi fosse (come purtroppo in parte già avvenuto) un progressivo trasferimento all’estero di metodiche, sistemi di ricerca e tecnologie critiche, l’effetto sarebbe un progressivo impoverimento. Prendendo in prestito un termine informatico, i servizi di *intelligence* parlano di “esfiltrazione” del sapere scientifico strategico^[80], per effetto della quale, seguendo l’esempio di prima, lo Stato italiano potrebbe non essere più in grado di gestire efficacemente il neo istituito scudo cibernetico pubblico - privato (perimetro nazionale della sicurezza cibernetica) con l’adeguata “scienza ed esperienza”. Per esempio, le imprese italiane “perimetrare” non sarebbero in grado di identificare adeguatamente i c.d. “sottoinsiemi” ICT/OT critici o effettuare l’obbligatoria analisi del rischio su tali *asset*. Oppure, in prospettiva, il Centro di valutazione e

certificazione nazionale (CVCN) sarebbe privato di essenziali risorse per effettuare lo screening tecnologico previsto dalla normativa di settore ecc.

Di qui l'interesse a che il delicato patrimonio, scientifico e organizzativo in ambiti delicatissimi non sia "espantato"^[81].

Rilevanti le conseguenze sul piano giuridico di tale architettura.

Mentre l'atto di esercizio del potere speciale è un atto a carattere ablatorio (prestazione imposta), l'atto (a monte) di individuazione degli attivi strategici assume il carattere di atto a "valenza conformativa", ovverosia di imposizione (*rectius* ricognizione) di quei "sacrifici" che conformano i diritti dei privati (poiché ne definiscono dall'esterno le modalità di utilizzo). Una valenza conformativa non solo di beni in senso stretto, ma più in generale di rapporti giuridici. Pertanto, l'atto normativo (il regolamento) di individuazione di una categoria di beni e rapporti come attivi strategici incide in modo significativo: i) nello statuto giuridico dei beni e rapporti che ne sono coinvolti; ii) nel diritto di iniziativa economica privata dei soggetti titolari di tali beni e rapporti; iii) nelle libertà riconosciute dal diritto UE.

La natura di atto a carattere conformativo dell'attivo strategico chiama in causa la (corposa) riflessione dottrinale e giurisprudenziale in tale materia:

- a) tutti i diritti vanno conformati (limitati da vincoli pubblici e privati) e la relativa cornice pubblicistica è rappresentata dai c.d. poteri conformativi (le distanze tra costruzioni sono limiti conformativi all'esercizio del diritto di proprietà degli immobili posti nella cinta urbana; i tetti all'emissione elettromagnetica sono limiti conformativi all'uso delle antenne radio base o degli elettrodotti);
- b) sono conformativi i vincoli incidenti con carattere di generalità e in modo obbiettivo su categorie di beni (vincoli derivanti da limiti posti dalla pianificazione urbanistica; vincoli ambientali-paesistici; limiti posti nei regolamenti urbanistici e nelle relative norme tecniche e riguardanti altezza, cubatura, superficie coperta, distanze, zone di rispetto e indici di fabbricabilità);
- c) in presenza di un diritto costituzionalmente rilevante (in specie diritto di proprietà su beni che potrebbero essere considerati attivi strategici), si ha conformazione in tutti i casi in cui l'atto regolatorio non incida in quello che la scienza costituzionalistica definisce come "contenuto minimo" o "contenuto essenziale del diritto" costituzionalmente rilevante, ovverosia il nucleo intangibile

che non può essere scalfito neanche da norme conformative (diritto a edificare in zone classificate come edificabili; i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; il diritto a ricevere le prestazioni indispensabili nel caso di sciopero dei servizi pubblici essenziali; il diritto a ristrutturare l'immobile senza modificarne volumetria, superficie e sagome ecc.);

d) quando si intacca il nucleo, il diritto è sottratto, sostanzialmente, al suo titolare e tale sottrazione è espressione di una funzione pubblica diversa dalla conformazione, consistente nella funzione ablatoria^[82].

L'atto di individuazione degli attivi strategici, quindi, identifica (anzi, conforma) una serie di beni e rapporti privati per assoggettarli al particolare regime giuridico dei poteri speciali, operando con un meccanismo assimilabile alle obbligazioni *propter rem*. Chi è titolare o dispone di quella categoria di quei beni, rapporti o informazioni (o chi aspiri a divenirlo) è assoggettato al regime dei poteri speciali.

È utile ritornare alla natura giuridica del decreto di individuazione dell'attivo: regolamento integrativo attuativo, ai sensi dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988^[83]. Tale dato è rilevante, posto che tali regolamenti hanno natura normativa, ma sono pur sempre sottordinati rispetto alla legge di cui costituiscono attuazione. Il che implica – in base al principio dell'interpretazione conforme e dell'effetto utile - che il regolamento deve essere interpretato e applicato conformemente alla finalità sostanziale della norma primaria che applica^[84].

7. Perché è soprattutto sul regolamento di individuazione concreta dell'attivo che si gioca la partita della *rule of law* sui poteri speciali. Le dubbia tenuta sugli attivi (nel settore) delle comunicazioni elettroniche.

Il settore è il *genus*; gli attivi sono *species* e il potere speciale è esercitabile (solo) all'interno delle *species*.

Analizzando l'atto (regolamentare) di individuazione degli attivi, in alcuni dei settori interessati dal decreto, il regolamento governativo è strutturato nel modo seguente:

- a) atto di individuazione degli attivi di rilevanza strategica, e quindi di identificazione di categorie di beni qualificate come strategiche;
- b) atto di inclusione di specifici *asset* nella categoria prima identificata, vale a dire

di identificazione di specifici beni che devono necessariamente far parte degli attivi.

È soprattutto al riguardo che vengono in rilievo i principi di diritto UE sopra illustrati. Per risultare compatibili con il diritto UE, i poteri speciali devono essere congegnati secondo logiche simili a quelle dell'impresa che opera nel mercato. Le misure di politica economica adottate dallo Stato, infatti, devono sempre tendere verso equilibri volti a favorire le libertà fondamentali che ammettono limitazioni solo se giustificate da precise e concrete esigenze d'interesse generale. Gli *special rights*, quindi, possono operare solo in presenza di specifiche finalità di interesse pubblico (ordine pubblico, sanità, sicurezza) e solo là dove si tratti di minacce reali e gravi a tali interessi.

Secondo il giudice europeo il principio del "trattamento nazionale" vieta non solo le discriminazioni a carattere diretto ed esplicito, ma anche, in generale, tutte quelle misure che potrebbero condurre a questo risultato. Queste misure: i) non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata del libero movimento dei capitali; ii) devono essere proporzionate rispetto alla finalità da raggiungere e, in ogni caso, non possono essere fondate da considerazioni di ordine economico.

Il che apre la strada a una valutazione giudiziale di proporzionalità. L'organo giudiziale (se investito) può e deve valutare la non eccessiva invasività dell'atto di individuazione: che la misura (regolamento di individuazione dell'attivo), effettivamente, non sia assolutamente sostituibile con misure meno penetranti ma adeguate a perseguire gli interessi pubblici.

In specie, quindi, la proporzionalità riguarda il regolamento che consente di passare dal settore all'attivo. Questo è uno degli snodi fondamentali: il settore è solo un ambito "teorico". La vera partita si gioca nell'identificazione – con regolamento governativo – dell'attivo. Questo passaggio – attuato in via regolamentare – è coerente se il percorso che va dal settore all'attivo è di tipo (fortemente) selettivo e oggettivo. Non tutte le infrastrutture inerenti al settore possono diventare attivi strategici, ma soltanto alcune: quelle dotate di un intrinseco e indiscusso carattere di strategicità.

Diversamente, si viola la regola ordinamentale della proporzionalità^[85].

Utile un esempio. Molti attivi strategici rientrano nei servizi di pubblica utilità. Ma sarebbe un intervento non proporzionale considerare strategico l'intero

servizio nel quale essi rientrano. Vi sarebbe una violazione della proporzionalità se si sovrapponesse il concetto di rilevanza strategica per l'interesse nazionale con quello di pubblica utilità o di interesse pubblico (o generale) o, anche, di servizio pubblico essenziale o di interesse economico generale. I relativi statuti proprietari e connessi obblighi conformativi, si ribadisce, sono diversi^[86]. Una cosa è la pubblica utilità e una cosa ben diversa è la strategicità per l'interesse nazionale. La seconda (strategicità) è una sottospecie della prima, in quanto particolarmente connotata dal concetto – si noti – non di semplice utilità, ma di “strategicità” per interessi essenziali del Paese, il cui venir meno potrebbe tradursi in seria minaccia di pregiudizio grave per tali interessi. Solo alcune delle opere di pubblica utilità sono *anche* strategiche^[87].

Per tale ragione, si ribadisce, risultano anacronistiche e superficiali le critiche, cui spesso si assiste, a proposito della decisione – con atto di natura legislativa – di assoggettare a *Golden Power* determinati settori economici. In potenza, quasi tutti i comparti economici potrebbero assumere – ragionevolmente – valenza strategica. Quello che invece rileva in termini di forte limitazione al diritto di impresa è l'atto regolamentare di individuazione di specifici attivi.

Per esempio, è indiscussa la rilevanza della strategicità del comparto sanitario^[88]. Ma una cosa è parlare di biobanche “postgenomiche” (o “*population biobank*”) - ovvero sia le raccolte di materiali biologici su scala di popolazione, allo scopo di fornire materiali biologici o dati da esse ricavati per futuri progetti di ricerca che contengono campioni biologici correlati a informazioni genealogiche (e che ricevono e forniscono i materiali in modo organizzato^[89]) - e ben altra cosa è l'attività di una ASL o una normale struttura sanitaria, non certo strategiche.

Tirando le fila: si dibatte sul grande tema di principio (se, per esempio, sia giusto che l'immagazzinamento dei dati o le nuove tecnologie siano potenzialmente assoggettati a poteri speciali) o sulla singola valutazione del Governo sul concreto esercizio del potere (l'intervento nei contratti relativi a una rete 5G di cui *vendor* sia una società extra UE), ma non si analizza in modo adeguato il momento istituzionale centrale (e a monte): il passaggio dal *settore* all'*attivo*. Mentre ci si impegna in una futile batracomiomachia inerente alla scelta di assoggettare a *Golden Power* un settore, passano inosservati cruciali snodi istituzionali in cui – in concreto – si misura la tenuta dello Stato di diritto (soprattutto sul versante della legalità rispetto al diritto UE): l'atto governativo di individuazione concreta

dell'attivo, ovvero sia quel momento delicatissimo in cui si misura l'effettiva tenuta della proporzionalità di derivazione europea.

Individuazione specifica che: deve avvenire (altrimenti le imprese rimangono di fronte all'incertezza di considerare strategico l'intero settore); deve essere chiara e univoca (non vi devono essere dubbi su quale attivo sia strategico); deve essere fortemente selettiva e proporzionata (identificando quali beni da cui effettivamente dipende la sicurezza nazionale). Queste regole sono essenziali perché i principi di proporzionalità e di necessità imposti dal diritto europeo – e declinati dalla Corte di Giustizia – in materia di poteri speciali si applicano non solo (per così dire a valle) in sede di esercizio del potere speciale da parte della Presidenza. Si applicano anche e soprattutto (a monte) nell'individuazione degli *asset* strategici.

A dire il vero, quasi sempre il Governo si è attenuto a tali canoni. Si pensi al settore energetico, in cui sono attivi strategici, per esempio, le reti energetiche di interesse nazionale e i relativi rapporti convenzionali, la rete di trasporto nazionale del gas e relativi stazioni di compressione e centri di dispacciamento; le infrastrutture di approvvigionamento di energia elettrica e di gas da altri Stati, compresi gli impianti di rigassificazione di GNL *onshore e offshore*, la rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e relativi impianti di controllo e dispacciamento.

In questi ambiti si evince come il regolatore abbia voluto fare propri – ed applicare in modo molto preciso – i criteri di proporzionalità, necessità e adeguatezza enunciati dalla Corte di Giustizia^[90]. Il che si è tradotto in un approccio “chirurgico” che opera su due fronti:

- a) è stato operato un “taglio verticale”, posto che non tutte le attività di filiera sono state considerate strategiche, ma solo alcune (solo trasporto o trasmissione dell'energia elettrica e gas);
- b) è stato operato un “taglio orizzontale”, in quanto delle attività che residuano (dal taglio verticale) è stata effettuata un'ulteriore cesura, considerando solo parti dei beni e delle attività (non tutto il trasporto del gas o la trasmissione di energia elettrica ma solo quello con reti nazionali; non tutto l'approvvigionamento del gas, ma solo le reti di approvvigionamento dall'estero; non tutti i porti o aeroporti, ma solo quelli di interesse nazionale)^[91].

Si ribadisce: per essere legittimo l'approccio deve essere di tipo (fortemente)

selettivo e oggettivo, provvedendo a un'individuazione non per *categorie generali*, ma per *tipologie specifiche*^[92].

Ma a volte anche il legislatore, come Omero nel noto verso oraziano^[93], è letargico e disattento. E questo grande sonno – a discapito della chiarezza e certezza giuridica – è avvenuto nel settore delle comunicazioni elettroniche^[94].

L'art. 3 del d.p.r. 23 dicembre 2020 n. 180, infatti, in materia di comunicazioni:

a) identifica tre categorie di *asset*: i) reti dedicate; ii) rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane, i router di servizio e le reti a lunga distanza; iii) impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultra larga e nei relativi rapporti convenzionali;

b) include gli elementi dedicati per la connettività, sicurezza, controllo e gestione di reti di accesso di telecomunicazione in postazione fissa.

Apprendo uno spesso cono d'ombra, tale norma: i) non è chiara, in quanto difetta di contenuti certi, di una strutturazione nitida e di uno sviluppo coerente; ii) non è affatto precisa, in quanto si presta a equivoci in sede interpretativa; iii) non è uniforme linguisticamente, in quanto non permette di riconoscere senza equivoci quando ci si riferisce a uno stesso oggetto^[95].

Salvo che per il riferimento al servizio universale, ciascuna delle formulazioni contenute nell'art. 3 si presta a una duplice interpretazione: una estensiva e una restrittiva. Accedendo a un'interpretazione estensiva, considerando tutte le categorie di *asset* ivi previste e nella massima estensione del significato di ciascuna categoria, avremmo che quasi l'intero settore delle comunicazioni e tutte le reti ivi previste sono *asset* strategici. Nella sostanza, e salvo qualche eccezione, vi sarebbero escluse solo le reti aziendali.

È agevole dimostrare tale soglia di opinabilità. Il comma 2 (che identifica gli attivi "inclusi") fa rientrare negli attivi strategici «*gli elementi dedicati ... per la connettività (fonia, dati e video), la sicurezza, il controllo e la gestione relativi a reti di accesso di telecomunicazioni in postazione fissa*». Non è chiaro cosa significhi "elementi dedicati". In telecomunicazioni esistono le c.d. linee dedicate (o circuiti diretti numerici), che consistono in collegamenti punto-punto o punto-multipunto. A livello normativo, esiste il concetto di "risorsa correlata", ovvero «*i servizi correlati, le infrastrutture fisiche e le altre risorse o elementi correlati ad una rete di comunicazione elettronica o ad un servizio di*

comunicazione elettronica che permettono o supportano la fornitura di servizi attraverso tale rete o servizio, ovvero sono potenzialmente in grado di farlo, ivi compresi tra l'altro gli edifici o gli accessi agli edifici, il cablaggio degli edifici, le antenne, le torri e le altre strutture di supporto, le guaine, i piloni, i pozzetti e gli armadi di distribuzione» (cfr. art. 1, comma 1, lett. ee), del d.lgs. n. 259 del 2003). Il richiamo, indiretto, alle reti in postazione fissa, poi, fa sorgere il dubbio che nella nozione di attivo strategico possano rientrare tutte le reti in postazione fissa. Il che non è scontato, anche alla luce del quadro regolatorio specifico di settore. Una interpretazione estensiva potrebbe aprire a una serie di perplessità anche e soprattutto sul piano della disparità di trattamento con gli attivi nell'energia e nei trasporti. Non si comprenderebbe, infatti, perché mai: i) non sia attivo strategico un porto minore; ii) ma lo sarebbe un piccolo apparato che serve una rete di accesso di comunicazioni.

Il problema fondamentale è che:

- a) mentre, con riferimento alle reti energetiche e di trasporto ciascuna delle categorie di *asset* è individuabile tramite atti normativi (la rete di trasporto nazionale è identificata con atto amministrativo, lo stesso la rete di trasmissione, lo stesso le infrastrutture di approvvigionamento di energia di gas e da stati esteri, lo stesso gli aeroporti di interesse nazionale ecc.);
- b) quanto ai concetti di reti dedicate, rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane ecc., l'identificazione dei relativi *asset* si presta a un'interpretazione di taglio restrittivo o di taglio estensivo.

Il che – ovviamente – genera incertezze, anche considerato che le comunicazioni elettroniche sono un settore liberalizzato e aperto alla concorrenza, prima intensamente regolato, poi via via deregolato e assoggettato a una *soft regulation*^[96] (il settore delle telecomunicazioni rappresenta il paradigma del mercato globalizzato, caratterizzato dalla presenza di attori multinazionali^[97]).

Di qui il fondamentale ruolo del giudice amministrativo, che fisiologicamente sarà chiamato a contestualizzare alla materia dei poteri speciali una fondamentale regola di derivazione europea: i provvedimenti nazionali potenzialmente restrittivi dell'esercizio delle libertà sancite dal trattato per essere legittimi devono soddisfare quattro condizioni: i) non devono determinare discriminazioni in sede applicativa; ii) devono essere giustificati da motivi imperiosi d'interesse pubblico; iii) devono essere idonei a garantire lo scopo perseguito; iv) non devono andare

oltre quanto è necessario per il conseguimento del medesimo^[98].

Questi principi, si ribadisce, trovano piena applicazione con riferimento ai poteri speciali.

Introducendo ampie deroghe alle regole e agli istituti del diritto societario sulla contendibilità e sulla gestione delle società per azioni, infatti, tali poteri incidono sulla libertà di circolazione dei capitali e su quella di stabilimento e sono suscettibili di avere una valenza discriminatoria, perché introducono limiti alla partecipazione azionaria di investitori stranieri. Per tale ragione, sovente la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibile con il diritto europeo la normativa nazionale. Secondo la giurisprudenza europea: i) i poteri speciali sono considerati incompatibili non solo quando hanno l'effetto di impedire, ma anche quando rendono meno interessante l'investimento; ii) non è necessario dimostrare che la normativa abbia avuto in concreto l'effetto di limitare la libertà di circolazione e/o di stabilimento, essendo sufficiente che tale effetto sia solo potenziale.

Ovviamente, data la valenza pregnante del diritto UE, è ragionevole prefigurare il ricorso, nell'ambito dei giudizi amministrativi, al rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

Ritorniamo al ruolo del giudice amministrativo. In sede di impugnativa dell'atto di esercizio del potere speciale, l'organo giurisdizionale adito potrebbe rilevare l'illegittimità della norma – a monte – regolamentare^[99]. Il che innesca l'interessante dialettica giudiziale della doppia impugnativa. È ben nota la differenza tra volizioni-azioni (autonomamente impugnabili) e volizioni preliminari (non autonomamente impugnabili). Il regolamento è una volizione preliminare e, come tale, non è autonomamente impugnabile. Solo eccezionalmente, assume la natura di volizione-azione (autonomamente impugnabile). Di norma, quindi, la censura dell'illegittimità della norma regolamentare di individuazione dell'attivo potrebbe essere avanzata unitamente all'impugnazione dell'atto di esercizio del potere speciale.

Ma vi potrebbe essere spazio anche per la disapplicazione dell'atto regolamentare da parte del giudice amministrativo, anche considerato che in tale ambito: i) si è in giurisdizione esclusiva; ii) la controversia riguarda il diritto soggettivo a non essere sottoposti a prescrizioni non previste per legge^[100]. L'istituto della disapplicazione trova ormai pacifico ingresso nel giudizio amministrativo. Poiché il regolamento è un atto normativo, in virtù del principio ordinamentale della

gerarchia delle fonti, il giudice può – e deve – sempre verificare se la norma secondaria sia conforme alla norma primaria^[101]. Laddove accerti una difformità, il giudice amministrativo disapplica la norma secondaria con riferimento al caso concreto dedotto in giudizio^[102].

Piuttosto, data anche la rilevanza della materia, sul piano processuale si potrebbe porre il tema della ricorrenza – in materia di poteri speciali – di uno dei casi di c.d. “disapplicazione obbligatoria” da parte del giudice amministrativo. Il punto è interessante. Per non allargare eccessivamente la breccia al termine decadenziale di impugnativa, tendenzialmente la giurisprudenza considera la disapplicazione un potere giudiziale (c.d. disapplicazione facoltativa). In alcuni casi, tuttavia, la disapplicazione diventa una strada obbligata per il giudice: strumento obbligato mediante il quale il giudice conosce dei regolamenti alla stregua di quanto accade per la contrarietà a norme UE immediatamente applicabili.

Non sarebbe illogico, soprattutto alla luce della forte connotazione europea, far rientrare la disapplicazione del regolamento (illegittimo) di individuazione dell’attivo nell’alveo della c.d. disapplicazione obbligatoria.

8. Un possibile vizio di legittimità: l’esercizio del potere intra settore ma extra attivo

Come accennato, in materia di poteri speciali, esiste una triplice logica a imbuto: individuazione del settore speciale con norma primaria; identificazione degli attivi con regolamento; esercizio del potere speciale da parte della Presidenza.

Si consideri quest’ultimo profilo: il potere come “*dasa – patish*” (“signore dei sudditi”), ossia il potere speciale visto nel suo dinamico e concreto esercizio prescrittivo. Un esercizio che – se non sapientemente utilizzato e calibrato – sottraendo ossigeno alle libertà fondamentali, potrebbe rischiare di asfissiare il sistema democratico.

Ancora una volta, non si prende in considerazione il profilo della concreta valutazione o delle prescrizioni imposte dalla Presidenza. In questo caso siamo dentro la cucina dell’altissima discrezionalità politica amministrativa. E dobbiamo lasciare cucinare la pietanza al nostro *chef* stellato (Presidenza del Consiglio).

Ma il giudice amministrativo può verificare se lo *chef* utilizzi gli ingredienti giusti.

Di qui un altro tema – istituzionale e ordinamentale – lontano dai riflettori. Potrebbe la Presidenza esercitare un potere speciale all'interno di un settore, ma fuori dall'attivo? Potrebbe la Presidenza del Consiglio non limitarsi a individuare come strategici beni e rapporti compresi nelle categorie tipizzate dalla norma regolamentare (ovverosia a considerare strategici alcuni beni proprio in quanto rientranti in quelli individuati nel regolamento)? Potrebbe considerare strategici anche beni diversi da quelli rientranti nelle categorie scolpite dalla norma regolamentare, considerando l'elencazione ivi prevista (dalla norma regolamentare) non tassativa, ma esemplificativa?

La risposta (a tutti questi interrogativi) è assolutamente no. Ancora una volta il principio di legalità, configurato nella disciplina normativa della materia, pone limiti invalicabili al “*potior*”.

Oltre a non potere andare fuori settore, la Presidenza non può andare neanche fuori attivo. La Presidenza può esercitare il proprio potere speciale – solo ed esclusivamente - all'interno delle categorie individuate dai rispettivi regolamenti. Non all'esterno di tali categorie. Andare all'esterno vorrebbe dire segnare – prendendo in prestito il titolo il famoso lavoro di Merusi – un nuovo sentiero interrotto della legalità (in materia di poteri speciali)^[103].

Lo ha affermato a chiare lettere il Tar Lazio nella citata sentenza 8742 del 2020: «*deve [...] escludersi che l'esercizio dei poteri possa riguardare operazioni diverse da quelle previste dalla legge ovvero asset non individuati tra quelli “strategici [...]”*».

Anche per garantire l'uguaglianza, per legge, l'individuazione degli attivi strategici deve avvenire (solo) con atto regolamentare. Vale a dire con atto normativo generale e astratto e non con atto provvedimentale (atto applicativo). Il che significa che le categorie individuate dall'atto regolamentare sono chiuse: l'esercizio del potere di individuazione è demandato alla volizione preliminare (il regolamento), non alla volizione azione (l'atto applicativo).

Non potrebbe, quindi, la Presidenza del Consiglio individuare – con atto provvedimentale – categorie diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate tassativamente dall'atto regolamentare. Non potrebbe anche perché, per specifica prescrizione legislativa, l'atto regolamentare deve essere emanato con le forme istituzionali del regolamento ex art. 17, comma 1, della legge n. 400 del 1988 (proposta del Presidente del Consiglio e dei ministri competenti, preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, parere del Consiglio di Stato, pareri delle

competenti commissioni permanenti delle Camere, deliberazione del Consiglio dei ministri); l'atto provvedimentale applicativo no (quantomeno con quelle forme).

Diversamente, avremmo che alcune categorie di *asset* (quelle oggetto della volizione preliminare) sarebbero individuate con le forme e garanzie dei regolamenti; altre categorie di *asset* (quelle oggetto dell'atto provvedimentale di esercizio del potere speciale) senza tali forme e garanzie. Tale assunto è stato affermato dalla sentenza del Tar Lazio n. 8742 del 2020: «*non è... consentita una estensione in via provvedimentale, caso per caso, del novero delle attività strategiche, all'infuori di quelle indicate, nei relativi settori, dalla disciplina regolamentare*».

9. Penultima questione: è consentito al giudice amministrativo usare la bilancia della proporzionalità (specie) nei settori strategici di nuova generazione?

Vi è un altro ambito in cui è possibile che il giudice amministrativo possa giocare un ruolo rilevante. Si tratta, a dire il vero, di un ruolo delicato: usare la bilancia della giustizia per riscontrare – e misurare - il “livello critico” del potenziale *asset* o, meglio, la correttezza della valutazione della Presidenza in ordine alla “criticità” nei settori strategici di nuovo conio.

Occorre chiarire il punto.

Gli ultimi decenni hanno consegnato un quadro in cui l'economia e la sicurezza sociale sono imperniati su infrastrutture e tecnologie digitali di nuova generazione, da cui dipendono praticamente i principali processi produttivi: del futuro e in buona parte del presente. Ci si riferisce, per esempio, alle nuove tecnologie applicate nell'automazione industriale e funzionali alla produzione di macchine automatiche, macchine utensili a controllo numerico, sistemi cibernetici di fabbrica, alla robotica collaborativa, alla tecnologia *Machine To Machine Communication* (M2M), all'apprendimento automatico computerizzato (*Machine Learning*), alla manifattura additiva.

Di qui la scelta del legislatore – europeo e italiano – di considerare tutti questi settori come strategici e potenzialmente oggetto di settori speciali. Ma, come rilevato, tutto si gioca nel processo che porta dal (generico) settore allo (specifico) attivo.

In tali ambiti, la tecnica di “messa a fuoco” dell’attivo è particolare. Con il regolamento n. 179 del 2020, di individuazione dei nuovi attivi, si identificano tanti attivi. Si pensi, solo per esemplificare, agli *smart contract*, all’intelligenza artificiale o ai sistemi di navigazione satellitare per la tracciatura dei campi, dei mari e dei bacini idrici e per la realizzazione di mappe di produzione e di prescrizione^[104].

Ma per diventare strategiche, le relative tecnologie devono divenire “critiche”.

E qui sta il nodo. In “potenza”, nella identificazione governativa dell’*asset*, potrebbero essere comprese tutte le tecnologie innovative: dalle nanotecnologie alle tecnologie di prototipazione rapida; dall’intelligenza artificiale alla realtà virtuale e aumentata; dalla robotica ai semiconduttori e ai microprocessori; dai sistemi computazionali, alla microelettronica, alla sensoristica e agli attuatori.

Il catalogo è ampio. Il che, teoricamente, porterebbe qualunque impresa, incubatore, start up che dispone di tali tecnologie a essere assoggettata a regime *Golden Power*. Si pensi alle università private che utilizzano «tecnologie basate su registri distribuiti» (*blockchain*) per gestire i rapporti con gli studenti. O a un’impresa che disponga di sistemi tecnologici per l’analisi di grandi volumi di dati al fine di estrarre informazioni (*BigData & Analytics*)^[105]. Avremmo la distopia di una Presidenza che controlla tutto e tutti. Da uno sparuto gruppo di ingegneri, fisici o chimici che mettono a punto tecnologie di *Fintech* alle comunicazioni, alla sensoristica ecc.

Ancora una volta, riecheggia il monito che deriva dal diritto UE e che si pone quale argine ad un controllo pubblico totalizzante.

L’approccio seguito dalla Corte di Giustizia nella valutazione dei c.d. “*special rights*” è sempre stato rigoroso e fondato su di un’attenta e approfondita analisi del carattere determinato e preciso dei criteri di esercizio di tali poteri, condotta alla luce del principio di proporzionalità. I poteri speciali hanno, per la Corte di giustizia, natura di provvedimenti statali. Al di là della loro veste formale, si tratta di decisioni che, sotto il profilo soggettivo, presentano derivazione statale, e, sotto quello oggettivo, sono funzionalizzate al perseguimento di finalità d’interesse generale. Il nodo critico è sempre stato rappresentato dal c.d. eccesso: i) dall’eccessiva generalità e vaghezza dei presupposti e contenuti: ii) dall’eccessiva discrezionalità del governo in merito alla loro attivazione. L’eccessiva discrezionalità riconosciuta alle autorità pubbliche è stata considerata tale da

attribuire ai poteri speciali un carattere non proporzionato, poiché rendeva probabile il rischio che le deroghe alle libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento fossero attivate anche quando non necessario al perseguimento delle esigenze di interesse generale e in assenza di un controllo preventivo della Commissione.

Scontata, quindi, la necessità di meccanismi di selezione; anche e soprattutto nell'ambito delle norme di individuazione degli attivi del nuovo millennio.

Nella illustrata prospettiva selettiva adottata dal d.p.r. n. 179 del 2020, sembra potersi ritenere che il carattere strategico di un attivo sia identificabile tramite un meccanismo (concettualmente) divisibile in due fasi:

- a) una descrittiva in cui si identificano tecnologie, infrastrutture, fattori produttivi e informazioni di ampio spettro (settore);
- b) una valutativa, che porta tali tecnologie a diventare critiche (attivo).

Pertanto, non tutte le tecnologie, fattori produttivi o infrastrutture ivi - tipologicamente - indicate siano *asset* strategico. Perché lo diventino, devono essere "critiche", ovvero sia devono arrivare a un livello di rilevanza (leggasi criticità) tali da diventare strategiche. In altri termini, all'atto di decidere se vi siano i presupposti per l'esercizio del potere speciale, la Presidenza del Consiglio dovrebbe verificare: i) (anzitutto) se vi siano attività che rientrano in una delle tecnologie o tipologia di informazioni (pre) identificate; (poi) quale sia la rilevanza e il peso di tali attività sulla base di una serie di parametri.

Che vi sia l'esigenza di "pesare" la criticità di una tecnologia si evince da quella parte del decreto n. 179 del 2020, in cui vi sono alcune norme preposte a fissare presunzioni *ex ante* di criticità:

- a) in materia energetica, per esempio, le tecnologie critiche, incluse le piattaforme, di gestione dei mercati all'ingrosso del gas naturale e dell'energia elettrica o le attività economiche di rilevanza strategica svolte nel settore energetico, esercitate da imprese che realizzano un fatturato annuo netto non inferiore a 300 milioni di euro e aventi un numero medio annuale di dipendenti non inferiore a duecentocinquanta unità;
- b) in materia di dati, il trattamento, l'archiviazione, l'accesso o il controllo di dati riferibili almeno a 300.000 persone fisiche o enti.

La necessità di un approccio valutativo sembra potersi evincere anche da una clausola normativa di sussidiarietà: inapplicabilità di alcune norme sui poteri

speciali in ragione dell'esistenza di una specifica regolamentazione di settore, anche di carattere convenzionale, connessa a uno specifico rapporto concessorio, idonea a garantire in modo adeguato la sicurezza del funzionamento delle reti e degli impianti e la continuità degli approvvigionamenti (e in generale dell'ordine pubblico)^[106].

Per esempio, con riferimento all'immenso e delicato settore dell'intelligenza artificiale, il necessario scrutinio di criticità di asset strategici può essere effettuato alla luce dei criteri di rilevanza *risk based* contenuto nell'emanando *framework* europeo sull'intelligenza artificiale.

Pertanto, sembra plausibile ritenere che, fuori dai casi della definizione *ex ante* (e fuori dalle esclusioni), spetti all'interprete (Presidenza del Consiglio e giudice chiamato a sindacare la legittimità dell'operato della prima) effettuare tale giudizio di rilevanza.

Si pensi a un caso in cui, ritenendo di disporre di tecnologie priva di rilevanza "critica", un soggetto non notifichi l'operazione alla Presidenza la quale, di diverso avviso, intervenga esercitando il potere speciale (sanzionando, inoltre, per mancata notifica). Il soggetto che subisce il potere speciale potrebbe impugnare l'atto di esercizio del potere speciale, censurando l'inesistenza del carattere della criticità: la tecnologia è riconducibile nominalmente a quelle previste dal decreto, ma non raggiunge una soglia minima di criticità. In questo caso è tecnologia (o infrastruttura o fattore produttivo) strategica in potenza, ma non è critica in concreto.

Un'interpretazione di questo tipo aprirebbe la strada a un controllo giurisdizionale di rilevanza della tecnologia: il controllo giurisdizionale sulla "criticità". Niente di nuovo sotto il sole: solo un modo diverso di identificare il sindacato di proporzionalità.

10. L'ultimo tassello del sindacato giurisdizionale: il "diritto mite" gioca un ruolo decisivo nella spiegazione della "black box" del potere speciale

Si ritorna al "diritto modesto", lontano dai riflettori delle altisonanti valutazioni. Istruttoria corretta; motivazione scritta e precisa; trasparenza e coerenza del processo decisionale.

Il diritto modesto può fornire una chiave di lettura all'accesso dibattito, emerso nella letteratura scientifica (anche) internazionale sulla c.d. "spiegazione della *black box*". L'espressione *black box* indica i casi in cui si fa uso di algoritmi e metodi computazionali di cui non si conoscono bene i meccanismi di funzionamento (ad esempio l'algoritmo del *news feed* di *Facebook*) e in cui i flussi di informazione sono gestiti in modo proprietario e spesso opaco.

Ma si parla anche di "*società black box*" in termini di tessuto socio economico retto da tecnologie sempre più complesse, comprensibili a una cerchia ristretta di persone. La *black box* porta con sé il tema della spiegazione della logica che la presiede, soprattutto laddove tale logica sia alla base dell'esercizio dei poteri pubblici. Se ne è già occupato il Consiglio di Stato, con due importanti decisioni in materia di algoritmi di intelligenza artificiale^[107].

Anche a proposito dei poteri speciali si pone oggi il tema della spiegazione di quella sorta di *black box* che ne sta alla base: l'istruttoria. Sovente, tale istruttoria è complessa. Si consideri, per esempio, che il Gruppo di coordinamento interministeriale in materia di poteri speciali può chiedere a pubbliche amministrazioni, enti pubblici o privati, imprese o altri soggetti terzi che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti, nonché stipulare convenzioni o protocolli di intesa con istituti o enti di ricerca. Inoltre, in materia di 5G, lo scrutinio deve essere effettuato in coerenza con gli indirizzi elaborati a livello internazionale e dell'Unione europea, con particolare riferimento al c.d. *Toolbox*, elaborato dal *NIS Cooperation Group*⁵.

Il necessario contrappeso a tale complessità è la trasparenza. Si consideri la (rilevanza della) motivazione dell'esercizio del potere speciale. L'atto deve essere pienamente motivato per tre ragioni: i) per i suoi marcati effetti "impositivi" ricadenti nell'impero dell'art. 23 della Costituzione; ii) perché deve render conto pienamente della ricorrenza dei presupposti per l'esercizio del potere speciale; iii) perché incide sulle c.d. libertà di movimento (libera circolazione dei capitali e libertà di stabilimento).

Non basta una motivazione semplice. È necessaria una motivazione rafforzata, per esempio, in ordine all'operazione rilevante, poiché (relativamente alle operazioni dismissive) la legge descrive (e richiede) un preciso rapporto causa effetto: i) qualunque atto o operazione (*causa*); ii) che determini (*nesso di causalità*); iii) modifiche della disponibilità degli attivi (*effetto*). Pertanto, perché

sia motivato, è necessario che l'atto di esercizio dei poteri speciali spieghi – anche succintamente – le ragioni della sussistenza del fatto; dell'evento; del nesso di causalità (tra l'atto e la modifica della disponibilità degli *asset*).

Solo dando puntualmente atto di questi elementi si garantisce la piena giustiziabilità degli atti in materia di poteri speciali. Giustiziabilità che non si consegue laddove non sia possibile comprendere a fondo le ragioni del provvedimento impositivo. Non meno rilevante è una corretta istruttoria, in cui sia chiaro chi e come sia intervenuto a fornire apporti istruttori essenziali per la decisione.

Insomma, per quanto alta e complessa sia la materia dei poteri speciali, per quanto suggestive siano le pulsioni pancommercialistiche della normativa *Golden Power*, per quanto rilevante sia la posizione dell'organo chiamato a esercitarli, la chiave di volta dei poteri speciali è la massima valorizzazione del modesto “diritto amministrativo”, dei suoi principi, delle sue procedure, dei suoi valori. E del suo “giudice naturale”.

Sembra risuonare a gran voce il monito di Popper, a proposito della massima trasparenza, quale condizione essenziale della (possibilità di) piena “falsificabilità” dell'esercizio dei poteri pubblici, nell'ambito di una “società aperta”^[108]. Ecco comparire il protagonista, non certo giovane (e forse non particolarmente attraente): il diritto amministrativo per così dire “classico”. Quale essenziale contrappeso democratico al “potere *black box*”, il diritto amministrativo – con quelli che a volte potrebbero apparire eccessivi formalismi – consente di recuperare nel procedimento amministrativo, e nelle sue garanzie, ciò che si potrebbe perdere sul piano sostanziale^[109], nell'esercizio di un potere speciale ed ampiamente discrezionale: è il diritto amministrativo della istruttoria procedimentale, della motivazione del provvedimento finale, del sindacato sui presupposti (di fatto e di diritto), della trasparenza e correttezza procedimentale (se, per esempio, chi ha firmato un parere istruttorio, in seno al procedimento *Golden Power*, avesse o meno i poteri per farlo). Così bene utilizzati, sono gli stessi principi generali del diritto amministrativo, insieme alla normativa di riferimento della materia, a costituire il migliore alleato della “*rule of law*”, intesa qui come disciplina legislativa di attribuzione del potere amministrativo, e delle sue modalità – ancorché latamente discrezionali – di esercizio (art. 97, commi 2 e 3, Cost.).

Lo ha così icasticamente affermato il giudice amministrativo: «*l'istruttoria volta a verificare la sussistenza dei due presupposti – quello funzionale del compimento di una operazione rilevante e quello oggettivo della presenza di attivi di rilevanza strategica – per l'esercizio dei poteri speciali deve essere svolta in materia rigorosa. Ciò in quanto l'esercizio di tali poteri, ponendo delle limitazioni ai principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, deve trovare la sua giustificazione nel perseguimento del fine legislativo di consentire l'intervento statale qualora l'operazione societaria possa compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale, avuto riguardo all'incidenza su beni considerati di rilevanza strategica*»^[110].

Sarà dunque un caso accidentale il fatto che, nell'unico caso di annullamento con sentenza definitiva di un provvedimento “Golden Power”, la motivazione giurisdizionale sia stata individuata nell'esperimento di una non corretta istruttoria procedimentale?

1. Per una prospettiva ampia di analisi, I. Castellucci, *Geodiritto. Il diritto come dimensione della geopolitica e del conflitto*, in *Gnosis, Rivista italiana di intelligence*, 2/2020, 22 e segg.
2. Lucide e fondamentali considerazioni in tal senso, che aprono un quadro e una metodologia di analisi moderna e appropriata alla realtà attuale (e, soprattutto, agli ambiti oggetto dei poteri speciali) si rinvencono nel volume di M. Caligiuri, *Intelligence e diritto – Il potere invisibile delle democrazie*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020.
3. F. Gianotti D. Pedreschi, *Explainable AI. Aprire la scatola nera per una intelligenza artificiale umana*, in *Gnosis Rivista italiana di intelligence*, n. 2, 2019.
4. F. Bassan, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato nell'economia*, in *Studi sull'integrazione economica*, 2014, p. 78.
5. F. Carnelutti, *Controversie sul metodo*, in *Discorsi intorno al diritto, II*, Padova 1953, p. 108.
6. Centrale nel sistema processuale nazionale e sovranazionale, il principio di effettività ha come destinatari il legislatore e il giudice. Il primo lo deve declinare nell'approntare gli strumenti di tutela azionabili dal soggetto che abbia subito la lesione di una posizione giuridica soggettiva riconosciutagli dall'ordinamento. Il secondo deve fornire al soggetto la tutela più ampia e soddisfacente delle proprie ragioni. Nel sistema processuale

amministrativo, il principio di effettività è enunciato dall'art 1 del codice del processo amministrativo, che affida alla giurisdizione amministrativa l'obiettivo di assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, nel quadro del fondamento costituzionale sancito dall'art 24 Cost. e, con riferimento agli atti delle amministrazioni, dall'art. 113 Cost., che ammette sempre la tutela giurisdizionale avverso gli stessi atti ed esclude che la stessa possa essere sottoposta a limiti. Quanto al diritto europeo e al diritto internazionale, il principio trova riconoscimento esplicito nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nell'art 13 della CEDU, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla Convenzione stessa siano stati violati. Sul punto, S. Valaguzza I. Martella, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale, Diritto processuale amministrativo*, 2018, 2/783

7. Per una ricostruzione ampia, J. Gil, *Potere*, in *Enciclopedia Einaudi*, 1977-81, vol. X, 996; M. Stoppino, *Potere*, in *Dizionario di Politica*, 1976, ed. 1983, p. 864.
8. K. E. M. Weber, *Economia e società*, (ed italiana), Donzelli, Roma, 2019 (a cura di M. Palma).
9. E. Massimilla, *Il potere legittimo e i suoi tipi*, in *I palazzi del potere*, C. D'Orta – V. Tenore, Anicia Roma, 2015, p. 23.
10. E. Massimilla, *Il potere legittimo e i suoi tipi*, cit., p.23.
11. A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, pp. 733 e segg.
12. P. Barile, *Atti di governo e atto politico*, in *Enc. Dir.*, IV, 220. Come rileva M.S. Giannini, "L'amministrare ai livelli decisionali più elevati si compone di scelte fortemente condizionate da elementi politici", M. S. Giannini, *Il pubblico potere*, 1986, p. 138.
13. Un'apprezzabile ricostruzione, anche in chiave di visione geopolitica, del nuovo volto dei poteri speciali e dell'assetto che vanno assumendo nel nuovo contesto, e del pertinente fronte evolutivo socioeconomico è contenuta nel pregevole lavoro di A. Saravalle e C. Stagnaro, *Contro il sovranismo economico*, Rizzoli, Milano, 2020. Si veda anche V. Donativi, *Golden Powers – Profili di diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2019.
14. In argomento, P. G. Monateri, *Geopolitica del diritto e cultura strategica globale*, in *Gnosis, Rivista italiana di intelligence*, 2/2020.
15. Sul punto, M. Ortolani, *Intelligence economica e conflitto geoeconomico. L'interesse*

- nazionale in un contesto di conflitti ibridi tra potenze globali, *Infoware, guerre commerciali e finanziarie, sanzioni*; goWare, 2020. Sui rapporti tra diritto, economia e innovazione tecnologica N. Irti E. Severino, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impr.*, 2000, p. 665.
16. In materia, A. Aresu, *Le potenze del capitalismo politico: Stati Uniti e Cina*, Milano 2020.
17. In materia, A. Ali, *L'utilizzo dei diritti per il conseguimento di obiettivi politico strategici*, in *Gnosis, Rivista italiana di intelligence*, 2/2020.
18. Per un'analisi dell'esperienza statunitense del CFIUS e della natura degli executive orders, Saravalle – Stagnaro, *cit.*, p. 73.
19. *Amplius*, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
20. Sul "diritto invisibile", si rinvia al contributo scientifico di M. Bretone, *Il diritto invisibile. Concetti e nel "sistema" di Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2004, p. 20.
21. Per una comparazione dei diversi ordinamenti in ordine ai poteri speciali, G. Sarchillo, *Privatizzazioni e settori strategici, L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018.
22. È ovvio il riferimento al caso controverso *Cambridge Analytica*. Per un'analisi del caso, V. M. Donofrio, *L'ombra di un "Cambridge Analytica bis" sulle presidenziali USA 2020: la moderna essenza di democrazia nella morsa di vecchi fantasmi e futuri inquietanti scenari*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, p. 61.
23. F. E. Santonastaso, *Impresa, società e poteri pubblici, Una perenne "voglia di Stato"?*, Sapienza University Press, Roma, 2018, p. 275.
24. Se l'acquisizione ha ad oggetto azioni di una società ammessa alla negoziazione nei mercati regolamentati, la notifica deve essere effettuata qualora l'acquirente venga a detenere, a seguito dell'acquisizione, partecipazioni superiori a determinate soglie fissate dalla legge.
25. P. Rescigno, *Mercato europeo e diritto dell'energia*, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Milano, 1990, p. 51.
26. In argomento, A. Dentamaro, *Dai servizi di pubblica utilità alle attività strategiche: "poteri speciali" ex artt. 1 e 2 d.l. n. 21/2012 nella circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *RDS* 2014, 344-361; C. San Mauro, *I golden powers tra legislazione e*

applicazione concreta, <http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/11/I-golden-powers-tra-legislazione-e-applicazione-concreta.pdf>.

27. A. Aresu, M. Negro, *La geopolitica della protezione. Investimenti e sicurezza nazionale: Gli Stati Uniti, l'Italia e l'UE*, Fondazione per lo studio sui mercati pubblici, 2020.
28. Dal 2012 al 31 dicembre 2020, su circa 800 operazioni sottoposte al vaglio del Golden power, il potere di veto è stato esercitato solo in tre casi.
29. Il decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105 ha ulteriormente ampliato il perimetro delineato dall'articolo 2, inserendo al comma 1-*ter* il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti anche ai beni e ai rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori individuati dall'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento (UE) n. 2019/452.
30. Si tratta di “*infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; tecnologie critiche e prodotti a duplice uso, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o capacità di controllare tali informazioni; libertà e pluralismo dei media*”. Sul punto, S. Gliubich, “*Il Regolamento europeo per lo screening degli investimenti diretti esteri. Opportunità od occasione mancata per i 'poteri speciali' dell'Unione Europea?*” in *Golden Power, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS)*, dicembre 2019.
31. Durante l'anno 2020, nei 24 casi in cui i poteri speciali sono stati esercitati, 23 hanno visto l'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni, mentre in un caso è stato posto il veto all'operazione.
32. Per esempio, tipicamente, a un'impresa che gestisce servizi a rete si impone di garantire la continuità del servizio e la funzionalità operativa della rete tramite appositi piani di manutenzione e sviluppo; piani che devono essere adeguati ad assicurarne l'integrità e l'affidabilità e/o assicurare l'elaborazione di programmi industriali e l'impiego di investimenti che devono essere adeguati a garantire lo sviluppo e la sicurezza delle reti.
33. In un momento di emergenza sulla sicurezza cibernetica, vi possono essere prescrizioni specifiche inerenti all'analisi del rischio *cibersecurity* relativamente a componenti ICT, alla

predisposizione di una procedura sugli incidenti (con obblighi di notifica tempestiva e rafforzamento dei presidi di front-line per la gestione degli *alert* e degli eventi) e all'individuazione di personale preposto e incaricato a gestire il rischio e, in generale, alla tutela della sicurezza fisica e logica della rete su tutto il territorio nazionale e/o il rafforzamento dell'operatività tramite strumenti e strutture organizzative aziendali.

34. P. Di Palma, *National case study: Italian law on strategic asset; Golden Power*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 2014, 62
35. L'art. 2, comma 5, del decreto *golden power* presuppone l'«acquisizione» del controllo nell'accezione fatta propria dagli artt. 2359 c.c. e 93 del testo unico della finanza. Tipicamente tale operazione si realizza tramite negozio traslativo della partecipazione.
36. La nozione di «controllo» degli attivi strategici evocata dal secondo comma dell'art. 2 è diversa dalla nozione di «controllo» della società evocata dal quinto comma dello stesso art. 2. Nel secondo caso assume rilievo ai fini dell'obbligo di notifica del socio extra-UE l'acquisizione del controllo in forza di un numero di azioni (e di voti) idoneo ad attribuire al socio un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della società. Nel caso dell'obbligo di notifica gravante sulla società ai sensi del secondo comma dell'art. 2 rileva non il controllo formale dell'assemblea in forza dei voti disponibili, ma il controllo materiale/concreto degli *asset* strategici da parte del consiglio di amministrazione.
37. Ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.l. n. 21 del 2012 “*qualsiasi delibera, atto o operazione adottato da una società che detiene uno o più degli attivi individuati ai sensi dell'art. 1 o 1-ter, che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi o il cambiamento della loro destinazione*” è soggetto a un obbligo di notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a cura della società stessa, “*entro dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione*”. La legge intende prevenire il rischio che l'atto esaurisca i suoi effetti e renda “inutile” l'eventuale adozione da parte del Governo, ai sensi del quarto comma dello stesso art. 2, di prescrizioni e condizioni volte a tutelare gli interessi pubblici sottesi alla disciplina in esame.
38. Si tratta di operazioni capaci di limitare o alterare le possibilità di utilizzo/accesso/controllo degli attivi strategici da parte della società. O perché se ne modifica la titolarità o il controllo, come nel caso della fusione o della scissione; o perché se ne modifica la destinazione, come nel caso di cambiamento dell'oggetto sociale; o perché se ne modifica la disponibilità, come nel caso di scioglimento della società (ipotesi nella quale i beni del patrimonio sociale non sono più disponibili per l'esercizio lucrativo dell'impresa, ma devono essere vincolati al soddisfacimento dei creditori sociali).
39. Nel 2020, tutte le 18 notifiche relative alla tecnologia 5G sono state oggetto di esercizio dei

- poteri con condizioni e prescrizioni e in un caso è stato posto il veto da parte della Presidenza.
40. Sui criteri di valutazione dei rischi si veda *Secure 5G deployment in the EU: Implementing the EU toolbox – Communication from the Commission*, 29 gennaio 2020, <https://ec.europa.eu/digital-singlemarket/en/news/secure-5g-deployment-eu-implementing-eu-toolboxcommunication-commission>
41. Per un'analisi complessiva dell'IOT, J. Rifkin, *The Zero Marginal Cost Society*, trad. it. *La società a costo marginale zero*, Milano, 2014, p. 36.
42. Il *cloud computing* è un modello che abilita in rete l'accesso pratico e su richiesta a un *pool* condiviso di risorse computazionali configurabili (reti, *server*, applicazioni) che possono essere erogate rapidamente con il minimo sforzo di gestione e con un'interazione limitata con il fornitore; cfr. Agenzia per l'Italia digitale – Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Linee guida nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico*, allegato alla determinazione commissariale n. 95/2014 del 26 giugno 2014, punto 1.4.
43. Tale disciplina è sancita dal d.l. 21 settembre 2019, n. 105, convertito (con modifiche) in legge 18 novembre 2019 n. 133 e dalla relativa normativa secondaria di attuazione.
44. Ci si riferisce all'importante proposta presentata dalla Commissione europea il 21 aprile del 2021 di *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*.
45. A. Triscornia, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, 733 e segg.
46. Sulla valenza strategica delle infrastrutture digitali, E. Carloni, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2/2015, 153.
47. In argomento, F. Vanorio, *Huawei-Usa. Come la competizione nel 5G e 6G avrà ripercussioni su difesa, intelligence e sicurezza globali*, *Startmag.it*, 3 maggio 2019.
48. Sulla possibile incidenza del tema dei poteri speciali nel solco dell'attuale questione - emergenziale - geopolitica della tutela ambientale, si rinvia all'attenta ricostruzione di M. Ascione, *La questione ambientale su scala internazionale*, p. 698, in *Trattato di Medicina dell'ambiente*, a cura di A. Ferrara, Roma, 2021.
49. Si rinvia, sul punto, a C. Mosca, *Segreto. Trasparenza*, in *Gnosis, Rivista italiana di*

CERIDAP

- intelligence*, 4/2019.
50. La riserva di legge è assoluta sul presupposto e sui soggetti; relativa quanto al profilo della determinazione quantitativa della prestazione. Solo a queste condizioni la base legislativa è idonea ad impedire che l'intervento di un atto di integrazione secondaria trasmodi in arbitrio.
51. M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939.
52. T.A.R. Lazio (sezione I), sentenza del 24 luglio 2020 n. 8742.
53. G. Rolla, *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Milano, 1991, pag. VI-324; S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro italiano*, 1996, parte V, pp. 8-14.
54. G. Guarino, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000, p. 183.
55. Direttiva 1988/361/CE del Consiglio dell'8 luglio 1988, relativa alla libera circolazione dei capitali nell'UE, p. 5.
56. Corte di Giustizia, sentenza 12 aprile 1994, C-1/93, *Halliburton*, in *Racc.*, 1994, I – 1137. Sul punto, Commissione europea, *Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari*, 97/C 220/06.
57. Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari (97/C/220/06).
58. Allegato I della direttiva 88/361/C.
59. Comunicazione della Commissione, *cit.*, p.3.
60. Comunicazione della Commissione, *cit.* p.3.
61. Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 1993, C-330/91, *Commerzbank*, in *Racc.*, 1993, I/2239.
62. Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 1998, C-147/86, *Fronustiria*, in *Racc.*, 1998, 1637.
63. Corte di Giustizia, sentenza del 14 maggio 1993, C-17/92, *Federation de distributeurs cinematographiques*; sentenza del 13 luglio 1993, C-330/91, *Commerzbank*, in *Racc.*, 1993,

CERIDAP

- I/2239.
64. Corte di Giustizia, sentenza del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Bosman*, in *Racc.*, 1995, I/4921.
65. In argomento, L. Ardizzone – M. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. Comm.* 2013.
66. Che tali vincoli sussistano si evince dal preambolo del d.l. n. 21 del 2012: “Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di modificare la disciplina normativa in materia di poteri speciali ... oggetto della procedura di infrazione n. 2009/2225 ... in quanto lesiva della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali garantite dal Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea”. Nella prospettiva del legislatore, quindi, la nuova disciplina sul Golden Power costituiva (anche) uno strumento per porre rimedio alle contestazioni eurounitarie (avanzate con riferimento alla previgente disciplina italiana sui poteri speciali), emanando una disciplina coerente con la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento.
67. Sul punto, P. Trancu, *Lo Stato in crisi. Pandemia, caos e domande per il futuro*, F. Angeli, Milano, 2021.
68. Per un’analisi del rapporto tra crisi economiche e diritto pubblico, F. Merusi, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 483 e *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Dir. econ.*, 2010, p. 623.
69. G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *www.sistema* delle fonti.it, anno XV, p. 1 e segg.
70. Sulla inadeguatezza, ma al contempo sulla necessità e valorizzazione, del ruolo delle istituzioni e del “processo istituzionale come prassi innovativa” (anche) alla luce dell’esperienza della pandemia, particolarmente avveduta e profonda è l’analisi contenuta nel testo di R. Esposito, *Istituzione*, Bologna, 2021, p. 13 e segg.
71. L’obbligo di notifica è stato esteso sia con riferimento agli attivi strategici, includendo tutti quelli connessi ai fattori critici del Regolamento UE, compresi quelli relativi ai settori finanziario, creditizio e assicurativo, sia con riferimento alle operazioni di acquisto di partecipazioni, includendo quelle che abbiano per effetto l’assunzione del controllo da parte di qualunque soggetto estero, anche appartenente all’UE, e quelle che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10, 15, 20, 25 e 50 per cento da parte di soggetti esteri non appartenenti all’Unione europea, a prescindere dall’assunzione del controllo societario.

72. In argomento, G. Napolitano, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Diritto della regolazione dei mercati*, fasc. 1/2019.
73. L'articolo 2 dispone che “*Con uno o più regolamenti, adottati ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400 ... sono individuati le reti e gli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*”.
74. Per esempio: il d.p.r. del 19 febbraio 2014, n. 35 recante il “*Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 8, del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21*”; il d.p.r. del 25 marzo 2014, n. 86 recante il “*Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 9, del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21*”; il d.p.r. del 6 giugno 2014, n. 108 recante il “*Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21*”; il d.p.r. del 25 marzo 2014, n. 85 recante il “*Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21*”.
75. È il caso del dell'art. 14, comma 2, del d.p.r. n. 179 del 2020, ai sensi del quale, fermo restando l'obbligo di notifica, l'esercizio dei poteri speciali non si applica alle tipologie di atti e operazioni posti in essere all'interno di un medesimo gruppo riguardanti fusioni, scissioni, incorporazioni, cessioni, anche di quote di partecipazione, quando le relative delibere dell'assemblea non comportano trasferimento della sede sociale in un Paese non appartenente all'Unione europea, mutamento dell'oggetto sociale, scioglimento della società o modifica di clausole statutarie o costituzione o cessione di diritti reali o di utilizzo relativi a beni materiali o immateriali o assunzione di vincoli che ne condizionano l'impiego, anche in ragione della sottoposizione dell'impresa a procedure concorsuali.
76. Si pensi a un contratto internazionale per la ricerca e sviluppo di nuove e performanti tecnologie di sicurezza cibernetica tramite soluzioni di tipo Siem (*Security Information and Event Management*, soluzioni di gestione eventi e informazioni di sicurezza) o Soar (*Security Orchestration Automation and Response*).
77. S. Pugliatti, *Strumenti teorico giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 116; P. Virga, *Diritto amministrativo*, I,

- Milano, 1989, p. 341.
78. A ben vedere, la questione, che oggi si presenta con connotati innovativi, ha radici antiche. Nella sua *Teologia politica*, per esempio, Schmitt affermava che la condizione dell'attuazione della libertà di valore, propria della scienza, è la libertà di utilizzazione dei suoi risultati in una libera produzione; C. Schmitt, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Postfazione, *La legittimità dell'era moderna*, trad. it., Milano, 1992, p. 102.
79. Sul piano applicativo, i fotoni sono simultaneamente combinazioni multiple di 1 e 0 (i "quantum bits"); se un pirata informativo prova a osservare questi dati, i "qbits" cambiano; questo fa sì che l'intrusione lasci tracce, accrescendo il livello di sicurezza cibernetica.
80. In materia, D. Edelstein, *Come vengono insegnate le tecnologie e l'innovazione? Le scienze umane e l'economia della conoscenza*, in *Cyberspazio e dir.*, 2013, p. 39.
81. Sulla rilevanza del capitale umano nell'ambito di saperi specialistici innovativi, E. Rullani, *La fabbrica dell'immateriale. Produrre valore con la conoscenza*, Roma, 2004, p. 14; V. Zeno Zencovich, G. B. Sandicchi, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. informazione e informatica*, 2002, p. 971; S. Bruno, *Sfera della conoscenza e sfera dell'economia – Il carattere strategico dei fattori di complementarità*, in *Queste istituzioni*, 2003, fasc. 129, p. 5.
82. Questa distinzione è stata tracciata in modo netto dalla Corte costituzionale, costituendo la base – per esempio – della nota distinzione tra vincoli a carattere conformativo e vincoli a carattere ablatorio. Negare il diritto a edificare il terreno edificabile vuol dire sostanzialmente svuotarne una sua utilità essenziale. Tale attività - ovviamente - è ammessa (nei casi previsti dalla legge), ma tale funzione non è più conformazione. È ablazione. Una sottrazione che fa scattare il diritto del titolare all'indennizzo. Lo stesso vale per il diritto - fondamentale - di iniziativa economica privata. Esiste una fondamentale distinzione tra atti in cui si esplica l'autonomia privata ed atti in cui si esprime il contenuto essenziale dell'autonomia privata. I primi sono gli atti con cui le parti disciplinano il contenuto di atti negoziali, apponendovi – per esempio – condizioni, termini ecc. Gli atti in cui si esprime il contenuto essenziale dell'autonomia privata sono le basilari espressioni dell'autoregolamento negoziale, vale a dire gli atti in cui si esprime l'an (e non semplicemente il quomodo) dell'autonomia privata. Per i contratti, per esempio, gli atti in cui si esprime il contenuto essenziale dell'autonomia privata sono primariamente identificati nella tripartizione contenuta nell'articolo 1321: costituzione, modificazione, estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale (Corte cost, 20 gennaio 1966 n. 6/66; 29 maggio 1968, n. 55 e la famosa 30 gennaio 1980, n. 5 in Giur. cost. 1980, I, 21).
- 83.

In materia, F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 37.

84.

F. Cintioli, *cit.* 42.

85.

Sul tema, *amplius*, D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 151 e ss., ove - unitamente alla più avvertita dottrina di riferimento - è richiamato il percorso che l'Autrice ha dedicato al tema, a partire dal contributo monografico *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

86.

Prendendo il caso delle comunicazioni elettroniche, è evidente che le piattaforme digitali costituiscono la base su cui si regge – e sempre più si reggerà – la vita economica e sociale. Nel nuovo contesto “digitale”, per far comunicare le persone, per far dialogare tra loro gli uffici pubblici, per far funzionare ospedali, reti ferroviarie, aeroporti, per consentire i depositi in formato digitale nei tribunali, per istituire e accedere ai fascicoli sanitari elettronici, per la medicina a distanza ecc. sono necessarie reti di comunicazioni elettroniche a banda larga. Tali reti, quindi, sono certamente di pubblica utilità e necessarie a soddisfare bisogni essenziali. E per tale motivo, esse sono opere *ex lege* di pubblica utilità (ai sensi dell'art. 90 del d. lgs. n. 259 del 2003) e ne viene incentivata la realizzazione con misure di carattere generale e speciale.

87.

In materia, S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica*, Consob, Quaderni giuridici, febbraio 2019, pp. 10-11.

88.

Si pensi alle infrastrutture e tecnologie di gestione delle biobanche. Sul punto, M. Tallacchini, *Dalle biobanche ai genetic social networks – Immaginarsi giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni*, in *Materiali storia cultura giur.*, 2013, p. 157.

89.

I progetti generalizzati di raccolta di dati genetici sono delicati. Il Paese pioniere a livello mondiale di questo tipo di ricerca è stato l'Islanda, che per prima ha dato avvio ad un progetto di raccolta dei dati genetici della sua popolazione. Sulla base della legge sull'Health Sector Database del 1998, una compagnia biofarmaceutica privata ha ottenuto la licenza per la costituzione di un database centralizzato contenente dati sanitari, compresi quelli genetici e genealogici, “non personalmente identificabili” (in quanto già codificati), di potenzialmente tutti i cittadini islandesi. Tale iniziativa imprenditoriale partiva dalla convinzione che, studiando il DNA del popolo islandese, fosse possibile pervenire alla conoscenza delle basi genetiche delle malattie più comuni, in quanto i 270.000 uomini e donne, che costituiscono la popolazione islandese, sono considerati relativamente “puri”

dal punto di vista genetico, poiché discendono da un solo progenitore e per migliaia di anni sono rimasti isolati dal contatto con altri popoli a causa dell'arduo posizionamento geografico.

90.

La proporzionalità "si misura" in base a tre parametri: adeguatezza o idoneità, necessità, e proporzionalità in senso stretto. L'adeguatezza o idoneità presuppone l'esistenza di un legame causale e diretto tra la misura e il conseguimento dell'interesse pubblico che dovrebbe giustificare la deroga. La necessità implica la non sostituibilità della misura anticoncorrenziale con una meno "invasiva" (che comprometta meno, cioè, l'assetto concorrenziale che si intende sacrificare). La proporzionalità in senso stretto impone che non operino deroghe eccessive rispetto ai principi generali dell'ordinamento (in questo caso, i principi in materia di concorrenza). Sulla proporzionalità come adeguatezza, Corte di Giustizia, sentenza del 14 maggio 2009, C-34/08 *Disarò*; Corte di Giustizia, sentenza del 10 aprile 2008, C-265/06, *Commissione c/Portogallo*. Sulla proporzionalità come necessità, Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1988, C-90/86, *Proc. pén. c/Zoni*, Sulla proporzionalità in senso stretto, Corte di Giustizia, sentenza del 19 gennaio 1999, C-348/96, *Calfa*; Corte di Giustizia, sentenza del 10 febbraio 2000, C-347/97, *Nazli e altri*; Corte di Giustizia, sentenza del 19 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01 *Orfanopulos e altri*. In dottrina, fermi restando i richiami compiuti nella precedente nota 85, sul tema della necessità e adeguatezza: S. Manacorda, *Le contrôle des clauses d'ordre public. La «logique combinatoire» de l'encadrement du droit pénal*, in G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda (a cura di), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010, 57 ss.; G. Scaccia, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Materiali del Centro Studi della Corte Costituzionale*, Roma, 2004, passim.

91.

Le infrastrutture escluse (rectius non espressamente incluse) non sono affatto neutre in termini di rilevanza pubblicistica. Le reti di distribuzione del gas o dell'energia elettrica, i porti o aeroporti minori, le reti ferroviarie regionali sono: i) sovente monopoli naturali; ii) infrastrutture di pubblica utilità; iii) reti strumentali all'erogazione di servizi pubblici; iv) reti soggette a tariffa da parte di Autorità di regolazione. Eppure, il legislatore ha effettuato un'attenta selezione.

92.

Non a caso, sul piano formale la norma regolamentare è strutturata nel modo seguente: i) atto di individuazione degli attivi di rilevanza strategica e, quindi, di identificazione di categorie di beni qualificate come strategiche; ii) atto di inclusione di specifici asset nella categoria prima identificata, vale a dire di identificazione di specifici beni che devono necessariamente far parte degli attivi.

93.

Orazio, *Ars poetica*, 358-359.

94.

Per un'analisi della materia delle comunicazioni elettroniche, G. Agliata, *La convergenza*

tra telecomunicazioni, audiovisivo e tecnologie dell'informatica – Prime riflessioni sull'operazione Seat-Pagine gialle/Cecchi Gori Communications, in *Riv. amm.*, 2001, p. 95; *Barriere amministrative e regolazione asimmetrica nelle telecomunicazioni europee*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, p. 278; L. Saltari, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 1212.

95. Sulle leggi quale “*specchio impietoso del tempo ... imprecise, frammentarie, affastellate, sovrapposte, disordinate*” e sul difetto di (minima) chiarezza degli atti normativi, si rinvia all'illuminante saggio di V. Italia, *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Milano, 2010, nonché, dello stesso Autore, *L'ombra e la luce nelle leggi*, Milano, 2020.
96. A. Massera, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 5
97. P. Barile, *Intervento al convegno su Telecomunicazioni, televisioni ed Internet*, 21-22 gennaio 2000, sul tema *Gestione delle reti di telecomunicazione e profili antitrust*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, 45.
98. È noto che: a) qualsiasi controllo statale deve: i) essere collegato allo svolgimento di attività d'interesse economico generale da parte dell'impresa; ii) non generare l'alterazione del mercato; iii) e non esporre al rischio di discriminazioni; b) motivi di natura economica – quali l'esigenza di rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato, di modernizzazione e rafforzamento dei mezzi di produzione o quella di non incidere sul grado di apertura del mercato – non legittimano gli Stati membri a porre ostacoli alle libertà fondamentali del Trattato, soprattutto là dove già esistano nell'ordinamento altri mezzi per la tutela di tali interessi, forniti dalle direttive comunitarie di armonizzazione e dalle disposizioni sul controllo delle concentrazioni.
99. Come rilevato in giurisprudenza: «Al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario, cui dovrebbe dare esecuzione», *Cons. Stato*, sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2535.
100. Come lucidamente illustrato “quando il ricorrente invoca la protezione di un interesse inciso dall'atto esecutivo di un regolamento, la soluzione della controversia non può prescindere da una cognizione sul regolamento stesso e dall'esame del nesso che lega atto normativo e atto esecutivo”; F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale – disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Giappichelli, Torino, 2007, 316.

101. «Il giudice amministrativo, in applicazione del principio della gerarchia delle fonti, può valutare direttamente, attraverso lo strumento della disapplicazione del regolamento, il contrasto tra provvedimento e legge, eventualmente annullando il provvedimento a prescindere dell'impugnazione congiunta del regolamento» (Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5098); «Al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti con il disposto legislativo primario, del quale è intesa a dare esecuzione»; Cons. di Stato, sez. VI, 12 aprile 2000, n. 2183.
102. In particolare, sempre la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3623 ha affermato che «*la disapplicazione è operazione ermeneutica che può essere compiuta anche d'ufficio dal giudice e, pertanto, non richiede apposita richiesta da parte del ricorrente... Poiché la disapplicazione attiene all'interpretazione delle norme che disciplinano il rapporto controverso, può essere disposta d'ufficio e, quindi, per la prima volta in grado d'appello*».
103. F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 273.
104. Vi si aggiungono, ancora, le tecnologie critiche atte a garantire profili di *safety* e di *security* dei sistemi, anche di tipo intelligente, deputati al controllo, alla gestione e all'assistenza alla movimentazione di persone e merci su terra, aria e vie d'acqua, i sistemi di logistica integrata e intermodale o le tecnologie critiche atte a consentire la geolocalizzazione, il tracciamento e la ricostruzione degli spostamenti di persone e merci, per quantificare dinamicamente la densità di popolazione a livello locale e ottimizzare le strategie mirate al monitoraggio e al contenimento di epidemie infettive.
105. In argomento, A. Rezzani, *Big data, Architetture, tecnologie e metodi per l'utilizzo di grandi basi di dati*, Rimini, 2013, p. 29; R. Vespia, *Come utilizzare i big data-analytics nell'amministrazione pubblica italiana*, in *Queste istituzioni*, 2014, fasc. 163, p. 67.
106. Cfr. art. 14, comma 1, d.p.r. n. 179 del 2020.
107. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270 e 13 dicembre 2019 n. 8472.
108. KR. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, ed. italiana curata da D. Antiseri, Milano, 2009, con particolare riferimento al concetto di "logica del potere", 41 e 172.
109. Sul tema del rafforzamento delle garanzie procedimentali come contrappeso istituzionale, nello specifico settore della tutela della concorrenza, M. Clarich, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir. Amm.*, 1999, 1, 188; S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996, 320; L. Desiderio, *Giusto procedimento*,

CERIDAP

indipendenza e sindacato giurisdizionale nei provvedimenti delle autorità c.d. indipendenti, in *Società*, 2001, 536.

110.

Tar Lazio, sez. I, 24 luglio 2020 n. 8742.

Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia

Renata Spagnuolo Vigorita

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-14

Il contributo analizza, nell'ambito dei rapporti fra Stato e mercato, l'istituto del così detto "golden power". Attraverso una approfondita ricostruzione storico-normativa, l'Autrice individua le origini dell'istituto, le sue modalità procedurali, organizzative e di controllo, nonché i presupposti di compatibilità con l'ordinamento giuridico europeo.

Golden power: for a new paradigm of state intervention in the economy

The contribution analyses, in the context of the relationship between State and market, the so-called "golden power". Through an in-depth analysis both historical and of the regulatory framework, the author identifies its origins, its procedural, organizational and control modalities, as well as the prerequisites for its compatibility with the European legal system.

1. Stato ed economia: per un inquadramento del rapporto

Nello studio del diritto amministrativo assume grande importanza la questione della complementarità del ruolo svolto dallo Stato e dal mercato. Il legame tra i due termini del rapporto, descritto dalla carta costituzionale, si coglie infatti in quasi ogni aspetto delle dinamiche sottese alla logica stessa del diritto amministrativo. Ne sono conformati aspetti organizzativi, moduli dell'azione amministrativa,^[1] i rapporti con le istituzioni europee ed internazionali. Si tratta di un rapporto dalle intensità e forme variabili, reciprocamente condizionate da contingenze economiche e sociali. Non a caso, infatti, il dosaggio dell'intervento pubblico nell'economia è questione legata, prima che a scelte ideologiche, alle

richieste del mercato e alla sua strutturazione, e i grandi interventi riformatori coincidono, quasi sempre, con momenti di crisi economica. Si pensi, prendendo a riferimento gli anni 90' del secolo scorso, la risposta data per far fronte alla crisi fiscale dello Stato che si misurò con la stagione della privatizzazione delle grandi imprese di Stato e con la proliferazione del modello delle autorità di regolazione. Quel momento segnò il passaggio da una disciplina pubblica tradizionalmente a carattere conformativo ad una di tipo regolatorio o condizionale.^[2] A dimostrazione che il ruolo economico dello Stato non si misura dalla presenza diretta, ma dalla capacità del mercato di essere in grado di promuovere regole che siano in grado di assicurarne un funzionamento concorrenziale.^[3] Questo spiega perché non può dirsi o predicarsi prevalente un modello rispetto ad un altro: anche nella prevalenza del ruolo di regolatore lo Stato continua spesso ad essere chiamato a intervenire in modo diretto, con aiuti, sovvenzioni, forme di nazionalizzazione, società di capitali e partecipate, nella veste di promotore e sostenitore dell'iniziativa privata.^[4]

Date queste premesse, non risulta allora difficile comprendere perché lo strumento denominato *golden power* sia al centro della riflessione giuridica ed economica e oggetto di recenti interventi normativi.

Nel contesto attuale, infatti, lo Stato affronta questioni economiche in dinamiche di geopolitica che esulano dai confini europei.^[5] L'ingresso nel mercato interno di investitori stranieri sposta i confini dell'intervento dello Stato: questo è chiamato ad una funzione da alcuni definita di stratega,^[6] nella misura in cui riserva a sé una sorta di clausola di gradimento scrutinando la provenienza, l'affidabilità e le intenzioni di soggetti stranieri che manifestino l'intenzione di investire in settori ritenuti strategici e cruciali per il paese.^[7]

2. Ricostruzione del quadro normativo di riferimento

Il primo intervento in tema di *golden power* risale al 2012: a distanza di un anno circa dalla grande crisi del 2011. Tanto conferma quanto accennato in precedenza: le contingenze economiche stimolano le risposte dello Stato, inverandone le modalità di intervento. Pur sempre nel rispetto delle disposizioni costituzionali ed europee, ma con scelte che fisiologicamente riflettono e risentono opzioni dalla connotazione politica. Da questo punto di vista, è

indicativo il fatto che a meccanismo per certi aspetti simile a quello di che trattasi, denominato *golden share*,^[8] lo Stato ricorse nel già ricordato periodo di crisi attraversato dall'Italia negli anni '90: momento in cui l'insostenibilità finanziaria e la necessità dell'apertura a regimi di concorrenza imposti dall'Europa portarono alla dismissione della funzione di Stato imprenditore. La scelta di privatizzare,^[9] in senso sostanziale, le imprese in mano pubblica (immettendo sul mercato azionario le relative quote) venne per così dire circondata da alcune cautele. Fu infatti consentito allo Stato, indipendentemente dal capitale azionario posseduto all'esito della privatizzazione, di mantenere un controllo in capo al Ministero dell'economia per poter intervenire sulle vicende societarie^[10] di trasferimento di quota di controllo, fusione, scissione, modifica dell'oggetto sociale quante volte fosse stato necessario intervenire a tutela dell'interesse pubblico. L'istituto è stato foriero di contenziosi e di dure critiche in sede europea, nella misura in cui ritenuto in aperto contrasto con gli articoli 46 e 69 del TFUE, in tema, rispettivamente, di violazione della libertà di circolazione di beni servizi e capitali.^[11] Ma ha contribuito a delineare un sistema di poteri speciali attraverso cui lo Stato interviene, con nuova formula, in via diretta.^[12]

Nel 2012, anche sulla scorta dei rilievi mossi alle modalità applicative prescelte dai singoli stati membri dell'uso della azione privilegiata, siccome indeterminata, discrezionale e non prevedibile, con decreto legge n. 21, convertito dalla legge 11 maggio 2012 n. 56,^[13] si prevede l'introduzione del diverso strumento di controllo denominato *golden power* e il meccanismo di intervento viene esteso a tutte le società operanti nei settori strategici: inizialmente individuati nella difesa, nella sicurezza, nell'energia e nei trasporti. Con DPR 23/4/2014 n. 85 si assiste ad una prima individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (che vengono aggiornati e poi superati nel 2020). Mentre le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa nazionale sono individuate con il successivo DPCM n. 108/2014.

Nel 2017, vengono inseriti i settori ad alta intensità tecnologica. È con l'adozione del Regolamento Ue 452/2019 (investimenti esteri diretti)^[14] che la disciplina dei poteri speciali trova un quadro preciso. Si devono infatti al regolamento tanto la definizione di intervento estero diretto, tanto quella di meccanismo di controllo. Intendendosi con il primo qualsiasi tipo di investimento inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore e l'imprenditore o l'impresa

cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo. Con il secondo, uno strumento di applicazione generale, come una legge o un regolamento, accompagnato dalle relative prescrizioni amministrative o norme di attuazione, che definisce i termini, le condizioni e le procedure per valutare, esaminare, autorizzare, sottoporre a condizioni, vietare o liquidare investimenti esteri diretti per motivi di sicurezza o di ordine pubblico. Ciò che rileva maggiormente è che al regolamento si deve l'individuazione dei settori esposti a potenziali effetti sulla sicurezza o sull'ordine pubblico da interventi di investitori. Tali settori vengono individuati come segue: a) infrastrutture critiche, tra cui energia trasporti, acqua, salute, comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione dei dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, le strutture sensibili; b) tecnologie critiche, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cybersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi, tra cui energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili; libertà e pluralismo dei media.

In Italia, l'ambito di applicazione dei poteri speciali viene prima esteso, attraverso il d. l. 22/2019, alle reti di comunicazione elettronica e al 5G^[15] per poi ricevere nel 2020, con tre diversi interventi, una disciplina compiuta. È l'emergenza pandemica^[16] a spingere il Governo ad ampliare ulteriormente il raggio di controllo, attraverso il così detto Decreto Liquidità,^[17] nel timore che il Paese venga esposto a comportamenti opportunistici e predatori da parte di investitori stranieri. Tutelare la vulnerabilità degli *assets* strategici da un lato, salvaguardare l'approvvigionamento di beni essenziali per affrontare la crisi sanitaria (come quelli farmaceutici, dispositivi medici, alimentari) dall'altro, sono gli obiettivi avuti di mira. Tanto spiega l'estensione dell'obbligo di notifica delle operazioni di investimento, inizialmente limitato ai soli ambiti della difesa, sicurezza, energia e dei trasporti e telecomunicazioni, a tutti i settori individuati dal citato regolamento europeo, ricomprendendo per la prima volta nel settore finanziario anche le operazioni sul mercato del credito e delle assicurazioni. Con l'ulteriore importante novità di aver esteso l'obbligo di notifica delle operazioni, al di fuori

dei settori della sicurezza nazionale e della difesa, per i quali era già previsto, anche a quelle consistenti in acquisizioni di partecipazioni da parte di operatori europei.^[18]

Successivamente, e sulla scorta di quanto previsto dall'art. 4 del Regolamento UE 452 sopra citato, con due diversi decreti attuativi, la Presidenza del Consiglio dei Ministri procede ad individuare l'oggetto precipuo della disciplina. Con il primo, DPCM n. 179 del 18/12/20, viene adottato il regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale; con il secondo, DPCM n. 180/20, è stato adottato il regolamento che ha individuato gli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Se l'ambito oggettivo è comune ad entrambi i regolamenti, diverse ne sono però le basi. Nel primo caso, infatti, obiettivo del regolamento è rappresentato dall'esigenza di allineare le previsioni nazionali a quelle in tema di controllo sugli investimenti esteri diretti; nel secondo, aggiornare l'elenco dei settori già individuati dal citato DPR 85/2014. Ne risulta, riassuntivamente, un quadro complessivo in cui tutte le operazioni nel campo: delle infrastrutture finanziarie, dei media, della libertà e il pluralismo dell'informazione; della gestione e del controllo dei dati personali; degli strumenti dell'intelligenza artificiale; della cybersicurezza,^[19] delle nanotecnologie; delle biotecnologie sono soggette all'obbligo di notifica da parte dei soggetti investitori, il cui eventuale inadempimento è compensato, per così dire, dalla previsione, anche essa introdotta dal decreto Liquidità, dell'attivazione di un potere di ufficio da parte del Governo.

Dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento possono cominciare a trarsi alcune considerazioni. Emerge in primo luogo come la crisi abbia condizionato le scelte politiche mostrandone le fragilità.^[20] In secondo luogo, l'ampiezza del possibile intervento governativo solleva non pochi interrogativi sulla tenuta attuale del sistema paese e pone almeno due questioni. La prima, rappresentata dalla compatibilità con le regole europee, anche se il decreto si è mosso prevalentemente sulla scia delle linee guida elaborate dalla Commissione europea (Comunicazione 2020/C99I/01). La seconda, di prospettiva: nella misura in cui un simile approccio potrebbe contribuire a disincentivare gli investimenti stranieri. Se è vero che le misure contenute nel decreto liquidità hanno carattere temporaneo (la cui validità è stata recentemente prorogata dal 30 giugno al 31 dicembre 2021 dal decreto legge n. 56/21), tuttavia non può negarsi

che la scelta è potenzialmente in grado di pregiudicare iniezioni di capitali stranieri che potrebbero invece rivelarsi di grande utilità proprio per uscire dalla crisi economica da cui il paese è attraversato ben prima del diffondersi della pandemia^[21].

3. Modalità procedurali e organizzative per l'esercizio del potere. I presupposti

Molte altre sono le questioni centrali nella disamina del potere di cui si discute, e che rendono necessario indagarne, sotto diversi profili, le possibili ricadute.

Ciò a partire dall'analisi della natura del potere^[22] e delle condizioni per il legittimo esercizio, dell'adeguatezza delle strutture e dei procedimenti, anche nell'ottica della tutela accordata agli investitori in termini di affidamento legittimo, di certezza e di informazione.

A legittimare l'esercizio dei poteri di intervento speciali dello Stato nelle attività di rilevanza strategica non è la previsione di un potere privatistico dell'azionista pubblico,^[23] poiché il potere del governo prescinde da una partecipazione pubblica nelle società che operano nei settori di riferimento.

Quanto alle condizioni in presenza delle quali il ricorso all'intervento pubblico trova possibile giustificazione, esse variano a seconda dei settori, e sono individuate da formule generiche quali: minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e sicurezza nazionale; situazione eccezionale di grave pregiudizio pubblico della sicurezza delle reti e degli approvvigionamenti, pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico. Si tratta, come ben si vede, di condizioni non tipizzate dal legislatore e perciò rimesse all'interpretazione, ampiamente discrezionale, del Governo. Alla verifica delle condizioni di esercizio del potere corrisponde una gamma di poteri di misure concrete di intervento, (che possono risolversi in misure di tipo interdittivo o prescrittivo, come si vedrà), anche esse rimesse ad un apprezzamento discrezionale che, come si avrà modo di chiarire in seguito, sono funzionalizzate all'esigenza di dotare lo Stato di misure di protezione direttamente proporzionali all'esposizione del paese alla potenza, finanziaria e derivata dalla innovazione tecnologica, di investitori esteri. Dunque, per l'esercizio dei poteri speciali occorre la rigorosa verifica tanto di un presupposto funzionale, costituito dal compimento di una operazione rilevante,

quanto di un presupposto oggettivo, rappresentato dalla presenza di attivi di rilevanza strategica.^[24]

4. Principi europei come giustificazione e limite del potere. Primi riferimenti al procedimento di verifica

La discrezionalità nel ricorso ai poteri speciali deve conoscere però il limite dato dalle norme europee in tema di libertà di circolazione di beni servizi e capitali e di libertà di stabilimento. La Commissione europea, attraverso le citate linee guida, ha avuto modo di ribadire l'apertura dell'UE agli investimenti esteri, sottolineandone l'essenzialità per la crescita economica, l'occupazione, la competitività e l'innovazione, rimarcando la volontà che l'Unione rimanga attrattiva per gli investimenti esteri. Ciò posto, l'Unione (in base all'articolo 3 del TFUE), afferma e promuove i suoi valori ed interessi con il resto del mondo, ma pur sempre dotandosi di misure che proteggono i suoi cittadini.^[25] Si consideri infine che l'articolo 65 del TFUE, per ragioni di ordine pubblico,^[26] consente agli stati membri di adottare misure limitative della libertà di circolazione.^[27] Ne deriva l'inesistenza di un generale divieto all'esercizio di poteri di controllo che incidano sulla concorrenza, le cui regole e principi che ne sono corollario possono essere derogati a condizione che le misure di controllo si dimostrino proporzionali e necessarie,^[28] e allo stesso tempo comprensibili, trasparenti e non discriminatorie.

Il meccanismo di controllo assicura il rispetto delle esigenze sottese al rispetto di tali principi? Se ci si limitasse alla sola scansione temporale del procedimento la risposta sarebbe negativa, poiché il procedimento si articola in tempistiche piuttosto brevi e certo potenzialmente non adeguate, in alcuni casi, rispetto ad una modulazione corretta del potere. Ed infatti, la notifica dell'operazione a compiersi deve essere eseguita dall'impresa interessata o, nel caso di acquisto di partecipazioni, dall'acquirente – nel termine di 10 giorni e la Presidenza del Consiglio dei Ministri può esercitare il potere di veto o sottoporre l'operazione a determinate condizioni nei successivi 45 giorni. Tale termine, il cui decorso senza assunzione di un provvedimento espresso sta ad indicare la mancata attivazione del potere speciale, può essere sospeso, per un massimo di 10 giorni, quando vi siano esigenze istruttorie. Tuttavia l'istruttoria, che come detto deve assicurare la

verifica dei presupposti oggettivi e funzionali del potere di che trattasi, è demandata (come si vedrà) ad un ampio numero di soggetti, comprese le autorità di regolazione. Inoltre, disposizioni in tema di coordinamento anche con la commissione europea, (cui vanno inviati i provvedimenti adottati e le notifiche ricevute), nonché precisi obblighi di pubblicazione e di relazione al Parlamento e alla commissione imposti al Governo delineano un modello procedimentale che recupera la brevità dei tempi attraverso collaborazione e cooperazione di più soggetti competenti: tanto dovrebbe rappresentare un presidio di legalità e rafforzare l'efficacia del quadro di controllo. In altri termini, e in conclusione sul punto, i tempi di chiusura del procedimento possono ritenersi complessivamente congegnati a bilanciare la pervasività del potere di intervento con la posizione di affidamento legittimo degli investitori.^[29]

Chiarisce i termini della questione, quale appena sopra prospettata, una breve disamina delle norme che guarda alle dinamiche organizzative della procedura di controllo.

5. I soggetti: competenze e coordinamento in ambito nazionale

Le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali sono esercitate dal Gruppo di coordinamento, istituito ai sensi dell'art. 3 del DPCM 6 agosto 2014, sotto il coordinamento del Presidente del Consiglio (che si avvale, a sua volta, del Segretario generale, o del Vice Segretario generale a ciò delegato). Tale attività di coordinamento coinvolge: il Dipartimento del Tesoro e la Direzione finanza e privatizzazioni; il Segretario Generale della Difesa e la Direzione nazionale degli armamenti; il Dipartimento di pubblica sicurezza e la Direzione centrale della polizia criminale. Ulteriori competenze sono acquisite poi per il tramite dei Consiglieri militare e diplomatico del Presidente del Consiglio dei Ministri; attraverso il Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo, il Capo del Dipartimento per le politiche europee, nonché il Capo del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Nei casi in cui la specificità della materia o dell'operazione a compiersi necessiti di una capacità di analisi potenziata, è possibile fare ricorso a competenze esterne

all'amministrazione. Il Dipartimento per il Coordinamento, oltre ad assicurare lo svolgimento delle attività interministeriali, dell'attività istruttoria nonché la raccolta, la custodia e la diffusione delle informazioni per l'esercizio dei poteri speciali, predispone una relazione annuale^[30] che viene trasmessa alle Camere. Da ultimo, alle riunioni del gruppo di coordinamento è chiamata a partecipare la neo istituita Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale.^[31]

Sul Governo gravano quindi precisi obblighi informativi che si inseriscono nel più generale circuito fiduciario che lega l'organo esecutivo a quello legislativo. Con il Governo sono chiamate a collaborare^[32] le autorità di regolazione^[33]. La Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa^[34], la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, l'Autorità di regolazione dei trasporti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e il gruppo di coordinamento collaborano tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare l'esercizio delle funzioni, anche non opponendo al gruppo di coordinamento il segreto d'ufficio.

Come ben si vede, il ruolo rivestito dalle autorità di regolazione è emblematico della complementarità dei saperi e delle forme di intervento dello Stato nell'economia di cui si è detto in apertura del lavoro. Per arricchire il patrimonio informativo necessario all'assunzione della misura, oltre alle amministrazioni indipendenti, il gruppo di coordinamento può richiedere a pubbliche amministrazioni, enti pubblici o privati, imprese o altri soggetti terzi che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti. Mentre la Presidenza del Consiglio può stipulare convenzioni o protocolli di intesa con istituti o enti di ricerca.

6. Gli esiti possibili del controllo, natura delle decisioni.

A chiusura del procedimento, la cui pendenza peraltro sospende gli effetti della deliberazione o della operazione (o, se si tratti di acquisto di partecipazioni, i diritti di voto a queste ultime connessi), il Governo, come anticipato, può a seconda dei settori in cui ricadono gli effetti degli investimenti e delle operazioni, adottare misure diverse. Queste ultime vanno graduate in modo ragionevole,

proporzionale secondo quanto richiesto dall'articolo 1 del d.l. 21/2012 e s.m.i. Così possono essere imposte specifiche condizioni; può essere esercitato un potere di veto all'adozione di delibere; può essere esercitato un potere che si traduca nell'opposizione all'acquisto a qualsiasi titolo di partecipazioni in un'impresa da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano (o ente pubblico o soggetti da questi controllati) quando comporti un livello di partecipazione al capitale con diritto di voto in grado di compromettere interessi della sicurezza e difesa nazionale. Gli atti adottati in violazione delle misure impartite sono nulli, mentre la violazione dell'obbligo di notifica comporta anche l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'1% del fatturato realizzato dalle imprese coinvolte.

Si tratta di atti tutti impugnabili innanzi al giudice amministrativo^[35], frutto dell'esercizio di un potere definito dalla Relazione al Parlamento in materia di esercizio di poteri speciali del 2019 di *"tipo oppositivo, prescrittivo e, in ultima istanza, interdittivo"*.

Al di là della qualificazione formale del potere, vi è da chiedersi quale ne sia la matrice. L'elevato tasso di discrezionalità da cui sono contraddistinti, come si è avuto in più passaggi modo di sottolineare, porterebbe a considerarli atti di alta amministrazione.^[36] E che derivano, a loro volta, da atti amministrativi generali, quali senz'altro configurabili quelli attraverso cui vengono identificati i criteri e le modalità applicative del potere stesso. Quel che è indubbio è che nella fattispecie in esame il potere speciale riconosciuto al Governo, in ogni sua manifestazione, sia connotato da un alto tasso di politicità.^[37] E se è innegabile che la portata del potere governativo ponga una questione in termini di equilibrio tra le istituzioni, è altrettanto innegabile che crisi economiche, indipendentemente dai fattori che le generano, portano alla verticalizzazione delle decisioni. In altri termini, la crisi ha certamente impresso una dinamica ricentralizzante, se così si può definire, entro certi limiti fisiologica. A sostegno di tale ricostruzione possono essere lette, tra le altre cui si è già fatto riferimento, le disposizioni del decreto 2012 che autorizzano l'uso del potere speciale sganciandolo dal valore dell'investimento: è il caso previsto^[38] nell'ipotesi in cui gli investimenti possano incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione, tra questi il programma Horizon 2020 (che includono quelli che impegnano una quota rilevante di fondi europei o che sono retti da una disciplina europea in quanto riguardano infrastrutture critiche,

tecnologie o input ritenuti essenziali per la sicurezza o l'ordine pubblico).^[39]

In simili circostanze, l'esigenza di monitoraggio è infatti indipendente dal valore della transazione, ed è una scelta tutta politica quella di ritenere che anche un valore limitato possa rivestire importanza strategica in settori come la ricerca e l'innovazione tecnologica.

7. Potere speciale del Governo e coordinamento in ambito comunitario.

Il potere del Governo, meglio la politicità delle scelte che è chiamato ad effettuare nel ricorso allo strumento di intervento nell'economia si confronta con poteri, dalla natura diversa, riconosciuti per le operazioni oggetto di controllo agli altri Stati membri e alla Commissione. Ferma la competenza dello Stato ad adottare la decisione di controllo, la Commissione può sempre avviare una procedura di infrazione,^[40] così come «*uno Stato membro, se ritiene che un investimento estero diretto in programma o già realizzato in un altro Stato membro e che non è oggetto di un controllo in corso possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico nel suo territorio, ovvero se dispone di informazioni pertinenti in relazione a detto investimento estero diretto, può formulare osservazioni a tale altro Stato membro*». La rete di cooperazione a livello ultrastatale opera anche nei casi in cui l'investimento non sia oggetto di un procedimento di controllo nello Stato membro, per negligenza o per mancata adozione della normativa di riferimento^[41]. Il mezzo attraverso cui la Commissione può intervenire è quello del parere, di natura non vincolante, cui però, ai sensi del regolamento e del decreto legislativo 2012, lo Stato deve dare massima considerazione. Nell'ipotesi in cui lo Stato interessato dall'operazione non sia dotato dell'apposita normativa, le osservazioni e i pareri ricevuti devono essere tenuti in conto «*nel processo più ampio di elaborazione delle politiche*» pubbliche, in conformità con l'obbligo di generale di leale cooperazione previsto dall'art. 4, par. 3, TUE.^[42]

Il meccanismo procedurale di cooperazione, per grandi linee appena sopra ricostruito, offre lo spunto per una riflessione conclusiva che attiene ai rapporti tra Stato ed Unione Europea^[43]: come è stato efficacemente rilevato, l'occasione fornita dal *golden power* e dai poteri di intervento degli Stati sulle reciproche politiche può trovare esiti diversi nel senso di una maggiore integrazione europea

ovvero di una involuzione del comune tragitto sovranazionale.

1. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2021, 17 e ss.; e per la ricostruzione dei rapporti tra poteri pubblici e privati in relazione al tipo, finalità e disciplina dell'attività economica, 25 ss.; S. Sepe, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-2017)*, Napoli, 2018. Per l'evoluzione delle forme di intervento statale nell'economia, L. Giani, in F.G. scoca, a cura di, *Diritto amministrativo*, 3 ed., Torino, 2014, 608 e ss.; N. Marzona, *Sistema amministrativo e processi economici*, Padova, 1986; V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001, 1 ss.
2. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992; Id., *Crisi economica e intervento pubblico*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 217.
3. F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, per le forme e gli scopi dell'azione pubblica nell'economia: politiche pubbliche in materia economica; conformazione dei mercati, pianificazione.
4. G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. Dir. amm.* 5/19, 549
5. A. Aresu, *Geopolitica della protezione*, in *Limes*, 2019, 71 e ss.
6. R. Garofali, *Golden Power e controllo degli investimenti stranieri*, in *Federalismi*, 9/19
7. F. Marconi, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato*, in *Federalismi*, 20/21, oltre a ripercorrere l'evoluzione del ruolo dello Stato nell'economia e nella competizione geopolitica, pone la questione della centralità assunta dal giudice amministrativo nel contenzioso economico.
8. F. Santonastaso, *La "saga" della golden share tra libertà di movimento, di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giurispr. comm.*, 3/2007; G.C. Spattini, *La "golden share" all'italiana finalmente "presa sul serio" dalla Corte di Giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della "Grundnorm" delle privatizzazioni "sostanziali"*, in *Riv. it. dir. pub. com.* 2009, 1599; A. Comino, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni* in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, 1022 e ss.
9. L. Torchia, *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in M. Cammelli, G. Sciuillo, (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazione dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Santarcangelo in Romagna, 2004; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3/96, 519; M. Clarich, *Privatizzazione e trasformazione in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.* 1995, 519
10. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2018, 167 e 293
11. E. Freni, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1145.
12. L. Fiorentino, *Verso un sistema integrato di sicurezza: dai poteri speciali al perimetro cibernetico*, in G. della Cananea, L. Fiorentino, a cura di, *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, 42

13. *“Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni.”* Per la ricostruzione del quadro normativo sino al 2018, si veda la Relazione presentata al Parlamento in materia di esercizio dei poteri speciali nel dicembre 2018 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento amministrativo.
14. A. Ferrari Zumbini, *Principi dell’Unione Europea in materia di golden power: opportunità e limiti*, in G. della Cananea, L. Fiorentino, a cura di, *I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2020, 33 e ss.; M. Rescigno, *Il nuovo regolamento UE2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell’Europa*, in *Giur. Comm. le.*, 5/20, 847; G. Scarchillo, *Golden power e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Dir. Com. Int.*, 2/20, 569.
15. M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l’estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. Napolitano, a cura di, *Direct Foreign Investment Screening*, cit., 115 e s.
16. L. Vasques, *Golden power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1/20, 124.
17. D. l. n. 23 del 23.4.20 *“Modifiche all’articolo 4-bis, comma 3, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 1331”*
18. Così possono riassumersi le operazioni soggette a notifica: 1) l’acquisto a qualsiasi titolo di partecipazioni in società che detengono beni e rapporti nei settori di cui all’articolo 4, paragrafo 1, lettere a), b), c), d) ed e), del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, intendendosi compresi nel settore finanziario i settori creditizio e assicurativo, e, nel settore sanitario, la produzione, l’importazione e la distribuzione all’ingrosso di dispositivi medicali, medico-chirurgici e di protezione individuale; 2) le delibere, gli atti o le operazioni, adottati da un’impresa che detiene beni e rapporti nei settori di cui all’articolo 4, paragrafo 1, lettere a), b), c), d) ed e) del regolamento (UE) 2019/452, intendendosi compresi nel settore finanziario i settori creditizio e assicurativo, nonché le delibere, gli atti o le operazioni individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al citato articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge n. 21 del 2012, che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità di detti attivi o il cambiamento della loro destinazione; 3) gli acquisti a qualsiasi titolo di partecipazioni, da parte di soggetti esteri, anche appartenenti all’Unione europea, di rilevanza tale da determinare l’insediamento stabile dell’acquirente in ragione dell’assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell’acquisto, ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile e del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; 4) gli acquisti di partecipazioni, da parte di soggetti esteri non appartenenti all’Unione europea, che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento, tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute, quando il valore complessivo dell’investimento

- sia pari o superiore a un milione di euro; 5) altresì le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15 per cento, 20 per cento, 25 per cento e 50 per cento del capitale..
19. Con decreto legge 14.6.2021 n. 82 *“Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell’architettura nazionale di cybersicurezza”*, la strategia in materia viene completata ed accresciuta attraverso azioni di promozione della cultura della sicurezza cibernetica, con l’obiettivo di avviare una operazione volta all’acquisizione della consapevolezza, nel settore pubblico come nella società civile, dei rischi e delle minacce cyber.
 20. A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al “golden power”*, in *Dir.pubb1/20*, 405 ss., rileva come l’allargamento del perimetro di intervento possa essere idoneo a rappresentare un segno di debolezza del Paese.
 21. Cfr. G. della Cananea, *Golden power e garanzie, I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, cit. 342
 22. Cfr. A. Gemmi, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *Persona e Amministrazione*, 1,2020.
 23. Così M. D’Alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. Napolitano, (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening, Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., 84
 24. In questi termini, Tar Lazio, Roma, I, 24/07/20 n. 8742
 25. G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1/19, 6 e ss.
 26. Sulla non sussumibilità tra le ragioni di ordine pubblico di questioni soltanto economiche, cfr. A Ferrari Zumbini, *Principi dell’Unione Europea in materia di golden power*, cit. 21.
 27. R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in G. Napolitano, a cura di, *Foreign Direct Investment*, cit. 95
 28. Sul principio di proporzionalità, tra tutti, si vedano: A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 408 e ss. cui si rinvia per l’ampia ricostruzione delle origini e della natura del principio nell’ordinamento e nella giurisprudenza dell’UE.
 29. S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; A. Brown, *A theory of legitimate expectations for public administration*, Oxford, 2017; P. Craig, *EU administrative law*, 3th edition, Oxford 2018, 600.
 30. Cfr. articolo 3-bis del citato decreto-legge n. 21 del 2012.
 31. L’autorità è stata istituita dal citato d. l. 14/6/21 n. 82
 32. Secondo quanto disposto dall’art. 2 bis (introdotto con il D.L. 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla L. 18 novembre 2019, n.133)
 33. La letteratura sul tema è vastissima: per il sistema vigente delle autorità indipendenti si

- veda, tra gli altri, G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009, spec. 39
34. Va segnalato, per il settore finanziario, il ruolo assegnato alla Consob: l'articolo 120 del TUF, al comma 4 bis, come introdotto dal decreto legge 104/20, ha introdotto l'obbligo da parte degli investitori di dichiarare i propri obiettivi per acquisti di quote superiori al 10%. S. Albano, *Poteri speciali e mercati finanziari. Il ritorno dello Stato nei mercati finanziari?* in G. della Cananea, L. Fiorentino, *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, cit. 205 e ss.
 35. Sulla giurisdizione del giudice amministrativo nella materia di che trattasi, M. Allena, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di golden powers*, in *Il dir. dell'economia*, 2012, 639 e ss.
 36. Ricostruisce in questi termini la natura del potere R. Garofali, *Il controllo degli investimenti esteri*, cit. 102; Per una definizione di atto di alta amministrazione e per la differenza con gli atti politici si veda in giurisprudenza, tra le altre, Tar Lazio Roma, sez. I, 4/4/12 n. 2223.
 37. Così G. della Cananea, *Golden power e garanzie*, cit. 325, il quale evidenzia, con tutte le criticità del caso, il rafforzamento del potere esecutivo, anche su un piano più generale delle dinamiche ordinamentali attuali, e la conseguente necessità di aumentare il sistema di controlli sull'operato del Governo. Sulla questione dell'equilibrio tra poteri, in particolare in tempi di crisi, si veda M. Macchia, *Amministrare la democrazia. Parlamento ed equilibrio di poteri ai tempi della crisi*, Napoli, 2021, spec. 185 e ss.
 38. Dall'art. 8 del Regolamento EU 452/19.
 39. La lista include i satelliti europei relativi ai sistemi di navigazione (Galileo e EGNOS), Copernicus, Orizzonte 2020 (ricerca e sviluppo, incluse azioni correlate a tecnologie abilitanti fondamentali quali intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori e cybersicurezza); le reti transeuropee dei trasporti, dell'energia e delle telecomunicazioni; il Programma europeo di sviluppo industriale nel settore della difesa a Cooperazione strutturata permanente (PESCO).
 40. G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti*, cit., 14.
 41. Così A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, cit., 408.
 42. *Op. ult. cit.*, 15
 43. Sul tema si veda, F. Gaspari, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi dell'UE*, in *Federalismi.it*, 16/2020, che sottolinea come nelle situazioni di crisi socioeconomiche e politiche la riemersione della centralità dello Stato abbia messo in discussione il processo di integrazione dell'Unione Europea.

Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?

Andrea De Petris

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-8

L'articolo esamina la sentenza con cui lo scorso 24 marzo 2021 il Tribunale Costituzionale Federale tedesco ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della Legge sulla protezione del clima del 12 dicembre 2019 (KSG). Gli obiettivi nazionali di protezione del clima e i volumi annuali di emissioni ammessi fino al 2030 che la norma prevede sono stati ritenuti incompatibili con i diritti fondamentali, in quanto mancano dei requisiti sufficienti per ulteriori riduzioni delle emissioni a partire dal 2031. La sentenza riconosce che ogni libertà è potenzialmente interessata da questi futuri obblighi di riduzione delle emissioni, in quanto quasi tutte le aree della vita umana sono ancora legate alle emissioni di gas serra e sono quindi condizionate da drastiche restrizioni che in base all'attuale disciplina potrebbero aver luogo dopo il 2030. Il legislatore avrebbe dovuto quindi assumere delle precauzioni per attenuare questi oneri elevati, al fine di salvaguardare i diritti fondamentali in un'innovativa prospettiva "intertemporale", e garantire così in misura adeguata anche i diritti delle generazioni future.

Climate protection and the inter-temporal dimension of fundamental rights: Karlsruhe for Future?

This article examines the ruling by which the German Federal Constitutional Court declared on 24 March 2021 that certain provisions of the Climate Protection Act of 12 December 2019 (KSG) are unconstitutional. The national climate protection targets and the annual permissible emission volumes up to 2030 that the provision envisages were found to be incompatible with fundamental rights, as they lack sufficient requirements for further emission reductions from 2031 onwards. The ruling recognises that every freedom is potentially affected by these future emission reduction obligations because almost all areas of human life are still depending by the emission of greenhouse gases and are therefore threatened by drastic restrictions that could occur after 2030 according to the current regulation. The legislator should

therefore have taken precautions to mitigate these high burdens in order to safeguard fundamental rights in an innovative 'intertemporal' perspective, and thus also adequately guarantee the rights of future generations.

1. Introduzione

Lo scorso 24 marzo 2021 non era un venerdì, ma nei corridoi del Tribunale Costituzionale Federale a Karlsruhe erano molti i rappresentanti di gruppi legati al movimento *Fridays for Future* in attesa. Nell'occasione, facendo ricorso a contenuti argomentativi in gran parte inediti^[1] e già oggetto di vivace dibattito dottrinario, il Primo Senato del BVerfG ha emanato una sentenza^[2] tesa a verificare la costituzionalità delle misure contenute nella Legge sulla protezione del clima (KSG) del 12 dicembre 2019^[3], con cui la Germania si era impegnata a realizzare gli obiettivi nazionali di protezione del clima e a regolamentare i volumi annuali di emissione di gas serra (soprattutto CO²) ammessi fino al 2030^[4].

Rispetto al sistema di regolamentazione delle emissioni, la norma impugnata operava una netta distinzione tra il periodo fino al 2030 ed il periodo successivo, fino al previsto raggiungimento della neutralità climatica nel 2050. Per l'intervallo di tempo fino al 2030, la legge prevedeva un percorso di riduzione di emissioni con massimali vincolanti per i settori dell'energia, dell'industria, dell'edilizia, dei trasporti, dell'agricoltura, della gestione dei rifiuti e altri, unitamente ad un programma di graduali restrizioni riguardo all'uso del suolo, del cambiamento di uso del suolo e della gestione del patrimonio forestale. Per il periodo successivo al 2030, di contro, la norma non definiva limiti annuali altrettanto concreti rispetto all'entità delle emissioni consentite, ma si limitava a prevedere una serie di provvedimenti autorizzativi e vincolanti per il Governo federale, chiamato a definire un percorso di riduzione delle emissioni attraverso ordinanze per "ulteriori periodi", al più tardi nel 2025. Alle riduzioni delle emissioni post 2030 tramite ordinanza dell'Esecutivo era posto il solo vincolo di essere coerenti con il raggiungimento degli obiettivi di protezione del clima stabiliti nella Legge sulla protezione del clima e con i requisiti posti dal diritto dell'UE.

2. I punti salienti del ricorso

Secondo i ricorrenti, molti dei quali assai giovani e due dei quali residenti in Bangladesh e in Nepal, con gli artt. 3 comma 1 e 4 comma 1 frase 3 in combinato disposto con l'allegato 2 del KSG, lo Stato tedesco non avrebbe regolamentato in modo sufficientemente efficace il processo di riduzione immediata dei gas ad effetto serra, in particolare dell'anidride carbonica (CO²): riduzione che si renderebbe tuttavia assolutamente necessaria per mantenere il riscaldamento globale «ben al di sotto di 2 °C ed il più possibile entro il limite di 1,5 °C», che è l'obiettivo concordato dai cd. "Accordi di Parigi" del dicembre 2015^[5]. I ricorrenti sostengono che il conseguimento di tale obiettivo sarebbe tuttavia imprescindibile, dal momento che il mancato rispetto di tale soglia di incremento metterebbe a rischio l'esistenza di milioni di vite umane, con conseguenze imprevedibili per la tenuta del sistema climatico e per la collettività mondiale.

Richiamando il rapporto "*Global Warming of 1.5°C*"^[6] pubblicato dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) nel 2018, il ricorso evidenzia come dal 1° gennaio 2020 sarebbero ancora disponibili a livello globale 336 Gigatonnellate di emissioni per raggiungere l'obiettivo di riscaldamento globale "entro 1,5 °C" con la massima probabilità possibile (66%). In assenza di misure aggiuntive, sostengono i ricorrenti, il budget globale di CO² sarà esaurito tra il 2030 e il 2052. La Repubblica Federale di Germania può disporre di un budget di 3,465 Gigatonnellate di CO², a cui ha diritto in base alla sua quota di popolazione. Gli obiettivi di riduzione delle emissioni fissati nella Legge sulla protezione del clima sarebbero tuttavia completamente inadeguati a garantire il rispetto di questo limite, in quanto la riduzione di emissioni di almeno il 55% rispetto al 1990, stabilita dalla Legge sulla protezione del clima in attuazione degli Accordi di Parigi, determinerebbe l'esaurimento del restante budget nazionale di emissioni di anidride carbonica già nel 2024, o al più tardi nel 2025. In uno scenario del genere, per mantenere l'aumento del riscaldamento globale entro i limiti fissati dagli accordi di Parigi, a cui il Legislatore tedesco è espressamente vincolato, a partire dal 2030 si dovrebbe ricorrere a quello che i ricorrenti definiscono un "arresto totale" (*Vollbremsung*) delle emissioni, con conseguenti ripercussioni sull'effettivo godimento del loro patrimonio di libertà costituzionalmente garantite.

I ricorrenti chiamano a fondamento delle loro argomentazioni in particolare i doveri di protezione dei diritti fondamentali *ex artt.* 2 comma 2 frase 1^[7] e 14 comma 1^[8] della Legge Fondamentale, unitamente al diritto fondamentale ad un futuro degno di un essere umano (“*auf menschenwürdige Zukunft*”) e ad un livello minimo di sussistenza ecologica (“*auf das ökologische Existenzminimum*”), sussunti rispettivamente dall’art. 2.1^[9] in combinazione con l’art. 20a^[10] e dall’art. 2.1 in combinazione con l’art. 1.1 frase 1^[11] della Legge Fondamentale.

3. La decisione di Karlsruhe

Come ricordato, la Legge sulla protezione del clima ha imposto una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 55% entro il 2030 rispetto ai dati registrati nel 1990, fissando i percorsi di riduzione applicabili entro tale data mediante la definizione di quantità annuali di emissioni settoriali consentite^[12].

In termini generali, il Tribunale Costituzionale federale non ritiene che con la disposizione impugnata il legislatore sia venuto meno ai suoi obblighi di tutela dei diritti fondamentali per quanto attiene al suo dovere di proteggere i ricorrenti dai pericoli connessi al cambiamento climatico, o che abbia violato il proprio dovere di tutela del clima sancito dall’art. 20a della Legge Fondamentale^[13].

Tuttavia, secondo i Giudici di Karlsruhe il KSG viola le libertà dei ricorrenti, alcuni dei quali come detto ancora molto giovani, in quanto la legge impugnata prevede attualmente un percorso di riduzione delle emissioni da gas serra fino al 2030 ritenuto troppo blando (sebbene di per sé non viziato da incostituzionalità), e conseguentemente poco efficace rispetto agli obiettivi complessivi che la norma si prefigge, dal momento che rinvia a periodi successivi oneri di riduzione delle emissioni molto più gravosi. In questo modo, osserva il BVerfG, saranno le generazioni future a dover sopportare in massima parte uno sforzo molto più ingente di quello richiesto fino al 2030 per realizzare una efficace politica di tutela del clima.

D’altro canto, ricorda la decisione in commento, è la stessa Legge Fondamentale a prevedere espressamente che le emissioni di gas serra debbano essere ridotte: una finalità statuita dal citato art. 20a del *Grundgesetz*, e che si concretizza nella necessità di contenere l’aumento della temperatura media globale entro un limite ampiamente inferiore a 2 °C e il più possibile entro 1,5 °C rispetto al livello

preindustriale, in conformità con i citati “obiettivi di Parigi”. Per raggiungere questi parametri, applicando le disposizioni attualmente vigenti in materia le riduzioni di emissioni che si renderebbero necessarie dopo il 2030 si renderebbero tuttavia sempre più urgenti e drastiche. La Corte di Karlsruhe riconosce infatti che, di fatto, ogni libertà è potenzialmente interessata dai futuri obblighi di riduzione delle emissioni, dal momento che quasi tutte le aree della vita umana sono legate alle emissioni di gas serra, e rischierebbero quindi di subire drastiche restrizioni dopo il 2030, in quanto la Legge sulla protezione del clima non regola dettagliatamente il processo di riduzione di gas serra dal 2031 in poi. Pertanto, il processo di riduzione delle emissioni *post* 2030 previsto dal KSG non risulta adeguato rispetto agli obiettivi che la norma stessa dichiara di voler realizzare.

Il Legislatore avrebbe dunque dovuto assumere le adeguate precauzioni per attenuare questi oneri elevati per il periodo di implementazione successivo al 2030, soprattutto con riguardo alle ripercussioni della disciplina impugnata sulle generazioni future, al fine di salvaguardare una piena fruizione delle libertà fondamentali anche da parte loro. La sentenza statuisce quindi che, per la transizione tempestiva verso la neutralità climatica richiesta dagli obiettivi di Parigi, la disciplina messa in atto in Germania per realizzare il processo di riduzione delle emissioni di gas serra a partire dal 2031 non è adeguata, ed impone pertanto al Bundestag di regolare entro il 31 dicembre 2022 più dettagliatamente l’attuazione degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra per i periodi successivi al 2030.

Unitamente alla portata delle sue conseguenze a livello nazionale, la sentenza assume una grande importanza anche nel contesto internazionale, sotto vari punti di vista. In primo luogo, poiché la decisione conferma il coinvolgimento della Germania nella comunità internazionale, anche sul piano della tutela ambientale, nella parte in cui sottolinea come una soluzione al problema della protezione del clima vada cercata appunto anche a livello sovranazionale^[14]. Allo stesso modo, il BVerfG ribadisce la vincolatività per la Germania del rispetto degli obblighi internazionali nella lotta contro il cambiamento climatico e rispetto ai doveri di tutela *ex* art. 2 Frase 1 della Legge Fondamentale.

In secondo luogo, poiché il BVerfG mostra di tenere in debita considerazione la dimensione scientifica del tema di fondo, ammettendo la possibilità che anche l’obiettivo fissato rispetto al livello massimo ammissibile di incremento della

temperatura («ben al di sotto dei 2 °C»), descritto solo come un “*range*” nell’accordo di Parigi, potrebbe dover essere corretto ulteriormente verso il basso in considerazione di ulteriori scoperte scientifiche che dovessero dimostrarne l’inefficacia.

Infine, è significativo il richiamo ampio ed esplicito che il BVerfG opera nell’occasione rispetto a sentenze e decisioni dei tribunali internazionali e nazionali già emesse in questa materia, rafforzando il confronto giudiziario internazionale sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamento climatico^[15].

4. Gli aspetti innovativi della sentenza

La decisione del BVerfG sul KSG ha utilizzato argomentazioni in buona parte inedite rispetto alla giurisprudenza preesistente, tanto da spingere alcuni a definire “storica” la pronuncia^[16], soprattutto per quanto attiene alla considerazione riconosciuta al contenuto dell’art. 20a GG.

In primo luogo, il Tribunale Costituzionale Federale ravvisa esplicitamente nella Legge Fondamentale un mandato costituzionalmente vincolante e sindacabile sul piano giudiziario di protezione del clima a carico delle istituzioni della RFT, derivato dal citato art. 20a GG, che dal 1994 annovera la protezione delle basi naturali della vita tra le competenze dello Stato.

Va ricordato come la ricezione dell’art. 20a GG nella giurisprudenza costituzionale di Karlsruhe abbia conosciuto fasi molto alterne, dal 1994 ad oggi. Nella sua prima decisione a riguardo, nel 1998, il BVerfG si era limitato a definire l’art. 20a GG una “disposizione statutale di rango programmatico” (*Staatszielbestimmung*)^[17]. La natura dogmatica dell’articolo si è andata poi definendo piuttosto sommestamente nelle successive decisioni sia del Tribunale Costituzionale federale che del Tribunale Amministrativo federale, lasciando spazio solamente ai normali strumenti esegetici giurisprudenziali. Ad es., dall’interpretazione dell’art 20a GG non è stato tratto un obbligo costituzionale ad agire per realizzare uno “Stato dell’Ambiente” (*Umweltstaat*): il portato costituzionale della norma in questione era inteso dal BVerfG con funzione essenzialmente repressiva^[18], negando il riconoscimento ad istanze giuridiche individuali^[19].

I tentativi operati dalla dottrina dell’epoca per delineare un nucleo normativo e

sussumibile nell'art. 20a GG, per quanto ammirevoli, non produssero effetti a livello giurisprudenziale^[20]. La novella costituzionale era al massimo considerata «favorevole alla tutela del bene comune»^[21], in particolare nell'ambito dei poteri discrezionali di valutazione ed accertamento spettanti al Legislatore, da utilizzare al fine di dare attuazione ad un obbligo di considerare (anche) le finalità di tutela sancite dall'art. 20a GG^[22].

Successivamente, l'art. 20a GG è stato utilizzato per qualificare la protezione delle basi naturali della vita come un bene comune di particolare rilevanza^[23], senza che d'altro canto glifosse riconosciuta la capacità di imporre allo Stato obblighi di protezione più severi di quelli già sanciti dall'art. 2 (2) 1 GG^[24]. Nel complesso, si può convenire che nel suo primo decennio di utilizzo, la rilevanza costituzionale della norma in oggetto fosse dunque estremamente contenuta, al punto da farla classificare come una «*lex imperfecta*»^[25]. Le supreme magistrature della RFT evitarono di esaminarne il contenuto materiale, senza tenere in considerazione la dottrina che nel frattempo andava sviluppandosi sul tema.

Dal 2006, si sono invece registrati segnali di cambiamento negli orientamenti della giurisprudenza. Il primo a cambiare indirizzo interpretativo fu il Tribunale amministrativo federale, ponendo in diretta relazione l'art. 20a GG con la protezione del clima^[26]. Il BVerfG, dal canto suo, ha modificato le proprie posizioni sul tema a partire dal 2007, in un caso di controllo astratto di una norma, in cui il Land Sassonia-Anhalt aveva impugnato la Legge Federale sullo Scambio di Emissioni^[27] chiamando in causa appunto l'art. 20a GG. Il Legislatore, nell'emanare la norma contestata, si era attivato per dare attuazione ad una Direttiva comunitaria relativa al Protocollo di Kyoto (1997). Il *Bundesverfassungsgericht* attestò la conformità della norma impugnata con il dettato costituzionale, affermando che l'art. 20a GG obbliga il Legislatore a «dare attuazione nella sua legislazione al mandato contenuto nell'art. 20a della Legge Fondamentale e ad emanare disposizioni adeguate di protezione dell'ambiente»^[28]. Per la prima volta, dunque, il Tribunale Costituzionale federale riconosceva esplicitamente nell'art. 20a GG un «mandato costituzionale» a carico delle istituzioni federali di garantire la «protezione delle basi naturali della vita», sebbene da tale articolo non riuscisse ad evincersi una formulazione specifica del modo in cui tale mandato avrebbe dovuto trovare realizzazione.^[29] Al Legislatore restava in primo luogo il ruolo di soggetto

attuatore del mandato costituzionale^[30], mandato che poteva da quel momento in poi richiedere, o almeno legittimare, sia un intervento di difesa da un pericolo (*Gefahrenabwehr*) che di prevenzione di un rischio (*Risikovorsorge*).^[31]

Nel 2009, il I Senato del BVerfG ha poi dichiarato che l'art. 20a GG obbliga il Legislatore a emanare norme adeguate per la protezione dell'ambiente^[32]. Nel caso in esame Karlsruhe aveva comunque escluso la rilevanza della tutela della sicurezza ambientale a lungo termine con riferimento al posizionamento di scorie nucleari, ritenendo che il tema non avesse alcuna relazione con gli interessi presenti ed attuali del ricorrente. Secondo i Supremi giudici tedeschi, un diritto fondamentale giustiziabile finalizzato alla prevenzione di pericoli per l'ambiente e le generazioni future che si verificheranno solo in un momento successivo alla vita del ricorrente non può essere dedotto né dall'art. 2 (2) 1 GG, né da altre garanzie di diritti fondamentali previste dal dettato costituzionale^[33]. Nel caso in esame, dunque, la questione dell'effetto a lungo termine dell'art. 20a GG - quello cioè relativo «*alla responsabilità per le generazioni future*» - viene traslato nell'orizzonte di intervento dell'art. 2 (1) GG, e comunque non riconosciuto come meritevole di speciale tutela.

Come visto, invece, nella decisione sul KSG del 24 marzo 2021 il Tribunale Costituzionale federale non ripete la stessa strategia interpretativa, e soprattutto non intende il termine “generazioni future” come un concetto collocato in un futuro indeterminato, ma lo considera come riferito anche a categorie di soggetti legati al momento presente.

Basandosi sugli studi scientifici disponibili sul tema^[34], nella sua ultima sentenza riferita all'art. 20a GG il BVerfG interpreta il mandato sulla protezione dell'ambiente in modo tale che l'azione delle istituzioni debba imprescindibilmente condurre al conseguimento della neutralità climatica, e chiarisce come vi sia un solo modo per raggiungere tale obiettivo: essendo la crisi climatica causata da comportamenti attuati a livello globale, e le cui conseguenze causano effetti devastanti per l'intera collettività internazionale, è necessario un piano di intervento sia politico che giuridico di portata planetaria. Allo stesso tempo, tuttavia, la sentenza ammonisce sul fatto che l'inazione di altri Stati non deve essere addotta a giustificazione per una mancanza di impegno da parte delle istituzioni nazionali tedesche, che non possono per questo venire meno alle loro responsabilità sancite da precisi obblighi costituzionali interni.

Inoltre, la decisione amplia considerevolmente la portata del controllo di costituzionalità sulle misure relative alla protezione climatica: un aspetto che ha sorpreso molti, ma che ha anche suscitato reazioni positive, ad es. da parte di chi – come Kurt Faßbender - ritiene che il BVerfG abbia agito bene nel trasporre in una indefinita dimensione futura la questione della tutela climatica, fornendo in tal modo una interpretazione corretta dell'art. 20a GG, nella parte in cui impegna le istituzioni nazionali a proteggere i diritti delle generazioni future^[35].

Un altro aspetto innovativo della decisione riguarda il suo richiamo alla rilevanza sovranazionale delle scelte operate da singole istituzioni nazionali in materia climatica. Nel momento in cui tali scelte provocano conseguenze anche per gruppi di persone sottorappresentate – o non rappresentate affatto – nelle istituzioni che assumono tali scelte, si pone un problema per la loro legittimità, dal momento anche persone che vivono fuori dalla Germania sono drammaticamente colpite dal cambiamento climatico. A questo riguardo, il BVerfG riconosce che il dovere del Governo tedesco di proteggere i diritti fondamentali non si arresta alle frontiere nazionali del Paese, ma si estende anche alle persone residenti all'estero, compreso il gruppo di ricorrenti che vivono in Nepal e Bangladesh^[36]. Nel caso in esame, in ogni caso, Karlsruhe ritiene che il Governo abbia soddisfatto i suoi doveri di protezione, in particolare con la ratifica dell'Accordo di Parigi del 2015, e questo ha condotto al respingimento dei ricorsi presentati da cittadini stranieri nell'occasione: tuttavia, la posizione espressa dalla sentenza sul punto potrebbe assumere un immenso significato nei casi futuri in cui l'unico modo per superare i problemi globali fosse rappresentato dalla cooperazione internazionale, con i cittadini stranieri che potrebbero d'ora in poi costringere la Germania ad essere all'altezza dei suoi doveri di "buon cittadino globale"^[37].

Il punto più interessante della sentenza, tuttavia, attiene alle modalità con cui la sentenza configura la violazione dell'obbligo di protezione del clima, che deriva da una concezione innovativa di libertà costituzionalmente garantita fruibile non solo nel tempo presente, ma anche nel futuro. Il BVerfG spiega come la tutela ed il miglioramento delle condizioni climatiche devono essere perseguite efficacemente nel nostro tempo poiché, diversamente, si renderanno necessarie misure molto più invasive e penalizzanti per l'esercizio delle libertà delle generazioni future. In questo senso, la sentenza parla di una «protezione

intertemporale della libertà» (*intertemporale Freiheitssicherung*)^[38], tale per cui la tutela costituzionale dei diritti fondamentali garantisce i ricorrenti contro un unilaterale ed indebito slittamento nel futuro dell'onere di riduzione dei gas serra previsto dall'art. 20a GG. Il legislatore, nel momento in cui emana una disciplina mirata a garantire l'esercizio delle libertà fondamentali, deve farlo tenendo in considerazione non solo l'effettività del loro godimento nel presente, ma anche nel futuro, in quanto i comportamenti odierni definiscono le condizioni di esercizio delle medesime libertà anche per gli anni e le generazioni a venire.

Colpisce a questo riguardo il timore di chi legge nell'estensione "intertemporale" della protezione dei diritti fondamentali condotta dal BVerfG un'ulteriore restrizione della libertà dei diritti fondamentali: un apparente paradosso, spiegato con l'argomentazione secondo cui con la dogmatica dei diritti fondamentali inaugurata dalla decisione in commento, questi non possono più essere limitati solo da diritti fondamentali di terzi concretamente nominati ed effettivamente limitati, ma (anche) in favore di un esercizio futuro della libertà da parte di terzi^[39]. Se si accolgono le risultanze scientifiche sull'emergenza climatica, tuttavia, non si vede come si possa conservare un'effettività delle libertà costituzionalmente garantite se non ponendo oggi le basi per consentirne il godimento anche in futuro: che ciò comporti una limitazione all'esercizio dei diritti fondamentali dei contemporanei è, in fondo, il nucleo essenziale delle conclusioni a cui è pervenuta la ricerca scientifica in materia.

È proprio per questo che Karlsruhe sanziona il comportamento del legislatore il quale, avendo disciplinato in modo dettagliato il processo di riduzione delle emissioni solo fino al 2030 e peraltro attingendo in questa fase a gran parte del budget di produzione di CO² a disposizione della RFT, ha ignorato la dimensione intertemporale delle libertà costituzionali. È in questa mancata considerazione delle conseguenze future del processo di contenimento del riscaldamento globale che si sostanzia il vizio di costituzionalità del KSG, ed è per questo che Governo e Bundestag sono chiamati a regolare in modo più efficiente e concreto la riduzione delle emissioni anche dal 2031 in poi, avendo cura che l'obiettivo finale della neutralità climatica venga raggiunto entro il 2050.

Spicca, dunque, questa richiesta di un approccio responsabile alla libertà, che non può (più?) essere pensata solo nel "qui e ora", ma deve tenere in considerazione le implicazioni del suo esercizio anche per il futuro. In questo, l'azione politica è

chiamata ad operare conformandosi ai risultati dell'analisi scientifica, che in un contesto come quello climatico forniscono parametri di riferimento imprescindibili per una regolamentazione adeguata della materia. Inoltre, come è stato fatto opportunamente notare, l'attenzione ad una concezione della libertà che deve necessariamente essere preservata anche per il futuro, protegge anche la democrazia: più tardi si interviene, infatti, più drastiche dovranno essere le misure e minore sarà il margine di manovra a disposizione dei futuri legislatori^[40], con una probabilità sempre più elevata che, una volta inaugurata questa nuova linea giurisprudenziale, Karlsruhe registri un'ondata di ricorsi da parte di cittadini insoddisfatti rispetto alla tutela intertemporale dei diritti fondamentali di norme in materia ambientale talmente corposa da rischiare di tradursi in una "ecodittatura"^[41].

La sentenza valuta la legittimità del KSG anche alla luce del principio di proporzionalità: pur riconoscendo un margine di apprezzamento al legislatore nel dare attuazione agli obblighi *ex art. 20a GG*, il BVerfG conclude sul punto che le attuali disposizioni di protezione del clima violano il principio di proporzionalità. Questo principio richiede, secondo Karlsruhe, una distribuzione efficiente e rispettosa dei diritti connessi al budget di CO² rimanente. In questo modo, per la prima volta il Tribunale Costituzionale Federale introduce l'obbligo di protezione delle generazioni future unitamente al principio di equità intergenerazionale nella Costituzione tedesca, statuendo che «*ad una generazione non deve essere permesso di consumare grandi porzioni del budget di CO² sopportando una parte relativamente minore dello sforzo di riduzione [di emissioni], se questo comporterebbe lasciare alle generazioni successive un drastico onere di riduzione ed esporre le loro vite a ampie perdite di libertà*»^[42]. Con l'aggravarsi del cambiamento climatico, le misure di protezione del clima si configurano un dovere costituzionale che interferisce con tutti i tipi di libertà individuali, e un tale onere non può essere posto sproporzionatamente sulle generazioni future. Anche se le misure concrete che saranno necessarie in futuro non sono ad oggi secondo il BVerfG prevedibili, il Tribunale presume tuttavia un rischio significativo di gravi oneri che richiedono misure precauzionali da assumersi nel presente, poiché un tale processo «*richiede anche l'avvio della transizione verso la neutralità climatica in tempo utile*»^[43]. Perché questa condizione sia soddisfatta, un semplice obbligo governativo di aggiornare gli

obiettivi climatici entro il 2025 e oltre tramite ordinanze, come previsto dalla vigente Legge sulla protezione del clima, è insufficiente: pertanto, *«il legislatore deve perlomeno determinare l'entità delle quantità annuali di emissioni da fissare per i periodi successivi al 2030 stesso o imporre requisiti più dettagliati per la loro definizione da parte dell'autorità esecutiva responsabile dell'emissione dell'ordinanza»*.^[44]

Ancora, la sentenza mostra attenzione anche agli aspetti tecnologici connessi alle politiche climatiche, nel momento in cui impone di *«evitare una distribuzione troppo miope e quindi unilaterale degli oneri di libertà e di riduzione [delle emissioni] a scapito del futuro»*^[45]. Ciò richiede che lo scarso budget residuo di CO² venga consumato con sufficiente cautela, guadagnando così tempo per avviare le trasformazioni necessarie ad attenuare *«le perdite di libertà causate dalla riduzione costituzionalmente inevitabile delle emissioni [...], rendendo disponibili alternative comportamentali neutrali per la CO²»*^[46]. Pertanto, la norma impugnata risulta incostituzionale anche perché consente di consumare una quantità talmente ampia del bilancio rimanente di emissioni *«che le future perdite di libertà assumerebbero inevitabilmente proporzioni inaccettabili dal punto di vista odierno, perché non rimarrebbe tempo per sviluppi e trasformazioni in grado di mitigare»*^[47] gli effetti indicati. Nel complesso, dunque, emerge dalla sentenza un'interpretazione innovativa dell'art. 20a GG, per alcuni persino una sua “soggettivizzazione”, tale da delineare un “diritto fondamentale” ad una protezione assoluta contro il superamento del limite di riscaldamento globale di 1,5-2 °C. Tuttavia, se ne lamenta nel contempo una definizione così ristretta in termini di protezione sostanziale, da renderla almeno per il momento di rilevanza contenuta rispetto alla dogmatica dei diritti fondamentali^[48].

Da non sottovalutare, infine, le possibili conseguenze dell'apertura alla dimensione intertemporale delle libertà condotto dal BVerfG sull'operato della giustizia amministrativa, nel momento in cui questa si troverà a valutare atti di natura esecutiva in materia ambientale^[49]. Opportunamente, ad ogni modo, Karlsruhe sceglie di rimettere al titolare del potere di decisione in materia il compito di rivedere la normativa costituzionalmente illegittima^[50], affinché operi i correttivi richiesti dalla pronuncia in esame.

5. Le successive modifiche alla Legge sulla protezione del clima

Sebbene, come ricordato, il BVerfG avesse concesso al Legislatore federale tempo fino al 31 dicembre 2022 per eseguire le modifiche necessarie a eliminare i profili ritenuti incostituzionali della Legge sulla protezione del clima, già il 12 maggio 2021 il Governo tedesco aveva presentato il disegno di revisione della norma^[51], approvato poi dal Bundestag il 24 giugno e dal Bundesrat il giorno successivo^[52]. La legge emendata^[53] incrementa gli obiettivi di riduzione delle emissioni di CO², innalzandoli di 10 punti percentuali fino ad almeno il 65%: ciò significa che la Germania dovrà ridurre le sue emissioni di gas serra del 65% entro il 2030 rispetto al 1990. Le riduzioni del biossido di carbonio entro il 2030 saranno più forti nei settori riguardanti energia, industria, trasporti, edifici e agricoltura. Inoltre, è previsto che gli obiettivi climatici siano in futuro regolarmente sottoposti a monitoraggio per verificare lo stato della loro realizzazione. Per la prima volta, il Consiglio di Esperti sulle Questioni Climatiche^[54] presenterà un rapporto ogni due anni a partire dal 2022 sugli obiettivi, le misure e le tendenze raggiunte finora. Se gli obiettivi non saranno rispettati, il Governo federale sarà chiamato ad assumere provvedimenti immediati.

È previsto un obiettivo di riduzione delle emissioni di almeno l'88% entro l'anno 2040, ma la novella prevede anche obiettivi concreti annuali di riduzione delle emissioni fino al 2030. Entro il 2045, la Germania dovrà raggiungere la neutralità dei gas a effetto serra, con il conseguimento di un graduale equilibrio tra le emissioni di gas serra e la loro riduzione: seguendo questa strategia, dopo il 2050 il governo tedesco punta a raggiungere un livello negativo di emissioni negative, conservando nei cd. pozzi naturali più gas serra di quanti ne emetta.

Ancora, la Legge sottolinea il contributo degli ecosistemi naturali alla protezione del clima. Le foreste e le brughiere sono serbatoi di carbonio (i citati pozzi naturali di CO²), importanti per vincolare le emissioni residue inevitabili di gas a effetto serra.

Per raggiungere gli ambiziosi obiettivi di protezione del clima stabiliti nella Legge, il Governo tedesco ha adottato un programma di emergenza da € 8 miliardi, con cui fornire ulteriore sostegno alla decarbonizzazione dell'industria, alla produzione di idrogeno verde, alla ristrutturazione di edifici efficienti dal punto

di vista energetico, alla mobilità rispettosa del clima, ad una silvicoltura ed agricoltura sostenibili. Il programma si concentra principalmente su misure a breve termine, in grado di ridurre in modo visibile e verificabile le emissioni di gas a effetto serra.

A livello europeo, le proposte concrete della Commissione UE sulle misure per una maggiore protezione del clima non sono ancora in vigore: pertanto, la novella tedesca prevede che una proposta legislativa per l'adeguamento ai requisiti europei sia presentata entro sei mesi dalla loro entrata in vigore. A partire dal 2024, anche gli strumenti di tariffazione di CO² dovranno essere valutati ogni due anni in conformità con il Regolamento UE previsto in materia. L'obiettivo a cui la riforma del KSG punta è un insieme adeguatamente coordinato di strumenti operativo sul piano nazionale ed europeo.

La Legge sulla protezione sul clima resta in ogni modo una “norma cornice”, la cui implementazione necessita di un'ampia serie di provvedimenti di natura esecutiva che interessano aspetti amministrativi e tecnici connessi al tema generale, e che dovranno essere a loro volta adeguati alle nuove disposizioni contenute nella riforma appena emanata^[55].

6. Un nuovo dialogo fra Corti su clima e ambiente?

Nonostante la sua innovatività rispetto alla giurisprudenza nazionale pregressa, la sentenza del Tribunale Costituzionale ha richiamato le argomentazioni sostenute da pronunce emesse su temi connessi alla conservazione del clima da parte di altre massime corti nazionali.

Una di queste decisioni riguarda la vicenda della fondazione olandese Urgenda, i cui iscritti fin dagli anni '90 hanno ripetutamente invocato l'intervento dei giudici contro stati o singoli soggetti per far stabilire in tribunale le loro responsabilità riguardo al cambiamento climatico, ma sempre senza successo. Alla fine del 2019, invece, una causa intentata da Urgenda è stata una delle prime a ricevere una decisione positiva da parte dello *Hoge Raad*, il più alto tribunale civile dei Paesi Bassi, che ha obbligato lo Stato olandese a ridurre le emissioni di gas serra del 25% entro la fine del 2020 rispetto al 1990^[56]. La causa prendeva le mosse dall'obiettivo posto a carico dello Stato olandese per il 2020 di ridurre le emissioni di gas-serra del 20% rispetto ai livelli del 1990. Urgenda riteneva invece che, dati i

gravi rischi del cambiamento climatico, l'obiettivo olandese non fosse sufficiente a garantire una effettiva tutela climatica, chiedendo una riduzione delle emissioni di almeno il 25% nel 2020 rispetto ai livelli del 1990. Nel 2015 il Tribunale Distrettuale dell'Aia si era pronunciato in accordo con Urgenda, ordinando alle autorità nazionali di ridurre le emissioni di gas serra del 25% entro la fine del 2020, ordine poi confermato dalla Corte d'appello dell'Aia nel 2018. La decisione della Corte Suprema del 20 dicembre 2019 ha definitivamente respinto il ricorso dello Stato olandese contro questa deliberazione. Lo Stato olandese aveva sostenuto che spetta ai politici decidere sulla riduzione delle emissioni di gas serra, ma secondo la Corte suprema la Costituzione olandese impone ai tribunali nazionali di applicare le disposizioni della CEDU, a cui le leggi nazionali devono conformarsi anche in materia di tutela climatica, confermando la correttezza della decisione emessa dalla Corte d'appello. La sentenza olandese, che si basava su un'interpretazione degli artt. 2^[57] e 8^[58] della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), è stata richiamata ben cinque volte nella decisione del BVerfG, ad es. nella parte in cui stabilisce che la Germania non può sottrarsi alle proprie responsabilità in materia climatica chiamando in causa le emissioni di gas serra prodotte da altri Stati.

Dello stesso tenore anche la decisione della Corte Suprema irlandese nel caso *Friends of the Irish Environment v. Ireland* del 31 Luglio 2020^[59], scaturita da un'iniziativa del gruppo ambientalista *Friends of the Irish Environment* (FIE), che aveva intentato una causa presso l'Alta Corte irlandese, sostenendo che l'approvazione nel 2017 da parte del governo nazionale del "Piano Nazionale di Contenimento" (*National Mitigation Plan*) delle emissioni di gas serra violava l'*Irish Climate Action and Low Carbon Development Act 2015*, la Costituzione irlandese e gli obblighi imposti alle autorità nazionali dalla Convenzione Europea dei Diritti Umani, in particolare il rispetto del diritto alla vita ed alla vita privata e familiare. FIE aveva affermato che il *National Mitigation Plan*, finalizzato ad implementare il passaggio ad un'economia a basse emissioni di carbonio entro il 2050, fosse incoerente con la legge e con gli impegni dell'Irlanda in materia di diritti umani, in quanto non progettato per ottenere sostanziali riduzioni delle emissioni a breve termine. FIE chiedeva pertanto all'Alta Corte di annullare la decisione del governo di approvare il piano e, se del caso, ordinare che venisse redatto un nuovo piano. Dopo una sentenza di primo grado che dava ragione al

Governo olandese, il 31 luglio 2020 la Corte Suprema ha revocato la decisione del tribunale inferiore annullando il Piano. Secondo la Corte, che pure ha escluso la legittimità del FIE a presentare ricorsi ai sensi della Costituzione o della CEDU, il Piano non possiede il grado di specificità che la legge richiede, perché non spiega come l'Irlanda dovrebbe raggiungere i suoi obiettivi in materia climatica per il 2050. Statuendo che un programma adeguato di riduzione delle emissioni deve essere sufficientemente dettagliato in merito alle specifiche strategie da attuare su tutto il periodo della sua validità fino al 2050, e giudicando il *National Mitigation Plan* troppo generico e quindi non valido, la Corte Suprema irlandese ha fornito un supporto argomentativo rilevante per la sentenza del BVerfG.

Inoltre, la sentenza di Karlsruhe non si è limitata a citare soltanto corti supreme europee, ma ha incluso anche pronunce extraeuropee sul cambiamento climatico, secondo una strategia coerente con una giurisprudenza che riconosce l'importanza cruciale della dimensione internazionale della protezione del clima. Il Primo Senato cita, da un lato, il caso neozelandese Thomson, in cui l'Alta Corte aveva sottolineato l'obbligo statale di una politica di protezione del clima basata sulla scienza e rivedibile giudizialmente, e richiama dall'altro il caso "Juliana" sorto negli Stati Uniti, in cui bambini e giovani avevano cercato di obbligare lo Stato di Washington a ridurre i suoi gas serra per via giudiziaria.

Nel caso Thomson, l'Alta Corte neozelandese aveva fornito un chiaro esempio di come la complessa questione della giustiziabilità dell'azione di tutela per il clima possa essere affrontata prendendo in considerazione decisioni straniere. La vicenda aveva preso l'avvio dall'iniziativa di Sarah Thomson, una studentessa di legge neozelandese, che nel 2015 aveva presentato un ricorso contro il Ministro neozelandese per il cambiamento climatico dell'epoca, sostenendo che questi avesse fallito in diversi aspetti rispetto alla definizione degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra richiesti dalla legge neozelandese del 2002 sulla risposta al cambiamento climatico. Tale legge ampliava gli obblighi della Nuova Zelanda in quanto membro dell'Allegato I della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change* - UNFCCC), e richiedeva al Ministro di fissare un obiettivo di riduzione delle emissioni in linea con le dichiarazioni del Gruppo intergovernativo sui cambiamenti climatici (IPCC), nonché di valutare l'opportunità di rivedere tale

obiettivo a fronte di analisi aggiornate in materia da parte dell'IPCC. L'Alta Corte aveva valutato la legalità di entrambi gli obiettivi 2030 e 2050 fissati dal Ministro nel 2015: per quanto riguarda l'obiettivo del 2050, la Corte aveva decretato che, sebbene ai sensi della legge del 2002 al Ministro fosse riconosciuta la discrezionalità di determinare e rivedere l'obiettivo di riduzione delle emissioni della Nuova Zelanda per il 2050, tale discrezionalità era limitata dallo scopo della Legge e dalle prove contenute nel V Rapporto di Valutazione dell'IPCC, che fissavano un obiettivo nazionale di emissioni inferiore a quello stabilito sulla base del IV Rapporto di Valutazione dell'IPCC. Tuttavia, poiché non era chiaro se una revisione dell'obiettivo del 2050 alla luce del V Rapporto IPCC avrebbe certamente condotto alla revisione dell'obiettivo della legge nazionale, e poiché la questione politica era stata superata dalle recenti elezioni (che nel 2017 avevano portato ad un avvicendamento del Ministro coinvolto nel ricorso), la Corte aveva concluso che il nuovo Ministro per il cambiamento climatico avrebbe dovuto rivedere l'obiettivo, ma non che una decisione di mantenere l'obiettivo esistente dopo tale revisione sarebbe stata necessariamente illegale. Per quanto riguarda l'obiettivo previsto nel piano di intervento neozelandese per il clima per il 2030, la Corte neozelandese aveva decretato di possedere l'autorità di rivedere la fissazione di quell'obiettivo da parte del Ministro competente, ma che non sussistevano ragioni per invalidarlo, in quanto questi non aveva commesso *«alcun errore rivedibile per cui la Corte possa intervenire»*^[60].

Per quanto attiene all'autorità degli organi giurisdizionali di esaminare le politiche di intervento contro il cambiamento climatico, l'Alta Corte aveva osservato come *«può essere appropriato che i tribunali nazionali svolgano un ruolo nel processo decisionale del governo sulle politiche relative al cambiamento climatico [...] I tribunali nazionali hanno riconosciuto che l'intera materia non rappresenta una "no go area", sia perché lo Stato ha assunto degli obblighi internazionali, sia perché il problema è globale e gli sforzi di un Paese da solo non possono prevenire i danni alla popolazione di quel Paese e al loro ambiente, sia perché la risposta del Governo implica la ponderazione di fattori sociali, economici e politici, sia a causa della complessità della scienza. I tribunali hanno riconosciuto l'importanza della questione per il pianeta e i suoi abitanti, e che coloro che rientrano nella giurisdizione di una corte fanno necessariamente parte di tutti coloro che sono vittime di sforzi inadeguati rispetto al cambiamento climatico. Le*

varie corti nazionali hanno ritenuto di avere un ruolo adeguato da svolgere nel processo decisionale del governo su questo argomento, pur sottolineando che ci sono limiti costituzionali rispetto alla misura con cui tale ruolo può estendersi. I rapporti dell'IPCC forniscono una base oggettiva su cui possono essere prese le decisioni. I rimedi sono concepiti per garantire che sia intrapresa un'azione appropriata, lasciando le scelte politiche sul contenuto di tale azione all'organo statale competente».^[61]

Sebbene sommario, anche il riferimento di Karlsruhe al caso “Juliana”^[62] sollevato davanti ai giudici del IX Circuito delle Corti d'Appello degli Stati Uniti, conferma la possibilità di espansione del dialogo giurisdizionale sul clima in ambito internazionale. Ciò che secondo il BVerfG rileva nella decisione in questione, è che le esigenze di protezione non vengono meno per il fatto che il cambiamento climatico è un fenomeno globale, e che coinvolge la responsabilità di molti soggetti. Karlsruhe non ha tenuto conto del fatto che in “Juliana” la Corte d'appello avesse respinto con riluttanza il caso - pur condividendo il timore dei ricorrenti che il mondo sia «sull'orlo della distruzione»^[63] a causa del cambiamento climatico. Ciononostante, secondo l'opinione della maggioranza dei giudici d'appello, non rientra nei loro poteri costituzionali fermare l'imminente catastrofe climatica, poiché «non tutti i problemi che pongono una minaccia - anche un chiaro e presente pericolo - all'esperimento americano possono essere risolti dai giudici federali»^[64]. In ogni caso, sia “Thomson” che “Juliana” sono citate dal Tribunale Costituzionale Federale unitamente ad altre sentenze, a riprova del fatto che lo Stato non può sottrarsi alle proprie responsabilità in materia di protezione del clima chiamando in causa le emissioni di CO² prodotte in altri Stati^[65].

Manca nell'elenco, ma colpisce per la contiguità con le argomentazioni accolte da Karlsruhe, la sentenza della Corte Suprema USA *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* del 2.4.2007, un caso in cui dodici Stati e diverse città degli Stati Uniti avevano citato in giudizio l'*Environmental Protection Agency* (EPA) per costringere l'agenzia federale a classificare l'anidride carbonica e altri gas a effetto serra come sostanze inquinanti. Con una maggioranza di 5-4, la Corte aveva rinviato la questione all'EPA, chiedendo di motivare più adeguatamente le ragioni per cui essa escludesse i gas citati dalle sostanze inquinanti per l'ambiente. Nel corso del processo, l'EPA aveva escluso la possibilità che una

regolamentazione delle emissioni di nuovi veicoli (negli USA) potesse mitigare il cambiamento climatico globale, in quanto qualsiasi riduzione nazionale delle emissioni sarebbe stata vanificata dalla produzione di gas serra in altre parti del mondo, in particolare in Cina ed India. La Corte aveva dissentito sul punto, contraddicendo la cd. “*Death by Thousand Cuts Doctrine*”, secondo cui non è il taglio di un singolo albero a decretare la morte di una foresta: invece, i Supremi Giudici avevano osservato che l’assunto dell’EPA si basava sulla premessa sbagliata che un incremento marginale della riduzione di gas serra non possa essere invocato in sede giurisdizionale, appunto per la sua marginalità. In realtà, secondo la Corte l’enormità delle potenziali conseguenze legate al cambiamento climatico causato dall’uomo rende non determinante il fatto che i Paesi in via di sviluppo come Cina e India siano pronti ad aumentare le emissioni di gas serra in modo sostanziale, in quanto «una riduzione delle emissioni interne rallenterebbe il ritmo dell’aumento delle emissioni globali, indipendentemente da qualunque cosa accada altrove»^[66].

Le pronunce di Nuova Zelanda e Stati Uniti forniscono quindi una sorta di scudo contro la possibile obiezione che l’enfasi di Karlsruhe sulla responsabilità internazionale della protezione del clima sia espressione di una visione «tipicamente tedesca o almeno eurocentrica»^[67] della materia. Anche a livello sovranazionale europeo, peraltro, è lecito attendersi in tempi brevi pronunce giurisprudenziali sugli stessi temi affrontati dalla decisione del Tribunale Costituzionale Federale^[68]. Sono infatti diversi i casi sul clima attualmente pendenti davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: è noto il ricorso di sei giovani portoghesi di età compresa tra gli 8 e i 21 anni contro 33 Stati membri del Consiglio d’Europa, dichiarato ammissibile a fine 2020^[69] ed accompagnato da una grande attenzione mediatica, a cui si allinea il caso sollevato dall’associazione *Klima-Seniorinnen* contro la Svizzera^[70], ammesso alla valutazione della Corte di Strasburgo il 26 marzo 2021. La Corte EDU ha recentemente riconosciuto priorità a entrambi i casi, in considerazione dell’importanza e dell’urgenza delle sollevate. A questi due procedimenti potrebbe aggiungersi il ricorso presentato nell’aprile 2021 alla Corte di Strasburgo da un cittadino austriaco affetto da una forma di sclerosi multipla dipendente dalla temperatura (nota come *Fenomeno di Uthhoff*), costretto alla sedia a rotelle quando si raggiungono i 25 °C, le cui condizioni di vita sono quindi fortemente influenzate dalla situazione climatica.

In generale, sembra che si vada formando un'attenzione giudiziaria più forte – non solo in ambito europeo - riguardo agli obblighi degli Stati in tema di politiche climatiche. Sempre più spesso, i tribunali si vedono chiamati a riconoscere e denunciare i fallimenti dei legislatori nazionali rispetto alla protezione del clima. Anche se le singole sentenze non hanno un impatto diretto sui procedimenti in altri Paesi, esse possono incentivare le iniziative di potenziali ricorrenti presso altri tribunali nazionali, implementando un generale processo di consapevolezza dell'interdipendenza tra comportamenti umani, regolamentazione delle politiche ambientali e condizioni del clima a livello globale. Anche lo stesso BVerfG sembra intenzionato a favorire lo sviluppo di questa giurisprudenza ed un innovativo dialogo tra corti sui temi della tutela del clima, come dimostra la rapidità con cui sono state rese disponibili le traduzioni in inglese e francese del comunicato stampa riassuntivo dei tratti salienti della decisione, nonché – poco dopo – la sua traduzione integrale in lingua inglese sul sito della Corte tedesca.

Da notare, in chiusura, come appaiono non condivisibili le accuse secondo cui tali pronunce imporrebbero ai rispettivi legislatori nazionali delle revisioni normative talmente invasive delle discipline vigenti da compromettere il rispetto del principio della separazione tra i poteri. Se si accolgono le premesse scientifiche alla base delle sentenze citate, secondo cui sussiste uno stringente rapporto di causa/effetto tra le politiche climatiche e le condizioni di vita collettive attuali e (soprattutto) future, decisioni come quelle dello *Hoge Raad* olandese sul caso Urgenda o del BVerfG sul KSG risultano perseguire l'obiettivo di garantire diritti, libertà ed autonomie individuali, in piena conformità con il compito più tipico e consolidato che in era moderna sia stato attribuito al potere giudiziario^[71]. Come è stato opportunamente sottolineato proprio a commento della sentenza in parola^[72], d'altro canto, se è vero che gli interessi in gioco in relazione alla tutela climatica esulano le esigenze delle sole generazioni presenti, è altrettanto vero che le conseguenze delle deliberazioni assunte (o meno) in materia impattano ormai direttamente sulla qualità dell'esistenza, quando non della mera sopravvivenza, dei nostri contemporanei, come purtroppo proprio i tragici eventi dello scorso luglio 2021 in Germania ancora una volta drammaticamente dimostrano.

1. Sui precedenti orientamenti giurisprudenziali in materia climatica in Germania v. tra gli

- altri W. Kahl, *Klimaschutz und Grundrechte*, Jura 2/2021, pp. 117-129; S. Mayer, *Grundrechtsschutz in Sache Klimawandel?*, in Neue Juristische Wochenschrift 20/2020, pp. 894-900; C. Bickenbach, *Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung vor der Gerichte*, Juristen Zeitung 4/2020, pp. 168-177; A. Buser, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlichen Klimaklagen in Deutschland*, in Deutsches Verwaltungsblatt 21/2020, pp. 1389-1396.
2. BVerfG, sent. 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 1-270, pubblicata il 29.4.2021.
 3. Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG), BGBl. I p. 2513 del 12 dicembre 2019.
 4. Per un esame della Legge sulla protezione del clima del 2019 v. J. Albrecht, *Das Klimaschutzgesetz des Bundes - Hintergrund, Regelungsstruktur und wesentliche Inhalte*, in Natur und Recht 42/2020, pp. 370-378.
 5. L'”obiettivo di Parigi” si riferisce all'Accordo di Parigi, il primo accordo universale e giuridicamente vincolante sui cambiamenti climatici, adottato alla conferenza di Parigi sul clima (COP21) nel dicembre 2015. L'UE e i suoi Stati membri sono tra le 191 parti dell'accordo di Parigi. L'UE ha formalmente ratificato l'accordo il 5 ottobre 2016, consentendo in tal modo la sua entrata in vigore il 4 novembre 2016. Affinché l'accordo entrasse in vigore, almeno 55 paesi che rappresentano almeno il 55% delle emissioni globali hanno dovuto depositare i loro strumenti di ratifica. L'obiettivo principale dell'accordo prevede una riorganizzazione delle politiche attuali, allo scopo di conseguire una condizione di neutralità rispetto al clima entro la fine del XIX secolo. In particolare, come ricordato, con l'accordo i governi si sono impegnati tra l'altro a mantenere l'aumento medio della temperatura mondiale ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali come obiettivo a lungo termine, e puntando a limitare l'aumento a 1,5°C. Il raggiungimento di questo obiettivo ridurrebbe significativamente i rischi e gli impatti dei cambiamenti climatici per il futuro.
 6. IPCC, 2018: Summary for Policymakers. In: Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, H.-O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J.B.R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M.I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, and T. Waterfield (eds.)].
 7. «Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica».
 8. «La proprietà e il diritto di successione sono garantiti. Contenuto e limiti vengono stabiliti dalla legge».
 9. «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale».
 10. «Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e

CERIDAP

- giudiziario, in conformità alla legge e al diritto».
11. «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».
 12. Artt. 3 comma 1 e 4 comma 1 frase 3 KSG in combinato disposto con l'allegato 2.
 13. Per una ricostruzione diacronica della dogmatica interpretativa seguita dal BVerfG dell'art. 20a GG fino al 2020, unitamente ad un'analisi delle novità rappresentate a riguardo dalla sentenza in commento, cfr. J. Berkemann, *“Freiheitschancen über die Generationen“ (Art 20a GG) - Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 16/2021, pp. 701-715.
 14. H. Arling, B. Peters, *Ein Puzzleteil für Klimaklagen weltweit*, in *Legal Tribune Online*, 8.5.2021.
 15. V. *infra*, par. 5.
 16. H. P. Aust, *Klimaschutz aus Karlsruhe. Was verlangt der Beschluss vom Gesetzgeber?*, in *Verfassungsblog*, 5.5.2021. Per un primo commento alla decisione in lingua italiana v. *Intervista a Giuliano Amato sulla sentenza in materia di protezione del clima della Corte Costituzionale federale tedesca*, *Radio Radicale*, 10.5.2021 (consultato il 3.9.2021).
 17. 1 BvR 310/84, Rn. 35.
 18. K.-P. Sommermann, *Die Diskussion über die Normierung von Staatszielen*, in *Der Staat* 3/1993), 430-447.
 19. 1 BvR 481/01.
 20. V. tra gli altri M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Mohr Siebeck 2014, 9.
 21. 1 BvR 2266/04, Rn. 5, 8, 25; 1 BvR 481/01, Rn. 18;
 22. 1 BvR 1783/99.
 23. 1 BvR 1762/95, Rn. 60.
 24. BVerwG 4 B 46.10.
 25. J. Berkemann, cit., 705.
 26. BVerwG 8 C 13.05, Rn. 19: *«L'obbligo di proteggere le fondamenta naturali è concepito come un obiettivo statale, vale a dire che il potere statale è costituzionalmente obbligato a proteggere il bene comune «fondamenta naturali della vita» nel senso di un'esigenza di ottimizzazione (Optimierungsgebot). La protezione dell'ambiente diventa così un compito fondamentale dello Stato. »*; 2 BvF 1/07, Rn. 73: *«L'estensione dei periodi transitori viola anche il requisito di ottimizzazione sancito dall'art. 20a della Legge Fondamentale, secondo il quale, tra diverse alternative disponibili, deve essere scelta quella che pregiudica meno l'interesse protetto»*.
 27. Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 (Zuteilungsgesetz 2007 - ZuG 2007)
 28. 1 BvF 1/05, Rn. 110, secondo cui la legge impugnata *«non viola il dovere costituzionale dello Stato di proteggere le basi naturali della vita»*.
 29. 2 BvF 1/07, Rn. 122: *«Una formulazione specifica del modo in cui ciò [la tutela degli animali, N.d.A.] avviene non può essere ricavata dall'art. 20a della Legge Fondamentale.*

Se però il Legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale di emanare norme sub-legislative nell'ambito della disciplina sulla protezione degli animali, ha limitato il potere discrezionale del soggetto chiamato a regolare la materia [...] con disposizioni procedurali che mirano proprio a promuovere il raggiungimento di risultati [...] materialmente in linea con la protezione degli animali e quindi servono allo scopo statale della protezione degli animali, allora è violato non solo il diritto comune, ma anche l'art. 20a della Legge Fondamentale, se la procedura non viene seguita come prescritto dalla legge».

30. 2 BvF 1/07, Rn. 121.
31. 1 BvF 3/11, Rn. 47: *«L'obiettivo di protezione dell'ambiente perseguito dal Legislatore è una motivazione di fatto (Sachgrund) la cui legittimità risulta, tra l'altro, dal mandato contenuto nell'articolo 20a della Legge fondamentale di proteggere le basi naturali della vita nella responsabilità per le generazioni future [...]. Questo mandato può allo stesso tempo esigere la prevenzione del pericolo e legittimare la precauzione del rischio. Tra i beni ambientali protetti dall'articolo 20a della Legge fondamentale c'è anche la protezione del clima perseguita dalla tassazione [del traffico aereo, N.d.A.]».*
32. 1 BvR 1178/07, Rn. 33: *«L'art. 20a della Legge Fondamentale obbliga il Legislatore ad attuare il mandato contenuto nell'art. 20a della Legge Fondamentale quando legifera e ad emanare disposizioni appropriate di protezione ambientale. In questo, al Legislatore è riconosciuto un ampio margine di autonomia di intervento».*
33. 1 BvR 1178/07, Rn. 55.
34. Valuta molto positivamente la scelta di Karlsruhe di rifarsi a dati scientifici per giustificare la propria decisione Matthias Goldmann, secondo il quale, l'*expertise* dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) – istituzione sovranazionale particolarmente affidabile di cui il BVerfG ricorda in dettaglio i metodi di lavoro e di cui richiama sistematicamente le conclusioni delle ricerche condotte sull'emergenza climatica-, non deriva solo dal suo alto livello di competenza e dalla ricchezza delle informazioni prese in considerazione, ma anche dal suo carattere internazionale. La pluralità di esperti scientifici che l'IPCC raccoglie assicura un pluralismo analitico molto utile e salvaguarda il dibattito (anche a livello politico-istituzionale) dai rischi di un campanilismo legato a punti di vista puramente nazionali. A questo proposito, osserva Goldmann, l'uso dei rapporti dell'IPCC da parte del BVerfG *«resuscita la speranza funzionalista nelle istituzioni internazionali come rifugi di un discorso razionale, una qualità rara in tempi di polarizzazione della società, di diffusione dell'autocrazia, di sfiducia nelle istituzioni pubbliche e persino di disinformazione sponsorizzata dallo stato. Mentre si potrebbe essere perdonati per essere scettici sulle informazioni provenienti dai governi, sembra impossibile per uno, o anche per un gruppo di attori o Stati, influenzare significativamente un'istituzione come l'IPCC»*, cfr. M. Goldmann, *Judges for Future. The Climate Action Judgment as a Postcolonial Turn in Constitutional Law?*, in *Verfassungsblog*, 30.4.2021.
35. K. Faßbender, *Der Klima-Beschluß des BVerfG - Inhalte, Folgen und offene Fragen*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 29/2021, pp. 2085-2091.
36. Questa concezione di validità "transfrontaliera" dei diritti fondamentali garantiti dalla

Legge Fondamentale era stata espressamente affermata in una sentenza del 19 maggio 2020, in cui il Primo Senato del BVerfG aveva dichiarato che il Servizio Federale di Intelligence (*Bundesnachrichtendienst* - BND) è vincolato dai diritti fondamentali riconosciuti nel GG nell'effettuare la sorveglianza delle telecomunicazioni di stranieri in altri Paesi, e che la regolamentazione delle competenze del BND vigente al momento del ricorso violava il diritto fondamentale alla privacy delle telecomunicazioni (Art. 10 I GG) e la libertà di stampa (Art. 5 I 2 GG), con riferimento alla raccolta e al trattamento dei dati, alla condivisione dei dati così ottenuti con altri organismi e alla cooperazione con i servizi segreti stranieri. La sentenza ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 1 III GG, la vincolatività della Legge Fondamentale sul rispetto delle libertà in essa riconosciute non è limitato al territorio tedesco, e che quantomeno i diritti garantiti dagli artt. 10 I e 5 I 2 GG in quanto tutele contro l'interferenza dello Stato, offrono protezione contro la sorveglianza delle telecomunicazioni anche rispetto agli stranieri in altri Paesi, indipendentemente dal fatto che la sorveglianza sia condotta dall'interno della Germania o dall'estero, cfr. BVerfG, 1 BvR 2835/17 del 19.5.2020, per un commento alla sentenza cfr. B. Schiffbauer, *Die Würde des Rechtsstaats ist unantastbar*, in JuWissBlog 75/2020 del 19.5.2020.

37. M. Goldmann, *Judges for Future*, cit.
38. «*In ogni caso, sembra possibile che i diritti fondamentali del Grundgesetz, intesi come salvaguardia intertemporale della libertà, proteggano da normative che permettono tale consumo [di emissioni, N.d.A.] senza tenere sufficientemente conto della libertà futura che viene in tal modo messa in pericolo*», 1 BvR 2656/18, Rn. 122.
39. M. Breuer, *Die Freiheit der Anderen*, in Verfassungsblog, 18.5.2021.
40. H. P. Aust, *Klimaschutz aus Karlsruhe*, cit. (nota 16).
41. A. Kaufmann, «*Jetzt handeln, sonst droht später eine Ökodiktatur*» (intervista a Christian Callies), in Legal Tribune Online, 29.4.2021.
42. 1 BvR 2656/18, Rn. 192.
43. Id., Rn. 248.
44. Id., Rn. 261.
45. Id., Rn. 194.
46. Id.
47. Id.
48. C. Callies, *Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?*, in Zeitschrift für Umweltrecht, 6/2021, 355-357.
49. M. Ruttloff, L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitsicherung oder doch besser „intertemporale Systemgerechtigkeit“? - auf Konturensuche*, in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 13/2021, pp. 917-922.
50. A.-J. Saiger, *The Constitution Speaks in the Future Tense: On the Constitutional Complaints Against the Federal Climate Change Act*, in Verfassungsblog, 29.4.2021.
51. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes, Drucksache 19/30230, 2.6.2021.
52. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Lesefassung des

- Bundes-Klimaschutzgesetzes 2021 mit markierten Änderungen zur Fassung von 2019, 7.7.2021.
53. Per un sunto dettagliato dei contenuti della riforma del KSG v. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, *Novelle des Klimaschutzgesetzes vom Bundestag beschlossen*, 24.6.2021.
 54. Il Consiglio di esperti per le questioni climatiche, noto anche come *Klimarat*, è un organismo con sede a Berlino istituito sulla base della Legge sulla protezione del clima (KSG) nell'agosto 2020, con il compito di esaminare i dati sulle emissioni presentati dall'Agenzia federale dell'ambiente e presentare una valutazione dei rischi dei dati pubblicati al Governo federale e al Bundestag.
 55. M. Ehrmann, *Klimaschutzgesetz: Entscheidung des BVerfGs und Änderung des Gesetzes*, in *Umweltrechtliche Beiträge aus Wissenschaft und Praxis*, 2/2021, pp. 139-146.
 56. Hoge Raad, sent. nr. 19/00135 del 20.12.2019. Per commenti e disamina della decisione v. J. Spier, *'The "Strongest" Climate Ruling Yet': The Dutch Supreme Court's Urgenda Judgment*, in *Netherlands International Law Review* 2020, pp. 319-391; J. Lin, *The first successful climate negligence case: A comment on Urgenda foundation v. the state of The Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, in *Climate Law*, 1/2015, pp. 65-81; K.J. De Graaf, J.H. Jans, *The Urgenda decision: Netherlands Liable for role in causing dangerous global climate change*, *Journal of Environmental Law*, 3/2015, pp. 517-527; J. Verschuuren, *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: The Hague Court of Appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 1/2019, pp. 94-98; I. Leijten, *Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2/2019, pp. 112-118.
 57. Art. 2 (Diritto alla vita): «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena».
 58. Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare): «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».
 59. *Friends of the Irish Environment v Government of Ireland*, Appeal No: 205/19 del 31.7.2020. Per un commento della decisione cfr. O. Kelleher, *The Supreme Court of Ireland's decision in Friends of the Irish Environment v Government of Ireland ("Climate Case Ireland")*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 9.9.2020.

60. Thomson v. Minister for Climate Change Issues, [2017] NZHC 733, Nr. 179.
61. Id., Nr. 133. Per un commento alla decisione e una riflessione sulla giustiziabilità delle dichiarazioni sul cambiamento climatico nell'ordinamento della Nuova Zelanda v. A. Dartnall, *The legal enforceability of climate change declarations*, in New Zealand Law Society, 22.3.2021.
62. Juliana v. United States of America, Ninth Circuit Courts of Appeal, No. 18-36082. Per un commento della sentenza in parallelo con il caso "Urgenda" cfr. P. Farah, *Urgenda vs. Juliana: Lessons for Future Climate Change Litigation Cases*, 2020.
63. Id., p. 11.
64. Id., p. 30. "Juliana" riguarda il caso di 21 giovani uniti ad altri ricorrenti, che contestavano le decisioni del Presidente degli Stati Uniti e di diversi Dipartimenti e agenzie federali, ritenendo che queste decisioni «hanno sostanzialmente causato il riscaldamento del pianeta e l'innalzamento degli oceani». Il 10 novembre 2016, il Giudice Federale della Corte Distrettuale dell'Oregon Ann Aiken aveva emesso un'opinione ed un'ordinanza che negava le richieste di dismissione del caso presentate dal Governo Federale e dagli *stakeholders* industriali intervenuti. Il giudice Aiken aveva stabilito che la *political question doctrine* non si applicava al caso in esame, e che i ricorrenti fossero legittimati a stare in giudizio. Soprattutto, il giudice Aiken aveva nella sua ordinanza articolato un nuovo diritto fondamentale, il diritto a un sistema climatico capace di sostenere la vita umana, accompagnandolo ad un eloquente promemoria sul ruolo e la responsabilità del potere giudiziario di sostenere i diritti costituzionali nel suo ruolo di potere paritario ("*co-equal*") dello Stato, cfr. Juliana et al. V. United States of America, Case No. 6:15-cv-01517-TC, Opinion and Order, 10.11.2016, p. 54.
65. 1 BvR 2656/18, Rn. 203.
66. Massachusetts v. Environmental Protection Agency, Massachusetts v. Environmental Protection Agency (549 U.S. 497) del 2.4.2007, p. 23. Per un commento sulla decisione cfr. J. Peel, *Issues in Climate Change Litigation*, in Carbon & Climate Law Review, 1/2011, pp. 15-24
67. K. Gelinsky, M.-C. Fuchs, *Bitte noch mehr: Rechtsprechungsdialog im Karlsruher Klimabeschluss*, in Verfassungsblog, 26.5.2021.
68. Noerr, „Klima-Compliance“: Nach Bundesverfassungsgericht und Rechtbank Den Haag erhöht auch der EuGH den Handlungsdruck, 4.6.2021.
69. Nel loro ricorso, che richiama le argomentazioni della sentenza Urgenda, i ragazzi accusavano 33 Paesi membri del Consiglio Europeo (tra cui l'Italia) di violare i diritti umani, mettendo a rischio il benessere psicofisico delle future generazioni. Pur avendo firmato l'accordo di Parigi del 2015, i Paesi citati in giudizio non si sarebbero sufficientemente impegnati nella lotta contro il cambiamento climatico. Le misure per ridurre le emissioni gas serra sarebbero state inadeguate, causando un drastico innalzamento delle temperature non solo all'interno dei confini europei, ma in tutto il mondo. Una decisione della Corte EDU sarebbe attesa entro il 2021.
70. L'associazione *Klima-Seniorinnen* riunisce iscritti appartenenti alla terza età, e con il

CERIDAP

ricorso citato si propone di indurre le autorità federali svizzere a correggere il corso della politica climatica nazionale, ritenendo gli attuali obiettivi e misure climatiche in atto non sufficienti per limitare il riscaldamento globale in misura sicura.

71. C. Eckes, *Separation of Powers in Climate Cases. Comparing cases in Germany and the Netherlands*, in *Verfassungsblog*, 10.5.2021.
72. W. Frenz, *Klimagrundrecht*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 16/2021, 715-725.

Technological Transition in response to COVID. Scattered Thoughts on the possibility of a (Technological) transition to a Digitalized Public Administration in Italy, with the help of the Recovery and Resilience Plan

Diana-Urania Galetta

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-19

Il Piano di Ripresa e Resilienza per l'Italia è subordinato, per il suo successo, al superamento delle lentezze e inefficienze della Pubblica Amministrazione italiana. Allo stesso tempo, il Piano di Ripresa e Resilienza può svolgere un ruolo cruciale per operare quel miglioramento dell'effettività della Pubblica Amministrazione in Italia che appare oramai come assolutamente necessario ed imprescindibile. Per raggiungere questo obiettivo è necessario, tuttavia, anzitutto completare il processo di dematerializzazione e di archiviazione digitale dei documenti della Pubblica Amministrazione, nonché superare la mancanza di interoperabilità dei servizi digitali pubblici. Il che implica anche una solida "strategia delle risorse umane" al fine di innescare una reale trasformazione per la Pubblica Amministrazione nel suo complesso.

In order for the Recovery and Resilience Plan for Italy to be a success it is necessary to overcome the slowness and inefficiencies of the Italian Public Administration system. At the same time, the Recovery and Resilience Plan can play a crucial role in enhancing the effectiveness of Public Administration; something that is badly needed in Italy. To achieve this goal it is necessary, however, to first of all complete the process of full "dematerialisation" and of digital archiving of Public Administration documents, as well as to overcome the lack of interoperability of public digital services. What is needed is a solid "human resources strategy" in order to trigger a transformational change for Italian Public Administration.

1. Introductory remarks^[1]

In the Country-specific recommendations - formulated each year by the European Council (on the basis of a proposal from the EU Commission) and subsequently adopted by the Council of the European Union in the form of a Recommendation addressed to the different Member States^[2] - the May 2020 “Recommendation for a Council recommendation” 2020-2021, addressed to Italy^[3], suggested (Recommendation nr. 4) to «*Improve (...) the effectiveness of Public Administration*»^[4]. In fact, the «*low level of digitalisation and weak administrative capacity*» were clearly identified as two of the major weaknesses in Public Administration of Italy, but the report also mentioned «*the lack of interoperability of public digital services*»^[5].

This “weakness” of Italian Public Administration has always been a problem because of scarce resource; something that I have referred to elsewhere as the “reforms at zero cost” scenario^[6]. The Recovery and Resilience Plan for Italy has altered that scenario by making available (at least potentially) the money needed to carry out necessary reforms^[7]. Therefore, a well-functioning Public Administration is needed for the plan to effectively produce “value for money” and the hoped-for changes^[8]. Indeed, the Recommendation itself points out that «*An effective Public Administration is crucial to ensure that measures adopted to address the emergency and support the economic recovery are not slowed down in their implementation*»; and that «*The disbursement of social benefits, liquidity measures, and the front-loading of investments, etc. may not be effective if hampered by public sector bottlenecks*»^[9].

So, one could certainly say that the success of the Recovery and Resilience Plan for Italy is dependent on the need to overcome the slowness and inefficiencies of Italian Public Administration. The Recovery and Resilience Plan has the capacity to enhance the effectiveness of Public Administration, something that is badly needed in Italy, because the plan contains measures specifically designed to foster digitalisation of the Italian Public Administration and for whose implementation there will be (at last!) adequate economic resources available^[10].

2. Digitalizing Public Administration as a non-stop job and very expensive activity (and the consequences of this)

In the “Recommendation for a Council Recommendation” 2020-2021 addressed to Italy it was clearly stated that «*Digitalisation across Public Administrations was uneven prior to the crisis*» and that online interaction between authorities and especially with the general public was still too low^[11]. According to the “Digital Economy and Society Index” (DESI), which summarises indicators on Europe’s digital performance and tracks the progress of EU countries, for 2020 Italy ranks 19th among EU Member States, being the worst performing country in the EU when considering e-Government users^[12]. The Covid-19 crisis has also clearly exposed that one of the most crucial issues is still the lack of interoperability of public digital services^[13].

If the Recovery and Resilience Plan will hopefully once and for all put an end to the recent negative trend in Italy of “reforms at zero cost”, it still is not the solution, as such.

To explain this point, I need first of all to get back and clarify what the “reforms at zero cost” are/were.

With this expression I refer to the fact that all reforms concerning Italian Public Administration of the last decades came to life with a so-called “financial invariance clause”: a provision according to which such reforms had not to cause new or increased burdens on public finances and according to which the administrations concerned had therefore to ensure their implementation by using human, instrumental and financial resources already available^[14].

This is tantamount to saying that the only way to carry out the reforms would have been to subtract already scarce resources from the other activities that Public Administrations are called to carry out.

This is in my opinion - if not the only reason why – certainly one of the reasons why, as it has been correctly underlined, «*Italy’s Public Administration has been subject to numerous reforms, whose implementation was (...) often incomplete and ineffective*»^[15].

The risk of an incomplete and ineffective reform would have been, in fact, very high also with regard to the technological transition the Italian Public Administration needs to go through, and which we can roughly identify as its

“Digital revolution”^[16]: if the financial resources rendered available by the Recovery and Resilience Plan had not been there!

Now that the financial resources are there, first of all the (inescapable) process of fully dematerializing and digitally archiving Public Administration documents can (and has to) be successfully completed.

The dematerialization issue is not an insignificant detail when we talk about Public Administration documents. It involves the progressive loss of the traditional physical paper-documents-archives belonging to the Public Administration and, as a consequence, the progressive growth in the use of electronic documents, as well as of electronic archives^[17].

In a “digitalized environment” dematerialization is essential in order to enhance greater efficiency and control of documents, as well as the easy sharing of documents and data.

It is also essential in the perspective of the conservation and security of information and saves time and resources.

Digital files take up less space, can be retrieved and copied easily, and can be mined for content far more efficiently than paper records.

Nonetheless, electronic records are not less vulnerable than paper ones^[18].

Just to mention a few of the critical situations that may occur: the software that originally read the file format may not exist anymore; the medium the file is stored on could get lost/destroyed; the data might be corrupted; or one may not have the hardware to read the data, etc.^[19].

In addition to all this, the way in which Public Administration documents are stored in Italy has led to a messy fragmentation, as well as to a multiplication of the public information assets of the Public Administration.

This is clearly underlined in the Three-Year Plan 2017-2019 for ICT in Public Administration, where it is clarified how data is often stored in information silos (“containers”) in which information is replicated and stored unevenly or even inconsistently and in a misaligned manner^[20].

From this point of view the new Three-Year Plan 2020-2022 for ICT in Public Administration places a very strong emphasis on the interoperability objectives and the steps necessary to achieve them^[21].

Furthermore, as data on electronic documents are not physically “attached” to the media (as ink is to paper) they can easily be changed. More attention is

therefore required when dealing with the integrity, authenticity and trustworthiness of electronic documents^[22].

There also exists a problem of media, hardware and software obsolescence.

So that, as it was correctly pointed out, *«the “once-for-all” archiving principle for paper documents no longer holds for electronic data. We now talk about a “non-stop-job” principle for Public Administration»*^[23].

A direct and very important consequence of such a non-stop-job principle is that the risk of economic failure is much more threatening than with a paper archive.

The ongoing costs for system administration, IT upgrading, human resources, etc. can be substantial^[24].

That is also the reason why, at the end of the day, digital archiving is much more vulnerable to the interruptions of money supply.

This all may obviously become a real problem in a post- Recovery and Resilience Plan scenario: assuming that the financial resources available for the future will not be as substantial as they are at present!

3. Technological Transition in response to COVID

Although we must remain aware of all the above-mentioned problems, it is now necessary to explain how the Recovery and Resilience Plan intends to intervene in order to allow the necessary technological transition in response to COVID.

A consistent part of the Recovery and Resilience Plan is in fact made of measures that aim to reform Italian Public Administration and improve administrative capacity by using the potential offered by IC technologies.

In this respect the Recovery and Resilience Plan for Italy includes investments aiming at a set of very ambitious goals:

- rationalising and consolidating the existing digital infrastructures of Public Administration;
- fostering the uptake of cloud computing;
- implementing the ‘once-only principle’ and the accessibility of data through a catalogue of Application Programming Interfaces (APIs). A goal^[25] which requires a particular attention to the harmonisation and interoperability of platforms and data services;

- improving the availability, efficiency and accessibility of all digital public services with the aim of increasing the level of adoption and users' satisfaction;
- strengthening Italy's defences against the risks posed by cybercrime;
- fostering the digital transformation of large central administrations;
- tackling the digital divide by strengthening citizens' digital skills.

I obviously do not have the time to analyse all this in detail.

I will therefore confine myself to making just a few brief comments.

The first comment is that, in order to achieve all these ambitious goals, a simplification of administrative procedures is certainly needed.

This does not mean, obviously, that administrative procedure - as it was designed by our National Law No. 241/90 on Administrative Procedure^[26] - needs to be reinvented.

It certainly needs, though, to be adapted to the on-line way of interacting of Public Administrations: among themselves and with the addressees of Administrative activity.

In this regard, the implementation of the "once-only principle" (acronym OOP) is crucial.

Its origin is in European Union law. According to article 14 para 2 of the Single Digital Gateway Regulation «*Where competent authorities lawfully issue, in their own Member State and in an electronic format that allows automated exchange, evidence that is relevant for the online procedures (...) they shall also make such evidence available to requesting competent authorities from other Member States in an electronic format that allows automated exchange*»^[27].

The "OOP technical system" the Single Digital Gateway Regulation refers to aims therefore at reducing administrative burdens on citizens and businesses across the European Union^[28].

The goal of such a principle is to simplify, by avoiding duplication, the interaction with Public Administrations. This was also underlined in the Three-Year Plan 2020-2022 for ICT in Italian Public Administration according to which «*once only: public administrations should avoid asking citizens and businesses for information already provided*»^[29].

However, this is exactly the contrary of what happens at present when interacting

with almost all Italian Public Administrations. The interaction with the until now only semi-digitalized (or badly digitalized) Italian Public Administrations basically consists in a delirium of forms to fill-in and documents to up-load.

It therefore resembles much more a “once-again principle” interaction, rather than a “once-only principle” interaction. Not surprisingly, in the already mentioned Digital Economy and Society Index (DESI) - which summarises indicators on digital performance and tracks the progress of EU countries - Italy underperforms in the EU context also in relation to the amount of data that is pre-filled in Public Services online-forms^[30].

In order to cope (also) with this problem, it is certainly what the Recovery and Resilience Plan identifies as “human resources strategy” that is most needed^[31]: if the aim is not just to make a nice bit of chitchat^[32] but to really trigger a transformational change for the Italian Public Administration (as a whole).

As it was clearly underlined in the 2021 Commission Staff Working Document, accompanying the Proposal of Decision concerning the Recovery and Resilience Plan for Italy, «*The Italian public sector workforce is one of the oldest and less skilled in EU, with about half of the staff set to retire in the next 15 years*»^[33].

That’s the reason why “Reform 1.9” of the Recovery and Resilience Plan for Italy includes a list of very ambitious goals, amongst which are included:

- updating job profiles;
- reforming hiring procedures to be more targeted and effective;
- reforming the senior civil service to homogenise appointment procedures across Public Administration;
- strengthening the link between life-long learning and rewarding mechanisms or specific career paths;
- defining or updating ethics principles of Public Administrations;
- strengthening the commitment to gender balance;
- reforming horizontal and vertical mobility of staff.

One can only hope that this “human resources strategy” will really work and make the strictly connected reform of the organizational structure of Italian Public Administrations also possible: because it is obviously not possible to fully implement the “Digital revolution” of (Italian) Public Administration without

adapting its organizational structure to the needs that this technological transition inevitably carries with it.

Without such reforms - that are in my opinion necessary “enabling reforms” - the technological transition in response to COVID risks, as well as all the objectives to which it aims, to remain just on-paper.

1. For the first part of the title (“Scattered Thoughts”) I took inspiration from Gary Davenport’s song, Scattered Thoughts, which has been described as «*Perfect for when the days feel like the colour of a turned-off TV screen*» (see at <https://worldofechomusic.com/products/gary-davenport-scattered-thoughts>).
2. See the note drafted by J. Angerer, K. Grigaitė, O. Turcu (Directorate-General for Internal Policies), Country-specific recommendations: An overview, September 2020, Doc. PE 624404 - September 2020 at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/624404/IPOL_BRI\(2018\)624404_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/624404/IPOL_BRI(2018)624404_EN.pdf). The document provides an overview of the country-specific recommendations issued annually to EU Member States under the European Semester for economic policy coordination and how these recommendations evolved over time (2012-2020).
3. Recommendation for a Council Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Italy. Country-specific recommendation 4, 2020 at: https://ec.europa.eu/info/publications/2020-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_en.
4. See also Country-specific recommendation 3, 2019 at: https://ec.europa.eu/info/publications/2019-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_en. During the 2021 Semester Cycle, exceptionally, due to the preparations and adoptions of the Recovery and Resilience Plans under the Recovery and Resilience Facility, no further Country Specific Recommendations (CSRs) have been issued under the European Semester.
5. See Country-specific recommendation 4, 2020 quoted above.
6. See D.U. Galetta, Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass, in D.U. Galetta, J. Ziller (Eds.), Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, p. 119 ss. I return to this in the subsequent paragraphs.
7. See at <https://www.governo.it/en/articolo/italian-national-recovery-and-resilience-plan/17027>. The Plan includes 16 components and is structured around 6 areas of intervention (“Missions”), focusing on three horizontal priorities: digitalization and innovation, ecological transition and social inclusion.
8. As it is clearly underlined in the Recommendation for a Council Recommendation

- «Procedures and checks need to be dealt with swiftly, in a context where public resources are being significantly increased to support economic activity» (para. 24).
9. Recommendation for a Council Recommendation 4, 2020 cit., para. 24-25
 10. 27% of the resources of the Recovery and Resilience Plan for Italy are dedicated to Digital Transition.
 11. Recommendation for a Council Recommendation, para. 24..
 12. See at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi>.
 13. To understand this concept and its implication see, most recently, G. Misuraca, G. Alfano, G. Viscus, Interoperability Challenges for ICT-enabled Governance: Towards a pan-European Conceptual Framework, in *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, Vol. 6 , Issue 1, April 2011, p. 95 ss.
 14. See further to this point D.U. Galetta, La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016/5, par. 5.8., p. 1054 ss. See also D.U. Galetta, Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass cit., passim.
 15. See Commission Staff Working Document. Analysis of the recovery and resilience plan of Italy. Accompanying the document Proposal for a Council implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Italy, 22.6.2021, SWD (2021) 165 final, p. 12.
 16. The Digital Revolution (also known as the Third Industrial Revolution) is the shift from mechanical and analogue electronic technology to digital electronics which began in the latter half of the 20th century. See for more details: D.U. Galetta, J. G. Corvalán, Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in *Federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), 3/2019, p. 1 ss. (and see references within).
 17. See among others: S. Armenia, D. Canini, N. Casalino, A system dynamics approach to the Paper Dematerialization Process in the Italian Public Administration, in A. D'Atri et al. (Eds.) *Interdisciplinary Aspects of Information Systems Studies*, Physica-Verlag HD, 2008, p. 399 ss., at <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-7908-2010-2>.
 18. See D. Bearman, Reality and Chimeras in the Preservation of Electronic Records, in *D-Lib Magazine*, 1999, Vol. 5, No. 4; P. Dwivedi, Archive – where it started and the problems of perpetuity, in *Proceedings of the Eighteen IEEE Symposium on mass storage systems and technologies*, 2001, at <http://storageconference.us/2001/papers/p10dwive.pdf>, p. 353 ss. See also the interesting comments of P. Leggate, M. Hannant, The archiving of online journals, in *Learned Publishing* (2000)13, p. 246 ss.
 19. So that, as Dwivedi points out, «*The new era has instigated a major change for archivists from a world of "human-readable" data to one of "computer-ciphered" data, introducing a completely new set of issues and processes*». P. Dwivedi, *Archive – where it started and the problems of perpetuity* cit., p. 354.
 20. See Three-Year Plan 2017-2019 for ICT in the Public Administration, para 4.1., Public

CERIDAP

32. The already very well-known “blah, blah, blah” Greta Thunberg referred to (obviously to another purpose) during her speech at the Youth4Climate event in Milan, on Tuesday 28 September 2021, ahead of the Pre-COP26 climate talks. See at <https://www.nationalobserver.com/2021/09/28/news/greta-thunberg-bashes-blah-blah-blah-cop26-speech>.
33. Commission Staff Working Document. Analysis of the recovery and resilience plan of Italy. Accompanying the document Proposal for a Council implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Italy, 22.6.2021, SWD (2021) 165 final, p. 11.

Il Tar Friuli Venezia Giulia si pronuncia sull'obbligo vaccinale per i sanitari: i vaccini non sono sperimentali

Giulia Re Ferrè

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-4

Con sentenza del 10 settembre 2021 n. 261/2021, il Tar Friuli Venezia Giulia ha avuto modo di pronunciarsi su alcuni aspetti rivelanti legati all'obbligo vaccinale per il personale sanitario, previsto dall'art. 4 D.L. 44/2021 e di chiarire che è errato sostenere che i vaccini attualmente utilizzati nella campagna vaccinale contro il virus Sars-Cov2 siano sperimentali, essendo stati autorizzati dalla Commissione, previa raccomandazione dell'EMA, attraverso la c.d. procedura di autorizzazione condizionata (CMA – conditional marketing authorization).

The administrative court of Friuli Venezia Giulia rules on the compulsory vaccination for the healthcare personnel: vaccines used against Covid are not experimental

With the decision n. 261/2021 of the 10th September 2021, the Administrative court of Friuli Venezia Giulia has ruled on relevant aspects related to the compulsory vaccination for healthcare personnel established by art. 4 D.L. 44/2021. The court has clarified that it is incorrect to claim that the vaccines used in the current vaccine campaign are still on trial, since they have been authorized by the Commission with a conditional marketing authorization, after EMA recommendation.

1. Premessa

Al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, il decreto legge 44/2021, convertito nella legge 76/2021, ha istituito l'obbligo vaccinale per gli esercenti le

professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. L'art. 4 del decreto ha infatti statuito che la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio delle professioni sanitarie e che essa può essere omessa o differita solo in caso di accertato pericolo per la salute derivante da condizioni cliniche documentate e attestate dal medico di medicina generale.

Non desta sorpresa il fatto che a pochi mesi dall'adozione della normativa i Tribunali siano chiamati a pronunciarsi su provvedimenti di accertamento dell'elusione dell'obbligo vaccinale; l'attuale pandemia da Sars-Cov2 non ha infatti fermato la c.d. *vaccine hesitancy*^[1] ed anzi la rapidità con cui si è pervenuti alla scoperta e alla distribuzione di vaccini efficaci contro Covid ha concorso a far crescere un sentimento di diffidenza, fomentato da una diffusa disinformazione e da una comunicazione poco attenta e poco fedele ai dati forniti dalla comunità scientifica. La sentenza n. 261/2021 del Tar Friuli Venezia Giulia (est. Ricci) appare, dunque, estremamente rilevante poiché il Giudice si sofferma non solo sulla *ratio* sottesa all'obbligo vaccinale ma, nel rispondere ai dubbi di costituzionalità sollevati dal ricorrente, coglie l'occasione per sottolineare il ruolo di irrinunciabile centralità dei dati scientifici ufficiali forniti dalle competenti autorità pubbliche.

2. Motivi di ricorso

Con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente ha chiesto l'annullamento del provvedimento adottato dall'Azienda sanitaria del Friuli occidentale di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale ex art. 4 D.L. 44/2021 e, in via preliminare, ha contestato l'incostituzionalità di tale norma, chiedendo conseguentemente di rimettere la questione alla Corte Costituzionale. Le questioni di legittimità costituzionale sono state dichiarate manifestamente infondate e nel merito il ricorso è stato respinto. Si cercherà in questa sede di analizzare solamente i più rilevanti motivi di ricorso che si incentrano principalmente sull'inefficacia dei vaccini nella prevenzione delle infezioni da Covid e sulla asserita natura sperimentale degli stessi.

2.1 Sull'efficacia vaccinale e sull'interesse pubblico sotteso

all'obbligo

La prima parte della sentenza si sofferma sull'aspetto legato al ruolo dei vaccini nella prevenzione delle infezioni da Coronavirus e non solo nell'evitare lo sviluppo della malattia e la manifestazione dei sintomi. Parte ricorrente, infatti, contestava innanzitutto l'efficacia dei vaccini nella prevenzione dell'infezione da cui discenderebbe l'impossibilità di perseguire un interesse pubblicistico di tutela della salute pubblica. In altre parole, si sosteneva che se il vaccino non è idoneo ad evitare l'infezione e dunque la trasmissione del virus, ma può al più solamente limitare i sintomi della malattia, allora nessun interesse superindividuale e pubblicistico può identificarsi alla base delle disposizioni normative. A tale censura, il Tribunale risponde recisamente che *«la scelta di imporre l'obbligo vaccinale ai sanitari risponde – in modo pressoché esclusivo – al primario interesse pubblico costituito dalla tutela della salute collettiva, a fronte del quale la posizione del privato inevitabilmente recede»* ed evidenzia come la posizione della ricorrente si origini da un presupposto fattuale non corretto e smentito dai dati riportati nell'ultimo bollettino sull'andamento dell'epidemia prodotto dall'ISS, che dimostrano come l'efficacia della vaccinazione completa nel prevenire l'infezione sia pari al 78,1%^[2].

Si noti, inoltre, che tale interesse pubblico non verrebbe meno neppure laddove il vaccino si limitasse a prevenire la sola malattia, poiché in un contesto pandemico preservare la salute del personale medico e infermieristico è presupposto necessario a garantire la continuità delle prestazioni sanitarie ed inoltre anche mitigare l'impatto dei contagi e dei ricoveri sul SSN, evitando di sovraccaricare i reparti di terapia intensiva, è certamente interesse di rilievo pubblicistico.

2.2 Sulla natura non sperimentale dei vaccini

La ricorrente ha sostenuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 DL 44/2021, per contrasto in particolare con l'art. 32 comma 2 Cost. poiché, secondo tale ricostruzione, l'obbligo vaccinale avrebbe ad oggetto un trattamento sanitario sperimentale e perciò lesivo della salute e della dignità umana.

Rigettando il secondo e il quarto motivo di ricorso la sentenza in esame fornisce una puntuale ricostruzione della procedura adottata per l'autorizzazione dei

vaccini finora utilizzati nella campagna vaccinale contro il virus Sars-cov2, smentendo l'assunto per cui i vaccini si troverebbero ancora in fase sperimentale. Invero tutti i vaccini attualmente utilizzati sono stati regolarmente autorizzati tramite la procedura di autorizzazione condizionata (*CMA – Conditional marketing authorization*)^[3]; tale tipologia di autorizzazione può essere rilasciata in assenza di dati clinici completi a condizione che i benefici derivanti dall'immediata disponibilità del prodotto superino i rischi correlati ai dati supplementari necessari e impone l'obbligo di completare gli studi entro determinate scadenze al fine di confermare che il rapporto rischi-benefici è nettamente favorevole^[4]. Inoltre, le tempistiche particolarmente rapide che hanno caratterizzato l'immissione in commercio dei vaccini sono state rese possibili dall'utilizzo della "rolling review": grazie a questa procedura i dati sull'efficacia, la sicurezza e la qualità del farmaco non vengono presentati in maniera unitaria all'inizio della valutazione per l'autorizzazione, bensì il comitato per i medicinali per uso umano (CHMP) dell'EMA provvede ad esaminare i dati non appena diventano disponibili dagli studi in corso e questo permette la formulazione di un parere in tempi più brevi^[5]. A ciò si aggiunga che la ricerca scientifica sui vaccini contro il Covid19 ha beneficiato di risorse umane ed economiche senza precedenti, permettendo di pervenire all'immissione in commercio del primo vaccino entro soli nove mesi dallo scoppio della pandemia^[6].

In conclusione, il Tribunale sottolinea come l'autorizzazione, quindi, si collochi a valle delle usuali fasi di sperimentazione clinica e che «*l'equiparazione dei vaccini a "farmaci sperimentali", dunque, è frutto di un'interpretazione forzata e ideologicamente condizionata della normativa europea, che deve recisamente respingersi*».

3. Conclusioni

La pandemia ha certamente riaperto il dibattito relativo all'obbligo vaccinale, che negli ultimi anni è stato oggetto di pronunce non solo dei giudici amministrativi, ma anche della Corte Costituzionale^[7]. La sentenza del Tar Friuli in esame assume particolare rilievo perché con chiarezza e linearità mantiene al centro della controversia i dati riconosciuti dalla comunità scientifica e forniti dalle

competenti autorità pubbliche, tentando quindi di arginare il dilagare di opinioni prive di fondamento scientifico, quale appunto quella legata ad una presunta sperimentaltà del vaccino, che nell'attuale contesto sociale mettono in pericolo la tutela dell'interesse pubblico alla salute collettiva.

1. F. Petrelli, C.M. Contratti, E. Tanzi, I. Grappasonni, *Vaccine hesitancy, a public health problem* in *Ann. Ig.* Marzo-Aprile 2018
2. AIFA Rapporto sulla Sorveglianza dei vaccini COVID-19 Rapporto numero 8 - Periodo dal 27/12/2020 al 26/08/2021
3. Si noti che la *CMA* non equivale ad una autorizzazione all'uso di emergenza (*EUA - emergency use authorisation*), la quale a specifiche condizioni permette temporaneamente l'utilizzo di un farmaco non autorizzato; tantomeno può essere equiparata ad una autorizzazione per circostanze eccezionali (*authorisation und exceptional circumstances*) che può essere rilasciata quando i dati completi non potranno essere ottenuti nemmeno dopo il rilascio dell'autorizzazione <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/conditional-marketing-authorisation#use-during-conid-19>
4. <https://www.epicentro.iss.it/vaccini/covid-19-sviluppo-valutazione-approvazione>
5. <https://www.aifa.gov.it/-/ema-avvia-la-rolling-review-del-vaccino-anti-covid-19-sputnik>
6. La Commissione ha autorizzato il primo vaccino contro covid-19 (mRNA BNT162b2 Comirnaty, prodotto da Pfizer e BioNTech) il 21 dicembre 2020. <https://www.epicentro.iss.it/vaccini/covid-19-vaccino-pfizer-biontech>
7. Si veda ad esempio Corte Cost. 5/2018

Il Consiglio di Stato conferma l'ordinanza cautelare di primo grado sull'impiego della certificazione verde COVID-19 (c.d. "Green pass")

Francesca Roncarolo

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-6

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello promosso contro l'ordinanza resa in primo dal T.A.R. Lazio, con la quale è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'utilizzo obbligatorio del c.d. Green Pass per l'esercizio di talune attività, così come previsto dal D.P.C.M. del 17 giugno 2021. La pronuncia evidenzia l'importanza del piano vaccinale quale misura adottata dall'UE per garantire la salvaguardia della salute dei cittadini, così come dell'esigenza di effettuare – ai fini cautelari – una valutazione circa l'effettivo o soltanto potenziale pericolo di una compromissione della sicurezza nel trattamento dei dati sensibili, ovvero nell'assicurare il rispetto del diritto alla privacy e di non discriminazione.

The Council of State confirms the first instance decision on the use of COVID-19 green certification (so-called "green pass")

The Council of state refused the appeal against the judgement of the T.A.R. Lazio, which denied a protective order for suspension of the mandatory use of so-called Green Pass, in order to exercise certain activities as introduced by the Decree of the President of the Council of Ministers of 17th June 2021. The decision stresses the importance of the vaccination as one of the UE measures for citizens' health protection, as well as the evaluation of a real or a merely potential risk of security in processing of sensitive data, or in ensuring right to privacy and non-discrimination.

1. Introduzione

Con ordinanza n. 5130 resa il 17 settembre 2021, la terza Sezione del Consiglio di Stato ha confermato l'ordinanza resa dal T.A.R. Lazio^[1], di rigetto della richiesta cautelare di sospensione dell'efficacia del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 giugno 2021, contenente le disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto legge 22 aprile 2021 n. 52, relative al sistema di prevenzione, contenimento e controllo sanitario dell'infezione SARS-CoV-2, mediante l'impiego della certificazione verde COVID-19 (cd. "Green pass").

Gli appellanti hanno sostenuto che il suindicato D.P.C.M., nonché la normativa primaria su cui esso si basa (D.L. n. 52/2021), siano in contrasto con la disciplina dell'Unione europea e con la Costituzione italiana, con particolare riferimento alla protezione dei dati personali sanitari. Gli stessi hanno inoltre lamentato, oltre alla lesione del loro diritto alla riservatezza sanitaria, altresì il rischio di discriminazioni nello svolgimento di attività, condizionato al possesso del Green Pass, nonché il pregiudizio economico derivante dalla necessità di sottoporsi a frequenti tamponi.

2. Il giudizio cautelare di primo grado

La pronuncia è stata resa nell'ambito del ricorso promosso da quattro soggetti privati, con l'intervento adesivo di altri numerosi cittadini nonché della Codacons e della Associazione Italiana per i Diritti del Malato e del Cittadino, contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero dell'Interno, Ministero dell'Economia e delle Finanze, per ottenere l'annullamento dell'intero D.P.C.M. 17 giugno 2021^[2].

Esso contiene norme attuative di quanto prescritto all'art. 9, comma 10, D.L. 22 aprile 2021, n. 52, ed in particolare misure riguardanti la gestione e le modalità di verifica delle «certificazioni verdi COVID-19», ossia delle «*certificazioni comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2, lo stato di avvenuta guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2*»^[3].

Tra i vari aspetti, si prescrive la messa a disposizione ed aggiornamento del dato attraverso strumenti digitali (quali la Piattaforma nazionale-DGC, cui si accede

sia attraverso identità digitale sia con autenticazione a più fattori, il Fascicolo sanitario elettronico, la App Immuni, la App IO, il Sistema TS, per il tramite di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, farmacisti e altri medici delle aziende sanitarie, USMAF, SASN autorizzati), prevedendo del resto che le modalità di accesso rispettino «*l'uso di meccanismi di sicurezza volti a minimizzare il rischio di accessi non autorizzati ai dati personali*»^[4].

Inoltre è stabilito che al controllo del c.d. Green Pass siano deputati i pubblici ufficiali nell'esercizio delle relative funzioni, il personale addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e di spettacolo in luoghi aperti al pubblico o in pubblici esercizi, i soggetti titolari delle strutture ricettive di pubblici esercizi e di luoghi ove si svolgono eventi ed attività per il cui accesso è prescritto il possesso del c.d. Green Pass, i vettori aerei, marittimi e terrestri, i gestori delle strutture che erogano prestazioni sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali per l'accesso alle quali sia prescritto il possesso di certificazione verde COVID-19. Parimenti, in merito a ciò, si prevede che «*l'attività di verifica delle certificazioni non comporta, in alcun caso, la raccolta dei dati dell'intestatario in qualunque forma*»^[5].

Con decreto presidenziale del 28 giugno 2021, il T.A.R. Lazio^[6] aveva già respinto la domanda cautelare sospensiva, richiesta *inaudita altera parte* ex art. 56 c.p.a., rilevando l'assenza dei presupposti di estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data di celebrazione della camera di consiglio.

Il rigetto di una tutela cautelare era stato ribadito anche all'esito della trattazione collegiale. In particolare il T.A.R. Lazio aveva evidenziato l'assenza, e la mancata precisa individuazione attraverso il ricorso formulato, di «*circostanze che consentano di stabilire se e quale pregiudizio irreparabile potrebbe subire parte ricorrente dal provvedimento impugnato*»^[7].

3. La decisione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato^[8], ha confermato le conclusioni del giudice di primo grado, ribadendo come – in punto di *periculum in mora* – la domanda, così come formulata, e allo stato attuale di utilizzo di tale meccanismo di «certificazioni verdi COVID-19», sia sfornita di una chiara e adeguata rappresentazione della

gravità ed irreparabilità del rischio paventato.

Il Consiglio di Stato osserva che, da un lato, il rischio di compromissione della sicurezza nel trattamento dei dati sensibili appare meramente potenziale, versandosi inoltre in un caso di utilizzo non riconducibile all'ipotesi di "attività pericolosa" del trattamento dei dati, ex art. 15 D.Lgs. n. 196/2003 e ex art. 2050 c.c..

Dall'altro lato, l'attuale sistema di verifica del possesso della «certificazione verde» non rende conoscibili a terzi il concreto presupposto dell'ottenuta certificazione (vaccinazione o attestazione della negatività al virus), e per tale ragione il meccanismo non può considerarsi lesivo del diritto alla riservatezza sanitaria in ordine alla scelta compiuta, del vaccinarsi o no.

Incidentalmente, si evidenzia altresì come la disciplina non privi il singolo cittadino della libertà di scelta circa il sottoporsi o meno al vaccino, essendo comunque garantito il rilascio di c.d. Green Pass anche a coloro che, più semplicemente, si siano sottoposti a tampone che abbia dato esito negativo^[9].

Sempre su tale aspetto inerente al trattamento del dato, in chiusura si osserva che *«le prescrizioni stabilite dal Garante per la riservatezza dei dati personali mantengono la loro efficacia nei confronti delle misure applicative di copertura dell'autorità sanitaria nazionale cui spetta il coordinamento delle iniziative occorrenti»*^[10].

Andando oltre, il Giudice di seconde cure introduce nuove riflessioni che – ritiene chi scrive – potranno essere riproposte anche in fase di merito, in quanto pertengono più strettamente al tema del *fumus boni iuris*.

Invero, il Consiglio di Stato osserva che il D.P.C.M. impugnato contiene meri aspetti regolatori e tecnici afferenti all'uso e al controllo della «certificazione verde COVID-19», e che non sono disciplinati in esso – bensì in altra normativa – gli aspetti dei quali i ricorrenti si dolgono e lamentano la discriminatorietà: si tratterebbe infatti della (diversa) normativa che condiziona lo svolgimento di attività sociali, economiche e lavorative al possesso del c.d. Green Pass.

Inoltre, si rileva che *«il "green pass" rientra in un ambito di misure, concordate e definite a livello europeo e dunque non eludibili, anche per ciò che attiene la loro decorrenza temporale, e che mirano a preservare la salute pubblica in ambito sovranazionale per consentire la fruizione delle opportunità di spostamenti e viaggi in sicurezza riducendo i controlli»*^[11].

In tale modo si pone l'attenzione sulle misure poste a livello sopranazionale dall'Unione Europea, in particolar modo finalizzate a fare fronte all'emergenza sanitaria, riconosciuta quale di portata internazionale con Dichiarazione del 30 gennaio 2020 dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS)^[12].

Tra di esse, alla campagna vaccinale coordinata a livello europeo^[13] ha poi fatto seguito un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19 nei settori chiave, mediante l'applicazione di criteri e soglie comuni per decidere se introdurre restrizioni alla libera circolazione, una mappatura delle zone a rischio di trasmissione e adozione di misure omogenee ed appropriate per le persone che si spostano da o verso zone a rischio.

Questo in considerazione del fatto che, in conformità anche con il diritto europeo, gli Stati membri possono limitare il diritto fondamentale alla libera circolazione per motivi di sanità pubblica^[14].

Orbene, il c.d. Green Pass quale misura, tra le tante, dirette alla realizzazione del piano vaccinale, ad avviso del Consiglio di Stato ha oggettivamente accelerato il percorso di riapertura delle attività economiche, sociali ed istituzionali in una fase di ancora non del tutto superata emergenza pandemica, consentendo un'attenuazione alle restrizioni di libertà di circolazione.

Ne consegue secondo il Giudice di seconde cure che, in un'ottica di comparazione degli interessi in gioco, nel caso di specie pertinente alla fase cautelare e dunque su un piano «*inteso a soppesare comparativamente il danno lamentato dalla parte richiedente la tutela cautelare*»^[15], il depotenziamento di strumenti quali il c.d. Green Pass (destinati ad operare in modo coordinato anche mediante impulso sovranazionale) determinerebbe un «*vuoto regolativo foriero di conseguenze non prevedibili sul piano della salvaguardia della salute dei cittadini, la grande maggioranza dei quali, peraltro, ha aderito alla proposta vaccinale e ha comunque ottenuto la certificazione verde*»^[16].

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha ritenuto che «*la generica affermazione degli appellanti (pag. 7 appello) secondo cui "allo stato delle conoscenze scientifiche" non vi sarebbe piena immunizzazione e quindi si creerebbe un "lasciapassare falso di immunità", si pone in contrasto con ampi e approfonditi studi e ricerche su cui si sono basate le decisioni europee e nazionali volte a mitigare le restrizioni anti covid a fronte di diffuse campagne vaccinali*»^[17].

CERIDAP

1. . T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 3 agosto 2021, n. 4281
2. . Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante «*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*».
3. Art. 1, D.P.C.M. 17 giugno 2021
4. Art. 11, D.P.C.M. cit.
5. Art. 13, D.P.C.M. cit.
6. T.A.R. Lazio (Roma), Sez. I, decreto 28 giugno 2021, n. 3624
7. T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, ordinanza 3 agosto 2021, n. 4281, in motivazione
8. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 17 settembre 2021, n. 5130
9. Sul punto più approfonditamente si è espresso il T.A.R. (Lazio), Sezione III Bis, 1 settembre 2021 n. 4532, dichiarando che «*nell'ottica del legislatore la presentazione del test in questione in sostituzione del certificato comprovante l'avvenuta gratuita vaccinazione costituisce una facoltà rispettosa del diritto del docente a non sottoporsi a vaccinazione ed è stata prevista nell'esclusivo interesse di quest'ultimo, e, conseguentemente, ad una sommaria delibazione, non appare irrazionale che il costo del tampone venga a gravare sul docente che voglia beneficiare di tale alternativa*».
10. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 17 settembre 2021, n. 5130, in motivazione
11. *Ibidem*, in motivazione
12. [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))
13. Si veda: la Comunicazione del 17 giugno 2020 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca Europea per gli Investimenti, denominata «*Strategia dell'UE per i vaccini contro COVID-19*», reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?qid=1596190453106&uri=CELEX:52020DC0245>; la Decisione della Commissione Europea del 18 giugno 2020, contenente l'accordo tra la Commissione e gli Stati membri, reperibile in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/decision_approving_the_agreement_with_member_states_on_procuring_covid-19_vaccines_on_behalf_of_the_member_states_and_related_procedures.pdf; la Risoluzione 18 maggio 2020 n. 73 dell'OMS, reperibile in https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_CONF1Rev1-en.pdf
14. Si veda in particolare la Raccomandazione del Consiglio del 13 ottobre 2020 UE/2020/1475, reperibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2020.337.01.0003.01.ITA&toc=OJ%3AL%3A2020%3A337%3ATOC
15. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 17 settembre 2021, n. 5130, in motivazione
16. *Ibidem*, in motivazione
17. *Ibidem*, in motivazione