

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

4 / 2023

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

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche di classe A con Delibera ANVUR n. 147/2023

VICEDIRETTORE E RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

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

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Prof. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Pierandrea Corleto, Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Massimo Giavazzi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Matteo Palma, Giulia Re Ferrè, Leonardo Scuto, Federico Votta

RESPONSABILI OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA: Gherardo Carullo, Stefano D'Ancona, Massimo Giavazzi

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 Kapodistrian 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*, 2023, 4, p. 35 ss.

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

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

MARCO LUIGI ANTONIOLI, <i>Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo codice dei contratti pubblici</i>	1
ANNA GIURICKOVIC DATO, <i>L'Unione europea contro la propaganda di regime</i>	24
FRANCESCO MERENDA, <i>Il sistema anticorruzione italiano nella prospettiva dell'integrità pubblica. Considerazioni e possibili sviluppi a oltre dieci anni dall'adozione della legge n. 190/2012</i>	47
BARBARA RANDAZZO, <i>The EU Charter of Fundamental Rights in constitutional adjudication. The Italian perspective</i>	99
JANE REICHEL, <i>The European Strategy for Data and Trust in EU Governance. The Case of Access to Publicly Held Data</i>	129

RASSEGNE E COMMENTI

ELISA ARCIONI AND ANDREW EDGAR, <i>The 2023 Australian Referendum: a proposal for an Indigenous Voice to Parliament and Government</i>	159
ELENA FALLETTI, <i>L'Artificial Intelligence Act Proposal e la regolamentazione degli algoritmi predittivi: luci e ombre</i>	173
ROCCO FREDA, <i>Analisi e proposte normative nella nuova dimensione del capital market</i>	218
ORIOLE MIR PUIGPELAT, <i>The impact of the AI Act on public authorities and on administrative procedures</i>	238

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

CERIDAP

ALESSIA MONICA, <i>T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 02 novembre 2023, n. 1224</i>	
.....	253
ELEONORA VAILATI, <i>T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 febbraio 2023,</i>	
<i>n. 311</i>	259

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

MARCO LUIGI ANTONIOLI, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Ferrara.

ELISA ARCIONI, Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università di Sydney, Australia.

ANDREW EDGAR, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università di Sydney, Australia.

ELENA FALLETTI, Ricercatore Senior di Diritto Privato Comparato e Diritto e Tecnologia, Università "Carlo Cattaneo" (LIUC) di Castellanza.

ROCCO FREDA, Dottore Commercialista, Revisore Legale. Professore a Contratto nell'Università "Foro Italico" di Roma.

ANNA GIURICKOVIC DATO, Avvocato del Foro di Roma. Assegnista di Ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Professore a contratto di Legislazione del turismo presso l'Università Mercatorum.

FRANCESCO MERENDA, Dottorando di Ricerca in Legalità, Culture Politiche e Democrazia, Università degli Studi di Perugia.

ORIOLE MIR PUIGPELAT, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università "Pompeu Fabra" di Barcellona.

ALESSIA MONICA, Ricercatore (RTDA) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano.

BARBARA RANDAZZO, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico

nell'Università degli Studi di Milano.

JANE REICHEL, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Stoccolma.

ELEONORA VAILATI, Funzionario U.O. Gare della Camera di Commercio di Milano Monza Brianza Lodi e cultrice della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano.

Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo codice dei contratti pubblici

Marco Luigi Antonioli

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-24

Dopo un'analisi della codificazione, da parte del d.lgs. 36/2023, dei nuovi principi in materia di appalti pubblici e della loro gerarchia, l'Autore si sofferma sul rapporto tra principio di buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione, per studiare gli effetti giuridici che il primo esercita sulla seconda. In particolare, l'autore afferma che l'art. 5 c. 2 del nuovo Codice prosegue il processo di "civilizzazione" del diritto amministrativo, ampliando l'ambito di risarcibilità delle situazioni giuridiche coinvolte nelle procedure di gara. Tale processo, però, rischia di incontrare un ostacolo nel successivo c. 3, il quale qualifica come «colpevole» l'affidamento ingeneratosi a fronte di una illegittimità «agevolmente rilevabile».

Good faith, legitimate expectations and civil liability of the Public Administration in the new public contracts Code

Following an examination of the principles governing public contracts and their hierarchy as codified in Legislative Decree 36/2023, the author focuses on the relationship between the public administration's liability and the good faith principle, examining the legal implications of the former on the latter. Specifically, it is stated that by broadening the range of legal problems that can be resolved in connection with public procurement, Article 5 c. 2 of the new Code keeps the process of "civilising" administrative law going. This procedure, however, may hit a roadblock in the form of c. 3, which designates as "culpable" the reliance that was fostered in the face of a "easily detectable" illegitimacy.

Sommario: 1. Dalla codificazione degli appalti pubblici a quella dei suoi principi e della loro gerarchia.- 2. Gli artt. 2 e 5 del nuovo Codice, tra principio della fiducia e responsabilità civile della stazione appaltante.- 3. Procedure selettive, regole di correttezza nelle trattative e responsabilità contrattuale: la "civilizzazione" della

P.A., nella prospettiva di un diritto amministrativo paritario.- 4. Dai contratti pubblici al riparto tra le giurisdizioni, nel rapporto senza potere secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite.- 5. L'art. 5 del nuovo Codice e la Relazione al medesimo: affidamento legittimo e procedure selettive..

1. Dalla codificazione degli appalti pubblici a quella dei suoi principi e della loro gerarchia^[1]

Un commento a prima lettura del nuovo “Codice dei contratti pubblici”, adottato mediante il d.lgs. n. 36/2023^[2], non può non partire dai principi generali da esso enunciati e dal ruolo che a tali principi viene riconosciuto. Si tratta di un *fil rouge* costituente un tratto identitario (forse, il principale) del nuovo Codice, come viene rimarcato (prima ancora che nei commenti al medesimo) dalla stessa Relazione agli articoli e ai suoi allegati. Come questa rimarca, il precedente Codice dei contratti, adottato con d.lgs. n. 50/2016^[3], non conteneva «*una parte iniziale dedicata ai principi*». Più che di una rivoluzione sembra trattarsi, però, di un nuovo *drafting*. Si è, così, tenuto conto del ruolo attualmente esercitato dai principi generali del diritto, i quali, sotto la spinta propulsiva del diritto dell’Unione e delle pronunzie della Corte di Lussemburgo, hanno progressivamente accresciuto la loro pervasività, determinando un effetto *spillover*^[4].

Del resto, proprio nel settore degli appalti pubblici il diritto comunitario è stato solito massimizzare la propria influenza sull’ordinamento interno. In tale ambito l’interazione tra fonti multilivello contribuisce al trapianto degli istituti, che trascinano dal diritto eurocomunitario a quello nazionale. Si è accettato il fatto che i principi, ormai, assolvono ad un ruolo diverso, rispetto al passato: anziché colmare lacune, vere o supposte, la loro applicazione influisce, in misura crescente, sulla decisione. Il fenomeno è suscettibile di apprezzamenti di tenore opposto: secondo un’opinione diffusa, si tratta di una forma di manifestazione della «*crisi della legge*» e della sua capacità regolativa dei rapporti giuridici^[5]; in una differente prospettiva, invece, l’impiego dei principi determina un ampliamento dei parametri di validità dell’azione amministrativa^[6]. A quale tesi si intenda accedere, resta il fatto che, spesso, i medesimi principi conoscono

gerarchie assiologiche. Il nuovo Codice non si sottrae a questo schema. Ai sensi dell'art. 4, infatti, le disposizioni in esso contenute (testualmente) «*si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*».

Nella citata Relazione si legge, inoltre, che, ai fini dell'applicazione del nuovo Codice, questa disposizione riconoscerebbe «*la natura fondante dei primi tre principi*»: quello del risultato^[7], quello della fiducia e quello dell'accesso al mercato. Non diversamente, tuttavia, anche i principi elencati dall'art. 5 all'art. 11 possono contribuire ad interpretare (ed applicare) le disposizioni contenute nel Codice: se così è, l'art. 4 denota un'antinomia, per superare la quale può ipotizzarsi che i principi di cui agli articoli da 1 a 3 siano muniti di carattere sovraordinato, come la Relazione, del resto, sembra lasciare intendere.

Si consideri, in proposito, l'art. 2, che introduce il principio della fiducia, al quale, insieme agli altri due principi, l'art. 4 accorda una primazia. Secondo la Commissione legislativa, tale principio determina «*un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla fiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari*». L'intento perseguito, inteso a favorire il conseguimento del risultato (art. 1), è, di certo, quello di fronteggiare la c.d. "burocrazia difensiva", che genera la c.d. "paura della firma".

A questo punto, si impongono due concorrenti rilievi: il primo è che, con la proliferazione di tanti principi, non si avvertiva, certo, la necessità di crearne uno nuovo, quello della fiducia, tanto meno in via legislativa, seppure al fine di circoscrivere la responsabilità per danno erariale (art. 2, co. 3). Per un verso, la genesi di un principio avrebbe meritato una riflessione più approfondita; per altro verso, poi, la Relazione non indica dei parametri identificativi del medesimo principio, che si contrappone *tout-court* a concetti, non giuridici, come il sospetto e la diffidenza. In secondo luogo, poi, principi come quello del risultato e quello della fiducia non hanno cittadinanza nel diritto eurolunitario: cosicché, la sovraordinazione che l'art. 4 del nuovo Codice riconosce a tali principi rischia di dequotare quelli dell'Unione, non ostante la *primauté* accordata ai medesimi, specie in considerazione del ruolo preminente che, nel diritto dei contratti pubblici, hanno sempre esercitato^[8].

2. Gli artt. 2 e 5 del nuovo Codice, tra principio della fiducia e responsabilità civile della stazione appaltante

Un nuovo atto legislativo germina opinioni di diverso tenore. Nella scuola *mainstream* si iscrive, attualmente, un elevato compendio di *laudatores* del nuovo Codice. Anche per questo vi è spazio per qualche considerazione dissenziente, stante la presenza di ampie zone d'ombra, seppure accanto a molte luci. In particolare, suscita più di una perplessità il complessivo taglio adottato dal Codice. La cartina di tornasole si trova nella Relazione al medesimo, che denota un approccio di tipo “dottrinale”. Vero è che l'ordito del Codice, in molti passaggi, si apprezza per la tecnica raffinata. Non di meno, l'impressione che si ricava è che il legislatore (ma, forse, potremmo chiamarlo il “legislatore-giudice”) abbia impropriamente inteso “fare dottrina”. Se talune previsioni appaiono indissolubilmente legate a visioni di tipo dogmatico, si ha la sensazione che la Commissione legislativa abbia “codificato” la propria *Weltanschauung*: cosa che è avvenuta mediante la gemmazione delle costruzioni giuridiche propugnate dai giudici di palazzo Spada.

Per chiarire questo rilievo si consideri una disposizione contenuta nel Codice: si tratta dell'art. 5, che esprime (meglio ancora dell'art. 2) l'approccio fatto proprio dalla Commissione legislativa, attestato, inequivocabilmente, dalla Relazione sopra richiamata. Da un lato, nei primi due alinea dell'art. 5, le nozioni di buona fede e di affidamento^[9] appaiono, quasi, sinonime; dall'altro lato, poi, nel terzo e nel quarto alinea, il legislatore si occupa del risarcimento del danno per la lesione dell'affidamento, laddove l'aggiudicazione risulti annullata dal giudice amministrativo ovvero dalla stessa stazione appaltante, in via di autotutela. L'obiettivo (chiarissimo) perseguito dai commi 3 e 4 consiste nell'intento di rafforzare la c.d. “rete di contenimento”^[10], che aveva animato la nota sentenza del 1999, la n. 500^[11], con cui le Sezioni unite avevano costruito un argine (o, meglio, una muraglia), al fine di fronteggiare le richieste di tutela dell'interesse legittimo pretensivo^[12]. Per fare questo, l'affidamento – opportunamente riconosciuto «anche prima dell'aggiudicazione» – viene considerato “colpevole” («non si considera incolpevole», in base al co. 3, prima parte), «se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti».

Si tratta, tuttavia, di una previsione che non pare convincente, sia perché svaluta l'affidamento (cosa diversa, ovviamente, dalla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo) che l'aggiudicazione è in grado di ingenerare, sia perché pone a carico degli operatori un obbligo di diligenza, i cui evanescenti confini appaiono difficilmente identificabili^[13]. Ancora, nel nuovo Codice il danno risarcibile viene circoscritto (sempre nel co. 3) a quello effettivamente subito e provato (ma le regole contenute nel codice civile non sembrano di diverso tenore). In particolare, nel caso della lesione dell'interesse legittimo pretensivo, si impone il ricorso ad un giudizio prognostico, condotto su base probabilistica, in base ad un criterio di normalità: qui, il danno risarcibile presuppone una conseguenza sfavorevole, derivante da una condotta giudicata contraria al diritto, anche alla stregua della perdita di una *chance*, il cui apprezzamento soggiace ad una valutazione prognostica^[14].

Si consideri, inoltre, come il co. 4 dell'art. 5 riconosca la responsabilità civile «dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito», mentre la seconda parte del medesimo alinea dispone che la stazione appaltante, condannata «al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso», può rivalersi^[15] nei confronti dell'aggiudicatario, qualora venga accertata la sua responsabilità concorrente. Le evenienze possibili, pertanto, sono due: nella prima il «il terzo pretermesso» agisce nei confronti dell'ente aggiudicatore, che si rivale (in tutto o in parte) sull'aggiudicatario; nella seconda, invece, sussiste (*recte*: viene accertato) il concorso tra la responsabilità dell'amministrazione e quella dell'aggiudicatario.

Il *drafting*, qui, non appare impeccabile, legittimando non poche perplessità. Il punto di partenza va identificato nell'ultima parte del III alinea della disposizione in commento, secondo cui «nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione» il danno risarcibile è quello derivante «dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico». La norma collega, dunque, ad un «comportamento» il pregiudizio arrecato all'autonomia negoziale, in guisa da ledere l'affidamento incolpevole, alla stregua del canone della «diligenza professionale» (art. 5, co. 2); e, non diversamente, il IV alinea dell'art. 5 conclude connettendo l'aggiudicazione illegittima ad «un comportamento illecito»: per cui, ad integrare il fatto illecito è il comportamento, che viene posto in collegamento con l'invalidità del provvedimento da cui discende l'antigiuridicità^[16].

Senonché, il tessuto normativo in esame lascia le porte aperte a più di un quesito. In primo luogo, non è chiaro quando questa responsabilità: i) vada imputata all'ente aggiudicatore; ii) quando, invece, all'aggiudicatario, sempre in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione; iii) quando, infine, ad entrambi. Questo, soprattutto, perché la disposizione in commento non identifica gli elementi costitutivi del «*comportamento illecito*», al fine della causazione del pregiudizio economico risarcibile: come si vede, nell'ambito soggettivo, ma, specialmente, in quello oggettivo, permane l'evanescenza dei presupposti della responsabilità civile.

In secondo luogo, la facoltà di rivalsa riconosciuta a favore dell'amministrazione aggiudicatrice non identifica le azioni risarcitorie esperibili dal «*terzo pretermesso*» e non chiarisce, neppure, se quest'ultimo possa – o meno – fare valere la propria pretesa, nei diretti confronti dell'aggiudicatario. Il riferimento all'azione di rivalsa sembrerebbe propendere a favore della tesi contraria, mentre la costruzione del concorso di responsabilità milita a sostegno della conclusione opposta: verosimilmente, è la configurabilità, sul piano del diritto sostanziale, di una struttura plurisoggettiva nell'obbligazione risarcitoria, a risultare il dato più rilevante. Il quadro normativo di riferimento, in ogni caso, offre scarsi elementi per individuare i fatti costitutivi del concorso dell'aggiudicatario nella responsabilità della stazione appaltante: da un lato, chiarisce che sono i «comportamenti» a generare il fatto illecito; dall'altro lato, poi, imputa il danno risarcibile «*all'interferenza del comportamento scorretto*» (co. 3): il comportamento è, dunque, il criterio che ascrive la responsabilità vuoi alla stazione appaltante o all'ente concedente, vuoi all'aggiudicatario, vuoi agli uni e agli altri, in caso di concorso nella responsabilità.

Resta da chiedersi, a questo punto, che cosa succede quando l'aggiudicazione risulta legittima, come avviene nel caso in cui le condotte risultino prive di un collegamento con tale provvedimento e, parimenti, con la serie procedimentale che lo precede. All'interno del perimetro tracciato dal co. 4 della disposizione in commento, rivalsa e concorso sembrano presupporre che l'illiceità del comportamento discenda dalla illegittimità dell'azione autoritativa.

Il Codice non si occupa, almeno direttamente, dei comportamenti «senza potere»^[17], imputabili alla stazione appaltante, quando sono i medesimi a costituire il fatto genetico dell'illecito, non ostante la legittimità dell'azione amministrativa:

le regole di condotta, di certo, gravano sull'aggiudicatario, come sull'ente aggiudicatore; ma, se il provvedimento è legittimo, appare più difficile ipotizzare che il primo possa assumere una compartecipazione con il secondo nella causazione dell'illecito.

3. Procedure selettive, regole di correttezza nelle trattative e responsabilità contrattuale: la “civilizzazione” della P.A., nella prospettiva di un diritto amministrativo paritario

Vanno presi in considerazione, a questo punto, gli effetti che l'art. 5 del Codice è suscettibile di produrre sulle pretese risarcitorie, laddove l'operatore economico abbia (legittimamente) riposto l'affidamento, successivamente deluso, sulla conclusione del contratto. Il punto di partenza è rappresentato dall'idoneità della procedura ad evidenza pubblica ad instaurare un rapporto, che si iscrive nell'area della responsabilità precontrattuale: si tratta, del resto, di una conclusione alla quale, da molto tempo, sono congiuntamente approdati dottrina^[18] e giurisprudenza^[19]. Se così è, è su tutte le parti – e, soprattutto, su quella pubblica – a gravare l'obbligo di agire secondo buona fede, nell'ambito delle trattative preordinate alla conclusione del contratto, così come prevede l'art. 1337 c.c.: in particolare, in base ad un orientamento diffuso della giurisprudenza, viene in gioco un obbligo di condotta, che si iscrive nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., al fine di garantire l'autodeterminazione negoziale del contraente^[20].

Ebbene, l'agire secondo buona fede costituisce, ormai, una regola generale di condotta, della quale sono destinatari anche (o, soprattutto, come si legge in alcune pronunce) gli enti pubblici. Si tratta della conclusione di un lungo processo, che si articola in numerosi passaggi normativi: in primo luogo, nell'art. 10, co. 1, del c.d. “Statuto del contribuente” (l. n. 212/2000), ai sensi del quale: *«I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede»*; in secondo luogo, nell'art. 1, co. 2-bis, l. n. 241/1990, aggiunto dalla novella del 2020, in base a cui: *«I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»*^[21].

In questa cornice si iscrive il Codice, disponendo, al I alinea dell'art. 5, che: *«Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori*

economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento». Né può omettersi di ricordare che, per un verso, l'affidamento integra un principio generale riconosciuto dal diritto dell'Unione^[22]; e per altro verso, l'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, s.m.i, dispone che l'attività amministrativa è retta dai principi dell'ordinamento comunitario, molti dei quali investono proprio il settore degli appalti pubblici^[23].

Senonché, legittimo affidamento e buona fede sono, al più, nozioni contigue, ma non coincidenti: il primo, di natura soggettiva, sorge a fronte dell'esercizio di poteri autoritativi nell'ambito del c.d. rapporto amministrativo; la seconda, di natura oggettiva, è consustanziale ad un comportamento^[24]: con il corollario che, con riguardo alle tutele accordate dall'ordinamento, vengono in considerazione, in un caso, le regole di validità con l'erogazione dei rimedi annullatori; e, nell'altro, le regole di condotta, che danno vita alla tutela risarcitoria^[25].

Di ciò sembra tenere conto il Codice, nel co. 2 dell'art. 5: recependo un recente punto di approdo della giurisprudenza, infatti, chiarisce che l'operatore economico vanta un affidamento «*sul legittimo esercizio del potere*» e «*sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede*». Qui, l'aggettivazione utilizzata dalla norma, nella qualificazione del comportamento, può essere intesa in due modi: sul piano soggettivo, come l'imputabilità *tout-court* della condotta alla P.A.; sul piano oggettivo, come un modulo comportamentale diverso, che si pone in una relazione di alterità con quello delle parti privati. Se, nella prima lettura (definibile come “minimalista”), l'aggettivazione (meramente descrittiva) risulta del tutto innocua, nella seconda (quella “massimalista”), si allude ad un modello alternativo di condotta, che la norma non si premura, neppure, di individuare. Il punto è che, nell'ambito delle trattative preordinate alla conclusione del contratto, non è configurabile un comportamento “amministrativo”, diverso dai parametri della buona fede e della correttezza, nella declinazione rinvenibile nel codice civile: ipotizzare il contrario, infatti, significa dequotare la paritarietà^[26] delle parti nell'ambito delle trattative, ponendo la P.A. su «*un piedistallo di intangibilità e perciò di privilegio*»^[27], con l'effetto di arrestare il processo di “civilizzazione” della P.A.^[28].

4. Dai contratti pubblici al riparto tra le giurisdizioni, nel rapporto senza potere secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite

Ma, sul tema, il passaggio più significativo, contenuto nella Relazione al Codice, investe un profilo non direttamente regolato dalla nuova disciplina dei contratti pubblici e, cioè, quello del riparto tra le giurisdizioni. In particolare, la Commissione legislativa prospetta la necessità di “riportare” la cognizione della responsabilità precontrattuale degli enti aggiudicatori entro il perimetro della giurisdizione esclusiva^[29]. Con tutta evidenza, l’obiettivo perseguito è quello di imporre la “visione” espressa dai giudici di palazzo Spada^[30]. Il che appare un elemento distonico e disarmonico, specie se si considera come sia la stessa Relazione a riconoscere, in premessa, che il nuovo Codice non interviene sul riparto tra le giurisdizioni.

In base a questa lettura del codice del processo amministrativo, la giurisdizione del giudice amministrativo ricomprenderebbe la cognizione di qualsiasi (tipo e forma di) comportamento, che presupporrebbe (sempre e comunque) l’esistenza di un ancoraggio all’esercizio del potere. Tanto che la Relazione giunge, persino, a sollecitare l’adozione di «una norma ad hoc», che risolva «le incertezze in punto di giurisdizione»: ossia, il contrasto tra Sezioni unite e Adunanza plenaria, “esplicitando” come i comportamenti “scorretti” della P.A. presentino, sempre, un collegamento con l’esercizio della potestà amministrativa.

In realtà, la sollecitazione rivolta al legislatore è intesa non già a risolvere “incertezze”, vere o presunte, bensì ribaltare *tout-court* l’orientamento, ormai consolidato, delle Sezioni unite, con l’obiettivo di imporre, per legge, la tesi propugnata dall’Adunanza plenaria: tale iniziativa non pare condivisibile, attentando a quel controllo che l’art. 111 Cost., al co. 8, attribuisce alle Sezioni unite «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» sulle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti; ma, soprattutto, contravviene alla riscrittura del riparto operata dai giudici della Consulta, recepita dalla legge processuale amministrativa.

D’altra parte, nella giurisdizione amministrativa si contrappongono due differenti indirizzi, il primo dei quali ritiene che il giudice amministrativo sia

munito di giurisdizione, anche quando viene lamentata *tout-court* l'omessa osservanza degli obblighi di buona fede e di correttezza, in assenza di potere^[34]; l'orientamento di segno opposto, invece, si colloca sulle posizioni espresse non già dall'Adunanza plenaria, ma dalla guardiana delle giurisdizioni^[32]: l'adesione a quest'ultima opinione comporta la declinatoria della giurisdizione, a favore dell'autorità giudiziaria. Sotto l'angolazione considerata, si è posto, di recente, un Tribunale amministrativo, occupandosi del caso in cui l'aggiudicataria si era rifiutata di procedere, entro il termine di legge, alla sottoscrizione del contratto, fino ad indurre la stazione appaltante a revocare l'aggiudicazione, affidando i lavori alla seconda impresa in graduatoria, sulla base di condizioni economiche per sé meno favorevoli^[33]. Merita rimarcare, in proposito, che un caso ricorrente è proprio quello della non aggiudicazione all'esito di una procedura selettiva, con conseguente lesione dell'affidamento dell'operatore. Il potere di non aggiudicare, già previsto dall'art. 95, co. 12, del Codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016), è contenuto anche nel nuovo Codice, all'art. 108, co. 10.^[34] In tale contesto va considerata, ancora, la revoca dell'aggiudicazione, quando l'amministrazione aggiudicatrice, deludendo l'affidamento incolpevole dell'operatore economico, scopre, tardivamente, che la gara difetta della copertura finanziaria^[35].

In controtendenza si pone, invece, il caso in cui viene esclusa la responsabilità precontrattuale della P.A., quando, a fronte della revoca di un bando di gara, risulta che l'operatore economico non abbia acquisito un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto^[36]. Il risultato a cui perviene questo indirizzo è quello di escludere, di fatto, che, prima dell'aggiudicazione, sorga un affidamento ritenuto legittimo: si tratta, peraltro, di una interpretazione svalutativa del canone della buona fede, ponendosi in netto contrasto non soltanto con l'art. 1337 c.c., ma con quanto dispone, in modo inequivocabile, l'art. 5, co. 2, del nuovo Codice. Non ostante la titolarità del potere e del suo legittimo esercizio, l'amministrazione aggiudicatrice può essere ritenuta civilmente responsabile per avere contravvenuto agli *standards* di correttezza: e, trattandosi di un'attività incidente su un rapporto senza potere, secondo le Sezioni unite, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario, alla stregua di un orientamento, che si è andato consolidando, risalente alle (tre) c.d. ordinanze "gemelle", rese nel corso del 2011^[37].

Più di recente, è emersa una nuova tesi, che ibrida e recepisce il modello teorico

della responsabilità civile, elaborato dalle Sezioni unite. Il Consiglio di Stato, se, da un lato, ha riaffermato la propria giurisdizione^[38], dall'altro, ha riconosciuto la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, in caso di revoca legittima degli atti di gara a causa dell'indisponibilità finanziaria, laddove questa abbia contravvenuto alle regole di correttezza per avere omesso di informare le imprese concorrenti, con l'effetto di prolungare inutilmente lo svolgimento della gara^[39]. In tale modo, ha operato una distinzione tra il buon amministratore e il contraente corretto, corrispondente a quella tra le regole di validità e le regole di comportamento. Resta il fatto, però, che le seconde esulano dall'area del potere e, quindi, dal perimetro della giurisdizione esclusiva, come può anticiparsi sin d'ora. Ancora, sotto l'imperio del Codice previgente, è stata riconosciuta la risarcibilità del danno, in un caso in cui non si era conclusa una procedura di *project financing* e la stazione appaltante aveva tenuto un comportamento giudicato illecito: questo perché la procedura selettiva, poi annullata, doveva considerarsi invalida sin dall'origine per fatto imputabile all'amministrazione^[40]; si è statuito diversamente, invece, sempre nell'ambito del *project financing*, quando la pretesa risarcitoria risultava fondarsi sull'omesso completamento della procedura, laddove venivano in rilievo non già le regole di condotta, ma le regole di validità involgenti l'esercizio dell'azione autoritativa^[41].

Sulla tematica va registrato il contrasto tra le Supreme Magistrature. Così, di recente, le Sezioni unite hanno cassato il Consiglio di Stato, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva previamente annullato l'aggiudicazione, a causa dell'omessa consegna, da parte dell'aggiudicatario, della documentazione al medesimo per la stipulazione del contratto^[42]: con tutta evidenza, nel caso esaminato il fatto genetico della responsabilità civile non traeva fonte dalla procedura a pubblica evidenza, derivando, per converso, da un comportamento (imputabile all'operatore economico) l'apprezzamento del quale investiva l'osservanza delle regole della buona fede (oggettiva) e della correttezza.

Da ultimo, sempre secondo le Sezioni unite, rientra nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria la lesione dell'affidamento incolpevole, ingenerata, per responsabilità dell'amministrazione, dal piano provinciale delle attività estrattive (P.P.A.E.), successivamente annullato in sede giurisdizionale^[43]: il pregiudizio individuato, infatti, non si poneva quale (diretta e immediata) conseguenza dell'illegittimità di un atto o dello stesso esercizio del potere pubblico, bensì come

effetto di un comportamento (attivo o omissivo) della pubblica amministrazione, assunto in violazione del principio del *neminem laedere*; qui, il provvedimento amministrativo non rilevava come elemento costitutivo del fatto illecito, ma integrava un mero antecedente, storico e logico, che determinava l'obbligo di ripristinare l'integrità patrimoniale dell'impresa per le spese da questa sostenute e per le risorse da essa impiegate, a fronte della presentazione del progetto e degli investimenti eseguiti.

5. L'art. 5 del nuovo Codice e la Relazione al medesimo: affidamento legittimo e procedure selettive.

E' agevole rimarcare, a questo punto, come nei casi appena considerati (ma la casistica, certamente, risulta molto più ampia) l'estensione delle frontiere della responsabilità civile consenta di accordare una tutela risarcitoria dal perimetro più ampio. Diversamente opinando, invece, verrebbero considerati leciti (meri) comportamenti, disancorati dall'esercizio del potere, i quali, non di meno, disattendono quei generali *standards* di correttezza, che gravano non soltanto su tutti i consociati, ma anche (e, anzi, *a fortiori*) sugli enti pubblici. Questo, ovviamente, se si conviene sul fatto che, non ostante il previo espletamento di una procedura selettiva tra i partecipanti, l'attività contrattuale della P.A. soggiaccia alle regole di diritto comune. Se così è, ne deriva come corollario che i comportamenti tenuti nel corso delle trattative non possono non osservare il principio di buona fede, la cui violazione, di conseguenza, legittima il ricorso ai rimedi risarcitori. Si tratta di una conclusione che viene rafforzata dal fatto che il nuovo Codice riconosce agli operatori economici, in modo espresso, la titolarità di un affidamento ben prima dell'aggiudicazione (art. 5, co. 2). Questo perché – nel corso dell'intera procedura – operatori ed «enti concedenti» sono tenuti a comportarsi «nel rispetto dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento» (art. 5, co. 1): il nuovo quadro normativo, infatti, recepisce il punto d'approdo al quale, ormai da tempo, erano approdate la dottrina e la prevalente giurisprudenza, anche amministrativa^[14].

In questo nuovo contesto, pertanto, non si può non dissentire da quelle tesi giurisprudenziali, le quali pervengono ad una *interpretatio abrogans* di tali principi, con l'effetto di determinare un inaccettabile arretramento dei confini

della tutela risarcitoria, attraverso una sostanziale erosione del concetto di affidamento e della sua funzione: accedendo all'orientamento evocato, infatti, i comportamenti preordinati alla formazione del regolamento contrattuale rimarrebbero, ingiustificatamente, privi di qualsiasi forma di reazione da parte dell'ordinamento, pur risultando in contrasto, talora, in modo marcato, con il divieto del *neminem laedere*.

Va soggiunto, poi, che tale rilievo, pur affondando le sue radici nel diritto sostanziale, si pone in una relazione inscindibile con il processo, con specifico riguardo al riparto tra le giurisdizioni. Se, per un verso, le trattative precontrattuali vanno parametrare alle regole generali contenute negli artt. 1337 e 1338 c.c., costituenti applicazione dell'art. 1175 c.c., per altro verso, la cognizione del rapporto "senza potere" (artt. 24, 103 e 113 Cost.) presuppone la titolarità di situazioni sostantive aventi la consistenza di diritto soggettivo, che esulano dal perimetro di applicazione della giurisdizione esclusiva. Una simile conclusione trova un solido ancoraggio nella legge processuale amministrativa in vigore, redatta nella cornice del diritto vivente scritto dal giudice delle leggi: da una parte, l'art. 7, co. 2, c.p.a., devolve al giudice amministrativo, «*nelle particolari materie indicate dalla legge*» (art. 103, co. 1, ult. parte, Cost.), oltre all'esercizio (e al mancato esercizio) del potere, i comportamenti a questo riconducibili; dall'altra parte, poi, l'art. 133, co. 1, c.p.a., alle lett. g) e p)^[45], precisa che le controversie attribuite al giudice amministrativo debbono sempre essere riconducibili, necessariamente, all'esercizio del potere pubblico. Tale risultato trova ulteriore conferma nel processo amministrativo: per un verso, nell'art. 7, co. 4, c.p.a., che attribuisce la tutela risarcitoria per la lesione di interessi legittimi alla giurisdizione amministrativa di legittimità, nelle «*controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni*», laddove viene in gioco, secondo la nota formula, il cattivo uso del potere; per altro verso, nel II alinea dell'art. 30 c.p.a. in base a cui il risarcimento del danno deve derivare «*dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*»^[46].

Né, d'altra parte, potrebbe invocarsi in contrario, in base al combinato disposto degli artt. 1, co. 1, e 7, co. 7, c.p.a., il principio di concentrazione delle tutele e di quello dell'effettività. Questo per (almeno) due assorbenti ragioni: la prima, sul piano processuale, è che se la tutela risarcitoria non è cumulabile con quella

annullatoria, viene meno, in radice, l'esigenza di una concentrazione tra le stesse; la seconda, sul piano sostanziale, è che rileva (non già la legittimità dell'azione amministrativa, ma) il comportamento riferibile ai corpi pubblici, senza un collegamento con il potere, nell'accezione rinvenibile nella giurisprudenza del giudice delle leggi, che ha riscritto il riparto tra le giurisdizioni. Sotto tale angolazione, non vengono in gioco, in alcun modo, le regole di validità, controvertendosi, per converso, sulla conformità dei comportamenti serbati alle regole generali della correttezza^[47], avulsi, come tali, da un collegamento con il potere e con il suo esercizio: ed è in tutti questi casi che, con decorrenza dalla "triade" di ordinanze del 2011^[48], la guardiana del riparto, con crescente fermezza, ha ritenuto la cognizione delle controversie spettante alla giurisdizione ordinaria, senza, di certo, incorrere nelle "incertezze" invocate nella Relazione al nuovo Codice dei contratti pubblici.

In particolare, la soluzione da questa propugnata merita censura – sul piano del metodo, come su quello del merito – sotto un ulteriore profilo, forse, più rilevante: la "norma *ad hoc*", invocata dalla Commissione legislativa, risulterebbe foriera, infatti, di un significativo arretramento della tutela dei diritti, prefigurandosi di ridurre il perimetro della tutela risarcitoria, mediante una dilatazione, anomala ed ingiustificata, dell'ormai celebre "rete di contenimento". Va scongiurata, quindi, l'adozione della paventata "norma *ad hoc*", che legittimerebbe, sotto più di un profilo, seri dubbi di legittimità costituzionale. In disparte, comunque, l'improprietà della perorazione rivolta al legislatore, da parte delle Commissione legislativa.

In conclusione, non sembra esservi spazio alcuno per porre in discussione il riparto tra le giurisdizioni, grazie alla solidità con cui le Sezioni unite hanno tenuto la barra, consolidando un orientamento che ha evitato pericolose derive interpretative. Il rischio concreto, paventato in queste pagine, è quello di sterilizzare un risultato faticoso, al quale si è pervenuti attraverso un lungo e travagliato percorso: quello consacrato dal nuovo Codice, nei primi due alinea dell'art. 5, riconoscendo che gli operatori economici sono titolari di un affidamento legittimo, nel corso dell'intera procedura di scelta del contraente. Anche se, accanto a molte luci, non mancano zone d'ombra, come quella dischiusa dalla "colpevolezza" dell'affidamento, quando, ai sensi dell'art. 5, co. 3, prima parte, l'illegittimità dell'azione autoritativa risulta «agevolmente

rilevabile»: questa previsione rischia, infatti, di compromettere quel processo di “civilizzazione” della P.A., che scendendo dal “piedistallo”, è tenuta ad osservare le medesime regole di correttezza che, nel corso delle trattative, gravano sulle parti private, in base agli artt. 1337-1338 c.c.

1. Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione svolta, il 19 giugno 2023, nell’Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara, “*Il nuovo codice dei contratti: novità, sfide e opportunità*”.
2. Si tratta del Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della l. n. 78/2022 (recante delega al Governo in materia di contratti pubblici).
3. Sul quale, *ex aliis*: E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, Napoli, 2017; F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del codice, degli atti attuativi e dei decreti di semplificazione 2020-2021*, III Ed., Torino, 2021; R. Di Pace, *Manuale dei contratti pubblici*, ristampa aggiornata, Torino, 2021; S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, III Ed., Milano, 2022; A. Longo, *Fondamenti di diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2022.
4. Rimarcato, da ultimo, da D.U. Galetta, *Proporzionalità e controllo sull’azione dei pubblici poteri*, in *Enc. dir., I Tematici, Potere e costituzione*, Milano, 2023, p. 1033, rimarcando «*come la circolazione di istituti giuridici nel contesto dell’Unione europea, grazie soprattutto all’opera di disseminazione compiuta, direttamente o indirettamente, dalla Corte di giustizia di Lussemburgo, abbia prodotto un progressivo ravvicinamento fra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri che fanno parte del cosiddetto spazio giuridico europeo*».
5. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, p. 8. Criticamente, M. Antonioli, A. Maniaci, *Dal principio di legalità allo Stato giurisdizionale. Analisi critica dell’interpretazione giudiziaria*, Torino, 2020, *passim*, e P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021. La crisi della “legge” può anche essere vista sotto l’angolazione della «*esplosione legislativa*», in cui lo Stato è ritenuto «*una machina legislativa che si autoalimenta dei problemi e dei guasti che essa stessa crea*» G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 84. In argomento, tra gli altri, B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte oscure, complicate*, Bologna, 2011.
6. Così, F.G. Scoca, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, VII Ed., Torino, 2021, p. 201, affermando che i principi generali dell’ordinamento «*con sempre maggiore vigore, sono diventati, nel contempo, guida dell’azione amministrativa e parametro di valutazione per gli organi deputati al controllo*». Sotto un’angolazione non dissimile, M. D’Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, VI Ed., Torino, 2022, 66, rimarca «*la funzione limitativa del potere*» assolta dai principi che governano l’azione autoritativa.
7. Il principio della c.d. “amministrazione di risultato” rende recessiva la tesi, ormai, risalente, secondo cui la legalità integrerebbe *tout-court* il principio di buon andamento

- dell'amministrazione, nella prospettiva dischiusa dall'art. 97, co. 2 (*olim* 1), Cost., senza tenere conto, invece, dei concorrenti canoni dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa (art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, s.m.i.): si tratta di un principio che ha ispirato, in misura crescente, l'azione legislativa (solo ad es., il d.l.gs. n. 150/2009), collegandosi alla nozione aziendalistica di *performance*. Così, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, V Ed., Bologna, 2022, pp. 152-153. In argomento, tra gli altri: L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative*, Milano, 2000, pp. 38 ss.; Id., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Annuario 2002*, A.I.P.D.A., Milano, 2003, pp. 107 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, *ivi*, pp. 127 ss.; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, Torino, 2004.
8. Come rimarca G. Napolitano, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, p. 292, si tratta di un «*termine ignoto (e fondamentalmente estraneo) alla tradizione del diritto amministrativo e qui impiegato non in senso tecnico, ma nel significato suggerito dal linguaggio comune*».
 9. Sul principio dell'affidamento nel diritto pubblico, specialmente, F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970. Dello stesso Autore si vedano anche i successivi contributi: *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, pp. 215 ss.; *Il principio di buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, *cit.*; *Affidamento*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 146 ss. *Ex aliis*, F. Trimarchi Banfi, *Affidamento illegittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 836 ss.; Id., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.; A. Travi, *Affidamento (Diritto amministrativo)*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. I, Milano, 2018, pp. 33 ss.; Id., *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 216 ss., e F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.
 10. F.D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, pp. 269 ss. Dello stesso Autore: *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 531 ss. Criticamente sulla relativa nozione, F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pp. 13 ss.
 11. Cass. civ., s.u., 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata anche in *RIDPC*, 1999, con nota di G. Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, pp. 1126 ss. Da ultimo, V. Neri, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a vent'anni dalla sua pubblicazione*, in *Urb. e app.*, 2019, 610 ss. Sulla tematica, si richiama AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Atti del XLIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, tenutosi a Varenna-Villa Monastero, il 18-20 settembre 1997, Milano, 1998.

12. Su cui, specialmente, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 287 ss. e, soprattutto, pp. 458 ss. Dello stesso Autore si veda già *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4045 ss., e, da ult., in *Diritto amministrativo*, cit., p. 51, affermando che «*l'interesse legittimo "vive", quindi, nel procedimento ed in connessione con (o in funzione dell'esercizio del potere (unilaterale) de parte dell'amministrazione ... si colloca nel procedimento, ove fronteggia il potere esercitato dall'amministrazione, rappresentando e difendendo soluzioni favorevoli al suo titolare*». Sull'argomento, specialmente, A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 2002, pp. 983 ss. Nella prospettiva civilistica, per tutti, C. Castronovo, *Responsabilità civile*, IV Ed., Milano, 2018, pp. 219 ss.
13. Infatti, secondo F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., pp. 836 ss. e, soprattutto, pp. 865, in nota, l'illegittimità del provvedimento non risulta normalmente riconoscibile.
14. Sull'argomento, specialmente, F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 872 ss., secondo cui la *chance*, per assumere una rilevanza giuridica, resta subordinata al raggiungimento di un determinato livello di probabilità. In materia di sanità: T.A.R. Aosta (sezione I), sentenza 20 aprile 2021, n. 115. Richiedono un rilevante grado di probabilità del danno, da ult.: T.A.R. Lazio-Roma (sezione I), sentenza 2 maggio 2023, Cons. St., 20 febbraio 2023, n. 1722, e Cons. St., 18 ottobre 2022, n. 8860. Per la rilevanza della chance perduta di incrementare il *curriculum* professionale dell'operatore economico: T.A.R. Lazio-Roma (sezione II), sentenza 5 agosto 2020, n. 8992. Sulla responsabilità precontrattuale della P.A., tra gli altri: T.A.R. Veneto (sezione II), sentenza 15 giugno 2020, n. 508. Sulla perdita di aggiudicazione di un appalto pubblico: Cons. St., 4 luglio 2022, n. 5554, e T.A.R. Lazio-Roma (sezione II), sentenza 4 gennaio 2021, n. 4. Sul nesso causale, Cons. St., 12 maggio 2023, n. 4800. Sempre sulla perdita di chance: Cons. St., 13 settembre 2021, n. 6268; T.A.R. Lazio-Latina (sezione I), sentenza 30 aprile 2021, n. 264; Cons. St., Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Foro it.*, 2021, III, 394, e in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1246. Sul tema, si richiamano i seguenti contributi degli Studiosi del diritto civile: P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017; M. Feola, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004; M. Foglia, *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, in *NGCC*, I, 2011, p. 449, in nota a Cass. civ., 29 novembre 2010, n. 24143. Criticamente, secondo C. Castronovo, *La responsabilità civile*, cit., pp. 132 ss., la nozione di danno da perdita di *chance* sarebbe «*diventata, per diritto vivente, una vera e propria situazione giuridica soggettiva*».
15. Sulla quale si veda, da ult., *Cass. civ.*, 1° dicembre 2021, n. 37709.
16. Si confronti, ancora, G. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 326 ss.
17. A. Di Majo, *Rapporti senza potere e potere senza rapporti: ancora sul riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 781. Da ult., M. Antonioli, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della*

responsabilità civile della P.A., Milano, 2022.

18. M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, oggi edito in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, pp. 151 ss. Secondo l'Autore, l'amministrazione pubblica, nel condurre una trattativa finalizzata alla conclusione di un contratto non fa esercizio di un potere discrezionale, come tale giudicato non sindacabile dal giudice ordinario (ivi, pp. 158 ss. e, soprattutto, p. 160). Si confronti anche M. Nigro, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, pp. 457 ss., in nota a Cass. civ., s.u., 15 novembre 1960, n. 3042. In argomento, più di recente, M. Trimarchi, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, pp. 705 ss.; B. Mameli, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Napoli, 2020, pp. 3301 ss.; M.L. Chiarella, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede e tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016; M. Protto, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 1005 ss.; Id., *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, pp. 213 ss.; R. Chieppa, *Viaggio andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività ministeriale*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 683 e, specialmente, pp. 695 ss.
19. Cass. civ., s.u., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, 96 e 1675, con nota di L. Bigliuzzi Geri. Si veda anche la successiva Cass. civ., 8 maggio 1963, n. 1142.
20. Così, Cass. civ., 14 giugno 2021, n. 16743, secondo cui «*il principio di correttezza e buona fede (omissis) opera come un criterio di reciprocità e, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" dettati dall'art. 2 Cost. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge*».
21. M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 53-54 e p. 240.
22. Tale principio viene generalmente ricollegato alla sentenza *Töpfer* della Corte di giustizia, che, nell'ambito di un ricorso per annullamento (*ex art. 173*, par. 2, del Trattato CEE, ora art. 263, par. 2, TFUE) ha riconosciuto la ricevibilità del motivo proposto, facendo «*parte dell'ordinamento giuridico comunitario*», ma non la sua fondatezza. La pronunzia, considerata capostipite, ha dato avvio ad un orientamento che si è andato progressivamente consolidando. Tra le tante, Tribunale CE, sentenza 3 settembre 2009, T-326/07, *Chemnova*, ECLI:EU:T:2009:299, p.ti. 179 ss.; Tribunale CE, sentenza 4 febbraio 2009, T-145/06, *Omya*, ECLI:EU:T:2009:27, p.ti 68 e 117 ss.; Corte giust., sentenza 8 giugno 2000, C-396/98, *Schloßstraße*, ECLI:EU:C:2000:303; Corte giust., sentenza 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks & Spencer*, ECLI:EU:C:2002:435, p.ti 43 ss.; Corte giust., sentenza 10 gennaio 1992, C-117/90, *Kuehn*; Corte giust., sentenza 28 aprile

1988, 120/86, *Mulder*, ECLI:EU:C:1988:213, p.ti 23-28. Da ult., Corte giust., sentenza 1° marzo 2022, cause riunite C-306/19, C-512/19 e C-595/19, *Milis Energy e a.*, ECLI:EU:C:2022:164, p.ti 24 ss.; Corte giust., sentenza 20 gennaio 2022, C-165/20, *Air Berlin*, ECLI:EU:C:2022:42, p.ti 29 ss.; Corte giust., sentenza 15 aprile 2021, cause riunite n. C-798/18 e C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.*, ECLI:EU:C:2021:280, p.ti 40 ss.; Corte giust., sentenza 11 luglio 2019, nelle cause riunite C-180/18, C-286/18 e C-287/18, *Agrenergy e Fusignano Due*, ECLI:EU:C:2019:605, p.ti 24 ss. Secondo J. Ziller, *Diritto delle politiche europee e dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 539, è la Corte di Lussemburgo a detenere il potere esclusivo di statuire ciò che costituisce (e ciò che, invece, non costituisce) principio dell'Unione. Il principio in oggetto viene posto dalla Corte in connessione con quello della certezza del diritto. S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 84 ss., ritiene che la Corte di giustizia differenzi il principio in esame dagli altri, «attribuendogli una natura sui generis». Collegandolo al principio della certezza del diritto, di carattere statico, ritiene che il legittimo affidamento sia munito di un carattere dinamico, tenendo conto del fattore tempo, «in presenza di uno stretto legame con il principio generale dell'irretroattività della legge» (ivi, p. 86). Il successivo corso della giurisprudenza dell'Unione ha riaffermato i tratti identitari del principio in esame, ribadendo la sua applicazione congiunta con quello della certezza (Corte giust., sentenza 12 dicembre 2013, causa C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, ECLI:EU:C:2013:834, p.ti 44 e 48-49), in quanto «osta a che una modifica della normativa nazionale privi il contribuente, con effetto retroattivo, del diritto di cui fruiva anteriormente a tale modifica» (Corte giust., sentenza 12 dicembre 2013, causa C-362/12, cit., p.to 45). In senso opposto, circoscrivendo l'applicazione dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, da ult., Corte giust., sentenza 30 aprile 2020, C-184/19, *Hecta Viticol SRL*, ECLI:EU:C:2020:337, p.ti 55 ss., e Corte giust., sentenza 9 giugno 2016, C-332/14, *Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft*, ECLI:EU:C:2016:417, p.ti 58 ss. Si veda anche Corte giust., sentenza 11 aprile 2018, C-532/16, *SEB bankas*, ECLI:EU:C:2018:228, che, nel precisare che «il legittimo affidamento non può basarsi su una prassi illegittima dell'amministrazione» (p.to 50), afferma che il principio della certezza del diritto non osta a che le autorità tributarie nazionali revochino al soggetto passivo un diritto alla detrazione dell'IVA, purché tale potere di rettifica abbia luogo entro un termine di decadenza, determinato dallo Stato membro nel rispetto del diritto dell'Unione (p.ti 51-53). Da ult., la l. n. 111/2023 (Delega la governo per la riforma fiscale), all'art. 4, co. 1, lett. b), si prefigge di «rafforzare il principio del legittimo affidamento del contribuente e il principio della certezza del diritto».

23. In argomento, criticamente, N. Longobardi, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in N. Longobardi (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, pp. 1 ss.
24. In argomento, specialmente, F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento*

- del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 867 ss., Id., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., pp. 836 ss.
25. Sul tema, ampiamente, C. Cicero, *Regole di validità e di responsabilità*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Torino, 2014, pp. 539 ss. Tale distinzione è condivisa anche da Cons. St., Ad. plen., sentenza 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, III, 453.
 26. Si confronti, in proposito, la celebre tesi, a suo tempo, propugnata da F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario. Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3230 ss.
 27. C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., p. 221.
 28. Così, C. Castronovo, *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 637 ss.
 29. Si confronti, al riguardo, Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, in *Giur. it.*, 2004, 2255, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. it.*, 2006, 1729; *C. cost.*, 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, 435; e Corte Cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Foro it.*, 2010, I, 2975, e in *Giur. cost.*, 2011, I, 42. Secondo la medesima Corte, la giurisdizione esclusiva non è ammessa nelle controversie in cui è «*assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità*» (Corte Cost. n. 204/2004, cit.), anche qualora si versi in una materia rientrante nella giurisdizione esclusiva. Ad avviso di V. Consolo, in V. Carbone, C. Consolo, A. di Majo, *Il "waltzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1130, con la sentenza n. 204/2004 la Corte costituzionale avrebbe realizzato il più intenso intervento manipolativo nella sua storia, sul quale l'Autore non ha nascosto le proprie «*perplexità*».
 30. Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, in *Foro it.*, 2022, 2, III, 68, e Cons. St., Ad. plen., n. 5/2018, cit. La prima delle due pronunzie, senza affrontare la questione del riparto tra le giurisdizioni, ha preso le mosse dalla constatazione che «*l'affidamento è un principio generale dell'azione amministrativa*». Con ciò ha riconosciuto l'affidamento del privato fondato sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità dell'operato della P.A. «*ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica*».
 31. Si confronti, ad es., T.A.R. Lazio-Roma (sezione II), sentenza 23 settembre 2022, n. 12110, identificando i presupposti della responsabilità precontrattuale della P.A.; T.A.R. Trentino-Alto Adige-Trento (sezione I), sentenza 23 maggio 2022, n. 99, in tema di *project financing*, T.A.R. Campania-Salerno (sezione I), sentenza 10 febbraio 2022, n. 429, e T.A.R. Lazio-Roma (sezione II), sentenza 15 novembre 2021, n. 11751.
 32. Così, T.A.R. Basilicata-Potenza (sezione I), sentenza 7 luglio 2022, n. 526, che, in seguito alla declinatoria della lite da parte del giudice ordinario, dopo essere stato adito in riassunzione, ha sollevato un conflitto di giurisdizione (artt. 10 e 11 c.p.a. e 41 c.p.c.), ritenendo che la cognizione della responsabilità precontrattuale della P.A. spettasse alla giurisdizione ordinaria. Questa pronunzia si è spinta a qualificare la responsabilità in questione come responsabilità da «*contatto sociale qualificato*», alla stregua dei più recenti approdi della Corte regolatrice del diritto.

33. In termini, T.A.R. Toscana (sezione I), sentenza 18 novembre 2022, n. 1348. La domanda di risarcimento dei danni, proposta dall'amministrazione aggiudicatrice, fondata sulla violazione dei doveri di correttezza, è stata ritenuta inammissibile per difetto di giurisdizione. Secondo il giudice adito, non ostante l'esclusività della giurisdizione (art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), la pretesa risarcitoria «*non si correla ad uno scorretto esercizio del potere, ma ad un comportamento privatistico sleale e contraddittorio, nella fase che precede la stipulazione*», per cui «*nella vicenda e nella perimetrazione degli elementi costitutivi della responsabilità il potere non riveste alcun rilievo*». Sotto l'impero del precedente Codice, la scelta adottata dall'amministrazione aggiudicatrice, in base alla giurisprudenza amministrativa, doveva risultare supportata da una motivazione giudicata idonea e adeguata. Tale orientamento, meritevole di essere condiviso, non trova alcuna smentita nel quadro normativo sopravvenuto.
34. Si vedano, *ex aliis*, T.A.R. Lazio-Latina (sezione I), sentenza 28 giugno 2021, n. 403, T.A.R. Abruzzo-Pescara, (sezione I), sentenza 7 febbraio 2020, n. 50, e T.A.R. Lazio-Roma (sezione II), sentenza 12 settembre 2019, n. 10901. In senso analogo, specialmente, Cons. St., 17 febbraio 2021, n. 1455, secondo cui «*la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e di tutti gli atti di gara precedenti l'aggiudicazione definitiva, compreso il bando di gara, rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione, il cui esercizio prescinde dall'applicazione dell'art. 21, quinquies, l. n. 241 del 1990, pur richiedendosi la sussistenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna la prosecuzione delle operazioni di gara*». Si confronti anche T.A.R. Veneto (sezione II), sentenza 16 giugno 2020, n. 508, affermando che «*nelle gare di appalto, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento*». In riferimento, invece, al Codice antecedente, adottato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, T.A.R. Lombardia-Milano (sezione IV), sentenza 6 luglio 2021, n. 1655, che ha riconosciuto la legittimità della revoca dell'aggiudicazione, in mancanza della formale stipulazione del contratto, non ostante la sua l'anticipata esecuzione. Si veda anche TAR Lombardia-Brescia (sezione II), sentenza 3 luglio 2018, n. 648, in *Foro amm.*, 2018, 1276, con riguardo al potere di revoca, esercitato in applicazione degli artt. 11, co. 11, 12 e 48 del citato d.lgs. n. 163/2006, puntualizzando che «*i doveri di correttezza e buona fede sussistono anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, con la conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto, nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento*».
35. Cons. St., 23 agosto 2016, n. 3671.
36. Da ultimo, T.A.R. Campania-Napoli (sezione VI), sentenza 21 gennaio 2023, n. 276, in *Riv. giur. ed.*, 2023, 2, I, 37, T.A.R. Aosta (sezione I), sentenza 29 settembre 2022, n. 45, e T.A.R. Lazio-Roma (sezione II), sentenza 23 settembre 2022, n. 12110. In senso analogo, in tema di project financing, Cons. St., 27 ottobre 2023, n. 9298, secondo cui è necessario

- «un ragionevole affidamento», disconosciuto nel caso deciso.
37. Si tratta di Cass. civ., s.u., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, anche in *Corr. giur.*, 2011, 943. Nel medesimo solco si collocano numerose pronunce, tra cui, Cass. civ., s.u., 4 settembre 2015, n. 17586, sulla quale, criticamente, C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 569-570.
38. Così, Cons. St., 12 settembre 2023, n. 8273. Diversamente, invece, da ultimo, Cass. civ., s.u., 28 agosto 2023, n. 25324, riaffermando, anche in riferimento all'art. 5 contenuto nel nuovo Codice de contratti pubblici (ivi, 7.10), la giurisdizione ordinaria sulla domanda proposta dal privato, nei confronti della P.A., per conseguire il risarcimento dei danni causati dalla lesione dell'affidamento incolpevole riposto sull'adozione di un provvedimento ampliativo della propria sfera soggettiva, in quanto il pregiudizio deriva dalla violazione dei principi di correttezza e buona fede, che si traducono in regole di responsabilità, anziché di validità dell'atto (nello stesso senso, *ex aliis*, Cass. civ., s.u., 24 gennaio 2023, n. 2175, in *Foro amm.*, 2023, 3, II, 341). Non di meno, va considerato che Cons. St., n. 8723/2023, cit., nel ritenere la propria giurisdizione, ha convenuto con le Sezioni unite nell'imputabilità della responsabilità civile, di carattere precontrattuale, dell'ente pubblico «per comportamento scorretto nella fase delle trattative. Ciò in quanto il tratto procedimentale che ha seguito la aggiudicazione provvisoria è stato caratterizzato da superficialità e disattenzione nel non rendere tempestivamente e puntualmente edotta la parte appellante circa la difficoltà di natura finanziaria medio tempore sorte in ordine alla possibilità di eseguire concretamente l'appalto. Di qui il venir meno agli obblighi di lealtà e correttezza». Saggiunge il medesimo *dictum* che «la revoca è stata in sé legittima ma il comportamento complessivamente tenuto dal Comune di Roma non è risultato improntato alla massima lealtà e correttezza, avendo taciuto per tre anni la sussistenza di cause seriamente ostative alla definizione della procedura avviata nel 2010» (ivi, p.ti 8.3.5. e 8.3.6.).
39. Muovendo dal rilievo, sopra considerato, che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, la decisione ha riscontrato la violazione degli obblighi informativi gravanti sulle parti, nel corso delle trattative. Infatti, il Comune di Roma era, da tempo, a conoscenza delle difficoltà legate al patto di stabilità e gli altri fattori esogeni che avrebbero determinato l'invalidità della procedura contrattuale. Sicché, con un comportamento superficiale, disattento e scorretto l'amministrazione ha omesso di informare tempestivamente gli operatori economici dell'impossibilità di stipulare il contratto e di eseguire l'appalto. L'amministrazione è stata condannata a risarcire l'aggiudicatario provvisorio, nei limiti dell'interesse negativo, delle spese amministrative e progettuali sostenute per la partecipazione alla gara (Cons. St., n. 8273/2023, cit.). In senso analogo, Cons. St., n. 9298/2023, cit.
40. Si veda, in proposito, Cons. St., 11 gennaio 2018, n. 111.
41. Cass. civ., s.u., 18 ottobre 2022, n. 30712, in *Foro amm.*, 2023, 1, II, 10.
42. Così, Cass. civ., s.u., 4 gennaio 2023, n. 111.

43. In questo senso, Cass. civ., s.u., 6 febbraio 2023, n. 3496.
44. Cons. St., n. 21/2021, e Cons. St., n. 5/2018, sopra citate. Anche se l'affermazione di tale principio rischia di rimanere sulla carta, se, poi, nella concreta applicazione, ad esso vengono posti condizioni e limiti, destituiti di un ancoraggio normativo, come avviene, spesso, nella giurisprudenza amministrativa: si veda, in proposito, il caso sopra richiamato, in cui l'affidamento, pur meritevole di protezione prima e indipendentemente dall'aggiudicazione, venga, comunque, escluso, affermandosi che il concorrente non avrebbe maturato un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.
45. Si tratta dei casi dell'espropriazione per pubblica utilità, delle ordinanze e dei «*provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza*» e, infine, della «*complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti*».
46. *Ex aliis*, D. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, pp. 46 ss., pp. 312 ss. e, specialmente, p. 313; A. Police, *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 116 ss.; F. Carrai, *La tutela risarcitoria a fronte dell'illegittimo esercizio del potere*, in V. Cerulli Irelli, L. De Lucia (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, pp. 49 ss. e, specialmente, pp. 86 ss.; E. Follieri, *Il Modello per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 18 ss.; F.P. Luiso, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 43 ss.
47. Non diversamente, sul punto, Cons. St., n. 8273/2023, cit.
48. Cass. civ., s.u., nn. 13659, 13660 e 13911, cit.

L'Unione europea contro la propaganda di regime

Anna Giurickovic Dato

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-3

Il saggio, relativo alla tutela della libertà di espressione nell'ordinamento UE, si propone di individuare i limiti e le possibili restrizioni a tale diritto fondamentale, a partire da un fatto di attualità: la reazione dell'Unione europea alla propaganda di regime promossa da diverse emittenti russe per giustificare l'attacco all'Ucraina. In particolare, lo scritto si dirama in tre direzioni volte a rispondere ad altrettante questioni: in primo luogo, valutare se le limitazioni alla libertà di informazione, contenute nelle sanzioni dell'UE, rappresentino una novità nel diritto europeo e comportino un'assunzione di maggiori competenze da parte dell'Europa in materia di diritti umani; in secondo luogo, evidenziare quali siano le tendenze recenti della giurisprudenza europea in materia di tutela della libertà di espressione (anche alla luce dei due fenomeni dell'hate speech e delle fake news), verificando se queste siano confermate dal recente intervento sanzionatorio del Consiglio europeo; infine, verificare se il Tribunale europeo, chiamato a valutare la legittimità di tali sanzioni, abbia seguito il processo argomentativo di regola applicato per verificare che la compressione della libertà di espressione sia giustificata.

The European Union against regime propaganda

This essay concerns the protection of freedom of expression in the EU legal system. The paper aims to identify the limits of, and possible restrictions to, this fundamental right. The paper focuses on the reaction of the European Union to the regime propaganda promoted by several Russian broadcasters to justify the attack on Ukraine. The paper has three aims. First, the paper evaluates whether the limitations on freedom of information, contained in the EU sanctions, represents a novelty in European law regarding human rights. Second, the paper highlights the recent trends in European jurisprudence regarding the protection of freedom of expression ("hate speech" and "fake news"), and considers their interaction with the recent sanctions of the European Council. Finally, the paper addresses whether the EU General Court,

called upon to assess the legitimacy of these sanctions, followed the established process to conclude that the compression of freedom of expression is justified.

Sommario: 1. L'Unione europea contro la propaganda di regime: hate speech e fake news.- 2. L'evoluzione giurisprudenziale della CGUE e della Corte EDU in materia di libertà di espressione.- 3. Hate speech: l'approccio della Corte EDU.- 4. La libertà di parola e la disinformazione di regime.

1. L'Unione europea contro la propaganda di regime: *hate speech* e *fake news*

Il 24 febbraio 2022, con l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, la guerra è tornata, dopo molto tempo, a minacciare il suolo europeo^[1]. L'Unione europea ha reagito tempestivamente, adottando una grande quantità e varietà di misure per contrastare le azioni della Federazione russa e supportare militarmente l'Ucraina. Le misure restrittive adottate sono destinate a soggetti diversi (pubblici e privati, persone fisiche e persone giuridiche) e hanno a oggetto sanzioni di diverso contenuto: alcune di esse, infatti, hanno carattere finanziario; altre intervengono sull'attività di diffusione di notizie e comportano la messa *off-line* di siti web, canali TV, ecc. Queste ultime sanzioni comportano, pertanto, una vera e propria "censura" nei confronti di determinati canali di comunicazione russi, accusati di diffondere *fake news* e discorsi d'odio per rafforzare il consenso dell'opinione pubblica verso la c.d. "operazione militare speciale" contro l'Ucraina^[2].

La "macchina propagandistica" azionata dalla Russia, sin dal primo giorno di guerra, è stata particolarmente efficace dalla ventennale esperienza di censura posta in essere dalla Federazione russa: azione, costante e progressiva, culminata, nel marzo 2023, con l'adozione della cd. "Legge contro le *fake news* sulle forze armate russe", in base alla quale chi diffonde notizie "non veritiere" riguardo l'esercito, rischia sino a quindici anni di carcere. Per avere un esempio concreto dell'effetto censorio di questa legge, è sufficiente ricordare che è proprio in base a questa legge è stata comminata la condanna a otto anni e mezzo di carcere nei

confronti di Ilya Yashin, politico dell'opposizione che, durante una diretta sul proprio canale YouTube, aveva parlato delle responsabilità russe per il massacro di Buča, località ucraina dove, nel marzo 2022, persero la vita 458 civili. Successivamente, la Russia ha bloccato più di 300 media e 150 giornalisti operanti sul territorio russo, considerati "agenti stranieri", operanti nell'interesse di Paesi esteri. Di fatto, pertanto, l'unica fonte di informazione sul territorio russo è rimasta quella propagandistica, in totale violazione dei principi del pluralismo e della libertà di parola.

In questo scritto, tuttavia, si tratta della restrizione della libertà di espressione dei media russi sul territorio europeo, non della repressione di tale libertà in Russia. Questa breve premessa serve a dare la misura degli interessi che l'UE ha dovuto bilanciare per determinare se e quanto fosse possibile e proporzionato^[3] limitare la "libertà di propaganda". Tra l'altro, infatti, il 2 marzo 2022 il Consiglio ha previsto, con urgenza, la sospensione delle attività di radiodiffusione di Sputnik e di RT/Russia Today in Europa, fino al termine dell'aggressione nei confronti dell'Ucraina e al momento in cui la Federazione russa, e i suoi organi di informazione, non cesseranno di condurre azioni di disinformazione e manipolazione delle informazioni nei confronti degli Stati membri. Tra le motivazioni del Consiglio, c'è quella in base alla quale la «*manipolazione delle informazioni, la distorsione dei fatti e la disinformazione*» siano strumenti operativi che minacciano la sicurezza dell'UE, utilizzati strategicamente dalla Russia per destabilizzare i Paesi limitrofi e giustificare l'aggressione militare^[4].

Successivamente, con il sesto pacchetto di sanzioni del 3 giugno 2022, l'UE ha sospeso la trasmissione al proprio interno di altri tre canali di informazione di proprietà dello Stato russo: Rossiya RTR/RTR Planeta, Rossiya 24/Russia 24, TV Centre International^[5].

Con il nono pacchetto^[6] del 16 dicembre 2022 e il decimo pacchetto^[7] del 25 febbraio 2023, l'UE ha proceduto, poi, alla sospensione delle licenze di trasmissione di altri quattro media russi. A queste, si aggiunge un grande numero di sanzioni personali, rivolte a persone (tra cui anche giornalisti) ed entità, che hanno concorso alla propaganda del governo russo^[8].

I divieti imposti dall'UE si applicano indipendentemente dal canale di distribuzione: non solo, quindi, alle TV, alle radio o ai propri video, ma anche ai motori di ricerca e ai social network. Pertanto, sui fornitori di servizi internet

ricadono alcuni obblighi, come quello, relativo ai motori di ricerca, di deindicizzare alcuni media russi o quello, relativo ai *social network*, di impedire la condivisione di loro contenuti.

Di tali previsioni, è stata data pronta attuazione: per esempio, Google ha reso inaccessibili alcuni canali video di YouTube russi in Europa, così come Facebook, Twitter e TikTok hanno introdotto limitazioni per l'accesso ai relativi canali. Successivamente, l'UE è nuovamente intervenuta chiedendo alle aziende digitali – YouTube, Google, Meta, Twitter – di potenziare l'attività di moderazione delle *fake news*.

In generale, negli ultimi anni, Unione europea e Stati membri hanno collaborato per intensificare gli interventi diretti a contrastare l'azione di chi diffonde disinformazione per “destabilizzare” l'opinione pubblica, sfruttando situazioni di emergenza.

Già nel 2018, tuttavia, le maggiori *tech companies* avevano adottato un atto di auto-regolamentazione (il Codice di condotta sulla disinformazione)^[9] destinato ad arginare il fenomeno delle *fake news* attraverso la collaborazione delle piattaforme *online*, le associazioni di categoria e i principali operatori del settore pubblicitario.

Tuttavia, la pandemia da Covid-19 – che ha portato a riflettere in tema di informazioni sanitarie fuorvianti – ha subito mostrato le carenze di tale Codice, il quale non è riuscito a contenere la vasta campagna di disinformazione sul virus. Né, la politica europea contro la disinformazione durante la crisi pandemica ha rappresentato una soluzione efficace: si è trattato, infatti, di una “politica *soft*”, incentrata, in parte, su un controllo della pubblicazione di notizie su internet, ma soprattutto sulla diffusione di informazioni ufficiali, fornite in tempo reale su un sito web specificamente dedicato dalla Commissione e la promozione di una serie di organi cui fare affidamento (quali l'OMS, le autorità sanitarie nazionali, il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, ecc.).

In seguito, però, la dilagante e insidiosa campagna di disinformazione e propaganda per orientare la narrazione della guerra russo-ucraina da parte del governo russo, ha mostrato l'urgenza di intervenire in materia con misure più pregnanti. Così, la Commissione europea, nel 2022, ha cambiato strategia sostituendo il precedente codice – basato sull'autoregolamentazione – con uno nuovo, rafforzato, che si fonda su un meccanismo differente, quello della co-

regolamentazione: anziché contare sulla sola tecnica della delega in bianco alle piattaforme e sull'impegno volontario da parte del potere digitale privato, prevedendo obblighi vaghi e impegni difficilmente misurabili e verificabili, la Commissione ha, invece, imposto un impegno concreto di tutte le principali parti in causa, sia attraverso un'ampia serie di indicatori, specifici e circostanziati, volti a consentire l'effettiva misurabilità degli impegni presi, sia attraverso la creazione di un centro indipendente di valutazione e di monitoraggio della trasparenza e della serietà delle azioni poste in essere^[10].

Il Codice di condotta è stato, in generale, rafforzato^[11]: ne sono aumentati i firmatari e il numero di misure specifiche volte a “demonetizzare” la disinformazione; sono state migliorate le norme relative alla possibilità di segnalare comportamenti scorretti da parte degli utenti privati; è stato consolidato il sistema di monitoraggio; sono stati istituiti nuovi organi, come un centro per la trasparenza e una *task force* permanente per l'evoluzione e l'adeguamento del codice, ecc. Esso resta, però, pur sempre, un atto di “*soft law*”. Alla politica “debole”, però, dal 5 luglio 2022 l'UE ha affiancato un atto di “*hard law*”: il *Digital Services Act*^[12], infatti, è il pacchetto con cui l'Europa, per la prima volta, adotta una legge sui servizi digitali e una sui mercati digitali, la quale ha valore cogente. Inoltre, il *Digital Services Act* obbliga le *big tech* a vigilare sui contenuti *online* e a rimuovere le *fake news*.

Un approccio inedito è, però, quello attuato dall'UE con l'adozione di sanzioni *ad personam*, volte, cioè, a bloccare la possibilità di diffondere notizie o opinioni da parte di determinati soggetti dei quali si sia accertata l'attitudine a divulgare informazioni false e pericolose. Non sono mancate, però, le critiche (per esempio, quelle dell'emittente francese del canale russo, RT *France*^[13]) contro l'UE, per aver violato la libertà di espressione e messo in pericolo la libertà di stampa, con un'azione di censura immediata, sproporzionata e contrastante con i principi sul giusto processo. Della questione ha trattato anche la Grande Camera del Tribunale UE (sentenza T-125/2022 del 27 luglio 2022)^[14]. La sentenza ha confermato la sospensione delle emissioni del canale russo e giustificato la rapida introduzione del divieto da parte dell'UE con «*l'estrema urgenza dovuta alla guerra*».

Nemmeno in Italia sono mancate polemiche. Si pensi, per esempio, a quelle che hanno fatto seguito all'invito del ministro degli esteri russo, Sergei Lavrov, al

programma *Zona Bianca* su Rete 4, nel maggio del 2022: si è contestato, infatti, che l'intervento del ministro sia avvenuto senza contraddittorio, circostanza evidenziata con scalpore da tutti coloro che lo hanno ritenuto un metodo per eludere le sanzioni europee volte a limitare la propaganda russa.

Non era questa, peraltro, la prima volta in cui nella televisione italiana venivano ospitati sostenitori della causa russa: lo stesso programma *Zona Bianca*, in precedenza, aveva ospitato Maria Zakharova, portavoce del ministero degli esteri russi; e ancora, Aleksandr Dugin, filosofo di estrema destra, considerato uno degli ideologi della Russia di Putin, è stato invitato a *Diritto e rovescio* e a *Fuori dal coro*, su rete 4; inoltre, Nadana Fridrikhson, giornalista dell'emittente russa *Zvezda*, controllata dal ministero della Difesa di Mosca, era stata invitata a *Cartabianca* su Rai3 e a *Otto e mezzo* su La7. La risposta dell'UE è arrivata prontamente, con un avvertimento del portavoce della Commissione per il Digitale, Johannes Bahrke. Questi ha chiarito che «*le emittenti in Italia e negli altri Stati membri non devono permettere l'incitamento alla violenza, l'odio e la propaganda russa nei loro programmi, come previsto dal diritto UE*»^[15]. Le sanzioni contro la propaganda russa, infatti, contengono una “clausola di non-elusione” che si applica anche ai giornalisti.

La dura presa di posizione dell'UE contro la propaganda di regime operata dalla Federazione russa mostra come si possa assottigliare il confine tra *fake news* e *hate speech*^[16]: infatti, si è trattato non solo di limitare una propaganda falsa e foriera di disinformazione, ma anche e soprattutto di bloccare la diffusione di discorsi che incitavano all'odio e, al tempo stesso, giustificavano l'attacco contro l'Ucraina e gli ucraini.

La questione, pertanto, oltre a interessare la disciplina sulle *fake news*, necessariamente chiama in causa il quadro giuridico europeo entro cui è possibile ricondurre i cosiddetti “discorsi di odio”, espressioni non considerate meritevoli di protezione, poiché diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio^[17]. Anche in questo caso, tuttavia, il diritto europeo offre una soluzione carente: in mancanza di una definizione univoca ed esaustiva di *hate speech*, essa deriva da una serie di diverse definizioni specifiche volte a qualificare determinati comportamenti a seconda dell'ambito. Al di là dei numerosi atti internazionali che tentano di definire tale concetto, le disposizioni europee più rilevanti in materia sono contenute nella decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio^[18].

Questa, però, offre una visione del discorso d'odio molto limitata, dato che il suo obiettivo è quello di produrre un'armonizzazione delle legislazioni nazionali per alcuni reati a sfondo razzista, ma non contiene riferimenti a discorsi di odio di altro tipo, come per esempio quelli relativi al genere o all'orientamento sessuale^[19]. Ai sensi dell'art. 1 di tale decisione è previsto che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie a punire una serie di condotte, tra cui: l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica; la commissione di uno di tali atti mediante la diffusione pubblica di materiale di diverso tipo; l'apologia pubblica, la negazione o la minimizzazione grossolana di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra.

Vi sono, poi, altre misure giuridiche europee che regolano i discorsi di odio e che, seppure riguardati specifici settori, contengono una definizione più generale: per esempio, la direttiva 2018/1808, in materia di servizi di media audiovisivi^[20] impone agli Stati membri di vietare incitamenti all'odio basati su razza, sesso, religione o nazionalità (art. 6); o ancora, la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico^[21] sancisce la possibilità degli Stati di derogare al principio di libera prestazione di servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro, qualora sia necessario per ragioni di ordine pubblico, tutela della salute pubblica, sicurezza pubblica, tutela dei consumatori.

Il quadro normativo in materia appare, tuttavia, ancora lacunoso, generico e incapace di offrire risposte concrete ai problemi complessi che pone la società tecnologica, soprattutto di fronte a crisi di portata mondiale come quelle innescate dalla pandemia da Covid-19 e dal conflitto russo-ucraino.

Emerge, in ogni caso, con evidenza, la complessità del bilanciamento tra libertà di espressione e altri diritti fondamentali o interessi che ne possano giustificare limitazioni. L'individuazione di un equilibrio tra interessi contrastanti è divenuta ancora più complessa con l'evoluzione tecnologica: in una realtà digitalizzata, infatti, la libertà di espressione assume dimensioni più ampie e difficilmente controllabili e, nello scorrere fluviale delle parole, diviene sempre più difficile arginare i discorsi falsi e quelli che incitano all'odio^[22].

Davanti a un quadro normativo carente e a una società in continuo sviluppo e cambiamento, l'interpretazione giurisprudenziale assume un ruolo centrale. In

particolare, la Corte di Giustizia (CGUE) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) hanno tentato di individuare un punto di equilibrio, un "limite al limite", nella tutela della libertà di espressione. D'altra parte, come si vedrà, la giurisprudenza di entrambe le corti è stata interessata da un importante processo evolutivo che, in seguito al progresso tecnologico e alle importanti conseguenze della digitalizzazione delle comunicazioni, ha portato negli ultimi anni a un'inversione di tendenza, proprio in considerazione dei rischi legati alla proliferazione incontrollata di *fake news* e *hate speeches* ^[23].

2. L'evoluzione giurisprudenziale della CGUE e della Corte EDU in materia di libertà di espressione

Se, come si è visto, la libertà di parola può essere oggetto di diverse deroghe e limitazioni in caso di conflitto con altri diritti fondamentali, i limiti previsti dagli Stati in osservanza del diritto europeo non possono essere arbitrari, ma devono fondarsi su criteri specifici, individuati dalle norme e dalla giurisprudenza europee. Alla luce del già citato art. 52 della Carta dei diritti, pertanto, qualsiasi limitazione a tale libertà potrà essere considerata legittima soltanto qualora: risponda a una finalità di interesse generale riconosciuto dall'UE o alla necessità di tutelare i diritti e le libertà altrui; sia effettivamente necessaria per conseguire l'obiettivo perseguito; sia proporzionata a tale obiettivo.

La sussistenza della "necessità" e della "proporzionalità" sono valutate, dalla Corte di Giustizia europea, caso per caso: la prima sulla base della pertinenza dei motivi addotti dalle autorità nazionali per giustificare le misure restrittive ^[24]; la seconda rispetto alla corrispondenza tra mezzi e fini ^[25]. La casistica relativa a misure di Stati membri aventi l'effetto di limitare libertà o diritti fondamentali, mostra come l'atteggiamento della Corte UE, sin dagli inizi, sia stato quello di sottoporre tali limitazioni, anche qualora sussistesse una legittima esigenza di limitare libertà e diritti, a un *test* di proporzionalità più rigoroso rispetto a quello applicato in altre materie ^[26].

Tuttavia, la *ratio* che sottende alle decisioni del giudice europeo in materia di libertà di espressione è stata, in passato, quella di favorire un'interpretazione espansiva del diritto alla libertà di parola, attraverso l'individuazione di un sistema di garanzie che renda le limitazioni difficili e circoscritte a casi eccezionali ^[27].

Tuttavia, poiché, come si è già osservato, la costruzione dell'UE è strettamente legata a ragioni economiche, la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tutela della libertà di espressione si è soprattutto preoccupata di confermare i principi, di volta in volta, affermati dalla Corte EDU, che, al contrario, è da sempre finalizzata alla tutela dei diritti fondamentali e ha svolto un'importante e ingente attività interpretativa dell'art. 10 CEDU.

Le decisioni più incisive della Corte di Giustizia sono relativamente recenti e, risentendo necessariamente dell'evoluzione digitale, riguardano, soprattutto, casi in cui si impone un bilanciamento tra la libertà di parola e alcuni diritti dal carattere più economico, come il diritto d'autore e la protezione dei dati^[28].

Rispetto all'impostazione tradizionale delle due corti, quella cioè di riconoscere un paradigma della libertà di parola "rafforzato" attraverso un'interpretazione estensiva del relativo diritto, le pronunce più recenti e, in particolar modo, riguardanti la diffusione delle tecnologie digitali, sembrano segnare un'inversione di tendenza. Esse, infatti, descrivono un paradigma della libertà di espressione in rete "cedevole" di fronte alla tutela di altri interessi contrastanti: in un mondo sempre più digitalizzato la "parola libera" si rivela più pericolosa di quanto non lo sia al di fuori della rete^[29]. Si pensi, per esempio, al caso *Lindqvist*^[30] del 2003: la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della direttiva in materia di trattamento di dati personali con la tutela della libertà di espressione, ha ritenuto non sussistere alcuna incompatibilità nelle restrizioni previste a tale libertà. Nel caso di specie, una cittadina svedese era stata condannata dal giudice penale per trattamento illecito dei dati, in quanto aveva pubblicato su un sito internet le generalità e i dati personali di alcuni soggetti senza il loro consenso. O, ancora, nel caso *Google Spain*^[31], dove la CGUE, ritenendo fondato il diritto alla "deindicizzazione", ha stabilito che spetta ai gestori dei motori di ricerca valutare se sussistano i presupposti per il suo esercizio e se esso sia compatibile con la libertà di informazione: in particolare, un cittadino spagnolo aveva chiesto all'Autorità per la protezione dei dati spagnola di ordinare a Google la cancellazione di alcuni *link* che rimandavano a dettagli di un procedimento giudiziario subito anni prima dal ricorrente.

In generale, nel bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia tra tutela della libertà di parola e tutela della *privacy*, l'orientamento sembra essere quello della prevalenza della seconda sulla prima. L'approccio della Corte mostra, così, una

tendenziale cedevolezza della libertà di espressione rispetto alla tutela dei dati personali. Persino laddove la Corte di Giustizia conclude affermando la prevalenza, nel caso concreto, della libertà di parola, essa non arriva a vietarne alcune limitazioni, ma si limita a chiedere una rimodulazione della misura conforme al principio di proporzionalità: così, per esempio, è avvenuto nel caso *Sabam c. Netlog*^[32], laddove la CGUE ha censurato il provvedimento con cui l'autorità per la protezione dei dati belga aveva imposto ai fornitori di servizi internet l'adozione di un sistema di filtraggio volto a individuare e bloccare eventuali contenuti illecitamente diffusi; il giudice europeo, però, lungi dal dichiarare tali sistemi di filtraggio contrari al diritto europeo, aveva semplicemente ritenuto che si sarebbe dovuto mettere in atto meccanismi proporzionati che non rischiassero di configurare una vera e propria attività di sorveglianza in capo agli operatori.

D'altra parte, anche con riferimento all'applicazione, in generale, del principio di proporzionalità, è noto che, nonostante la Corte di Giustizia lo invochi come strumento essenziale per il controllo giurisdizionale^[33], solo raramente arriva ad annullare l'atto impugnato in ragione del positivo accertamento di un vizio di proporzionalità^[34]. La rara casistica in cui tale accertamento avviene, riguarda, soprattutto, provvedimenti di irrogazione di sanzioni di diversa natura.

Come si è anticipato, tuttavia, l'esame dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, deve tenere anche conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU. Infatti, ai sensi dell'art. 52 della Carta dei diritti umani, la Corte di Giustizia, è tenuta a esercitare la sua competenza esclusiva a interpretare i trattati e le norme di diritto derivato europeo, quando riguardino diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, conformemente all'interpretazione operata dalla Convenzione europea dei diritti umani e, di riflesso, dalla Corte EDU. D'altra parte, come già si è anticipato, il diritto alla libertà di espressione sancito dalla Carta dei diritti ha lo stesso significato e la stessa portata di quello garantito dalla CEDU^[35].

L'attività interpretativa della Corte EDU in materia di tutela della libertà di espressione, si è detto, è stata molto più prolifica e incisiva negli anni rispetto a quella della Corte di Giustizia. In particolare, nella giurisprudenza della Corte EDU si è registrata, negli anni, una progressiva estensione della libertà di parola^[36]. In merito, si ricorda per esempio la sentenza *Handyside*^[37] del 1976, con cui la

stessa Corte EDU fissò in modo molto ampio i confini della protezione garantita a tale libertà fondamentale. Essa ritenne, infatti, che l'art. 10 dovesse applicarsi non soltanto alle informazioni o alle idee ritenute "favorevoli" e inoffensive dai consociati, ma anche alle espressioni considerate offensive o disturbanti, in conformità ai principi del pluralismo e della tolleranza. Tale pronuncia, che estende la tutela alla libertà di espressione a prescindere dal livello di gradimento sociale, introduce la riflessione sul cd. *hate speech*, di cui si tratterà di seguito. Lo stesso orientamento, peraltro, è stato ulteriormente confermato con la sentenza *Jersild*^[38] nella quale la Corte ha statuito che la Danimarca avesse violato l'art. 10 CEDU, imponendo una condanna nei confronti di un giornalista che aveva intervistato soggetti appartenenti a organizzazioni politiche estremiste, i quali avevano rilasciato dichiarazioni offensive e razziste.

In ogni caso, la giurisprudenza della Corte EDU, oltre a conferire un'ampia protezione alla libertà di parola, ha chiarito il contenuto della tutela di cui all'art. 10, definendo un *test* in tre fasi per verificare la legittimità di una limitazione a tale libertà. Perché ciò avvenga, infatti, questa deve, innanzitutto, essere prescritta per legge; perseguire uno degli scopi legittimi, indicati nell'art. 10; essere necessaria e, pertanto, rispondere a un urgente bisogno sociale^[39].

Qualora l'interferenza con la libertà di espressione superi positivamente il primo test, per essere considerata legittima deve sottostare a un ulteriore esame volto a valutare l'adeguatezza della misura adottata rispetto al raggiungimento del fine dichiarato^[40] e al grado di invadenza da parte dello Stato^[41]. Nell'applicare tali criteri, tuttavia, la Corte affida agli Stati un ampio "margine di discrezionalità", tale da poter giustificare una differenza di tutela tra i vari Stati firmatari della Convenzione^[42].

Tuttavia, la giurisprudenza più recente della Corte europea, con riferimento ai ricorsi relativi a presunte violazioni della libertà di espressione *online*, segue la stessa tendenza della Corte di Giustizia, sopra illustrata: come quest'ultima, infatti, anche la Corte EDU plasma il proprio indirizzo rispetto al diverso contesto sociale e, in questo modo, inverte la tendenza che sinora aveva contraddistinto la sua giurisprudenza, riduce la portata espansiva delle sue precedenti applicazioni dell'art. 10 e si mostra più incline a riconoscere possibili limitazioni della libertà di espressione *online*.

Anche nella più recente giurisprudenza della Corte EDU, pertanto, emerge una

“cedevolezza” della tutela della libertà di parola. Si pensi, per esempio, al caso *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*^[43] del 2011, con cui è stata illustrata la differenza tra i media stampati e quelli *online* e si statuisce che, rispetto ai primi, i secondi, presentando maggiori rischi di danni e violazioni, necessitano di regole e controlli più stringenti. Ancora, nella sentenza *Stoll c. Svizzera*^[44] del 2007, la Corte ha sancito che la tutela di cui all’art. 10 rispetto al diritto di cronaca dei giornalisti è subordinata alla condizione che essi agiscano in “buona fede” e forniscano informazioni “affidabili e precise”: infatti, viviamo «*in un mondo in cui l’individuo si confronta con grandi quantità di informazioni diffuse attraverso i media tradizionali ed elettronici che coinvolgono un numero sempre crescente di attori*» e, pertanto, «*il monitoraggio del rispetto dell’etica giornalistica assume un’importanza ancora maggiore*».

Ancora, nel caso *Delfi c. Estonia*^[45] del 2015, la Corte EDU, giustificando una interpretazione più restrittiva della tutela della libertà di parola, ha evidenziato come «*I discorsi diffamatori e altri tipi di discorsi chiaramente illegali, inclusi discorsi di odio e discorsi che incitano alla violenza, possono essere diffusi come mai prima d’ora, in tutto il mondo, in pochi secondi, e talvolta rimangono persistentemente disponibili online*»^[46].

3. Hate speech: l’approccio della Corte EDU

L’intervento della CGUE in materia di *hate speech* risulta molto ridotto, posto che la Corte ha affrontato la definizione di discorso d’odio soltanto nelle decisioni *Mesopotamia Broadcast* e *Roj TV*^[47], entrambe relative al settore dei servizi media audiovisivi. Tale condizione rende, ovviamente, complessa, da parte dei giudici nazionali, l’interpretazione del quadro giuridico europeo in materia. Più prolifica e chiara è, un’altra volta, la giurisprudenza della Corte EDU nella quale, al contrario, si apprezza un importante sforzo interpretativo per chiarire il “margine di tolleranza” nella libertà di esprimersi, definire il perimetro della tutela del diritto alla libertà di parola e la sua “cedevolezza” di fronte a interessi eventualmente ritenuti prevalenti.

Si è già osservato che il confine delle limitazioni alla libertà di espressione è determinato, nel caso concreto, attraverso il superamento del “test di necessità” e del “test di proporzionalità” elaborati dalla Corte, sulla base delle espressioni

previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 10 cit.). Con specifico riferimento ai discorsi d'odio, tuttavia, la Corte ha elaborato un sistema che prevede la possibilità, a seconda dei casi, di applicare due diversi approcci: un primo approccio utilizza una lente di osservazione più ampia, applicando al caso concreto l'art. 17 CEDU che vieta l'abuso del diritto e, in particolare, sancisce che «*Nessuna disposizione della Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, gruppo o individuo di esercitare un'attività o compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti (...) o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni maggiori di quelle previste da questa Convenzione*»; il secondo approccio, invece, utilizza la lente più ristretta dell'art. 10, comma 2, valutando la legittimità delle limitazioni imposte alla libertà di parola sulla base dei test di cui si è detto.

Tra le applicazioni più rilevanti dell'approccio "ristretto" – quello di cui all'art. 10 – c'è, per esempio, il caso *Féret c. Belgio*^[48] del 2009. Il caso è relativo a un parlamentare belga, Presidente del partito politico di estrema destra Front National, il quale era stato accusato in Belgio di aver distribuito, durante la campagna elettorale, volantini che incitavano all'odio razziale. La Corte EDU ha ritenuto legittime le decisioni delle corti nazionali, ritenendo giustificate le restrizioni alla libertà di espressione imposte dalla legge belga: esse erano *necessarie* al fine di prevenire disordini pubblici e *proporzionate* rispetto alla maggiore risonanza che la propaganda politica ha nel periodo elettorale.

In un altro caso (*Jersild c. Danimarca*, su citato) la Corte ha, invece, ritenuto illegittima la condanna di un giornalista – accusato di aver dedicato una parte di un documentario a un gruppo razzista danese – ritenendo che la limitazione alla libertà di espressione del giornalista, perpetrata nel suo Paese, violasse l'art. 10, poiché costui non intendeva in alcun modo diffondere opinioni razziste, ma soltanto informare il pubblico. Le limitazioni venivano, pertanto, ritenute *non necessarie e sproporzionate*.

In un altro caso ancora (*Perinçek c. Svizzera*, del 2015)^[49] la Corte ha ritenuto che il discorso tenuto da un politico turco, pur rappresentando effettivamente un discorso d'odio (questi aveva sminuito la portata della strage degli armeni, perpetrata dall'impero ottomano nel 1915, sostenendo che non si sarebbe trattato di un genocidio), non era tale da giustificare le decisioni delle corti svizzere, in ragione della sproporzione della sanzione penale comminata e della non necessità

della stessa ai fini della tutela dei diritti degli armeni. La Corte, infatti, non reputa un discorso offensivo, seppure disturbante o scioccante, in grado, da solo, di limitare la libertà di parola; perché le limitazioni possano essere considerate necessarie e proporzionate, occorre tenere conto del contesto, delle intenzioni, della posizione dell'autore del discorso, della forma con cui questo viene enunciato e del suo impatto effettivo.

Tra le applicazioni più rilevanti dell'approccio più ampio, che muove dall'art. 17 CEDU, si richiama invece il caso *M'Bala M'Bala c. Francia*^[50] del 2015, dove la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su una condanna di un comico per insulti pubblici a sfondo antisemita durante un suo spettacolo a Parigi. In merito, la Corte ha ritenuto che la richiesta dell'accusato non avrebbe potuto essere considerata ammissibile ai sensi dell'art. 17, posto che in tal modo il richiedente stava semplicemente cercando di aggirare l'art. 10.

In merito, si può notare che la sentenza della Corte EDU applichi l'art. 17 per affermare l'inammissibilità di domande poste da chi, comunque, non possa far valere la tutela di cui all'art. 10.

Nello stesso modo, la Corte decide in un altro caso (*Belkacem c. Belgio*, del 2017)^[51], dichiarando irricevibile il ricorso presentato dal *leader* dell'organizzazione "Sharia4Belgio", condannato per incitamento alla discriminazione e alla violenza in seguito alla diffusione su YouTube di alcuni video riguardanti gruppi non musulmani.

4. La libertà di parola e la disinformazione di regime

Si vogliono, ora, tirare le fila del discorso, alla luce delle evidenti novità rappresentate dalle sanzioni europee che prevedono limitazioni della libertà di espressione giustificate sulla base di interessi in questo caso concomitanti: l'interesse a che i cittadini europei non ricevano informazioni false e narrazioni fantasiose e propagandistiche rispetto alla guerra russo-ucraina; l'interesse a evitare che, attraverso i media, siano diffusi discorsi volti a incitare all'odio, alla violenza, giustificando l'attacco all'Ucraina. I concetti di *fake news* e *hate speech* sono, in tale situazione specifica, non soltanto compresenti, ma l'uno diventa il mezzo e l'altro il fine: pertanto, disinformare, diffondendo false notizie, è un'azione finalizzata a sostenere le ragioni della guerra o, peggio, a "bypassare" il

giudizio morale dell'opinione pubblica, attraverso narrazioni non veritiere, che confondono i ruoli dell'attaccato e dell'attaccante (tra le false notizie promosse dagli apparati di propaganda vi sono, per esempio, l'affermazione di un presunto genocidio perpetrato dall'Ucraina nei confronti dei suoi abitanti di lingua russa o quella per cui l'ideologia nazista sarebbe radicata nella *leadership* politica del Paese).

L'azione dell'UE nei confronti della libertà di espressione di emittenti russe rappresenta, in ogni caso, un'assoluta novità, ponendosi in discontinuità rispetto a un principio sempre affermato e confermato dalla Corte di Giustizia: essa, infatti, ha sempre ribadito come rientrasse nella piena discrezionalità degli Stati membri ogni decisione relativa a limitazioni della libertà di parola; in tale assetto, il giudice europeo si pone come un arbitro, a chiusura del sistema, e interviene solo per verificare la necessità e la proporzionalità delle misure.

Né, l'Unione europea si era trovata prima d'ora a esercitare poteri così incisivi in materia di diritti umani. Si ricorda, infatti, che le sanzioni sono vincolanti sia per i diretti destinatari – i soggetti accusati di propaganda di regime – sia per gli Stati membri ai quali è vietato eludere il contenuto delle sanzioni, offrendo spazio, negli spazi mediatici nazionali, ai discorsi propagandistici che rientrano nell'ambito di applicazione delle sanzioni.

Si può sostenere, pertanto, che agendo così, l'Unione europea abbia ampliato le proprie competenze in materia di discorso d'odio (e, quindi, anche in materia di libertà di espressione), assumendo un peso più importante, rispetto a quello ricoperto, in passato, nell'ambito della tutela dei diritti umani.

D'altra parte, però, il Tribunale europeo, con sentenza RT France c. Consiglio (Causa T-125/22 cit.), ha chiarito che tale azione non rientri in una competenza generica dell'UE in materia di diritti umani, ma in quella riconosciuta, innanzitutto, dall'art. 3, par. 5, del TUE, a norma del quale «*nelle sue relazioni con il resto del mondo, l'Unione afferma e promuove i suoi valori e i suoi interessi e contribuisce alla protezione dei suoi cittadini*» oltre che «*alla pace, alla sicurezza*» ecc. Inoltre, la decisione sanzionatoria impugnata, secondo il Tribunale europeo, rientra nella competenza dell'UE in materia di politica estera e sicurezza comune: in tale ambito, infatti, il Consiglio ha il potere di adottare decisioni che definiscano la posizione dell'Unione su una particolare questione (art. 29) e che comprende tutti i settori della politica estera e tutte le questioni

relative alla sicurezza dell'Unione (art. 24). Pertanto, l'intervento dell'UE è giustificato dal fatto che le emittenti oggetto di blocco rappresentano una minaccia significativa e diretta per l'ordine pubblico e la sicurezza nell'UE.

Di grande interesse è l'argomentazione adoperata dal Tribunale europeo per fondare la competenza UE in materia di sicurezza: esso, infatti, compara *fake news* e *hate speech* ad armi di guerra, ritenendo che «*le campagne di propaganda e di disinformazione possono mettere in discussione i fondamenti delle società democratiche e costituire parte integrante dell'arsenale della guerra moderna*» (considerando 56).

Al di là della questione relativa alla competenza dell'UE in materia, di particolare interesse risulta anche l'argomentazione usata dal Tribunale al fine di giustificare la legittimità delle restrizioni adottate nei confronti dei media russi.

Innanzitutto, lo stesso art. 29 TUE, richiamato per asserire la competenza del Tribunale, viene considerato la base giuridica che assolve la prima delle tre condizioni^[52] in presenza delle quali possono essere considerate legittime le restrizioni alla libertà di parola: cioè, che tali restrizioni siano prescritte dalla legge. Nonostante questa norma non faccia espresso riferimento alla possibilità di limitare la libertà di espressione dei media in caso di propaganda a favore della guerra, il Tribunale interpreta il criterio in maniera particolarmente estensiva: ritiene che, perché sia assolto il requisito della prevedibilità, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto non devono essere «*prevedibili con assoluta certezza*»; che, in ogni caso, al Consiglio è dato un potere discrezionale molto ampio per l'adozione di misure restrittive; e che, comunque, «*era prevedibile che, tenuto conto dell'importanza del ruolo che i media giocano nella società, il sostegno mediatico su larga scala all'aggressione militare dell'Ucraina da parte della Federazione Russa*» avrebbe potuto portare all'adozione di misure restrittive^[53].

In secondo luogo, dalla sentenza risulta chiaro che il diritto dei media di comunicare informazioni debba essere tutelato soltanto a condizione che i giornalisti agiscano in “buona fede” e forniscano informazioni affidabili e accurate nel rispetto dei principi del giornalismo responsabile. Si tratta di indirizzi già espressi dalla Corte EDU^[54] ma dei quali viene sottolineata l'importanza in ragione della situazione socio-economica attuale.

Il giudice europeo, infatti, conferma come la cedevolezza della libertà di parola

dipenda proprio dalla “fluidificazione” delle comunicazioni e delle informazioni causate, innanzitutto, dal passaggio dalla carta stampata alla video e radio-diffusione, ma anche dal processo di digitalizzazione. In merito, il Tribunale chiarisce che *«queste considerazioni giocano un ruolo particolarmente importante oggi, rispetto al potere esercitato dai media nella società moderna, perché non solo informano, ma possono al tempo stesso suggerire, attraverso la modalità di presentazione delle informazioni, come i destinatari dovrebbero apprezzarli»*.

Questa statuizione sembra riguardare – seppure il riferimento è implicito – anche e soprattutto i *social network*, nei quali l’informazione cambia veste e incorpora, oltre al messaggio, anche l’algoritmo: il rapporto tra “informazione” e destinatario muta in modo significativo, perché, mentre nel sistema tradizionale il destinatario selezionava l’informazione, in quello contemporaneo il destinatario è selezionato dall’informazione stessa.

Pertanto, nel ragionamento del Tribunale europeo, questa argomentazione rappresenta il perno intorno al quale ruota la valutazione della proporzionalità della misura^[55]: come si può leggere nella sentenza, *«l’impatto potenziale dei mezzi di espressione interessati deve essere preso in considerazione nell’esaminare la proporzionalità dell’ingerenza»*. Nell’applicare il test di proporzionalità e valutare l’ingerenza delle limitazioni, il Tribunale sancisce doversi tenere conto dell’impatto assai maggiore che alcuni messaggi, per i contenitori attraverso i quali sono diffusi, hanno rispetto alla parola scritta. Il giudice, inoltre, come è ovvio, tiene conto del *«contesto straordinario ed estremamente urgente»* derivante *«dall’intensificarsi dell’aggressione militare»*^[56].

Sempre a proposito della proporzionalità della misura, il giudice europeo si pone un’ulteriore domanda: ovvero, se sarebbe stato possibile raggiungere l’obiettivo di interesse generale perseguito dall’Unione – proteggere l’ordine e la sicurezza pubblica e preservare l’integrità del dibattito democratico nella società europea^[57] – adottando misure diverse e meno restrittive. Si tratta di individuare un altro requisito richiesto dal test di proporzionalità e, nel rispondere alla questione, il Tribunale individua alcune ipotesi alternative, per poi escluderne la fattibilità. Meno restrittive sarebbero state, per esempio, misure che vietassero la trasmissione delle notizie solo in taluni Paesi (e che il Tribunale ha ritenuto “impossibili da attuare”) o imponessero un divieto limitato a talune modalità di programmi e a talune tipologie di contenuti, ma anche il mero obbligo di esporre

un *banner* che avvisasse del fine propagandistico di quanto messo in onda (misura che avrebbe avuto, a dire del giudice UE, un'efficacia limitata). Il Tribunale ritiene, pertanto, che tutti questi metodi non sarebbero stati efficaci a fermare le minacce dirette all'ordine pubblico e alla sicurezza dell'UE, poiché non avrebbero avuto la forza persuasiva di «*esercitare la massima pressione sulle autorità russe affinché pongano fine all'aggressione militare dell'Ucraina*».

La temporaneità delle misure rappresenta, inoltre, un'ulteriore conferma della proporzionalità dell'azione del Consiglio, così come anche il fatto che queste facciano parte di una strategia generale di risposta rapida, unificata, graduale e coordinata adottata dall'Unione. Non si è trattato, infatti, di censurare mere informazioni, ma di bloccare sul nascere la possibilità che «*operazioni di manipolazione e influenza ostile*» definissero le sorti della guerra sin dai primi giorni di tale aggressione.^[58]

Infine, il Tribunale, nell'argomentare come, nel caso di specie, il bilanciamento tra diversi interessi abbia necessariamente portato a sacrificare la tutela della libertà di parola a favore di interessi ritenuti prevalenti, ricorda che ogni diritto implica doveri corrispondenti. Pertanto, tenuto anche conto del fatto che «*l'esercizio della libertà di espressione comporta doveri e responsabilità, tanto più importanti per quanto riguarda i media audiovisivi*», la ricorrente non aveva alcun titolo per richiedere la protezione rafforzata che l'art. 11 della Carta dei diritti conferisce alla libertà di stampa, trattandosi di «*un mass media che è sostanzialmente sotto il controllo, diretto o indiretto, dello Stato aggressore*» per giustificare e sostenere un atto di aggressione militare, perpetrato in violazione del diritto internazionale e della Carta delle Nazioni Unite.

Il carattere non indipendente e non imparziale dei soggetti censurati assume, quindi, un peso nella motivazione della sentenza che giudica necessaria, adeguata e proporzionata la censura prevista dall'UE.

1. Il presente scritto costituisce il frutto di una ricerca condotta in seno al progetto di ricerca CELO – Conoscenza e educazione per il contrasto al linguaggio dell'odio (UNITUS – ILIESI CNR). Sullo stesso tema, in forma breve, è stata presentata una relazione al convegno *Tradurre l'odio, Forme dei linguaggi nelle società e nella storia*, il quale ha avuto luogo nei giorni 20-21 aprile 2023 presso il Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università degli Studi della Toscana. Sono grata alla responsabile scientifica del progetto CELO, Prof. Raffaella Petrilli e al responsabile

- scientifico del Progetto RSI, Prof. Giulio Vesperini. Ringrazio, inoltre, il Direttore del Dipartimento DISTU, Prof. Luca Lorenzetti, nonché il Prof. Saverio Ricci, per l'ospitalità.
2. C. Cellerino, *La difesa europea dinanzi alla guerra in Ucraina tra "autonomia strategica" e vincoli strutturali: quali prospettive per la Difesa comune?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 1, 2022; M. Vellano, *La guerra in Ucraina e le conseguenti decisioni dell'Unione europea in materia di sicurezza e difesa comune*, in *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 1, 2022; P. Koustrakos, *The EU Common Security and Defence Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 4; S. Duke, *The enigmatic role of defence in the EU: From EDC to EDU?*, in *Europ. Foreign Affairs Rev.*, 2018, 63 ss.
 3. Sull'applicazione del principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea – di cui successivamente si tratterà – v. *ex multis* D.U. Galetta, voce *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, in *Enc. Del Diritto*, V, 2023, 1041 ss.
 4. V. Regolamento 2022/350/UE del Consiglio contenente emendamenti al Regolamento 2014/833/UE del Parlamento e del Consiglio relative alle misure restrittive elargite in ragione delle azioni poste in essere dalla Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina; Decisione 2022/351/UE del Consiglio (CFSP) che emenda la Decisione 2014/512/UE del Consiglio (CFSP) relative alle stesse misure restrittive di cui sopra. Si trattava, già, del terzo pacchetto di sanzioni, adottato dopo il primo pacchetto del 23 febbraio 2022 (pubblicato nella GUUE, L 063, vol. 65, del 23 febbraio 2022) e il secondo pacchetto del 25 febbraio 2022 (pubblicato nella GUUE del 25 febbraio 2022). A questi, hanno fatto seguito altri nove pacchetti (sino all'ultimo, adottato il 25 febbraio 2023. Per una disamina più completa di tutti i pacchetti e le sanzioni adottate dall'UE contro la Russia, nonché delle misure adottate a sostegno dell'Ucraina, consulta <https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu>.
 5. Il sesto pacchetto di sanzioni – composto da cinque regolamenti e cinque decisioni del Consiglio – è stato pubblicato nella GUUE, L 153, vol. 65, 3 giugno 2022.
 6. Il nono pacchetto di sanzioni è stato adottato il 16 dicembre 2022, è composto da tre regolamenti e tre decisioni ed è stato pubblicato nella GUUE, L322I, vol. 65, 16 dicembre 2022.
 7. Il decimo pacchetto è stato adottato il 25 febbraio 2023, è composto da cinque regolamenti e quattro decisioni ed è stato pubblicato nella GUUE, L 59I, vol. 66 del 25 febbraio 2023.
 8. Per una più ampia ricostruzione, si vedano le Conclusioni del Consiglio europeo, 23 e 24 giugno 2022, consultabili in data.consilium.europa.eu.
 9. Codice di condotta sulla disinformazione è il codice di condotta adottato, nell'ottobre 2018, dalle *tech companies*, in accordo tra loro, come "auto-regolamentazione" per contenere la disinformazione e in attuazione della Comunicazione presentata dalla Commissione nell'aprile 2018. A tale codice, ha fatto seguito il Codice di condotta rafforzato sulla disinformazione, adottato nel 2022.
 10. O. Pollicino, *Migrazioni di idee costituzionali e implicazioni per le opzioni rilevanti di*

politica del diritto: il caso della strategia europea contro la disinformazione on line, in AA. VV., *Libertà di informazione e diritto dell'Unione europea: le nuove sfide a tutela della democrazia e del pluralismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 89 ss.

11. In particolare, nel luglio 2022 la Commissione e i firmatari del Codice di condotta del 2018 hanno lanciato una “*call for interest to become a Signatory*” del codice, alla quale ha fatto seguito l’adozione del Codice di condotta rafforzato sulla disinformazione, il 16 giugno 2022.
12. Il *Digital Services Act* è stato adottato con Regolamento 2022/1925/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio per mercati equi e contendibili nel settore digitale e sarà direttamente applicabile in tutta l’UE a decorrere dal 1° gennaio 2024.
13. RT France, l’8 marzo 2022, ha proposto ricorso contro il Consiglio, chiedendo l’annullamento della decisione 2022/351/PESC del 1° marzo 2022, adducendo una violazione, tra l’altro, del diritto alla libertà di espressione. Il ricorso ha portato alla Causa T-125/22, che si è conclusa con la sentenza del Tribunale del 27 luglio 2022 con la quale questo ha respinto il ricorso: Tribunale, sentenza 27 luglio 2022, T-125/2022, *RT France c. Consiglio*. Il 28 marzo 2023, RT France ha proposto un nuovo ricorso contro la decisione 2023/191/PESC, del Consiglio, del 27 gennaio 2023, chiedendone l’annullamento poiché, tra gli altri motivi, violerebbe la libertà di espressione. Di tale causa si attendono gli sviluppi.
14. Tribunale, sentenza 27 luglio 2022, T-125/2022 cit.
15. In merito v. *Daily News*, 16 novembre 2022, in ec.europa.eu/commission/presscorner. V. Anche *L’UE avverte i media italiani di non favorire la propaganda russa dando la parola a ospiti di regime nei talk show*, in *Eunews.it*
16. Per un approfondimento sul concetto giuridico di *hate speech*, soprattutto in materia penale, ma non solo cfr: G. Alpa, *Sicurezza e linguaggio dell’odio. Tutela della persona e protezione dei dati personali: i diritti nell’era dei “social media”*, in *Cultura e diritti*, 2017, 2-3, 11-41; G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017, VI, 146; O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 1, 1-29; A. Vallini, *Criminalizzare l’“hate speech” per scongiurare la “collective violence”? Ipotesi di lavoro intorno al reato di “propaganda razzista”*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, 1, 33-62; F. Bellagamba, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d’odio all’aggravante del negazionismo: nient’altro che un prodotto della legislazione penale simbolica?*, in *Criminalia*, 2018, 265-290; L. Gosis, *“Hate crimes”: perché punire l’odio. Una prospettiva internazionale, comparatistica e politico-criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 4, 2010-2069; L. D’amico, *Le forme dell’odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *Legislazione penale*, 2020, 6, 1-40.
17. Corte Edu, sentenza 6 luglio 2006, ricorso 59405/00, *Erbakan c. Turchia*.
18. Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

19. L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2010.
20. Direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi dei media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.
21. Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico).
22. L. Lessing, *Reading the Constitution in Cyberspace*, in *Emory Law Journal*, 1996, 45, 1.
23. O. Pollicino, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, 1.
24. Corte giust., sentenza 25 marzo 2004, C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*.
25. L. Woods, Art. 11, in S. Peers et al., *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Hart Publishing, Londra, 2014, 329.
26. Cfr. D.U. Galetta, voce *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, cit., 1043 ss. (spec. Nota 100). In particolare, si ricorda che la prima applicazione del test di proporzionalità nel contesto di misure di Stati membri aventi l'effetto di limitare libertà o diritti fondamentali previsti dal Trattato o da norme UE di diritto derivato, è quella di cui al noto caso Corte giust., sentenza 20 febbraio 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*. In seguito, tra le molte altre sentenze, si vedano: Corte giust., sentenza 4 dicembre 2008, C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*; Corte giust., 16 dicembre 2008, C-205/07, *Lodewijk Gysbrechts*; Corte giust., 22 dicembre 2008, C-336/07, *Kabel Deutschland*; Corte giust., 10 febbraio 2009, C-110/05, *Commissione c. Repubblica italiana*.
27. In tal senso, *ex multis*, cfr. Corte giust., C-274/99, *Connolly*, cit.; Corte giust., sentenza 6 settembre 2011, Patriciello, Causa C-163/10, *Patriciello*; Corte giust., sentenza 17 dicembre 2015, C-157/14, *Neptune Distribution*; Corte giust., sentenza 4 maggio 2016, C-547/14, *Philip Morris*; Corte giust., sentenza 29 luglio 2019, C-469/17, *Funke Medien*; Corte giust., sentenza 29 luglio 2019, C-516/17, *Spiegel online*.
28. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, cit., 12; O. Pollicino, M. Bassini, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. Savin-J. Trzaskowski, *Research Handbook On EU Internet Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014, 508; M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, cit.
29. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, cit., 14.
30. Corte giust., sentenza 6 novembre 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist*.
31. Corte giust., sentenza 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*.

32. Corte giust., sentenza 16 febbraio 2012, C-360/10, *SABAM c. Netlog*. Per un commento si rimanda a R. Petruso, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1175 ss.
33. Cfr. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, 149 ss.
34. Sul punto. v. D.U. Galetta, voce *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, cit., 1043 e ss. (spec. Nota 99). In particolare, v. le sentenze *Schecke* e *Digital Rights Ireland*, in cui la Corte di Giustizia ha accertato un vizio di proporzionalità, dichiarando illegittimo il diritto dell'UE derivato poiché in contrasto, rispettivamente, con il diritto fondamentale alla *privacy* e con quello alla protezione dei dati personali. In tal senso v. Corte giust., sentenza 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Schecke*, e Corte giust., sentenza 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*.
35. Come, peraltro, esplicitamente confermano le "Spiegazioni" relative alla Carta dei diritti fondamentali, in GUUE, C 303 del 14 dicembre 2007, 14 ss., le quali sono state elaborate al fine di fornire un corretto orientamento interpretativo e che, seppure non vincolanti, costituiscono un importante strumento ausiliario di interpretazione.
36. V. Salvatore, *La libertà di espressione*, cit., 23. In tal senso v. *ex multis*, F. Pocar, *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, Cedam, Padova, 2014.
37. Corte Edu, sentenza 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. UK*.
38. Corte Edu, sentenza 23 settembre 1994, ricorso n. 15890/89, *Jersild c. Danimarca*.
39. Corte Edu, *Handyside c. UK*, cit., par. 48.
40. Corte Edu, sentenza 8 luglio 1986, ricorso n. 9815/82, *Lingens c. Austria*.
41. Corte Edu, sentenza 7 novembre 2006, ricorso n. 12697/03, *Mamère c. France*.
42. Così, il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati risulta essere più ampio negli ambiti che implicano una scelta morale – Corte Edu, sentenza 24 maggio 1988, ricorso n. 10737/84, *Müller e altri c. Svizzera* – e meno ampi rispetto al discorso politico o alla critica al potere giudiziario – Corte Edu, sentenza 6 maggio 2003, ricorso n. 48898/99, *Perna c. Italy*). Sul punto v. F. Casarosa, *Libertà di espressione e contrasto ai discorsi d'odio*, in *Handbook sulle tecniche di interazione giudiziale nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, EUI.
43. Corte Edu, sentenza 5 maggio 2011, ricorso n. 33014/05, *Editorial board of Pravove Delo and Shtekel c. Ucraina*.
44. Corte Edu, sentenza 25 aprile 2006, ricorso n. 69698/01, *Stoll c. Svizzera*.
45. Corte Edu, sentenza 10 ottobre 2013, ricorso n. 64569/09, *Delfi AS c. Estonia*.
46. Per un maggiore approfondimento sulla giurisprudenza della Corte Edu, v. Pollicino, *ult. cit.*
47. Corte giust., sentenza 22 settembre 2011, cause riunite C-244/10 e C-245/10, *Mesopotamia Broadcast METV AS e Roj TV AS c. Germania*.
48. Corte Edu, sentenza 16 luglio 2009, ricorso n. 15615/07, *Féret c. Belgio*.
49. Corte Edu, sentenza 15 ottobre 2015, ricorso n. 27510/08, *Prinçek c. Svizzera*.
50. Corte Edu, sentenza 20 ottobre 2015, ricorso n. 25239/13, *M'Bala M'Bala c. Francia*.

CERIDAP

51. Corte Edu, sentenza 20 luglio 2017, ricorso n. 34367/14, *Belkacem c. Belgio*.
52. Si ricorda, infatti, che la giurisprudenza della Corte Edu, oltre a conferire un'ampia protezione alla libertà di parola, ha chiarito il contenuto della tutela di cui all'art. 10, ritenendo che una limitazione alla libertà di espressione può essere considerata legittima solo se: è prescritta per legge; persegue uno degli scopi legittimi, indicati nell'art. 10; è necessaria e, pertanto, risponde a un urgente bisogno sociale.
53. Punti 149-152 della sentenza citata nel testo.
54. Corte Edu, sentenza 5 aprile 2022, ricorso n. 28470/12, *NIT s.r.l. c. Repubblica di Moldova*.
55. Punto 168 della sentenza in commento.
56. Punto 191-195.
57. Punti 160-167.
58. Punto 199 della sentenza in commento.

Il sistema anticorruzione italiano nella
prospettiva dell'integrità pubblica.
Considerazioni e possibili sviluppi a oltre dieci
anni dall'adozione della legge n. 190/2012

Francesco Merenda

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-22

Il primo decennio del sistema anticorruzione italiana permette di cogliere una serie di elementi, positivi e negativi, emersi dall'esperienza delle pubbliche amministrazioni. Questa analisi, però, viene effettuata anche sotto il profilo dell'integrità pubblica. Si tratta di una visione più ampia del sistema di buon governo, dove la prevenzione della corruzione dev'essere sviluppata all'interno di un quadro strategico ed organizzativo complessivo. Il contributo prova a fare una riflessione sull'anticorruzione italiana, cercando di rispondere ad una serie di domande. È giusto continuare ad insistere sulla necessità della politica della prevenzione della corruzione? Quali potrebbero essere le necessarie correzioni da apportare a questo modello? Dopo un breve excursus iniziale sull'evoluzione dell'impianto normativo, si cerca di analizzare i punti di forza e di debolezza di questa politica, che sono desumibili dalla bilustre attività pratica delle pubbliche amministrazioni. La seconda parte si concentra sul tema dell'integrità pubblica, con particolare attenzione all'integrità come principio giuridico del settore pubblico. Nella parte finale, si cerca di capire qual è il grado di relazione tra il sistema italiano di prevenzione della corruzione e quello dell'integrità pubblica.

The Italian anti-corruption system in the perspective of public integrity. Reflections and possible developments more than ten years after the adoption of Law No. 190/2012

The first decade of the Italian anti-corruption system provides an overview of both positive and negative elements that have emerged from the experience of public administrations. This analysis, however, is also carried out in relation to the field of

public integrity. It is a broader perspective of the good governance system, where corruption prevention must be developed within an integrated strategic and organisational framework. This contribution seeks to reflect on Italian anti-corruption, attempting to answer several questions. Is it still right to insist on the need for a corruption prevention policy? What could be the necessary corrections to be made to this model? After a brief initial excursus on the evolution of the legal framework, an analysis is made of the strengths and weaknesses of this policy, which can be deduced from the twofold practical activities of public administrations. The second part focuses on the topic of public integrity, with particular regard to integrity as a legal principle in the public sector. The last part examines the extent to which the Italian anti-corruption system is in line with public integrity.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. L'anticorruzione italiana: genesi del modello e framework attuale.- 3. Teoria e prassi della prevenzione della corruzione: la difformità tra l'impianto normativo e l'esperienza concreta delle pubbliche amministrazioni.- 4. L'integrità del settore pubblico: definizioni, regole e strumenti.- 4.1 Il valore giuridico dell'integrità.- 5. L'integrità nella stagione dell'anticorruzione italiana.- 5.1. La frammentazione dell'integrità tra buon andamento e imparzialità nella disciplina del pubblico impiego.- 5.2. Quale relazione tra l'integrità e il sistema della prevenzione della corruzione italiano?- 6. Verso il tramonto del sistema anticorruzione italiano?

1. Introduzione

Il 6 novembre ricorre l'undicesimo anniversario dell'approvazione della legge anticorruzione n. 190/2012. Il lasso di tempo trascorso, contrassegnato da alti e bassi, consente di fare una prima e più compiuta analisi di questa stagione.

In realtà, nel corso degli anni, molti studiosi hanno sovente analizzato alcune misure, meccanismi e casi pratici, mettendone in rilievo sia gli aspetti critici che i punti di forza emersi. Difatti, dall'esperienza concreta di questa politica si evincono luci e ombre sia del modello complessivo che del ruolo di "co-protagoniste" che le pubbliche amministrazioni hanno in larga parte disatteso in ordine alla concreta implementazione della politica.

L'obiettivo di questo contributo, però, è quello di fare un bilancio di questa

policy, ma di farlo senza ricorrere soltanto alla solita logica binaria, dicotomica, del tipo “positivo-negativo”. Si tenta di compiere piuttosto una riflessione, cercando di intersecare l’esperienza della prevenzione della corruzione italiana con due chiavi di lettura: l’ambito della c.d. “*public integrity*” e la Convenzione della Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC) del 2003.

Nel tentare di analizzare il sistema italiano nell’ottica dell’integrità pubblica, ci si avvale sia del contributo della dottrina giuridica italiana che delle riforme del pubblico impiego.

Il settore dell’anticorruzione, più di tanti altri, dovrebbe essere letto in relazione a una serie di dinamiche sovranazionali, ma soprattutto prestando particolare attenzione alle fonti e ai documenti delle istituzioni europee ed internazionali, tra le quali rientra a pieno il tema dell’integrità pubblica. Tuttavia, risulta alquanto necessario comprendere, innanzitutto, il significato di questo concetto, il valore giuridico e il ruolo che esso occupa nel perimetro globale dell’anticorruzione, del buon governo e dell’*ethics infrastructure*^[1].

Parallelamente a ciò, si tiene in considerazione l’evoluzione della disciplina del pubblico impiego italiano a partire dagli anni Novanta ad oggi, dacché ciò appare confacente agli intenti sopra espressi. Difatti, autorevole dottrina ha affermato che: «*il pubblico impiego è un elemento essenziale della organizzazione dello Stato; che esso, quindi, necessariamente risente delle vicende della vita dello Stato*»^[2]. È proprio nell’essenza di queste riforme che si possono comprendere le dinamiche che hanno portato alla configurazione del sistema attuale, ma anche per poter cogliere le dinamiche politiche che hanno favorito, e in taluni casi ostacolato, il percorso di questa politica. Una seconda ragione è rappresentata dal fatto che, nel ripercorrere i tratti salienti di queste riforme si possono individuare alcune “tracce di integrità”, come pure le motivazioni per cui in Italia questo principio non sia mai stato considerato in modo organico. In merito a quest’ultimo punto, ci si riferisce ad una delle maggiori «*convivenze difficili*»^[3] dell’ambito del pubblico impiego, vale a dire il rapporto tra le garanzie dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, che insieme al principio di legalità sono unite «*quasi in endiadi*»^[4].

Se si esamina il tema della prevenzione e lotta alla corruzione, soprattutto oggigiorno, non si può tralasciare il campo della *public integrity*, ormai diffusa a livello globale, che è afferente all’ambito del governo della cosa pubblica.

Integrità e anticorruzione concorrono a garantire la stabilità nel servizio pubblico^[5] e a proteggere le «*regole del gioco*» della democrazia^[6].

In questa nuova ottica, quindi, l'anticorruzione è considerata come un pilastro indispensabile, ma non l'unico, per rafforzare e promuovere il buon governo del settore pubblico.

2. L'anticorruzione italiana: genesi del modello e framework attuale

Il sistema anticorruzione italiano^[7] si presenta come un modello *sui generis* a causa dell'impianto generale, ma anche per il singolare percorso evolutivo compiuto nel corso degli ultimi decenni.

L'ordinamento italiano, a differenza di altri, si è dotato di strumenti e misure di prevenzione della corruzione in modo tardivo e grazie ad una serie di fattori interni^[8] ed esterni^[9]. Anche se, da una lettura congiunta di alcune norme costituzionali, si può affermare che la Costituzione italiana non è mai stata assolutamente indifferente sul tema della trasparenza e della lotta alla corruzione^[10].

Sebbene l'Italia abbia ratificato tutte le Convenzioni in materia di anticorruzione, a causa di diversi fattori, non ha prontamente recepito le raccomandazioni contenute in questi trattati. In particolare, l'ordinamento italiano ha ratificato l'unico trattato vincolante in materia, ovvero la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003 (d'ora in poi UNCAC), soltanto nel 2009 (l. n.116/2009^[11]) e successivamente ha adottato la propria legge anticorruzione nel 2012.

Prima di focalizzare l'attenzione sul modello italiano, però, è necessario ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione legislativa e le principali iniziative intraprese nell'ambito della lotta alla corruzione^[12].

Già nei primi anni 90' si avvertiva una forte esigenza di adottare mezzi e strumenti per indirizzare le condotte dei funzionari pubblici verso un grado maggiore di eticità. Anche perché, preme ricordare che quelli erano gli anni successivi alle inchieste di "Mani Pulite"^[13] e, dunque, vi era una pressione notevole sulle istituzioni affinché fossero apportati significativi cambiamenti regolatori ed organizzativi delle pubbliche amministrazioni. Difatti, da quel

momento in poi sono stati avviati diversi cicli di riforma, la c.d. «*età delle riforme amministrative*»^[14], finalizzati a trasformare l'amministrazione italiana in strutture più moderne, efficienti e tendenti al modello manageriale del settore privato sulla base dell'allora cultura imperante del *New Public Management*^[15].

Le principali tappe che hanno preceduto la fase di svolta del 2012 sono state caratterizzate dall'adozione di alcuni documenti e gruppi di lavoro^[16]: il «*Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*» di Sabino Cassese del 1993; Il «*Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*» del 1996^[17]; i primi codici di comportamento dei dipendenti pubblici degli anni novanta; il d.lgs. n.165/2001 sul pubblico impiego; l'istituzione dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione nel 2004; la costituzione della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT)^[18] del 2009; infine, il «*Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione nella PA*», i cui lavori sono stati coordinati dal magistrato Roberto Garofoli; le sollecitazioni provenienti dall'organo di controllo contro la corruzione del Consiglio d'Europa^[19], ovvero il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO).

Il rapporto Cassese del 1993^[20] aveva formulato tante osservazioni e proposte, ma soprattutto poneva in rilievo la necessità di intensificare i controlli nelle pubbliche amministrazioni al fine di incrementare l'efficienza amministrativa, il raggiungimento degli obiettivi e per impedire la corruzione. Nonostante ciò, dal documento in questione non si evincevano proposte specifiche in tema di prevenzione della corruzione. Anche se, il rapporto ha certamente contribuito ad avviare una riflessione sul tema della condotta dei funzionari, tant'è che dopo poco tempo veniva adottato il primo codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.M. 31 marzo 1994).

Un momento importante ha coinciso con la pubblicazione del «*Rapporto del comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*» del 1996, il cui coordinatore anche in questo caso era il professor Sabino Cassese. In quel momento, cresceva sempre di più la convinzione di indirizzare questa politica oltre la disciplina penalistica, vale a dire verso l'approccio preventivo fino ad allora del tutto assente.

Il documento valutava per la prima volta in un'ottica integrata le dimensioni, le

tipologie e le cause della corruzione in Italia. La seconda parte comprendeva una serie di proposte che tenevano in considerazione le esperienze pregresse degli ordinamenti *common law*. Nella parte centrale (“*Mezzi per prevenire la corruzione*”), invece, erano state individuate alcune misure finalizzate proprio alla prevenzione dei fenomeni corruttivi. Ciò che emergeva, però, era un’analisi basata esclusivamente su una prospettiva efficientistica: i problemi derivanti dalle pratiche corruttive erano ritenuti sostanzialmente cause di inefficienza amministrativa^[21], cattivo impiego di risorse pubbliche e quindi violazione del principio costituzionale del buon andamento (art. 97 Cost.). Insomma, la questione della corruzione del settore pubblico e l’individuazione delle relative misure per contrastarla non erano contrassegnate da una visione più ampia di buon governo e integrità. D’altronde, questo elemento sarà uno dei tratti peculiari delle riforme del pubblico impiego degli anni a venire.

Il d.lgs. n.165/2001 è la principale riforma che ha incorporato in un unico testo, da qui il nome Testo unico del pubblico impiego, gli interventi legislativi avviati con le riforme degli anni Novanta. In particolare, questo decreto aveva l’ambizione di varare un vero e proprio progetto di riforma della “Costituzione amministrativa italiana materiale”^[22], basato su una rilettura delle norme costituzionale e sulla base della vasta giurisprudenza della Corte costituzionale.

L’evoluzione normativa del rapporto di lavoro pubblico, culminante nel c.d. “T.U.P.I.”, era caratterizzata dalla privatizzazione e contrattualizzazione del pubblico impiego. Sul versante dell’integrità dell’amministrazione, erano state introdotte diverse disposizioni concernenti l’imparzialità dei funzionari: era stato riformulato l’art. 58-*bis* del d.lgs. n. 29/1993; erano state introdotte misure molto importanti in merito alla responsabilità disciplinare dei dipendenti^[23] ed erano stati dettagliati alcuni istituti in modo più organico (incompatibilità, incandidabilità ed inconfiribilità).

Nel 2004, l’articolo 1 della legge n. 3/2003 istituiva la figura dell’Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione. Successivamente, con il d.P.R. n. 6/2003 venivano definite le sue funzioni, che risultavano però limitate a causa dell’inesistenza sia di una strategia anticorruzione che di un solido corpus normativo di riferimento. L’Alto Commissario era legato da un rapporto di diretta dipendenza funzionale con il Presidente del Consiglio dei ministri (art. 1 co. 1 della l. n. 3/2003), proprio per questo motivo non godeva di ampi margini

di manovra.

La riforma introdotta dall'allora Ministro Renato Brunetta con il d.lgs. n. 150/2009 era principalmente finalizzata al miglioramento della *performance* dell'amministrazione^[24]. In particolare, l'essenza del decreto si basava sul rafforzato rapporto tra responsabilizzazione per i risultati e responsabilità per doveri o obblighi dei funzionari. Proprio in questo contesto, era stata costituita la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT)^[25]. Tuttavia, occorre precisare che questa autorità amministrativa indipendente, il cui bilancio si è rivelato da subito poco positivo^[26] non aveva i compiti e i poteri che avrà successivamente l'odierna autorità anticorruzione. La Commissione aveva poteri di indirizzo, monitoraggio e controllo dell'operato delle pubbliche amministrazioni in tema di trasparenza e valutazione. Tuttavia, questa autorità era segnata da una certa debolezza strutturale, dato che era sprovvista di poteri sanzionatori e di un proprio ruolo del personale, nonostante ciò, ha svolto un ruolo di regolazione e supporto metodologico^[27].

Con l'adozione della l. n. 190/2012, invece, sono stati attribuiti maggiori poteri e con il d.l. n. 90/2014 la CIVIT veniva trasformata nell'attuale Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

L'ultima tappa dal punto di vista cronologico è riconducibile alla "*Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*", istituito dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione Filippo Patroni Griffi con decreto del 23 dicembre 2011 e con l'apporto della Ministra della Giustizia Paola Severino.

Il rapporto presenta alcune proposte e riflessioni di sistema nella prima parte, rispetto alle quali oggi si può certamente affermare che buona parte di esse sono state realizzate. La seconda parte offre un'analisi dettagliata del fenomeno corruzione nei vari settori. Nell'appendice, oltre alle schede di sintesi, si presta attenzione al contesto internazionale in materia, quello europeo e dei paesi candidati ad entrare nell'UE.

Nello studio si trova una specifica sezione all'integrità (8.2 "*le regole di integrità*"). Per prima cosa, l'integrità è definita come: «*la qualità dell'agire in accordo con regole e valori morali fondamentali*»^[28]. Un aspetto interessante nel

testo è l'affermazione secondo cui l'integrità si realizza attraverso le politiche anticorruzione e le misure dell'etica pubblica (i codici di comportamento, i conflitti di interessi, incompatibilità, ineleggibilità e incandidabilità), lasciando intendere che questi due ambiti siano distinti e separati. Quest'ultimo elemento è emblematico dell'idea di integrità pubblica nel nostro ordinamento. Da questa interpretazione emerge, infatti, che l'integrità si realizza attraverso le "misure dell'etica pubblica". In verità, però, queste stesse misure sono anche da considerare presidi per combattere e prevenire la corruzione. Non a caso la legge anticorruzione, in particolare attraverso i decreti attuativi, ha introdotto le maggiori novità proprio attraverso l'adozione di questi strumenti e regole. Pertanto, da ciò si evince una certa approssimazione e incertezza sul concetto di integrità da parte delle istituzioni italiane.

L'anticorruzione e l'etica pubblica trovano nell'integrità il punto di congiunzione, anche se ciò non è ravvisabile nel percorso italiano che ha portato alla svolta del 2012.

Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia deve il proprio avvio alla legge n. 190 /2012 e ai successivi decreti attuativi. La legge anticorruzione ha avuto un notevole impatto sui rapporti di lavoro pubblico^[29], a dimostrazione del fatto che si è trattata di una delle riforme più incisive del settore pubblico.

Le principali misure introdotte dalla normativa anticorruzione sono le seguenti: l'organizzazione amministrativa e di vigilanza facente capo all'ANAC, il Piano nazionale anticorruzione (d'ora in poi PNA) ed i singoli piani per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT); le norme in materia di trasparenza amministrativa; la prevenzione ed il contrasto della corruzione nei contratti pubblici; alcune novità sulla disciplina dei conflitti d'interesse; modifiche alla l. n. 241/90; alcune novità sul fronte penalistico; nuovi strumenti dell'imparzialità: inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi^[30]; un nuovo codice dei dipendenti pubblici, i collegati codici di comportamento integrativi e la responsabilità disciplinare; la tutela del *whistleblowing*; un raccordo funzionale tra la repressione e la prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Le misure preventive sono state concentrate sulle seguenti aree: l'organizzazione delle P.A.; la trasparenza di tutti i processi e le attività; la formazione del personale; la predisposizione di una politica che si dipana dal piano centrale e viene attuata a livello periferico^[31].

Il sistema organizzativo complessivo fa leva sul ruolo dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)^[32], che dopo il d.l. n.90/2014 ha assunto la funzione di perno dell’attività di indirizzo e di controllo con poteri sanzionatori e quindi come autorità a pieno titolo. L’ANAC elabora il Piano nazionale anticorruzione che funge da orientamento pratico e contenutistico per le misure, in seguito le pubbliche amministrazioni debbono adottare i Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza (d’ora in poi PTPCT). L’Autorità si avvale delle c.d. “linee guida”, che servono a indirizzare e assistere le pubbliche amministrazioni nell’adozione delle misure di prevenzione. La funzione delle linee guida è stata oggetto di diverse pronunce dei giudici^[33], ma ha anche attirato l’attenzione della dottrina italiana, la quale si è divisa sul rapporto tra le linee e il controllo giudiziario e sul collocamento di questi atti nel sistema delle fonti del diritto^[34].

Il processo di riforma del 2012 ha fortemente inteso responsabilizzare il ruolo delle pubbliche amministrazioni, conferendo loro una funzione nodale nell’implementazione del sistema: la progettazione e l’implementazione della politica si basa su una vera e propria strategia *bottom-up*.

Questo dato si evince, innanzitutto, attraverso la disciplina dei PTPCT, ma anche con la figura del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) e il processo di adozione dei codici di amministrazione. Insomma, il ruolo delle pubbliche amministrazioni nel sistema preventivo vigente si basa sull’idea che affinché un’amministrazione sia integra, dev’essere necessariamente proattiva, aderente ai valori dell’etica pubblica, ma soprattutto capace di individuare, approvare ed implementare le misure più adeguate alla propria realtà amministrativa. Per fare ciò, è necessario effettuare la gestione del rischio corruttivo, basato su una “diagnosi” interna delle singole aree, affinché si possano adottare misure e azioni efficaci e “cucite su misura” sulle specifiche organizzazioni amministrative. Stessa logica è evincibile nel campo dei controlli: oltre alle forme di controllo esterno, è stato creato un sistema di controlli interni facenti capo a diversi attori (RPCT, Organismi indipendenti di valutazione, Ufficio procedimenti disciplinari).

In aggiunta alle misure amministrative di prevenzione della corruzione, però, la legge del 2012 ha portato all’adozione del nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. n.62/2013)^[35], che rappresenta un elemento

essenziale, come si dirà, nella prospettiva dell'integrità.

Il codice del 2013, a differenza delle precedenti versioni, è un regolamento governativo approvato con d.P.R. n. 62/2013, segnando così un importante rafforzamento in virtù della diversa fonte del diritto. Questo elemento, anche se non il solo, marca una grande differenza rispetto a tante altre esperienze dove i codici sono configurati come codici etici e con normative di *soft law*. L'intervento compiuto dal legislatore del 2012 ha voluto soprattutto recuperare la centralità, di rilievo costituzionale, dell'attività di servizio svolta dai funzionari pubblici per l'amministrazione. L'altra grande novità è costituita dall'obbligo gravante su ogni pubblica amministrazione di adottare un codice proprio, coerentemente alla tipologia di amministrazione e considerando anche le altre misure organizzative (PTPCT, ciclo performance e rischi).

L'ultimo pilastro del sistema è certamente quello della trasparenza amministrativa e in particolare alcune sue funzioni^[36]. Il d.lgs. n. 33/2013 ha introdotto una serie di elementi strumentali all'anticorruzione^[37], infatti proprio nel c.d. "decreto trasparenza" l'obiettivo della prevenzione della corruzione appare come il principale punto focale.^[38]

In particolare, il decreto ha introdotto maggiori forme di pubblicità, l'accesso civico semplice, vari obblighi di pubblicazione per le pubbliche amministrazioni, tra cui la sezione "amministrazione trasparente" sui siti web, alcune disposizioni sui dati e sulla qualità delle informazioni. Qualche anno dopo, con il d.lgs. n. 97/2016 (normativa FOIA^[39]) la disciplina è stata ampliata con l'introduzione del diritto di accesso generalizzato.

Il regime di trasparenza introdotto nel modello anticorruzione italiano è molto importante per via delle funzioni da esso introdotte. Oltre alle garanzie sopra esposte (trasparenza come risultato), infatti, tale modello garantisce maggiore partecipazione e controllo dal basso dei cittadini (trasparenza come strumento).

3. Teoria e prassi della prevenzione della corruzione: la difformità tra l'impianto normativo e l'esperienza concreta delle pubbliche amministrazioni

Il modello brevemente esposto si sviluppa essenzialmente su due piani: la politica della prevenzione della corruzione e il diritto anticorruzione^[40]. La prima attiene ai

profili propri di una politica pubblica, ovverosia si snoda attraverso le fasi di formulazione della politica, la decisione delle scelte, l'implementazione e infine la valutazione. Il secondo, invece, si basa su una serie di istituti rientranti nel raggio d'azione del diritto positivo, ma dal quale discendono strumenti e regole afferenti a diversi rami del diritto. In effetti, oltre alla centrale componente preventiva che attiene al diritto amministrativo, il diritto anticorruzione è collegato a vari settori del diritto a seconda delle tipologie di responsabilità giuridiche che si vengono a configurare. Altrettanto diverse sono le fonti che regolano questo settore, oltre alle fonti primarie e secondarie, infatti, un ruolo per niente marginale è quello delle già citate linee guida, ovvero atti di *soft law*^[41].

Questa premessa è utile a capire la complessità del sistema^[42] che, appunto, abbraccia profili giuridici, pratico-organizzativi e decisionali diversi.

Il sistema attuale si contraddistingue, infatti, per aver investito su un nuovo e specifico modello organizzativo delle pubbliche amministrazioni. Ciò non è stato determinato soltanto dall'inedito profilo della prevenzione amministrativa della corruzione, ma anche dall'accostamento del concetto di "corruzione amministrativa"^[43] all'attività della pubblica amministrazione, sintetizzato con il concetto di *maladministration*^[44]. Questo aspetto ha permesso, da un lato, di estendere le fattispecie comportamentali rientranti nel perimetro di interesse della politica preventiva, da un altro lato, però, ciò ha comportato l'adozione di procedure, azioni e misure ulteriori, vale a dire distinte o comunque addizionali rispetto a quelle impiegate per la sola prevenzione dei comportamenti che si possono definire propriamente corruttivi. Ciò ha consentito la creazione di un modello dove la repressione penale e la prevenzione amministrativa della corruzione coesistono nello stesso impianto. Molti studiosi hanno criticato sin dal principio questa scelta, in quanto avrebbe creato un sistema troppo complicato e che tende a conformare condotte, norme e responsabilità che, in realtà, appartengono a due distinte tipologie del diritto.

Dunque, uno dei maggiori elementi di complessità del sistema è da individuare proprio in una delle sue principali peculiarità, sebbene ciò non costituisca di per sé un fattore negativo. La scelta di congiungere la prevenzione delle fattispecie corruttive rientranti nel Codice penale con quelle amministrative ha il pregio di integrare questi fenomeni in una promozione complessiva della buona amministrazione. In effetti, una pubblica amministrazione si può definire tale se

chiaramente l'interesse generale prevale sempre e comunque (assenza corruzione), ma anche se il funzionamento dell'amministrazione avviene attraverso uno svolgimento dell'attività amministrativa conforme ai canoni dell'efficienza, dell'efficacia, dell'economicità e della responsabilità (assenza cattiva amministrazione).

In realtà, come detto, il sistema attuale ha mirato a superare la rigida visione della materia in una sola ottica penalistica o di prevenzione amministrativa. Tale riforma ha puntato, difatti, su una funzionale collaborazione dei due ambiti, a partire proprio dalle rispettive sfere di responsabilità.

A dimostrazione di ciò, infatti, nel 2016 il procedimento disciplinare del pubblico impiego è stato disciplinato in relazione al procedimento penale nel d.lgs. n. 75/2017 e nel d.lgs. n. 118/2017. In particolare, nel primo decreto sono state introdotte delle novità in merito al rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare^[45]. Insomma, questi elementi consentono di affermare che il sistema italiano ha inteso combinare la repressione penale della corruzione e la prevenzione amministrativa della corruzione in una logica di modello di «*contrasto integrato*»^[46], all'interno del quale le diversità dei due rami costituiscono un valore aggiunto per la solidità del modello.

Concludendo sul punto, se da un lato, quindi, questa scelta porta con sé il pregio di considerare congiuntamente gli interessi giuridici in gioco, evincibile peraltro già dal titolo stesso della legge 190/2012^[47], al contempo, secondo taluni studiosi, questo aspetto rischia di sfibrare la figura del dipendente pubblico, minandone la credibilità e il prestigio^[48], dal momento che agli occhi del cittadino il dipendente che commette un reato di corruzione e quello che commette atti di *maladministration* vengono messi sullo stesso livello.

Un aspetto alquanto controverso è riconducibile ad uno dei pilastri del sistema: il disatteso ruolo di co-protagoniste delle pubbliche amministrazioni in merito allo sviluppo della politica.

Se si analizzano i documenti e gli atti preventivi delle pubbliche amministrazioni, ovvero i piani di prevenzione e i codici di comportamento, emergono una serie di rilievi critici.

L'idea del legislatore del 2012 è stata quella di non affidare eccessivamente la responsabilità organizzativa e decisionale al livello centrale all'ANAC. Nonostante sia prevalsa la strategia dell'istituzionalizzazione^[49], l'attuazione della

politica della prevenzione è basata su un dispiegamento organizzativo orizzontale. In effetti, al contrario di come è stato sostenuto da alcuni osservatori^[50], il modello attuale ha favorito la creazione di un sistema diversificato dal punto di vista funzionale e legittimato dai compiti che la legge ha assegnato alle singole amministrazioni. Se da un punto di vista “teorico” il sistema a doppio livello appare positivo e virtuoso, quello che oggi va messo in rilievo è il trend negativo che è emerso, specie nei primi anni, in merito all’adempimento formalistico delle misure preventive da parte delle pubbliche amministrazioni.

L’adozione delle misure di prevenzione dei piani e i doveri di condotta dei codici di amministrazione trovano la loro ragion d’essere nel processo di gestione del rischio. In base a questo ciclo, ogni singola amministrazione è in grado di adottare misure e regole di condotta coerenti con quel tipo di amministrazione. Effettivamente, questo processo varia a seconda del livello del rischio di un’amministrazione, ma soprattutto con riferimento alla categoria di amministrazione: i doveri di condotta di un funzionario di un ente pubblico economico sono diversi da un operatore del sistema sanitario nazionale, come pure le misure di prevenzione di un comune sono diverse da quelle di un ente fiscale.

L’esperienza di questi anni ha dimostrato che molte pubbliche amministrazioni, specie quelle più piccole e sprovviste di risorse materiali e umane adeguate, non sono state in grado di adempiere alla funzione loro affidata. La maggior parte di piani e codici appaiono come mere riproduzioni del piano nazionale anticorruzione e del codice di comportamento generale. In altri casi invece, le misure e le regole adottate non sembrano affatto in linea con le evidenze emerse dai rispettivi processi di gestione del rischio. Le conseguenze derivanti da questa disfunzione esistente tra il piano regolatorio e l’esperienza concreta è quella di “annacquare” l’efficacia del sistema preventivo sin dalle sue fondamenta, ovvero la funzione di co-definizione della politica delle pubbliche amministrazioni.

Un ulteriore effetto derivante dall’adempimento formalistico è una maggiore esposizione delle pubbliche amministrazioni al rischio, specie in quei territori ove vi sono condizioni esterne favorevoli la corruzione. Per meglio dire, l’analisi del rischio si basa sulla rilevazione di informazioni che riguardano il contesto organizzativo interno all’amministrazione, ma anche sull’analisi di quello esterno che è fatto da dati e informazioni riguardanti il territorio (se si tratta di un

Comune) o di un settore (se si tratta di una categoria particolare di amministrazione). Se viene meno tale assolvimento è molto probabile che le pubbliche amministrazioni stiano ignorando alcune cause che, sebbene provenienti dall'esterno, potrebbero permeare l'interno delle loro organizzazioni ed esporle al rischio.

Nell'ambito dei piani di prevenzione sono emersi, inoltre, alcuni problemi legati alla carenza di personale dotato di concrete capacità di sviluppare questi processi. Un recente studio ha, difatti, dimostrato come le mancate capacità di comprensione e realizzazione del *risk management* sia una delle principali cause della scarsa effettività di questo processo^[51]. Il ciclo della gestione del rischio, in effetti, richiede la presenza di un personale che abbia competenze e conoscenze molto elevate. Anche se, sempre da questo studio emerge che il trend del decennio esaminato sta migliorando, soprattutto a causa della presenza di personale con un background formativo e professionale adeguato.

Questo fattore fa luce, però, su un problema che affligge tutti gli ambiti della pubblica amministrazione: mancanza di profili con competenze settoriali e con saperi tecnico-scientifici. Senza questo necessario investimento, prevarrà la ricerca dell'integrità in assenza di capacità^[52].

Un problema di gran lunga manifesto è relativo alle regole di condotta dei funzionari amministrativi. Quest'area è disciplinata dalla legge, dai codici di condotta e anche dai codici disciplinari di matrice sindacale.

Su questo fronte, come anticipato, la riforma anticorruzione ha inteso rafforzare i doveri pubblicistici e al contempo creare un collegamento con gli obblighi afferenti alla prestazione lavorativa vera e propria. In realtà, questa molteplicità di fonti è causa di una tensione vera e propria tra i doveri sanciti nei codici di comportamento e gli obblighi contrattuali^[53]. In conseguenza a ciò, infatti, si vengono a configurare alcuni problemi molto rilevanti^[54].

Relativamente allo strumento disciplinare, anche in questo caso si constata uno scarso utilizzo dello stesso, con il conseguente indebolimento del sistema preventivo. Difatti, la valorizzazione dello strumento disciplinare è stata compiuta in concomitanza con lo sviluppo del sistema di prevenzione, con la finalità di far prevalere questo strumento a quello penale, in quanto quest'ultimo è ritenuto inadeguato alla logica preventiva perché meramente punitiva.

Un ultimo elemento è quello relativo ai processi di formazione nel campo

dell'anticorruzione (art. 1, co. 9, lett. *b*) e *c*) della l. n. 190/2012). Attualmente, esistono tre diverse forme e vengono erogate dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA)^[59]: un tipo di formazione generale destinato a tutto il personale per promuovere la cultura della legalità e dell'integrità; un'altra obbligatoria che riguarda il personale che si occupa della gestione del rischio di corruzione; e un'ultima per il personale che lavora nelle aree considerate più a rischio.

Questi processi hanno l'obiettivo di fornire ai destinatari le conoscenze e gli strumenti utili per risolvere gli eventuali dilemmi etici nell'adempimento della funzione e di evitare situazioni potenzialmente conflittuali tra il loro interesse e quello generale della pubblica amministrazione.

Tuttavia, anche in questo caso si rileva una predominante logica formalistica di questi processi, dalla quale ne discende l'inefficacia di questi momenti formativi e soprattutto la mancata comprensione pratica e teorica dei doveri e delle misure per prevenire la corruzione e promuovere l'integrità negli uffici delle pubbliche amministrazioni.

Se si considera il sistema anticorruzione sotto il profilo proprio di una *policy*, un elemento che nel modello italiano è alquanto debole è quello della valutazione *ex-post* di questa politica. Per meglio dire, non ci sono regole precise e valide in via generale per tutte le pubbliche amministrazioni.

Il modello vigente prevede alcune forme di monitoraggio sull'attuazione delle misure, che però sono rimesse alla scelta discrezionale di ogni pubblica amministrazione. Il monitoraggio di primo livello spetta al Responsabile anticorruzione che dev'essere coadiuvato dal supporto di altri attori. Tuttavia, quest'attività di controllo prevede un certo margine di discrezionalità in ordine alla periodicità dei controlli e alle modalità di verifica, le quali possono prevedere forme di audit specifiche, incontri con i responsabili dell'attuazione delle misure e ricorso a sistemi informatizzati. Come si può facilmente intuire, però, essendo la scelta di questi strumenti facoltativa, viene a determinarsi una certa debolezza delle verifiche. Ciò si ripercuote proprio sul monitoraggio che, trattandosi di una valutazione retrospettiva, determinerà la definizione del piano successivo.

A differenza del sistema italiano, inoltre, altri ordinamenti prevedono forme e canali che consentono ai cittadini di esprimere le proprie valutazioni in merito alla coerenza delle misure realizzate rispetto agli intenti fissati nei piani

anticorruzione.

Per queste ragioni, prevedere alcune forme di controllo e valutazione esterne potrebbe sopperire ai limiti sopra esposti e, al contempo, rendere i cittadini maggiormente partecipi e responsabili di fronte a una questione che in realtà li riguarda da vicino. L'integrità dei funzionari è essenziale per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, i cui destinatari sono appunto i cittadini. La cittadinanza è sia soggetto interessato a questa politica che rilevatore dei suoi effetti.

Un'ultima considerazione riguarda il fatto che questa politica è stata concepita come una sorta di "monade isolata", vale a dire come un ambito a parte rispetto agli altri processi organizzativi delle pubbliche amministrazioni.

In realtà, sul piano normativo questo elemento non sussiste, dal momento che sia la legge anticorruzione che gli indirizzi dell'ANAC hanno sempre raccomandato alle pubbliche amministrazioni l'adozione di un approccio integrato tra i vari piani, segnatamente con quello in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico. Il piano pratico dimostra purtroppo il contrario.

Gli elementi critici fin qui descritti hanno favorito, in primo luogo, lo sviluppo della convinzione secondo la quale gli adempimenti anticorruzione siano degli "inutili appesantimenti burocratici" e sono ritenuti inefficaci nella prospettiva di miglioramento dell'efficacia e dell'integrità organizzativa. In secondo luogo, i limiti applicativi del sistema hanno spinto taluni a mettere finanche in discussione la portata stessa dell'impianto normativo e la scelta del metodo preventivo come strumento preponderante per l'attuazione della strategia. Altri ancora individuano nell'eccessivo carico di oneri conferito al Responsabile della prevenzione della corruzione la ragione per cui gli adempimenti formali abbiano prevalso a scapito di una vera trasformazione dei comportamenti e della mentalità^[54].

Ad onor del vero, si dovrebbe adottare una visione analitica complessiva di questo modello e non parziale. In effetti, a fronte delle lacune applicative e dei problemi irrisolti, ci sono anche diverse buone pratiche che confermano la bontà della struttura centro-periferica e della fiducia riposta nello strumento preventivo. Anche in questo caso, infatti, se si analizzano codici e piani di prevenzione si possono rilevare casi in cui le misure di prevenzione sono collegate alla fase di *risk management* e le regole di condotta risultano essere effettivamente ulteriori rispetto alle norme del codice di comportamento nazionale.

Insomma, l'incongruenza tra il piano normativo italiano, ritenuto virtuoso anche all'estero, e l'esperienza concreta delle pubbliche amministrazioni mostra l'esistenza di una "falla" significativa tra i due piani, che sbilancia il giudizio dei più verso una valutazione negativa di questa politica. D'altro canto, però, a testimonianza della validità del modello esistono diverse statistiche che mostrano una riduzione del fenomeno^[57], specie sul versante della percezione^[58], ma soprattutto si registra una buona valutazione dell'operato italiano da parte degli organismi sovranazionali.

Quello di cui il sistema italiano ha bisogno, quindi, non è la presenza di più regole, ma di più integrità nella pratica.

4. L'integrità del settore pubblico: definizioni, regole e strumenti

La probità, come l'onestà e l'integrità, è quasi interamente soggettiva: è molto facile parlarne, ma molto sfuggente da definire^[59]. Questa affermazione si deve a Lord Windlesham, membro della Camera dei Lord del Regno Unito, in occasione di un dibattito sul rapporto della *Royal Commission on Standards of Conduct in Public Life del 1974*, che da quel momento in poi avrebbe caratterizzato il percorso delle riforme etiche britanniche.

L'integrità è sia un principio che un concetto dal carattere talmente ampio che per poterla inquadrare si devono comprendere le numerose definizioni^[60]. Alla pari di altri principi, anche quello di integrità è caratterizzato da: «*un contenuto talmente indeterminato da consentire al giurista di attribuire il significato più confacente alla propria impostazione*»^[61].

L'ambito in cui si inserisce l'integrità si basa sulla relazione esistente tra etica e diritto, ovvero quel rapporto che definisce il diritto come una realtà che si forma e interagisce attraverso i valori morali.

La teoria giuridica si è sempre occupata della questione della moralità, tracciandone le differenze e i punti di incontro tra questi due concetti.

Il tema dell'integrità pubblica si lega in modo diretto con quello dell'etica pubblica, sebbene ci siano analogie e differenze tra i due concetti.

Etica e integrità sono spesso usate singolarmente o in modo intercambiabile. In effetti, molte definizioni di integrità si basano sull'idea che agire con integrità

equivalga ad agire in modo etico o morale^[62]. Anche se, alcuni studiosi sottolineano alcune differenze tra i due termini. Innanzitutto, l'etica e l'integrità possono essere viste come due fenomeni separati o come un unico concetto, ad esempio "etica e integrità", "etica dell'integrità", "etica e integrità per la pubblica amministrazione" o "integrità etica".

Secondo altri studi, l'etica è vista come un sottoinsieme dell'integrità^[63], vale a dire che l'integrità è definita come un'etica del servizio pubblico consistente in un insieme di valori. Altri autori hanno addirittura definito il "discorso dell'integrità" come un sistema volto a spiegare il concetto di etica pubblica^[64].

In altri casi, invece, è stato teorizzato che l'etica e l'integrità sono collegate^[65], in quanto gli individui e le organizzazioni hanno standard e principi morali (etica) e il loro comportamento può essere più o meno in linea con la loro etica (integrità individuale o organizzativa). Altri studiosi, pur sostenendo che integrità ed etica vanno di pari passo, affermano che alcune qualità dell'integrità sono diverse dall'etica^[66].

I concetti di etica e integrità riguardano la deontologia della funzione pubblica. In effetti, l'etica e l'integrità, sebbene variamente intese, concorrono a definire la deontologia pubblica come una sfera con un proprio dominio, in cui viene tracciata una chiara distinzione tra questi concetti sia nella loro dimensione pubblica che nella moralità personale^[67]. La deontologia collega strettamente i principi, le norme etiche e l'integrità con le regole di condotta dei funzionari pubblici, definendo così una sorta di "scatola comune" fatta di principi e doveri in cui le qualità morali sono ritenute necessarie^[68].

Il sostantivo integrità si riferisce sia all'essere integri e completi che alla purezza e alla giustezza delle azioni. Le radici semantiche evocano la percezione dell'interezza e la ricostruzione di qualcosa che non è più intero, ma che invece appare frammentato e/o diviso. Pertanto, questo termine è comunemente usato per definire qualcosa che è solido, intero o che ha la sua originale pienezza costitutiva^[69].

Nella letteratura sull'integrità è possibile distinguere almeno otto prospettive che utilizzano alcune parole chiave: interezza e coerenza, responsabilità professionale, riflessione morale, valori come l'incorruttibilità, leggi e regole, valori e norme morali e comportamento esemplare^[70].

Il termine integrità è inoltre associato alla responsabilità della sfera professionale,

mentre altre prospettive si concentrano su uno o più valori specifici come la mancanza di corruzione, l'onestà, l'imparzialità e la responsabilità^[71]. Una di queste prospettive mette in relazione l'integrità con virtù come la saggezza, la giustizia, il coraggio e la temperanza^[72].

Una delle prospettive più diffuse si basa sulla relazione tra integrità e moralità, riassunta dal concetto di "integrità morale"^[73], che può essere espressa come segue: ciò che è giusto e sbagliato, buono o cattivo^[74]. Il legame tra moralità e integrità è certamente riconducibile alla più ampia relazione esistente tra morale ed etica. Il dipendente pubblico deve conoscere i doveri legati alla funzione, così come il cittadino comune deve comprendere i veri obblighi morali, poiché non può essere moralmente sbagliato^[75].

Tuttavia, la moralità e l'integrità, pur avendo diversi punti in comune, presentano anche alcune sostanziali divergenze a livello pratico: le persone integre possono agire in modo immorale, anche se di solito non si rendono conto di farlo.

Un'ultima tesi si basa sul legame tra integrità ed esemplarità^[76], consistente nell'idea che l'attuazione del principio serva a proiettare una buona immagine all'interno e all'esterno del settore pubblico, al fine di generare fiducia nei cittadini-amministrati.

4.1 Il valore giuridico dell'integrità

Esiste una prospettiva più strettamente giuridica che si basa sul primato delle leggi e delle regole, con particolare attenzione ai principi costituzionali^[77], che considera l'integrità come un concetto costituito da valori specifici che il funzionario pubblico deve rispettare.

Degna di nota è anche la famosa teoria giuridica di Ronald Dworkin che, nel dare centralità all'integrità, la definisce come un valore politico fondamentale e distintivo^[78].

Per comprendere la natura legale dell'integrità è necessario stabilire una linea di demarcazione sulla duplice valenza del principio: personale e pubblica. La prima ha un'accezione prettamente "privata", che non ha una portata generale e si basa sull'essere fermi e coerenti con le proprie convinzioni e si traduce nella qualità di essere onesti e avere forti principi morali; la seconda, invece, ha un'accezione più

generale e si configura quando le funzioni pubbliche sono affidate a un uomo o a una donna e da questo particolare status derivano diritti e doveri, responsabilità e modalità di svolgimento.

La “dimensione personale” è quindi limitata alla sfera privata degli individui ed è legata all'accettazione di norme convenzionali che non sono universali; inoltre, si basano sulla fedeltà di un individuo rispetto ai propri impegni, che non hanno però valore giuridicamente vincolante.

Nel secondo caso, invece, non è l'individuo a stabilire i valori che determinano l'efficacia del concetto, ma ci sono principi e norme giuridiche ben precise. In entrambi i casi, però, c'è un punto in comune: per essere integri, bisogna rispettare e riconoscere alcuni valori, norme e principi.

La differenza tra le due dimensioni, privata e pubblica, tuttavia, non è determinata solo dal fatto che la seconda ha valore giuridico e produce effetti e doveri legali, ma anche dal carattere specifico e oggettivo dei suoi principi. Ciò significa che per una persona essere integri può significare qualcosa il cui valore è opposto alla concezione di un altro individuo.

L'integrità in ambito pubblico, invece, si basa su regole molto specifiche, che vengono date dall'ordinamento giuridico in quanto considerate essenziali per il corretto svolgimento delle funzioni pubbliche e il perseguimento dell'interesse pubblico. L'integrità in questo senso, quindi, si basa su una vera e propria standardizzazione della condotta, rispetto alla quale la moralità individuale non è sufficiente a soddisfare e garantire l'interesse generale.

Il principale riferimento dell'integrità è l'articolo 1(c) della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione di Mérida del 2003 (UNCAC), che afferma: *«lo scopo della presente Convenzione è di promuovere l'integrità, la responsabilità e la buona fede nella gestione degli affari e dei beni pubblici»*.

Nel testo della Convenzione, in effetti, l'integrità non si trova solo nell'articolo 1, poiché compare già nel preambolo dove si fa riferimento a *«la necessità di salvaguardare l'integrità e di promuovere una cultura di rifiuto della corruzione»*.

La Convenzione interamericana contro la corruzione del 1996, invece, non attribuisce all'integrità il valore di principio giuridico, ma nel paragrafo 1 dell'articolo 3 sulle misure preventive afferma che: *«tali misure contribuiranno a preservare la fiducia nell'integrità dei funzionari pubblici e della pubblica*

amministrazione».

Per quanto riguarda il quadro giuridico europeo, non esiste un riferimento diretto all'integrità nei Trattati europei, anche se potrebbe esserci un collegamento di questo principio con l'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che stabilisce i doveri dei funzionari legati al diritto a una buona amministrazione^[79].

Il significato giuridico di questo principio può riferirsi sia alla dimensione organizzativa che a quella individuale. Se la dimensione individuale è facile da intendere, come fa la pubblica amministrazione a rispettare l'integrità organizzativa? L'integrità nelle organizzazioni pubbliche è il risultato di una serie di misure: stabilire sistemi aperti, trasparenti, efficienti ed equi per garantire i più alti standard di competenza, promuovere l'imparzialità nella funzione pubblica, salvaguardare una retribuzione equa e adeguata^[80]. Chiaramente, l'effettività e l'efficacia delle misure appena menzionate dipende dal contesto e da alcuni fattori strettamente legati al contesto di riferimento^[81].

Possiamo identificare almeno due tipi di integrità nel settore pubblico: l'integrità organizzativa/istituzionale e l'integrità soggettiva del dipendente pubblico. La prima intesa come la disposizione di un'istituzione a raggiungere i propri risultati in modo efficiente, rispettando i limiti della legalità e in linea con i propri impegni; mentre la seconda come la forte disposizione di un funzionario a sostenere l'integrità della propria istituzione, nell'esercizio delle proprie funzioni, al meglio delle proprie capacità^[82].

In merito agli strumenti da adottare per promuovere l'integrità nel settore pubblico, non esiste un riferimento giuridico comune. Certamente, si può sostenere che l'approccio all'integrità comprende misure di rafforzamento della fiducia, che vanno oltre l'individuazione e la punizione dei reati di corruzione^[83].

Il quadro dell'integrità comprende tutti gli strumenti, i processi, le strutture e gli elementi, sia all'interno che all'esterno delle organizzazioni del settore pubblico, che influiscono sull'integrità dei membri dell'organizzazione^[84].

Secondo alcuni studiosi, il rafforzamento e la salvaguardia dell'integrità richiedono un insieme di misure e strumenti per l'integrità, come ad esempio: un codice di condotta; un ufficio per l'integrità; la formazione all'integrità; l'analisi dei rischi; i regolamenti per l'integrità; la leadership etica; le procedure di *whistleblowing*; le politiche impiegate per prevenire la cattiva condotta e lo

screening pre-assunzione^[85] .

La Convenzione UNCAC del 2003 non stabilisce nel dettaglio le azioni e gli strumenti che gli Stati devono adottare in materia di integrità. Nel testo troviamo il collegamento dell'integrità con i codici di condotta, la regolamentazione dei conflitti di interesse e le misure di prevenzione della corruzione, ma senza specificare il tipo di misure che questi atti e strumenti devono adottare.

Nell'ambito delle violazioni dell'integrità, diversi studiosi hanno individuato una serie di casi che includono le violazioni tipiche della corruzione, dell'abuso di potere, dell'uso improprio di informazioni, del trattamento indecente, della frode e della cattiva condotta privata^[86] . Se ne deduce che le violazioni dell'integrità non costituiscono una categoria autonoma, in quanto queste tipologie di violazioni sono già disciplinate da diverse fonti giuridiche (Codice penale, leggi speciali, codici di condotta) e riguardano situazioni giuridiche diverse, cui corrispondono specifiche tipologie di responsabilità (penale, civile, amministrativa, disciplinare, dirigenziale).

Negli ordinamenti nazionali, i riferimenti giuridici al principio di integrità non sono sanciti allo stesso modo nel quadro delle fonti del diritto: in alcuni Stati, è presente addirittura nella Costituzione; in altri casi, si trova in leggi e regolamenti, in altri ancora solo in atti di *soft law*.

Negli atti legislativi, l'integrità si trova soprattutto nelle leggi che regolano il pubblico impiego, in quelle che combattono e prevengono la corruzione, in alcune leggi in materia di trasparenza amministrativa e, non da ultimo, nei codici di condotta dei funzionari pubblici^[87] .

Infine, quali sono i principi e i valori con cui si relaziona l'integrità? Qual è la relazione tra l'integrità e gli altri principi del settore pubblico? Per descrivere questa relazione, si potrebbe ricorrere alla metafora della piramide^[88] alla cui base c'è la legalità, poi la trasparenza, poi l'imparzialità, poi l'efficienza, poi la responsabilità pubblica e infine l'integrità. Il raggiungimento di ogni livello di questa piramide richiede, prima di tutto, il soddisfacimento del gradino (principio) precedente. Per questo motivo, l'integrità pubblica non può essere pienamente soddisfatta senza aver prima garantito la legalità, la trasparenza, l'imparzialità, l'efficienza e la responsabilità pubblica.

Sulla base di quanto detto finora, si potrebbe definire l'integrità pubblica come l'insieme di regole che definiscono il corretto agire dei funzionari pubblici, in

tutte le fasi del rapporto di lavoro, al fine di garantire la massima imparzialità e trasparenza della funzione, nonché l'efficiente raggiungimento degli obiettivi. In buona sostanza, il principio di integrità dev'essere inteso come una "legalità-efficiente"^[89], imperniato sulla convinzione che i principi di buon andamento e di imparzialità esigono di essere sviluppati in accordo reciproco. Assumendo queste prospettive, dunque, l'integrità si manifesta come mezzo necessario per concretizzare la doverosità della pubblica amministrazione^[90], ossia la necessità di perseguire il fine pubblico nel miglior modo possibile.

La diffusione dell'integrità nel diritto positivo degli ordinamenti giuridici ha seguito un percorso che va dagli anni Sessanta ai giorni d'oggi. Sulla base dell'evoluzione delle riforme e delle leggi adottate in questo campo, sono distinguibili tre diverse fasi di sviluppo dell'integrità, che possono essere definite "le tre stagioni dell'integrità". Ognuna di queste fasi ha coinciso con un intervallo temporale diverso, non solo per la durata, ma soprattutto per i processi e i fattori che le hanno segnate.

La prima stagione (anni 60' – metà anni 90') è stata contrassegnata dalle riforme etiche (*ethics reform*) nei paesi common law (Usa e Uk) tra gli anni Settanta e Ottanta. La seconda stagione (metà anni 90'-2017) è iniziata con la c.d. "età delle convenzioni anticorruzione", ovvero una serie di convenzioni in materia di lotta alla corruzione che ha portato alla conseguente adozione di leggi nazionali anticorruzione^[91]. Secondo taluni, questa fase è stata contrassegnata proprio dalla «ricerca dell'integrità assoluta»^[92], infatti si è assistito ad una concreta espansione dell'integrità sia come principio che concetto negli ordinamenti nazionali e nelle organizzazioni internazionali (Ocse e Nazioni Unite su tutte).

La terza e attuale stagione è iniziata con l'approvazione della Raccomandazione Ocse sull'Integrità pubblica del 2017, che ha consacrato il passaggio dal concetto di *public ethics* a quello di *public integrity*^[93], quest'ultimo definito come: «*un fondamento essenziale del sistema generale di buon governo e essenziale per il governo della cosa pubblica, in quanto elemento di salvaguardia dell'interesse pubblico e di rafforzamento di valori fondamentali quali l'impegno per una democrazia pluralista basata sullo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani*».

Per giunta, in questa stagione l'integrità è molto presente nelle legislazioni nazionali^[94], in particolare nelle leggi anticorruzione, codici di condotta, piani anticorruzione e leggi sul pubblico impiego. Al giorno d'oggi, quindi, l'integrità è

al centro delle interazioni tra Stato e società, con ampie implicazioni per l'attività della pubblica amministrazione, della *governance* e dell'erogazione dei servizi pubblici^[95].

5. L'integrità nella stagione dell'anticorruzione italiana

Esiste un'ampia letteratura che sostiene la tesi secondo cui l'integrità non dovrebbe essere limitata al campo della lotta alla corruzione. Secondo altri studiosi, addirittura, la concettualizzazione della corruzione attraverso i suoi opposti - il buon governo e l'integrità - avrebbe segnato un importante cambiamento rispetto alle politiche anticorruzione universalistiche^[96].

Tuttavia, sia a livello istituzionale che accademico si è assistito a un'associazione unidirezionale dell'integrità con le misure adottate nel campo della prevenzione della corruzione. I due concetti - corruzione e integrità - sono spesso intesi come due facce della stessa medaglia: l'aumento di uno porta al declino dell'altro^[97]. Inoltre, il concetto di integrità, soprattutto in Italia, viene sovente confuso con quello di imparzialità (soprattutto nella dimensione soggettiva).

Questi fattori generano confusione e vaghezza, favorendo l'allontanamento dall'attuale concetto di "*public integrity*". Anche se, è innegabile che lo sviluppo della politica anticorruzione abbia contribuito a collocare l'integrità all'interno delle agende politiche nazionali e a incrementare la ricerca scientifica su questi temi.

Ragionare in termini di integrità e anticorruzione non significa affatto sostenere l'idea che un dipendente pubblico possa definirsi "integro" solo se è immune da pratiche di corruzione. Il dipendente pubblico deve rispettare e promuovere una serie di misure e regole e non solo quelle relative alla prevenzione della corruzione. Allo stesso tempo, però, le regole anticorruzione sono un pilastro essenziale per l'attuazione e il raggiungimento di questo principio.

Le misure di prevenzione della corruzione sono un prerequisito per soddisfare pienamente il concetto di integrità. Come può un ufficio di una pubblica amministrazione essere definito integro, nonostante abbia un certo grado di efficienza, se i suoi funzionari non si comportano in modo imparziale?

Si può dunque asserire che l'imparzialità soggettiva, che è al centro della logica della prevenzione della corruzione, è una condizione senza la quale gli altri

principi che costituiscono l'integrità non possono essere soddisfatti. Dobbiamo considerare il sistema di prevenzione della corruzione come il percorso e l'integrità come il traguardo.

5.1. La frammentazione dell'integrità tra buon andamento e imparzialità nella disciplina del pubblico impiego

Secondo la maggior parte degli studiosi, l'integrità è sempre stata di facile comprensione per il funzionario pubblico britannico o americano, mentre è difficile da tradurre nel settore pubblico italiano, poiché è legata alla dicotomia lecito-illegale^[98].

L'Italia non ha dedicato molta attenzione allo studio dell'integrità, soprattutto se si considera l'approccio anglosassone. Tuttavia, è possibile evincere, anche se indirettamente, alcune tracce di integrità nelle ricerche degli studiosi italiani sul tema dei funzionari pubblici, il loro status e i loro doveri.

Una certa attenzione sui doveri dei funzionari pubblici è emersa all'inizio del XX secolo. Uno dei primi approcci che ha sottolineato l'importanza di uno status speciale per i funzionari pubblici, con diritti e doveri, è stato il lavoro di Santi Romano, che ha delineato le differenze tra il servizio pubblico e il settore privato^[99].

Nel 1908 il giurista e politico Alfredo Rocco, esprimendo la necessità di uno statuto giuridico per i dipendenti pubblici, aveva definito la burocrazia come: *«una grande forza e un grande elemento di moralità»*.

Va ricordato anche il dibattito che aveva preceduto l'adozione della nota Riforma De Stefani, in cui il rapporto di lavoro nel pubblico impiego veniva distinto da un'ordinaria prestazione di lavoro, in quanto considerato un rapporto etico e di fedeltà e la condotta dei dipendenti doveva essere guidata da ragioni etiche e giuridiche^[100].

Nei primi anni del Novecento, dunque, il tema delle funzioni pubbliche era molto sentito, anche se segnato da paradigmi totalmente diversi rispetto al modello di pubblica amministrazione successivo all'approvazione della Costituzione repubblicana. Si trattava, dunque, di una fase particolare, in cui si passava dalla tipizzazione di ciò che l'amministrazione non poteva fare (propria dello Stato liberale) a quella di ciò che doveva fare^[101].

Un momento significativo è stato il lavoro preparatorio dell'Assemblea costituente in merito all'approvazione dell'art. 54 della Costituzione. Lo sviluppo di questa norma costituzionale è interessante, in quanto attraverso di esso si può comprendere l'importanza e le ragioni per cui i doveri di "disciplina" e "onore" per i funzionari pubblici sono stati sanciti nel testo finale al comma 2. Dalle relazioni emerge, infatti, un elemento molto importante: le diverse sensibilità politiche e culturali avevano dato vita a un dibattito molto intenso su questa proposta, anche se alla fine era prevalsa la convinzione di inserire nel testo finale questi doveri dal forte impatto etico.

L'approvazione del testo costituzionale sanciva un momento importante per il discorso dell'integrità, sebbene ciò sia desumibile attraverso un'interpretazione congiunta di una serie di principi e norme.

La Costituzione attraverso le norme dedicate alla pubblica amministrazione^[102], quindi gli articoli 97 e 98, mirava a garantire: "l'esatto, efficiente, disciplinato e imparziale svolgimento della funzione pubblica"^[103]. Anche se, per molto tempo l'opera moralizzatrice dell'Assemblea costituente era rimasta confinata in una dimensione puramente etico-valoriale. Le innovazioni costituzionali in ambito amministrativo, infatti, era contraddistinte da una vera e propria "svalutazione post-costituzionale"^[104]. Una più concreta attuazione di questo disegno etico tracciato dal Costituente si avrà solo in tempi recenti.

Negli anni successivi all'approvazione del testo costituzionale, si era diffusa la nozione di "deontologia comune ai funzionari"^[105], ossia un codice morale per i dipendenti della pubblica amministrazione. Per quanto concerne lo svolgimento del lavoro pubblico, alcuni autorevoli studiosi hanno sostenuto che il dipendente pubblico doveva: «mantenere una certa moralità e dignità conforme all'ufficio che occupa»^[106].

Da un punto di vista legislativo, il d.P.R. n. 3/1957 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) aveva riunito in un unico testo i doveri dei dipendenti pubblici dello Stato nel Capo I del Titolo II (Doveri, responsabilità, diritti), anche se alcune regole erano state già sancite in una serie di regi decreti del periodo preconstituzionale.

Il tema delle regole di condotta per i dipendenti pubblici non è mai stato affrontato dagli studiosi della seconda metà del XX secolo come argomento autonomo. Tuttavia, emergono importanti elementi da alcune opere di diritto

amministrativo, in particolare nelle sezioni dedicate all'organizzazione dell'amministrazione e nel ruolo del giudice amministrativo^[107]. Diversi studiosi, tra cui Massimo Severo Giannini, hanno definito il tema della deontologia come un "ircocervo" le cui regole hanno una "fragile applicazione pratica"^[108]. Aldo M. Sandulli, invece, sosteneva l'esistenza di un nucleo comune di doveri per tutti i funzionari pubblici, costituito da quelli di lealtà, diligenza, legalità e rettitudine^[109]. Particolarmente interessante era il dovere di rettitudine, simile per certi aspetti al dovere di integrità, consistente: «*nell'obbligo di operare - non solo nei rapporti d'ufficio, ma anche in quelli esterni - secondo la pubblica decenza, la morale e la legge*». Analogamente al dovere di rettitudine, Pietro Virga parlava, in quegli stessi anni, del dovere di "condotta irreprensibile" per il dipendente sia in servizio che fuori^[110].

Gli anni Novanta sono stati segnati dall'inizio di un cambiamento radicale nel settore della pubblica amministrazione italiana. L'influenza efficientistica allora prevalente è stata recepita anche da alcuni studiosi italiani attraverso una revisione del legame tra legalità ed efficienza, con la formulazione della nozione di "efficienza imparziale"^[111] per una pubblica amministrazione al servizio dei cittadini. Efficienza ed efficacia in quegli anni erano diventati i criteri fondamentali dell'azione amministrativa.

Taluni autorevoli osservatori, infatti, avevano individuato nella pretesa totale privatizzazione dell'organizzazione degli uffici il rischio dello sbilanciamento verso il buon andamento a detrimento dell'imparzialità^[112].

Soltanto verso la metà degli anni Duemila, l'interesse per l'integrità e l'etica pubblica era finalmente diventata più prominente e il tema veniva considerato come un campo scientifico e una materia universitaria^[113].

Intorno al 2010, una parte della dottrina italiana ha considerato congiuntamente gli articoli 28, 54, 97 e 98 della Costituzione italiana^[114], attraverso la rilettura dei principi costituzionali dei dipendenti pubblici. Particolarmente rilevante è stata la nuova interpretazione dell'articolo 54 rispetto al passato: mentre prima aveva una valenza meramente etica, ora ne viene enfatizzata la funzione giuridica e di indirizzo. La "disciplina" richiesta al funzionario pubblico si esprime nell'essere capace e onesto; la pretesa di capacità, invece, comporta lo svolgimento efficiente ed efficace dell'azione amministrativa, che va oltre il rispetto della legge^[115]. Inoltre, la correlazione tra gli articoli 97 e 54 sposta la dimensione dell'imparzialità e del

buon andamento dalla dimensione oggettiva a quella soggettiva^[116].

Questo approccio ha acquistato importanza grazie agli studi sulla cattiva amministrazione e al nuovo approccio alla lotta alla corruzione basato sulla prevenzione amministrativa.

La rinnovata importanza dello status costituzionale dei dipendenti pubblici aveva conferito centralità all'esercizio imparziale della funzione, attraverso l'adozione di nuove misure e regole di condotta. L'obiettivo era quello di creare un'amministrazione pubblica maggiormente orientata all'imparzialità, ma al contempo senza trascurare la preoccupazione per il buon andamento e l'efficienza. La relazione tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, oltre alla consolidata giurisprudenza costituzionale sviluppatasi tra gli anni Novanta e Duemila^[117], veniva a delinarsi nel pensiero di taluni studiosi come un rapporto che vedeva: «*i principi tendenzialmente solidali, nel senso che la migliore garanzia dell'uno, in genere, giova anche alle tutela dell'altro*»^[118].

Il momento culminante di questa fase è riconducibile alla già citata Relazione della Commissione Garofoli del 2012. Nello stesso anno veniva approvata la legge anticorruzione n. 190/2012.

In questo quadro, il tema dell'integrità in Italia ha vissuto un periodo più prolifico: questo principio è stato finalmente definito in modo più chiaro e distinto dal concetto di etica. Il rapporto tra etica e integrità si è configurato nel seguente modo: l'etica è il parametro per valutare l'integrità di un individuo o di un'organizzazione^[119].

Il quadro brevemente tracciato rivela una significativa differenza tra l'approccio degli studiosi italiani sul tema dell'integrità e quello degli studiosi e delle istituzioni anglosassoni. Infatti, rispetto all'approccio di questi Paesi, in Italia il tema è stato discusso soltanto in tempi più recenti e con modalità e congetture diverse. La fase della rinnovata attenzione allo statuto del dipendente pubblico ha avuto il merito di riavvicinare una parte degli studiosi italiani a quelli anglosassoni su questi temi.

Un'importante chiave di lettura per comprendere l'idea di integrità delle istituzioni italiane è quella delle riforme italiane del pubblico impiego. Infatti, l'integrità è stata fortemente condizionata dalle divergenti fasi della disciplina di questo settore.

I cicli di riforma che vanno dai primi anni Novanta fino al giorno d'oggi sono

stati caratterizzati da alcuni momenti di sbilanciamento verso uno dei due principali pilastri dell'integrità: in alcuni casi a sostegno dell'incremento dell'efficienza e del buon andamento, in altri a favore del rafforzamento della legalità e dell'imparzialità.

In altre parole, le leggi approvate nell'arco di oltre trent'anni hanno introdotto disposizioni che non hanno mai considerato in modo unitario l'attenzione al risultato^[120] e le misure sull'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici. Una certa influenza è stata senz'altro esercitata dalla cultura del *New Public Management*, la cui filosofia si basava sulla convinzione che l'amministrazione buona era quella produttiva, economica ed efficiente, mentre quella imparziale era più procedurale, osservante e vincolata. Non si può, tuttavia, individuare nel *New Public Management* la sola causa per la quale in Italia si sia verificata una rottura circa la completa visione dell'integrità. Infatti, dall'esperienza anglosassone si può dedurre che, nonostante ci sia stata una forte adesione a questa cultura, l'etica e la cultura del risultato sono sempre state considerate congiuntamente. Le riforme della pubblica amministrazione hanno influito decisamente sulle fonti del pubblico impiego e sul regime giuridico. Il pendolo riformatore si è caratterizzato per avere avuto momenti di continuità e di discontinuità e per l'oscillazione tra due periodi: un primo in cui prevaleva la tendenza di interventi legislativi tesi a favorire una pubblica amministrazione più vicina al modus operandi delle private imprese, i cui obiettivi erano l'incremento dell'efficienza dell'azione amministrativa verso un'amministrazione di risultato; un secondo dove veniva fortificata l'imparzialità dei funzionari e riaffermata la centralità del regime di diritto pubblico.

Da queste riforme, a fasi alterne, è scaturita una vera e propria frammentazione dell'integrità.

Lo sviluppo del concetto in Italia è stato, dunque, decisamente influenzato dai continui cambi di paradigma del processo riformatore succedutosi dagli anni 90' ad oggi. A ciò si aggiunga il fatto che in Italia ci sono sempre stati repentini cambi di Governo e ciò ha determinato l'alternarsi di maggioranze con visioni opposte circa la disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Tabella 1: La frammentazione dell'integrità, tra fasi di dilatazione e di ricomposizione

Regolazione del pubblico impiego. Dagli anni Novanta la disciplina ha oscillato tra queste tensioni: unilaterali/negoziante; dir. pubblico/dir. privato; uniformità/specialità;*Prima fase:* Privatizzazione e contrattualizzazione avviate con il d.lgs. n. 29/1993: i rapporti di lavoro con le amministrazioni sotto la disciplina del diritto civile; regolazione mediante contratti individuali e collettivi e soprattutto attribuzione delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti al giudice ordinario;
Seconda fase con il d.lgs. n. 80/1998: completa riconduzione al regime di diritto privato del rapporto di lavoro;
La giuridicizzazione del risultato^[120] e dei precetti manageriali^[121]; Le due fasi di privatizzazione (1992-2001) hanno conferito molta centralità alla contrattazione collettiva, anche in ambiti che potremmo definire centrali con il tema dell'integrità:

- Leitmotiv ricorrente: l'investimento sull'efficienza attraverso la privatizzazione e la responsabilizzazione della dirigenza (micro-organizzazione);
- Codici di condotta dal valore meramente etico (D. M. 31 marzo 1994; D. M. 28 novembre 2000);
- Inesistenza di misure di prevenzione della corruzione; Scarsa attenzione agli orientamenti internazionali in materia di integrità e anticorruzione; la disciplina dell'incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi era molto scarsa; assenza di controlli in ordine alla promozione delle condotte etiche; bassa considerazione della formazione etica del personale; Dirigente manager;
- Dottrina divisa: La prospettiva del risultato come sacrificio della legalità (S. Cassese, 2002) e "legalità-risultato"^[122].

Terza fase: il d.lgs. n. 165/2001 ha accorpato in un testo unico le misure settoriali che erano state introdotte in precedenza.

Legge n. 3/2003: istituzione dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione.

Riforma "Brunetta": Investimento sul risultato attraverso la valorizzazione della performance (d.lgs. n. 150/2009) e del rispetto delle regole di efficienza, la sanzione dello scarso impegno individuale: ciclo della performance, sanzioni disciplinari senza intermediazione della negoziazione, ridimensionamento contrattazione. Una sorta di ripubblicizzazione. In questa fase prevale l'attenzione all'efficienza rispetto all'imparzialità;

Anticorruzione (2012): La legge 190 del 2012 inverte la tendenza: rafforzamento dell'imparzialità soggettiva del funzionario^[123]: misure organizzative di prevenzione; regole di condotta; rafforzamento della responsabilità disciplinare; introduzione di norme in materia di inconfiribilità e incompatibilità. Dirigenti vengono responsabilizzati nell'individuazione delle misure di prevenzione e vigilanza sul rispetto del codice, si passa dal dirigente manager al dirigente imparziale^[124]. A differenza delle precedenti stagioni, però, rimane il ciclo della performance e anzi viene coordinato con i piani triennali di prevenzione della corruzione e con i codici di comportamento. Ciò aiuta a rimarcare la differenza, per alcuni anni sopita, tra la prestazione lavorativa privata e il pubblico impiego.

Riforma "Madia" (l.n. 124/2015) ha proseguito sul versante della ripubblicizzazione, in particolare con le modifiche apportate al procedimento disciplinare dai d.lgs. n.75 del 2017 e n.118 del 2017 (V. Tenore, 2017); managerializzazione legalistica^[125].

PNRR: Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione, mediante la semplificazione della legge 190/2012. L'impianto di prevenzione viene additato quale fattore di corruzione.

Decreto legge n. 80/2021: l'articolo 6 introduce il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) Ricomposizione della frattura? La pianificazione integrata come possibile strumento per calibrare la sfera dell'efficienza con quella dell'imparzialità;

D.L. 30 aprile 2022, n. 36: L'art. 4 introduce i cicli formativi in materia di etica pubblica;

Nell'ordinamento italiano, quindi, le probabili cause che hanno determinato un approccio particolare rispetto al tema dell'integrità sono le seguenti: la diversa cultura giuridica sui temi dell'etica e dell'integrità; i continui cambi di esecutivi nazionali; l'oscillazione incessante e ondivaga del pendolo riformatore che ha prodotto il *trade-off* imparzialità/efficienza.

5.2. Quale relazione tra l'integrità e il sistema della prevenzione della corruzione italiano?

Quali misure di integrità sono state approvate e quanto risultano conformi con le raccomandazioni internazionali ed europee in materia?

La maggior parte delle nuove norme e degli strumenti introdotti dalla legislazione anticorruzione riguardano l'integrità, considerata anche nella sua più recente accezione di *public integrity*. Infatti, se si escludono i piani di prevenzione della corruzione, che sono considerati *tools* tipici dei sistemi di prevenzione della corruzione, l'attenzione si è concentrata soprattutto su quegli strumenti che sono ampiamente considerati indispensabili per la promozione dell'integrità: codici di condotta, norme sull'incompatibilità, norme sui casi di ineleggibilità e di incandidabilità; disciplina dei conflitti di interesse^[127]; responsabilità disciplinare, leadership etica, whistleblowing e formazione del personale.

Questi strumenti erano già presenti nei primi sistemi di integrità, che si sono diffusi nei Paesi anglosassoni tra gli anni Settanta e Novanta e che successivamente alle convenzioni anticorruzione sarebbero diventati elementi essenziali per tutti gli ordinamenti nazionali.

Di seguito si offre un breve confronto degli elementi che sono stati adottati e di quelli assenti o poco implementati nell'ordinamento italiano, attraverso una prospettiva "*integrity-oriented*".

La leadership etica consiste nel compito di guida etica nelle organizzazioni pubbliche affidata ai dirigenti. La disciplina italiana risulta abbastanza in linea con le raccomandazioni internazionali. Infatti, nel sistema italiano questo compito è ampiamente svolto dai dirigenti pubblici^[128]. Le riforme degli ultimi decenni hanno dato molta importanza al ruolo della dirigenza pubblica^[129].

La figura di questi attori è stata rafforzata rispetto ad altri ordinamenti giuridici, in quanto i dirigenti dispongono di poteri di gestione (art. 4 co. 2 del d.lgs. n.

165/2001) e sono indipendenti dall'indirizzo politico^[130].

Nel campo dell'anticorruzione e dell'integrità, i dirigenti pubblici hanno poteri e responsabilità molto importanti, compreso il ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza in ogni amministrazione pubblica^[131]. Tali figure sono coinvolte, inoltre, nel sistema di gestione del rischio, in particolare devono valorizzare la realizzazione di un efficace processo di gestione del rischio di corruzione in sede di formulazione degli obiettivi delle proprie unità organizzative, si devono coordinare con il RPCT, devono tener conto, in sede di valutazione delle performance, del reale contributo apportato dai dipendenti all'attuazione del processo di gestione del rischio e del loro grado di collaborazione con il RPCT.

Nonostante i piani di prevenzione della corruzione non siano ritenuti strumenti di integrità "puri", sono comunque strumenti di gestione del rischio finalizzati a salvaguardare l'integrità^[132] e pertanto si possono valutare nella prospettiva qui adottata.

Il processo di gestione del rischio è la fase che precede e determina l'adozione delle misure organizzative di prevenzione della corruzione. Tale processo è regolato da un atto dell'Autorità del 2019^[133], dal quale emergono sostanzialmente tre fasi importanti: l'analisi del contesto, la valutazione del rischio e il trattamento del rischio. Nella prima fase viene analizzato il contesto interno ed esterno della pubblica amministrazione. Nella seconda fase vengono identificati e analizzati i rischi. Infine, la terza fase prevede l'identificazione delle misure e la loro adozione finale.

Da questo quadro di riferimento, possiamo dedurre alcune considerazioni dal punto di vista dell'integrità. Innanzitutto, questo processo si basa su un'ampia partecipazione sia all'interno che all'esterno delle amministrazioni pubbliche, in linea con le raccomandazioni in materia che sostengono l'importanza di adottare un approccio *bottom-up* e il più condiviso possibile.

La partecipazione dei cittadini e degli *stakeholder* non è limitata solo a questo processo, ma è prevista anche in occasione del rinnovo dei piani di prevenzione (tre anni). Durante queste fasi, infatti, è possibile presentare contributi contenenti consigli e pareri sulla bozza di piano che, prima di essere approvata, viene pubblicata sul sito web e può essere consultata da tutti.

Inoltre, la mappatura dei rischi viene effettuata in modo integrato rispetto ai

sistemi di gestione esistenti nelle organizzazioni (controlli di gestione, sistemi di auditing e di gestione della qualità, sistemi di gestione della performance)^[134]. Ciò è coerente con le indicazioni che raccomandano l'integrazione di questi piani con la finalità di generare sinergie organizzative e gestionali. Per giunta, di recente l'Anac ha introdotto una piattaforma^[135], che consente l'acquisizione dei dati ed il successivo monitoraggio dei Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (PTPCT) e della loro attuazione.

La disciplina dei piani di prevenzione, quindi, risulta in linea con l'art.5 della Convenzione UNCAC^[136] e con le principali raccomandazioni in materia, ad esempio con il punto 10 della Raccomandazione Ocse del 2017^[137].

Il modello italiano si caratterizza soprattutto per il ruolo dell'Autorità anticorruzione, che rappresenta un caso singolare nel panorama delle c.d. "*Anticorruption authorities*" (ACAs), in quanto le sue funzioni e competenze rispettano a pieno i requisiti che la letteratura e gli organismi sovranazionali hanno reputato necessari per l'attività di queste autorità/agenzie^[138].

L'art. 6 della Convenzione UNCAC (Organo od organi di prevenzione della corruzione) impone agli Stati di assicurare la presenza di uno più organi preposti alla prevenzione, mediante a) l'applicazione delle politiche di prevenzione previste dall'art. 5 della Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) l'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione. Il comma 2 dell'art. 6 individua una caratteristica essenziale per questi organismi: l'indipendenza necessaria per permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza^[139] e risorse materiali e personale propri.

Un'altra funzione cui l'autorità italiana si è sempre conformata alle indicazioni in materia è quella dei rapporti istituzionali con le altre autorità/agenzie. In effetti, la norma in materia di "*Politiche e pratiche di prevenzione della corruzione*" (art. 5.4) prescrive agli Stati parte di collaborare con gli organismi di altri ordinamenti e di farlo anche tramite programmi e progetti finalizzati alla prevenzione della corruzione. In effetti, l'Anac dalla sua istituzione ad oggi si è contraddistinta per promuovere questo tipo di attività e programmi "*capacity bulding*" e in particolare si segnala la recente iniziativa che ha visto l'autorità italiana coordinare una rete di organismi anticorruzione^[140].

Alla luce di quanto detto, orbene, l'autorità anticorruzione italiana rispecchia a

pieno le disposizioni sancite nella Convenzione UNCAC e le raccomandazioni in materia delle organizzazioni internazionali^[141].

I codici di condotta sono considerati i principali strumenti di integrità, in quanto contengono un insieme di regole che definiscono la buona condotta dei funzionari pubblici. La tipologia dei codici italiani è da collocare nella categoria dei “codici misti” (*compliance-based e aspirational*), ovvero, pur mantenendo una disciplina di principio, detengono un chiaro valore giuridico^[142].

La disciplina introdotta con il d.P.R. n. 62/2013 ha portato con sé alcune importanti novità in materia di codici di comportamento: ogni amministrazione deve adottare il proprio codice; il codice nazionale ha valore normativo e i codici di amministrazione sono considerati atti amministrativi generali; la violazione delle norme costituisce responsabilità disciplinare diretta; sono state introdotte numerose disposizioni in materia di conflitti di interesse, trasparenza e prevenzione della corruzione; è stata adottata una nuova procedura di adozione e revisione. Possiamo affermare che l’attuale disciplina dei codici di condotta è sicuramente lo strumento più conforme alle raccomandazioni sull’integrità.

Infatti, la disciplina italiana è assolutamente in linea con l’art. 8 della Convenzione UNCAC (Codici di condotta dei pubblici ufficiali) e con i principali indirizzi internazionali in materia, che attribuiscono ai codici la funzione di strumento che racchiude al suo interno gli alti standard di condotta dei funzionari.

Nonostante la disciplina italiana dei codici di condotta presenti diversi aspetti normativi positivi, dal piano applicativo emergono alcuni limiti. Come detto sopra, i doveri di condotta non sono sanciti solo da questi codici, ma anche dalla legge e dai codici disciplinari delle organizzazioni sindacali. Ciò comporta un problema di attuazione molto importante: esiste un vero e proprio conflitto tra alcuni doveri sanciti dal codice di condotta e alcuni obblighi previsti dai codici disciplinari. Questo fattore porta a un significativo indebolimento sia del rispetto del codice stesso da parte dei dipendenti pubblici che una rilevante difficoltà a livello disciplinare per coloro che devono applicare le sanzioni disciplinari. Un altro problema è che il sistema attuale prevede l’obbligo per le singole amministrazioni di introdurre specifici doveri di condotta nei loro codici. Purtroppo, molte di esse non rispettano effettivamente questo requisito, il che si traduce in una scarsa efficacia di questi strumenti.

Di recente, sono state apportate una serie di modifiche al codice di comportamento nazionale dal d.P.R. n. 81/2023^[143]. Il rinnovamento del regolamento ha suscitato non poche perplessità, a partire dal parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto^[144], in merito ad alcuni profili che vengono toccati dalle nuove regole (per es. diritto di critica e libertà di espressione). Al contempo, però, siffatta modifica può essere interpretata come una rinnovata fiducia nei codici per la pubblica amministrazione del futuro.

L'Italia ha adottato, seppur in ritardo, la nuova legge sul *whistleblowing* (d.lgs. n. 24/2023)^[145], considerata molto rilevante nel campo dell'integrità sia per la dimensione soggettiva dei dipendenti pubblici che per quella organizzativa e istituzionale. La legge ha finalmente recepito la Direttiva UE 2019/1937 sul *Whistleblowing*, anche se ciò è avvenuto solo in seguito ad una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nel luglio 2022.

La nuova disciplina si pone in linea con l'art. 32 della Convenzione UNCAC e con i documenti che forniscono indicazioni normative e pratiche per l'effettiva protezione di queste figure^[146].

Nel testo di questa legge, tra l'altro, l'integrità è principalmente intesa nella sua dimensione istituzionale: infatti, troviamo "integrità della pubblica amministrazione" sia nel comma 1 dell'articolo 1 che nel comma 1 dell'articolo 2. Altri elementi di interesse sul tema dell'integrità si trovano certamente sia nella stessa Legge n. 190/2012 che in alcuni decreti attuativi, ovvero il d.lgs. n. 39/2013, il d.lgs. n. 235/2012 e il d.lgs. n. 33/2013. Quest'ultimo intervento, noto come "decreto trasparenza", non solo ha integrato e razionalizzato gli obblighi di pubblicità esistenti, ma ha anche introdotto nuove forme di pubblicità. Il quadro è stato successivamente completato con il *Freedom of Information Act* (d.lgs. n. 97/20169), che ha introdotto l'accesso civico generalizzato. La trasparenza nel sistema anticorruzione italiano incarna il ruolo di elemento concreto e simbolico per la diffusione di una cultura dell'integrità^[147].

La trasparenza, come l'integrità, è sancita all'art. 1 della Convenzione UNCAC ed è presente in tante norme del trattato. Anche in questo caso, quindi, le varie procedure, regole e strumenti adottati in materia di trasparenza amministrativa risultano conformi alle raccomandazioni.

Per quanto riguarda il sistema di integrità nel complesso, il modello italiano presenta ancora la grande carenza della regolamentazione della classe politica,

oggetto di ripetuti richiami da parte del GRECO^[148].

Con l'approvazione della Raccomandazione sull'Integrità Pubblica dell'OCSE del 2017 non è stato solo ampliato il concetto di integrità, ma anche le misure, le azioni e le procedure, che sono considerate essenziali per garantire la massima integrità nel settore pubblico. A questo proposito, i due principali elementi innovativi sono la diffusione di una cultura dell'integrità e la formazione del personale, che erano già stati affermati in particolare all'art. 60 del testo della Convenzione UNCAC del 2003. Per il primo ambito, come detto sopra, si può affermare che il sistema italiano è in gran parte, ma non del tutto^[149], conforme a questi standard, nonostante la presenza di diversi tipi di formazione. Relativamente alla diffusione della cultura di integrità pubblica nella società, in realtà, c'è ancora tanto da fare.

6. Verso il tramonto del sistema anticorruzione italiano?

Il modello della prevenzione della corruzione italiana sta attraversando una fase calante, per non paragonarlo ad un tramonto vero e proprio. Le “spie di allarme” di tale momento sono riconducibili a più cause: alcuni recenti interventi legislativi; l'indirizzo dell'attuale governo nazionale; la logica del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in poi “PNRR”) e il Piano integrato di attività e organizzazione (d'ora in poi “PIAO”).

Recentemente, infatti, il quadro anticorruzione è stato modificato con l'introduzione del PIAO (d. lgs. n. 80/2022), consistente in un documento di pianificazione integrata che assorbe tutti i piani precedenti nella prospettiva di realizzare una decisa semplificazione amministrativa^[150] e per favorire la creazione del valore pubblico^[151].

Infatti, i piani triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza sono ora una sottosezione del Piao, da cui derivano benefici e rischi^[152].

Questo nuovo piano dovrebbe facilitare il collegamento dell'anticorruzione con gli altri ambiti, in particolare con il ciclo della performance. In merito al piano di prevenzione, il ruolo dell'ANAC è confermato: infatti ai sensi dell'art. 1, comma 7 del d.l. 80/2021 l'Autorità può continuare ad applicare una sanzione amministrativa nel caso di mancata adozione del PTPC.

La logica di questo nuovo quadro di pianificazione unica può essere letta in

termini di integrità? Con l'adozione del PIAO, dunque, si può sostenere che una parte di integrità, cioè l'efficienza amministrativa, sia stata recuperata e posta sullo stesso piano dell'imparzialità?

Da un lato, la risposta sembra essere affermativa, in quanto le misure di prevenzione della corruzione devono essere predisposte in concomitanza con tutte le altre, senza trascurare l'efficienza e la produttività amministrativa. Da un altro lato, però, l'obiettivo della semplificazione potrebbe portare, come d'altronde la stessa disciplina prevede, ad un'ulteriore riduzione del piano anticorruzione sia sotto il profilo dell'attenzione degli attori coinvolti in questa politica che sul piano pratico-organizzativo. In altre parole, porre sullo stesso livello il piano di prevenzione della corruzione con gli altri comporta un rischio su tutti: un possibile arretramento dell'approccio positivo riscontrato di recente nell'esperienza di alcune pubbliche amministrazioni.

Il PIAO (d.lgs. n. 80/2021) sembra affrontare, però, anche alcuni limiti presenti nel sistema attuale. In effetti, lungo questi anni, alcuni studiosi hanno affermato che il modello anticorruzione italiano ha eccessivamente consolidato la componente dell'imparzialità, sacrificando invece la dimensione dell'efficienza^[153] e alimentando la c.d. «*burocrazia difensiva*», vale a dire i funzionari cercano di adottare un comportamento che minimizzi il rischio di incorrere in talune forme di responsabilità pubbliche^[154]. Con l'avvento del sistema anticorruzione, insomma, la tanto attesa responsabilità di risultato è stata declinata come responsabilità di comportamento, che si basa su adempimenti formalistici e non di azioni vere e proprie^[155].

In effetti, il PIAO sembra lo strumento adatto per indurre gli attori coinvolti ad orientare il processo di adozione di questo piano verso un dialogo obbligatorio tra le misure organizzative di prevenzione della corruzione e le misure e gli obiettivi strategici in materia di performance.

Allo stato attuale, risulta troppo prematuro fare un bilancio sul PIAO. Tuttavia, si può affermare, a ragion veduta, che la prospettiva per la sottosezione «*Rischi corruttivi e trasparenza*» non potrà certo essere contrassegnata da un maggior investimento rispetto alla precedente esperienza dei piani di prevenzione introdotti dalla riforma del 2012.

Infine, emergono alcune problematiche in relazione alle modalità di attuazione del PIAO e al sistema delle fonti, che rendono il quadro ancora più incerto^[156].

Allo stato attuale, in Italia si avverte una messa in discussione del modello della prevenzione della corruzione e dell'integrità. Infatti, si può notare un arretramento su questi temi sia con l'approvazione del PNRR che attraverso una serie di interventi normativi adottati dagli ultimi governi, in particolare con il nuovo Codice degli Appalti Pubblici (d.lgs. n. 36/2023). Nella nuova normativa sugli appalti pubblici si evince un ridimensionamento della componente dell'anticorruzione rispetto al vecchio codice (d.lgs. n. 50/2016). Ciò è evincibile già all'articolo 1 del nuovo codice, che sancisce il principio del risultato come il più importante principio ispiratore e come diretta attuazione dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia. Tale elemento è emblematico dell'intenzione del legislatore delegato di investire, ancora una volta, più sulle garanzie di risultato che non sulle modalità attraverso le quali esse vengono realizzate (imparzialità).

Per giunta, sono state introdotte diverse disposizioni che riducono il ruolo dell'Autorità anticorruzione (ANAC). Sebbene nel nuovo codice siano state rafforzate alcune funzioni, quali l'assistenza e il supporto alle stazioni appaltanti e il ruolo di "vigilanza collaborativa", emergono alcuni elementi di criticità^[157].

Pertanto, la logica del nuovo codice appare coerente con la frammentazione che ha segnato la via italiana all'integrità in passato, e con molta probabilità anche in futuro. O meglio, l'indirizzo che risulta prevalente nell'attuale maggioranza di governo è quella di voler ridimensionare gli equilibri interni all'integrità: dare maggior peso all'efficienza rispetto all'imparzialità. Come detto, questa linea segue la logica intrapresa con il PNRR, vale a dire di semplificare la normativa anticorruzione per scongiurare che le (presunte) troppe norme anticorruzione diventino esse stesse causa di maggiore corruzione, ma anche per consentire alle pubbliche amministrazioni di essere più efficienti e celeri. Semplificare le procedure e ridimensionare le regole di integrità (non solo quelle strettamente intese di anticorruzione) porta con sé il rischio di perdere un'importante forma di controllo sull'economia legale a causa dei tanti fondi che sono e che verranno impiegati nella messa a terra del PNRR^[158].

Il leitmotiv della semplificazione ricorre sovente nel linguaggio politico-istituzionale italiano come: «*rimedio a tutti i problemi dell'amministrazione*»^[159], ma in alcuni casi essa stessa diventa causa di blocchi, ritardi ed inefficienze. Tale indirizzo, seppur in un'ottica costruttiva, è divenuto prevalente anche nell'attività dell'Anac, che ha inteso però ribadire l'importanza dell'impianto della prevenzione della corruzione in armonia

con i diffusi intenti di semplificazione^[160].

Gli indirizzi internazionali, europei e di alcuni ordinamenti nazionali continuano a perseguire la logica integrata nel campo della programmazione delle politiche di promozione del buon governo del settore pubblico.

L'attuale governo degli Stati Uniti ha designato, infatti, la lotta alla corruzione come un interesse fondamentale per la sicurezza nazionale, ciò è evincibile in una serie di documenti^[161]. Tra l'altro, di recente gli USA hanno adottato una robusta strategia, ovvero *l'U.S. Strategy on Countering Corruption. Implementation Plan* ed è in corso la discussione di un'altra importante proposta, ovvero l'*Anti-Corruption and Public Integrity Act*^[162].

Il tema appare rilevante anche nell'Agenda per lo sviluppo sostenibile 2030^[163] delle Nazioni Unite, il cui obiettivo n. 16 definisce la corruzione come un ostacolo per la pace, la giustizia e la presenza di istituzioni forti. Da questa agenda ne deriva, quindi, un importante, anzi necessario, nesso tra l'impegno nei confronti della prevenzione della corruzione e lo sviluppo sostenibile^[164].

Particolarmente significativo è il recente impegno dell'Unione Europea e in particolare della Presidente della Commissione Ursula von der Leyen^[165], soprattutto in seguito al c.d. "Qatar-gate". La risposta delle istituzioni europee a questo scandalo si è concretizzata attraverso due *calls for evidence*^[166], nelle quali si chiedono proposte e miglioramenti sulla lotta alla corruzione nella prospettiva di un'ormai imminente direttiva europea^[167]. In realtà, già con il varo del *Next Generation EU*, l'Unione aveva esortato gli Stati Membri a perseguire maggiore efficienza del settore pubblico, ma a farlo senza indietreggiare nel campo delle riforme anticorruzione^[168].

Il percorso europeo è culminato, almeno per ora, con la recente Proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione^[169], che mira a creare una disciplina comune europea in materia di lotta alla corruzione. Nel testo, seppur non definitivo, si trovano una serie di misure e strumenti che in realtà sono già presenti nella Convenzione UNCAC, nelle raccomandazioni degli organismi internazionali e nello stesso sistema italiano.

Le istituzioni italiane sembrano non aver accolto con favore questa proposta, anzi la maggioranza ha espresso diversi rilievi critici sulla proposta durante l'esame del testo tenutosi presso la XIV Commissione della Camera dei deputati (Politiche dell'Unione Europea). Alcuni componenti di questa Commissione hanno

bocciato, infatti, la proposta europea, dacché secondo il loro parere: «*un ampio arsenale normativo è già a disposizione del legislatore italiano, per contrastare i diversi fenomeni corruttivi*»^[170]. Si è finanche ipotizzato che tale proposta oltrepassi la sfera delle competenze dell'Unione Europea ed in particolare leda il principio di sussidiarietà. Nel testo, inoltre, si contesta il fatto che la proposta di direttiva sia contrassegnata da argomentazioni che sono in misura non trascurabile di natura metagiuridica. Alla fine, le critiche rilevate sono state inserite nel parere motivato, ai sensi dell'articolo 6 del Protocollo n.2 allegato al Trattato sull'Unione europea ed al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in data mercoledì 19 luglio 2023.

Quest'ultimo elemento serve ad avvalorare la tesi, qui sostenuta, secondo la quale uno dei principali problemi di questa politica sia insita nell'esorbitante incostanza delle maggioranze di governo in merito alla disciplina di questo settore. Legittimamente gli esecutivi cercano di tradurre i loro programmi politici in politiche pubbliche, ma l'estremo sovrapporsi di modelli organizzativi, regolatori e istituzionali oltremisura divergenti rischia di vanificare gli sforzi sinora compiuti. Il sistema anticorruzione attuale è certamente suscettibile di miglioramenti e modifiche, ma non merita di essere svuotato e riorganizzato in modo affrettato. Anche perché, un eventuale passo indietro esporrebbe l'Italia al rischio di scivolare, ancora una volta, in una posizione "ostinata e contraria" rispetto alle dinamiche in atto a livello europeo ed internazionale. Anticorruzione ed effettività della regolazione devono svilupparsi in parallelo, al fine di evitare ineffettività regolatorie^[171].

Il caso italiano dimostra che, sebbene l'attuazione del sistema di integrità si basi sulla sinergia tra diversi attori, istituzioni, funzionari pubblici, associazioni, ONG e cittadini, un ruolo predominante è svolto dai governi.

Quanta integrità possiamo trovare nel sistema anticorruzione italiano? Attualmente, la risposta è tanta, ma non troppa. Sono stati adottati diversi strumenti orientati all'integrità, che però sono stati attuati poco e in modo inadeguato. Per di più, l'implementazione effettiva di questa politica presenta una serie di carenze e limiti, in larga parte attribuibile al flebile impegno della maggior parte delle pubbliche amministrazioni.

Nonostante ciò, bisogna continuare a credere nella validità di questo modello e ad apportare modifiche ed integrazioni al sistema, ma nel senso di un maggiore

rafforzamento. Gli attori pubblici devono prima capire cos'è l'integrità e soltanto dopo potranno essere in grado di rispettare le regole e implementare effettivamente le misure. Pertanto, è necessario concentrarsi su regole chiare, controlli efficaci e soprattutto investire nella formazione e diffusione dei valori dell'integrità. Risulta fondamentale investire - per dirla con Mario Nigro - sull'«*elemento personale degli uffici*»^[172], dacché esso rappresenta un momento essenziale in cui si distribuiscono le competenze.

Soltanto in questo modo quello che, allo stato attuale, sembra essere un tramonto del modello può trasformarsi in una nuova alba.

L'integrità pubblica, il modello di *good governance*, l'efficientamento amministrativo, la piena digitalizzazione e, non meno importante, il campo della prevenzione della corruzione devono virare verso la medesima direzione: garantire e promuovere pubbliche amministrazioni, settori pubblici e quindi democrazie più forti, resilienti e moderne.

1. *Ethics infrastructure* è un termine coniato dall'Ocse in *Ethics in the Public Service, Occasional Paper No. 14*, 1996.
2. F. Benvenuti, *La riorganizzazione del pubblico impiego in Italia*, in *Il Politico*, 27, 2, 1962, pp. 344.
3. C. Barbati, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Diritto pubblico*, 27, 1, 2021, pp. 15-39.
4. Corte Cost., sent. 23 luglio 1993, n. 333.
5. Sigma, *The European Principles of Public Administration*, sigmaweb.org, 2017, pp. 54-55.
6. Ocse, *Government at a Glance 2023*, in oecd.org, 2023, p. 43.
7. R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2020.
8. Tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta, l'Italia era sottoposta ad una serie di problemi e rotture di sistema che toccavano trasversalmente il settore pubblico-istituzionale, la pubblica amministrazione e l'ambito privato. Per una disamina completa di quegli anni si veda L. Cafagna, *La grande slavina: l'Italia verso la crisi della democrazia*, Marsilio, Venezia, 1993; Per un'analisi relativa alle riforme amministrative si veda S. Cassese, *I caratteri originali della storia amministrativa italiana*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 1999, pp. 7-15.
9. F. Di Mascio, *Il sistema italiano nel quadro delle raccomandazioni internazionali in materia di prevenzione della corruzione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 43(3), 2023, pp. 433-462.
10. F. Patroni Griffi, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 3, 2016.

11. *Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al Codice penale e al codice di procedura penale*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 188 del 14 agosto 2009.
12. Sulle vicende storiche legate al tema della corruzione in Italia si veda G. Melis, *La lunga storia della corruzione italiana*, febbraio 2017, in *eticapa.it*; dello stesso autore (a cura di); *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Cuen, Napoli, 1999.
13. D. Della Porta, A. Vannucci, *Mani impunte. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
14. S. Cassese, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, (1), 2001, 79-98; L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009; G. Melis, *La storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 2020.
15. Sul tema A. Hondeghem, *Ethics and accountability in a context of governance and new public management*, EGPA Yearbook, 7, Ios Press, 1998; J. Maesschalck, *The impact of new public management reforms on public servants' ethics: Towards a theory*, *Public administration*, 82(2), 2004, pp. 465-489; T. Diefenbach, *New public management in public sector organizations: the dark sides of managerialistic 'enlightenment'*, *Public administration*, 87, 4, 2009, pp. 892-909.
16. In realtà, tale elemento non è una peculiarità del sistema italiano. Difatti, le riforme etiche di quei paesi che per primi hanno adottato questo tipo di politiche sono state precedute, quasi sempre, dall'attività di analisi di comitati e commissioni. Anzi, si può sostenere che prima di qualunque riforma etica del servizio pubblico sia stata preceduta dal lavoro di alcuni organismi.
17. Il Comitato di studio istituito con provvedimento del Presidente della Camera dei deputati del 27 settembre 1996 e insediato il 2 ottobre 1996, aveva per scopo la "elaborazione, nell'ambito dei principi fondamentali dell'ordinamento amministrativo italiano, di ipotesi di intervento legislativo per prevenire fenomeni di corruzione, tenendo conto delle caratteristiche del sistema delle imprese e delle principali esperienze straniere"
18. Civit è stata istituita ex articolo 13 del d.lgs. n. 150/2009.
19. S. Bonfigli, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010.
20. S. Cassese, *Rapporto sulle condizioni della PA. Roma, Ministero della Funzione Pubblica*, 1993.
21. Si veda il punto 6 a pagina 23 di questo documento.
22. S. Battini, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2021.
23. V. Tenore, G. NovIELLO, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato: infrazioni, sanzioni e codice disciplinare; Codici di comportamento;*

- procedimento e natura dei relativi termini; responsabilità disciplinare del dirigente*, Giuffrè, Milano, 2002.
24. F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2013; F. Carinci, S. Mainardi, *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico. Commentario al D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro" (pp. III-879)*, IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2011; L. Franceschetti, *Etica pubblica e riforma della pubblica amministrazione in Italia*, in *Rapporto annuale 2011. L'etica pubblica oggi in Italia: prospettive analitiche a confronto*, Istituto di Studi Politici S. Pio V-Editrice Apes, pp. 63-118, 2012.
 25. Per la prima volta il termine "integrità" veniva usata in modo esplicito.
 26. E. D'Alterio, *Il bilancio della Civit a un anno dalla sua istituzione*, in *Diritto Pubblico*, fasc. 2, 2011.
 27. F. Cacciatore, F. Di Mascio, A. Natalini, *La trasparenza proattiva in Italia: meccanismi causali e dinamiche di contesto*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 12(1), 2017, pp. 49-80.
 28. Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, 2012.
 29. G. D'Alessio, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro*, in *LPA*, 2017, p. 100 ss.
 30. Si veda M. A. Sandulli, A. Corrado, *La normativa di prevenzione della corruzione*, in S. Toschei, F. Tuccari, A. Cagnazzo, (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative* (a cura di), Giuffrè, Milano 2021, pag. 133.
 31. Infine, con la l.124/2015 e i suoi annessi decreti attuativi (il d.lgs. n.116/2016, il d.lgs. n.74/2017 ed il n. 75/2017) sono stati aggiunti altri elementi alla disciplina del pubblico impiego: sono state apportate novità in tema di responsabilità disciplinare, sui profili organizzativi e di funzionamento del sistema di prevenzione.
 32. R. Cantone, N. Parisi, *L'autorità nazionale anticorruzione e la vita di relazione internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.
 33. Cons. St., 13 novembre 2019, n. 7805; Cons. St., sez. I, parere del 17 ottobre 2019, n. 2627; T.A.R. Lazio, Roma (sezione I), sentenza del 18 giugno 2019, n. 7934; Cons. St., Ad. Plen., 13 luglio 2021, n. 13; T.A.R. Puglia, Lecce (sezione III), sentenza del 16 febbraio 2022, n. 265; T.A.R. Abruzzo, Pescara (sezione I), sentenza del 28 marzo 2018, n. 125; Cons. St., parere del 1° aprile 2016, n. 855; Corte Cost., sent. n. 218/2021; T.A.R. Lazio (sezione I), sentenza del 14 febbraio 2018, n. 1735.
 34. F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto processuale amministrativo*, 35(2), 2017, pp. 381-449; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, pp. 743-778; U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle linee guida Anac*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli,

- 2022; S. Perongini, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale*, in *Pa persona e amministrazione*, 1, 2018, pp. 59-70.
35. La legge anticorruzione ha modificato l'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, che riguarda proprio i codici di comportamento.
36. Molto importanti le tre funzioni suggerite in F. Merloni, *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
37. B. Ponti, *Dieci anni di diritto alla trasparenza amministrativa: caratteri originari, trasformazione e integrazione del modello*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, pp. 635-668; E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 1-318; dello stesso autore *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2019, pp. 497-538. A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, 2016, pp. 19-46.
38. D. U. Galetta, *The Italian Freedom of Information Act 2016: Why Transparency-on-Request Is a Better Solution*, *Italian J. Pub. L.* 8, 2016, p. 229.
39. Sul punto G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dell'introduzione*, Maggioli, Rimini, 2019.
40. B. Boschetti, *Il diritto anti-corruzione come diritto globale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2018, pp. 1-14.
41. Su questo tema si veda G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della soft-law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016, pp. 1-10.
42. Così F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Il diritto dell'economica*, 88 (3), 2015, pp. 483-506.
43. F. Merloni, L. Vandelli, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Firenze, Passigli editore, 2010; M. D'Alberti, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze giuridiche, La Sapienza, Roma, 2017, pp. 1-19; S. B. Werner, *New directions in the study of administrative corruption*, in *Public Administration Review*, 1983, pp. 146-154; G. E. Caiden, *Dealing with administrative corruption*, *Handbook of administrative ethics*, Routledge, London, 2019, pp. 429-455.
44. G. E. Caiden, *What really is public maladministration?* in *Indian Journal of Public Administration*, 37(1), 1991, pp. 1-16; *Public maladministration and bureaucratic corruption*, in *Hong Kong Journal of Public Administration*, 3(1), 1981, pp. 56-71.
45. Ciò prevede che l'azione disciplinare sospesa possa essere riattivata, qualora sopravvenuti elementi probatori, tra i quali la sentenza penale di merito (di primo o secondo grado), siano sufficienti secondo l'U.P.D. a supportare sul piano probatorio l'azione disciplinare.
46. F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1-224.
47. Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione
48. M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di*

- un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019.
49. B. Dente, *Le decisioni di policy*, Il Mulino, Bologna, 2011.
 50. Sempre M. Del Signore, M. Ramajoli hanno definito il rapporto tra centro e periferia all'insegna del livellamento e della delegittimazione delle pubbliche amministrazioni.
 51. F. Monteduro, L. Mattia, S. Moi, *I piani di prevenzione della corruzione: un bilancio dell'esperienza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022, pp. 669-704.
 52. F. Cacciatore, F. Di Mascio, A. Natalini, *La trasparenza proattiva in Italia: meccanismi causali e dinamiche di contesto*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 12, 1, 2017, pp. 49-80.
 53. Sia consentito il rinvio a F. Merenda, *I codici di comportamento dei dipendenti pubblici: la tensione tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica nel solco delle riforme del pubblico impiego*, 2021, pp. 499-516.
 54. In merito al rapporto tra doveri del codice e obblighi contrattuali, Anac ha chiarito qual è il rapporto tra le due fonti in due occasioni: nella delibera n. 177 del 19 febbraio 2020 e nella Relazione del Gruppo di lavoro sulle Linee Guida ANAC del 2019.
 55. S. Battini, V. Lostorto, *Il ruolo della formazione nella politica di prevenzione della corruzione*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 89, 2020.
 56. A. Marascia, *La formazione come misura di prevenzione della corruzione – Parte terza*, 10, 2017.
 57. Si veda il Report “*I reati corruttivi*” del febbraio 2022 realizzato dal Servizio analisi criminale del Dipartimento della pubblica sicurezza. Invece, non ci sono dati certi invece in merito alla presunta diminuzione dei casi di malamministrazione.
 58. Transparency International sostiene che l'Italia è cresciuta di 14 punti dal 2012 ad oggi.
 59. Standards on conduct in Public Life, HL Deb 08 December 1976 vol. 378 cc585-604, in *api-parliament-uk*.
 60. L. McFall, *Integrity. Ethics*, 98.1, 1987, pp. 5-20.
 61. Così G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Diritto pubblico*, 1, 2004, p. 10.
 62. R. T. De George, *Competing with integrity in international business*, Oxford University Press, New York, 1993.
 63. D. C. Jacobs, *A pragmatist approach to integrity in business ethics*, in *Journal of Management Inquiry*, 13, 3, 2004, pp. 215-223.
 64. M. Becker, J. Talsma, *Adding colours to the shades of grey: Enriching the integrity discourse with virtue ethics concepts*, *Ethics in Public Policy and Management*, Routledge, London, 2016, pp. 33-49.
 65. J. A. Petrick, J. F. Quinn, *Management ethics: Integrity at work*, 6, Sage, 1997.
 66. D. C. Menzel, *Research on ethics and integrity in public administration: Moving forward, looking back*, *Public Integrity*, 17(4), 2015, pp. 343-370.
 67. C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, 1995.
 68. R. Catherine, *Le fonctionnaire français*, Documentación Administrativa, 1962.
 69. F. Merloni, A. Pirni, *Etica per le istituzioni: un lessico*, Roma, Donzelli editore, 2021; A.

- Montefiore, D. Vines, *Integrity in the public and private domains*, Routledge, London, 2005.
70. L. Huberts, *The integrity of governance: What it is, what we know, what is done and where to go*, Springer, 2014.
71. C. P. Dunn, *Integrity matters*, in *International Journal of Leadership Studies*, 5, 2, 2009, pp. 102-125; W. Seibel, *Autonomy, integrity, and values in public administration: a dilemma and a case*, in *Perspectives on Public Management and Governance*, 3(2), 2020, pp. 155-166.
72. M. Becker, J. Talsma, *Adding colours to the shades of grey: Enriching the integrity discourse with virtue ethics concepts*, in *Ethics in Public Policy and Management*, Cit.
73. V. Davion, *Autonomy, integrity, and care*, in *Social Theory and Practice*, 19, 2, 1993, pp. 161-182.
74. S. L. Carter, *Integrity*, Harper Perennial, New York, 1996.
75. E. Ashford, *Utilitarianism, integrity, and partiality*, in *The Journal of Philosophy*, 97, 8, 2000, pp. 421-439.
76. A. Ferrara, *Exemplarity in the Public Realm*, in *Law & Literature*, 30, 3, 2018, pp. 387-399.
77. J. A. Rohr, *Ethics for bureaucrats: an essay on law and values*, Marcel Dekker, New York, 1989.
78. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Il saggiatore, Milano, 1989.
79. Secondo alcuni studiosi, infatti, questo concetto potrebbe rappresentare il riferimento normativo dell'integrità nel quadro del diritto primario europeo, ovvero l'insieme di tutti i doveri dei funzionari, che sono in linea con l'etica (P. C. Pupion 2015). Pertanto, la buona amministrazione, intesa nel contesto europeo, potrebbe certamente essere vista come un legame tra etica e performance, che supera la concezione dicotomica tra questi due concetti diffusa dalla cultura del *New Public Management*, consistente in una visione unidirezionale della performance in una prospettiva esclusivamente economica ed efficientista.
80. A. Adroniceanu, *Integrity*, in P. J. Suwaj, H. J. Rieger (a cura di), *Public integrity: theories and practical instruments*, NISPAcee, 2009, pp. 19-108.
81. Sul punto si veda A. Mungiu-Pippidi, R. Dadašov, *When do anticorruption laws matter? The evidence on public integrity enabling contexts*, Crime, in *Law and Social Change*, 68, 2017, pp. 387-402.
82. N. Kirby, *An 'institution-first' conception of public integrity*, in *British Journal of Political Science*, 51(4), 2021, pp. 1620-1635.
83. O. Huss, M. Beke, J. Wynarski, B. Slot, *Handbook of good practices in the fight against corruption*, in *europa.eu*, 2023.
84. J. Maesschalck, J. Bertok, *Towards a sound integrity framework: Instruments, processes, structures and conditions for implementation*, in *Processes, Structures and Conditions for Implementation*, 2009.
85. A. Hoekstra, *Integrity management in public organizations: content & design*, 2022.

86. L. Huberts, *Integrity: What it is and Why it is Important*, in *Public Integrity*, 20, 2018.
87. Nell'ordinamento italiano, l'integrità come principio è presente solo nel comma 2 dell'art. 3 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. n. 62/2013); nei Paesi Bassi è ampiamente presente nel Codice di condotta per l'integrità del 2016 e nell'art. 125 del Civil Service Act; nei Paesi Bassi è presente nel Codice di condotta per l'integrità del 2016. 125 della Legge sul Servizio Civile; in Spagna nell'Art. 1 della legge sugli appalti pubblici; in Montenegro nell'art. 72 della legge anticorruzione; in Lituania nell'art. 3 della legge sulla funzione pubblica; nell'art. 1 della legge sulla trasparenza e il buon governo della Comunità Valenciana n. 1 del 2022; e infine tra i principi chiave (1.4) delle linee guida dell'Agenzia francese anticorruzione (AFA).
88. S. R. Ulman, *Approaches to public integrity*, CES Working Papers, 7(2), 2015, pp. 340-356; della stessa autrice *Public Integrity And The Divergence From It*, The USV Annals of Economics and Public Administration, 2014, pp. 303-311.
89. Questo concetto è stato formulato dalla professoressa Alessandra Pioggia in occasione del Convegno "*I caratteri della pubblica amministrazione a più di vent'anni dal d. lgs. n. 165/2001*", tenutosi presso l'Università degli studi di Torino il 17 marzo 2022.
90. In tema di doverosità si veda F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005.
91. In merito all'approccio adottato in alcuni ordinamenti si vedano A. Graycar (a cura di), *Handbook on corruption, ethics and integrity in public administration*, Edward Elgar Publishing, 2020; Z. Mitchell, S. Merrington, P. Bell, *A Comparative Analysis of the OECD Anti-Corruption Models (Asia & Europe) And Australia's Existing Anti-Corruption Platform*, in *International Journal of Business and Commerce*, 4.3, 2014, pp. 1-23.
92. F. Anechiarico, J. B. Jacobs, *The pursuit of absolute integrity: How corruption control makes government ineffective*, University of Chicago Press, 1996.
93. S. Wickberg, *Focusing efforts and blurring lines: the OECD's shift from ethics to integrity*, in *Public Administration Review*, 2018.
94. In particolare, in Europa e America del Sud.
95. Così S. Bhuiyan, *The pandora papers opens up pandora's box: Integrity in crisis*, in *Public Integrity*, 25, 2, 2023, pp. 245-256.
96. A. Ledeneva, R. Bratu, P. Köker, *Corruption studies for the twenty-first century: Paradigm shifts and innovative approaches*, in *Slavonic and East European Review*, 95, 1, 2017, 1-20.
97. P. M. Heywood, H. Marquette, C. Peiffer, N. Zúñiga, *Integrity and integrity management in public life*, University of Nottingham, 2017.
98. M. Villone, *Alla ricerca della buona amministrazione perduta*, in *Questione giustizia*, 4, 2010.
99. S. Romano, *I poteri disciplinari della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 1898.
100. A. De Stefani, *Relazione al Re*, allegata al r.d. 30 dicembre 1923.
101. S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

102. A. Travi, *Responsabilità del pubblico dipendente e ordinamento del pubblico impiego nel dibattito della Costituente*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte del Costituente e cultura giuridica*, II, Il Mulino, Bologna, 1980.
103. M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino Bologna, 1978.
104. U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, Padova, 1966.
105. S. Lessona, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo: l'azione amministrativa nei suoi aspetti giuridici e etici*, Editrice Organizzazioni Scientifiche, La Spezia, 1958.
106. V. E. Orlando, S. Lessona, *Principi di diritto amministrativo*, G. Barbera editore, Firenze, 1952.
107. Sul punto si rinvia ad A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?* in *Diritto pubblico*, 1, 2012, pp. 49-80.
108. M. S. Giannini, *Scritti*, vol. X, Giuffrè, Milano, 2000.
109. A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1978.
110. P. Virga, *Diritto amministrativo. I principi. Atti e ricorsi. Amministrazione locale. Attività e prestazioni*, Giuffrè, Milano, 1983.
111. R. Marrama, *L'esercizio della funzione di organizzazione pubblica*, 1993.
112. F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1, 2009, p. 75.
113. B. G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007.
114. F. Merloni, R. Cantone, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Diritto pubblico*, 25, 3, 2019, pp. 879-904.
115. G. Sirianni, *I profili costituzionali. Ina nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Passigli editore, Firenze, 2010, pp. 129-135.
116. P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Diritto dell'Economia*, 86, 1, 2015, 35-47.
117. Corte Cost., sen. n. 453 del 1990, n. 333 del 1993, n. 193 del 2002, n. 103 e n. 104 del 2007, n. 390 del 2008, n. 40 e n. 135 del 1998.
118. A. Cerri, *Imparzialità e buon andamento della pa*, Diritto on line, www. treccani. it.
119. F. Monteduro, S. Brunelli, A. Buratti, *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Cingem, Roma, 2013.
120. Relativamente alla relazione tra legalità e risultati si veda M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, Giappichelli, Torino, 2004.
121. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli Editore, Rimini, 2016; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002.
122. J. Chevallier, *La giuridicizzazione dei precetti manageriali*, 1995.

123. L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 1999, pp. 57-110.
124. E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2013, pp. 377-407.
125. A. Pioggia, *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, 2022, cit.
126. S. Battini, S. Gasparrini, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, SINAPPSI, 1, 2020.
127. Diffusamente sul punto si veda J-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, *Corruption and conflicts of interest: A comparative law approach*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.
128. Sono soddisfatti a pieno i tre requisiti del Punto 6 della Raccomandazione Ocse del 2017 (resp. dirigenziale, formazione ad hoc e ruolo nel risk management).
129. In merito a ciò R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2014, pp. 309-336.
130. Si veda B. Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 2012.
131. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza è individuato tra i dirigenti. Laddove possibile, è altamente consigliato attribuire l'incarico di RPCT in capo a dirigenti di prima fascia, o equiparati (art. 1, co. 7, l. n. 190/2012 - PNA 2019).
132. Ocse, *Raccomandazione del Consiglio sull'Integrità nel Settore Pubblico*, in *occd.org*, 2017.
133. Allegato A1 del PNA 2019.
134. Anche se, come evidenziato al paragrafo 2 del presente lavoro, questo aspetto è stato disatteso nella pratica.
135. Piattaforma di acquisizione dei Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza, in *anticorruzione.it*.
136. Conforme all'art.5, non del tutto con i commi 3 (valutazione) e 2 (partecipazione società).
137. Applicare un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi per salvaguardare l'integrità delle organizzazioni del settore pubblico
138. Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, COM (2014) 38 final, 2014; F. Recanatini, *Anti-corruption authorities: an effective tool to curb corruption?* International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two, 528, 2011; A. Doig, *Good government and sustainable anti-corruption strategies: A role for independent anti-corruption agencies?* in *Public Administration and Development*, 15.2, 1995, pp. 151-165; L. De Sousa, *Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance*, in *Crime, law and social change*, 53, 2010, pp. 5-22; J. Pozsgai-Alvarez (a cura di), *The Politics of Anti-corruption Agencies in Latin America*, Routledge, London, 2021; P. Langseth, R. Stapenhurst, J. Pope, *The role of a national integrity system in fighting corruption*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 23(1-2), 1997. pp. 499-528.
139. Anche se, la scelta dei componenti dell'attuale collegio Anac risulta diversa dalla prima: quella precedente: «è stato costituito mediante l'attivazione di una procedura pubblica che

- ha portato all'individuazione dei suoi componenti, scelta questa che la "politica" non ha voluto ripetere per l'attuale governance alla scadenza del 14 luglio 2020, preferendo la strada della chiamata diretta per "elevata professionalità e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione». Così A. Corrado, *Il futuro della disciplina di prevenzione della corruzione e della trasparenza amministrativa: una moda destinata a passare? L'ultima parola al Legislatore*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 140.
140. Network of Corruption Prevention Authorities, *National anti-corruption strategies and plans: the importance of common features and shared challenges in the richness of diversity of national responses. Compendium of emerging policies and practices in the Network of Corruption Prevention Authorities*, anticorruzione.it, 2023.
 141. In particolare, il sistema italiano risulta coerente con il punto 12 "Supervisione" della Raccomandazione sull'Integrità Pubblica dell'Ocse del 2017.
 142. E. Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, modelli, regole*, Il Mulino, Bologna, 2023; Anac, *Relazione del Gruppo di lavoro sulle Linee Guida ANAC in materia di codici di comportamento dei dipendenti pubblici*, 2019.
 143. Art. 11-bis (Utilizzo delle tecnologie informatiche); 11-ter (Utilizzo dei mezzi di informazione e dei social media); alcune modifiche all'art. 12 in materia di "Rapporti con il pubblico" e all'art. 13 relativo alle "Disposizioni particolari per i dirigenti".
 144. Cons. St., sez. atti norm., 19 gennaio 2023, n. 93.
 145. Un primo commento sulla nuova legge e sulla disciplina europea si rinviene in M. Magri, *La direttiva europea sul whistleblowing e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022.
 146. Ocse, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, OECD Publishing, Paris, 2016.
 147. B. Ponti, *La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2022.
 148. Greco, *Fourth evaluation round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*, GrecoEval4Rep (2016)2.
 149. In effetti, il Greco ha recentemente affermato nel suo quarto ciclo di valutazione che l'Italia deve: «migliorare la formazione in materia di integrità», Greco, *Fourth evaluation round. Preventing corruption against parliamentarians, judges and prosecutors*", GrecoRC4(2022)15, 2022.
 150. L'art. 6 del d.lgs. n. 80/2022 impone a tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 che tutti gli strumenti di pianificazione che esse sono tenute a predisporre. I piani assorbiti sono i seguenti: Piano dei Fabbisogni di Personale (PFP) e Piano delle azioni concrete (PAC); Piano per Razionalizzare l'utilizzo delle Dotazioni Strumentali (PRSD); Piano della Performance (PdP); Piano di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (Ptpc); Piano Organizzativo del Lavoro Agile (POLA); Piano di Azioni Positive (PAP).
 151. Così E. Deidda Gagliardo, R. Saporito, *Il Piao come strumento di programmazione integrata per la creazione di Valore pubblico*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 4,

- 2, 2021.
152. E. Carloni, *Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2022.
153. S. Cassese, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza. Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, 2018, pp. 5-7; G. Napolitano, *È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, *Corriere della Sera*, 28, 2017; A. Lazzaro, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2017.
154. Sulla duplice funzione della burocrazia difensiva si veda G. Bottino, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 1, 2020, pp. 117-146.
155. Così M. Cammelli, *Amministrare senza amministrazione*, Il Mulino, in *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 4, 2016, p. 582.
156. Sul punto si veda C. Siccardi, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, in *Consulta Online*, 1, 2022; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022.
157. Sono state introdotte alcune disposizioni che rivedono le competenze e le funzioni dell'Autorità Anticorruzione in questo ambito: in alcuni casi, l'intervento dell'Autorità non è previsto per alcuni affidamenti diretti per l'esecuzione di lavori o la fornitura di beni e servizi, incidendo così sulla trasparenza, sulla sicurezza e sulla vigilanza delle stazioni appaltanti.
158. D. Rinoldi N. Parisi, *La corruzione al tempo del PNRR (e a trent'anni da mani pulite)*, *Micromega*, 2, 2022, pp. 105-115.
159. B. G. Mattarella, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, *Astrid Rassegna*, (11), 2019, pp. 1-10; Della stessa opinione F. Costantino, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2016.
160. Si veda in particolare Anac, *Sull'onda della semplificazione e della trasparenza. Orientamenti per la pianificazione Anticorruzione e Trasparenza 2022*, anticorruzione.it, 2022.
161. Si veda N. J. R. Biden Jr., *Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest*, in *whitehouse.gov*, 3 giugno 2021.
162. S. 3357 - *To improve the anti-corruption and public integrity laws, and for other purposes*, in *congress.gov*.
163. United Nations, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015.
164. P. Lombardi, *La lotta alla corruzione come obiettivo di sviluppo sostenibile: nuove prospettive anche alla luce del PNRR*, in *Federalismi.it*, 29, 2021, pp. 215-230.
165. European Commission, 2022 State of the Union Address by President von der Leyen, in *ec.europa.eu*, 14 settembre 2022.
166. European Commission, *The European Commission asks for the public's view in the fight against corruption*, in *europa.eu*, 2023.
167. European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the*

CERIDAP

Council on combating corruption, replacing Council Framework Decision 2003/568/JHA and the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and amending Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council, in europa.eu, 2023.

168. Si veda, in particolare, European Commission, *Guidance to member States recovery and resilience plans*, in www.ec.europa.eu, 22.01.2021; ma anche nel Preambolo del Reg. (UE) 2021/241, par. n. 39.
169. COM (2023)234.
170. Così il viceministro della Giustizia Francesco Paolo Sisto.
171. G. Corso, M. de Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 116-117.
172. M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 128.

The EU Charter of Fundamental Rights in constitutional adjudication. The Italian perspective

Barbara Randazzo

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-29

Il contributo si propone di fornire un'analisi critica dell'impatto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sul giudizio di legittimità costituzionale italiano. La ricostruzione dei più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale, con il riconoscimento della natura sostanzialmente costituzionale della Carta e dell'ampia sovrapponibilità delle garanzie da essa previste con quelle contenute nella Costituzione repubblicana, consentirà di mettere in luce le dinamiche del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia, nonché lo spirito di collaborazione che ne connota i rapporti in linea di massima. Il lavoro evidenzia altresì il ruolo cruciale svolto dalle due Corti nella definizione dei contenuti dell'identità nazionale e delle tradizioni costituzionali comuni anche in riferimento alla cd. dottrina dei controlimiti.

This study aims to critically examine the influence of the European Union's Charter of Fundamental Rights on the Italian constitutional adjudication system. The EU Charter's substantive constitutional nature and the significant overlap between its guarantees and those found in the Italian Constitution will be taken into consideration as the Italian Constitutional Court highlights its most recent approaches to the Charter of Fundamental Rights. The analysis will demonstrate how, in general, the Italian Constitutional Court's approach to the Court of Justice is one of open communication and cooperation. With reference to the so-called counter-limits doctrine, it will also highlight the critical roles that the two courts have played in defining the components of national identity and shared constitutional traditions.

Summary: 1. Introduction.- 2. An overview of the references to the Charter of

Fundamental Rights in Italian constitutional case law: some general features.- 3. The Italian Constitutional jurisprudence on the relationships between European and domestic law: the dualist doctrine. Brief remarks.- 3.1 The different approach followed by the Italian Constitutional Court with regard to the ECHR.- 4. Italian Constitutional Court as a “judge” in light of Article 267 TFEU: a troubled path.- 5. The various ways in which the Charter has been used in constitutional adjudication before and after its “treatisation”.- 5.1 The Charter as a formal parameter of constitutional adjudication.- 5.2 Direct effect of the Charter and question of constitutionality.- 6. Cases of “dual preliminary”: the first word to the Constitutional Court.- 6.1 The non-binding effect of the “clarification” on the first word.- 6.2 The subsequent fine-tuning of the “clarification”.- 7. The threat to raise the counter-limits in defence of national identity. The mainstream reading of the so-called “Taricco saga”.- 7.1 A less enthusiastic [and celebrating] reading of the “Taricco saga”.- 8. Conclusive remarks.

1. Introduction^[1]

The purpose of this paper is to critically consider the impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) within the Italian constitutional adjudication system.

After briefly recalling the Italian Constitutional Court’s well-established jurisprudence on the relationship between domestic and European Union law’s main features (paras. 3-3.1), the most recent approaches developed by the Italian Constitutional Court (ICC) with reference to the Charter of Fundamental Rights will be highlighted, taking into account the substantially constitutional nature of the EU Charter of Fundamental Rights and the largely overlap of its guarantees with those provided for in the Constitution of the Italian Republic (paras. 2, 5, 5.1, 5.2).

The tricky question of the relationship between the two charters has led to a rethinking of the link between the Italian Constitutional Court, the European Court of Justice (ECJ) and the ordinary court. In this regard, the ICC deemed necessary to make a “clarification” on the so-called “dual preliminary”, through an obiter dictum in a decision rejecting a constitutional challenge (paras. 6-6.2).

In this occasion, the Italian Constitutional Court had the opportunity to enhance its role as a court of referral under Article 267 TFEU despite its previous reluctance in such a recognition (para. 4).

Indeed, the very reason for the aforementioned “clarification” seems to be the dissatisfaction with the formulation of the preliminary questions proposed by the Tribunal of Cuneo to the Court of Justice in the case that gave rise to the well-known “Taricco Saga” (paras. 7-7.1). After the decision of the Court of Justice on this case, the Italian Constitutional Court considered it necessary, in fact, to better clarify the interpretative questions already submitted to the ECJ by the territorial Tribunal, proposing a new preliminary ruling on the same object in a constitutional proceeding in which the remitting judges (*giudici a quibus*) had decided to follow the Constitutional Court’s “clarification” on the “first word”, although it was not legally binding (para. 6.1).

The analysis that follows will show how an open dialogue and a spirit of cooperation characterise in principle the attitude of the Italian Constitutional Court towards the Court of Justice. The tensions that have also occurred seem to be inherent in the physiological dynamic of constructive relationships.

The crucial role played by the two Courts in defining national identity and common constitutional traditions has initiated a heated and rich doctrinal debate, which, however, does not yet seem to have found shared ground. After all, this is a highly complex task under a constitutional perspective with delicate political repercussions. The discussion on the so-called counter-limits doctrine, in particular, deserves further and deeper consideration (para. 8).

2. An overview of the references to the Charter of Fundamental Rights in Italian constitutional case law: some general features

As for Italian Constitutional justice, it seems appropriate to point out since the very beginning that the analysis here relevant has been developed mainly in the context of the “incidental” judicial review of legislation: out of 240 decisions (between 2002-2022) where the Charter is mentioned, 221 were delivered in this type of proceedings, whereas only 11 references were in “direct” judicial review on legislation, 7 in conflicts of attributions among the different powers of the

State, and one in an admissibility referendum request^[3]. It is worth noting that in the Italian system there is no individual access route to the Constitutional court for the protection of fundamental rights.

Similarly to the guarantees of the ECHR^[3], the CFREU provisions taken the most into account were: Article 21 (Non-discrimination), with 46 references; Article 47 (Right to an effective remedy and to a fair trial), with 43 references; Article 49 (Principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties), with 37 references; Article 20 (Equality before the law), with 27 references; Article 24 (The rights of the child), with 25 references; Article 7 (Respect for private and family life), with 16 references; Article 3 (Right to the integrity of the person), with 15 references; Article 34 (Social security and social assistance), with 14 references; Article 41 (Right to good administration), with 12 references; Article 50 (Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence), with 11 references; Article 16 (Freedom to conduct a business), with 11 references; Article 48 (Presumption of innocence and right of defence), with 10 references^[4].

There are many ways in which the constitutional jurisprudence mentions or applies the provisions of the CFREU: sometimes they are recalled only in the factual part, other times they are mentioned only “ad colorandum”, other times they are applied for the purposes of the decision on the admissibility or on the merits (see paras. 5-5.1-5.3).

3. The Italian Constitutional jurisprudence on the relationships between European and domestic law: the dualist doctrine. Brief remarks

In order to better understand the most recent developments in constitutional jurisprudence with reference to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, it is appropriate to bear in mind its established case law on the relationship between domestic and European law^[5] by recalling the historical landmark set by Judgment No. 170/1984 (Granital Judgment, rel. La Pergola)^[6]. According to the Italian Constitutional Court, the provisions of the European Economic Community (EEC), endowed with the trait of immediate applicability, do not have the effect of annulling – in the proper meaning of the

term – the incompatible domestic rule, but, rather, of preventing that rule from being applied for the resolution of the dispute before the national court. «*This would not be the case if the Community and State systems – and their respective law-making processes – were composed of units. In the Court’s view, however, although coordinated, they are distinct and mutually autonomous*».

Such general approach was constantly reiterated, recalling the more recent ECJ’s jurisprudence^[7] that reaffirmed «*the centrality of references for preliminary rulings for guaranteeing the full effectiveness of EU law and to ensure the useful effect of Article 267 TFEU, under which the power to “disapply” conflicting domestic provisions is consolidated*»^[8]. The Constitutional Court stressed that the Court of Justice «*explained that the failure to disapply a national provision that is held to conflict with European law violates «the principle of equality between the Member States and the principle of sincere cooperation between the European Union and the Member States, recognized by Article 4(2) and (3) TEU, with Article 267 TFEU and [...] the principle of the primacy of EU law (Judgment of 22 February 2022 in case C-430/21, RS, point 88)*»^[9].

By virtue of Articles 11 and 117, para. 1 of the Constitution, the Court guarantees compliance with the constraints of EU membership also in case of conflict with an EU rule lacking in direct effect. In such case where the conflict cannot be resolved by means of interpretation «*the ordinary court must raise a question as to the constitutionality, as it falls to this Court to evaluate the existence of a conflict that cannot be remedied by means of interpretation and to, potentially, strike down the law that conflicts with EU law*»^[10].

It is worth noting that the ICC also underlined to have consistently upheld the principle of the primacy of the EU law, clarifying that «*Within this system, the centralised review of constitutionality enshrined in Article 134 of the Constitution is not an alternative to the widespread mechanism for implementing European law [...], but rather merges with them to build an increasingly well integrated system of protections*»^[11].

3.1 The different approach followed by the Italian Constitutional Court with regard to the ECHR

With the 2007 twin judgments (Nos. 348 and 349)^[12], the Court “contained” the

emerging jurisprudential practice of disapplying the domestic law incompatible with the ECHR – assumed as a source of EU law by virtue of Article 6 TEU – on the basis of the centralised nature of the review of constitutionality, that would otherwise be compromised, given the substantive constitutional content of the ECHR provisions.

From a methodological point of view, the ICC, therefore, requires the ordinary court to firstly attempt to interpret the applicable law in conformity with the ECHR. Secondly, should it not be possible, the ordinary court is asked to raise a question of constitutionality with reference to Article 117, para. 1, of the Italian Constitution, in relation to the ECHR principles concretely relevant in the case at stake (as interposed parameters). As clarified by the ICC, ordinary judges are to consider ECHR provisions in light of the interpretation offered by the Court of Strasbourg. Under this aspect, in Judgment No. 49/2015^[13] the ICC explained that the ordinary court is obliged to follow the case law of the ECtHR only if the latter is an expression of “well established-jurisprudence”, thus clarifying that “in any event” the court’s duty to interpret domestic law in a manner consistent with the ECHR *«is, of course, subordinate to the overriding task of adopting a constitutionally compliant reading, since such a course of action reflects the axiological predominance of the Constitution over the ECHR»*.

This “clarification” gave rise to a heated debate at the time; it seems to affirm a kind of “constitutional protagonism”, the same that seems to characterise the “clarification” from 2017 (Judgment No. 269)^[14] and the ICC’s preliminary reference in the “Taricco saga”^[15].

The Constitutional Court nevertheless deemed it appropriate to reiterate that the ordinary judge, in interpreting domestic law has the constitutional duty to avoid violations of the European Convention and to apply its provisions, based on the “principles of law” expressed by the Strasbourg Court, especially when the case can be traced back to precedents of the latter (Constitutional Court Judgments No. 109/2017; No. 68/2017; No. 276/2016; No. 36/2016). When the conflict between the relevant law and the provisions of the Convention cannot be solved by interpretation, judges are still bound to raise a question of constitutionality before the Constitutional Court.

This system, established by the twin judgments of 2007, has not undergone changes following the entry into force of the Lisbon Treaty (December 1, 2009).

The Constitutional Court has indeed ruled out that the inclusion of the ECHR within the EU law (per Article 6, paragraphs 1-3, TEU) allows for the Convention to also be covered by Article 11 of the Constitution, therefore a direct disapplication of domestic provisions that are incompatible with it is excluded (see, among many, Constitutional Court judgments no. 80/2011; no. 264/2012 and no. 223/2014).

The Italian Constitutional Court has also excluded an indirect “treatisation” of the ECHR, based on the “equivalence clause” of Article 52, paragraph 3, of the EU Charter of Fundamental Rights, which follows from the equal standing of the latter with the Treaties, and this by emphasizing that by virtue of Article 51, paragraph 1, TEU, the provisions of the Charter apply only within the scope of the competences of the European Union.

4. Italian Constitutional Court as a “judge” in light of Article 267 TFEU: a troubled path

For a long time, the Italian Constitutional Court has been reluctant to qualify itself as a referring court within the meaning of Article 177 TEC (now Article 267 TFEU). The justification for such a position was based on its function «*of constitutional control, of supreme guarantee of the observance of the Constitution of the Republic by the constitutional organs of the State and those of the Regions*». This particular and unique role, in the Court’s opinion, precluded its inclusion «*among the judicial organs, whether ordinary or special, as so many, and profound, the differences are of its task, without precedent in the Italian legal system, and those well-known and historically consolidated proper to the judicial organs*» (Order No. 536/1995)^[16]. It was, therefore, up to the ordinary judge to refer the matter to the Court of Justice.

It will take until 2008, with Order No. 103^[17], to record the Constitutional Court’s entry into the “European judicial circuit” with the first preliminary reference to the Court of Justice in the context of a *direct* judicial review of legislation^[18], brought by the State on a law of the Region of Sardinia that introduced a regional tax on tourist stopovers of aircrafts and recreational crafts applicable also to companies not having tax domicile in the Region.

The Court recognised for the first time its own legitimacy to make a preliminary

reference in a *direct* judicial review on laws as the «*sole judge called upon to rule on the dispute*», with the aim to grant in this case the possibility «*to make the reference for a preliminary ruling provided for in Article 234 of the EC Treaty*» in the general interest of uniform application of Community law, as interpreted by the ECJ.

It is, however, the second reference for a preliminary ruling (Order No. 207/2013)^[19] that deserves to be particularly mentioned here: despite the fact that it was proposed for the first time in an *incidental* judicial review – in which the Court is not the sole judge – no reasoning was spent on such a relevant point. This silence seems revealing of the Court’s willingness not to engage in statements that would have forced it to explicit the terms of its role as a direct interlocutor with the European Court of Justice, drawing all the consequences. Indeed, the Court’s position is still characterised by a certain “fluidity”: sometimes its referral to the ECJ sounds in strong defence of “constitutional patriotism”^[20] – quoting the words of Silvana Sciarra, currently President of the ICC^[21] –, at other times it seems inspired by a more genuine spirit of cooperation^[22].

5. The various ways in which the Charter has been used in constitutional adjudication before and after its “treatisation”

Turning to the examination of the constitutional jurisprudence, a distinction should be made between the orientations developed before and after the entry into force of the Lisbon Treaty, which constitutes a crucial watershed.

Before the entry into force of the Lisbon Treaty, the Italian Constitutional Court’s consideration towards the Charter is clearly demonstrated by the fact that it was mentioned since Judgment No. 135/2002^[23], recognising that «*even though it has no legal effect, it is expressive of the principles common to the legal systems*». Following that first judgment, the Charter has since been referred to in other decisions, in which the Court has affirmed interpretative relevance to cases to which EU law was applicable^[24].

After the entry into force of the Lisbon Treaty, the Italian Constitutional Court noted the “treatisation” of the Charter^[25], excluding, however, that this resulted in

an indirect and generalised communitarisation of the ECHR, thus denying the ordinary court the power to directly disapply domestic rules incompatible with it^[26]. And this despite the fact that the general principle of equivalence of the protections ensured by the Charter and by the European Convention on Human Rights and its protocols (Article 52, para. 1 CFRUE) is also well established in the case law of the ECJ^[27].

With respect to the scope of application, after recalling Article 51 of the catalogue as well as the Declaration No. 1 annexed to the Treaty of Lisbon, the Italian Constitutional Court clearly stated that the Charter does not constitute an instrument for the protection of fundamental rights beyond the competences of the Union, aligning itself with the ECJ's constant jurisprudence^[28]. The Court reiterates that: «*It is therefore a condition for the applicability of the Charter of Nice that the case before the court must be governed by European law – in so far as it relates to acts of the European Union, national acts and conducts which give effect to European Union law, or to the justifications put forward by a Member State for a national measure which is otherwise incompatible with European Union law – and not merely by national rules which have no connection with European Union law*»^[29]. Nor can the existence of a “European case” be inferred from a generic reference to policies pursued by the Union or to Council recommendations without binding force. The application of the Charter presupposes that European Union law establishes specific obligations on the Member States in the area covered by the provisions under review.

In 2017, by Judgment No. 269^[30] the ICC marked an important turning point in cases of “dual preliminary”, securing for itself the first word^[31].

The ruling, recalling that the Lisbon Treaty «*has conferred binding legal effects on the Charter of Fundamental Rights (...), putting it on an equal footing with the Treaties*», explicitly stated that it «*constitutes a part of Union law endowed with special characteristics by reason of its constitutionally-derived content*». The circumstance that the principles and rights enshrined therein «*intersect to a large extent with the principles and rights guaranteed by the Italian Constitution (and by the other national Constitutions of the Member States)*» is decisive for the role that the Constitutional Court has acknowledged for itself in cases of “dual preliminary”, i.e. questions with which the simultaneous violation of rights protected both by the Constitution and by the European catalogue is claimed^[32].

In 2020, emphasising the Charter's aspiration to «*summarise the constitutional traditions common to the Member States of the entire Union*» – the Constitutional Court reaffirmed its applicability (also) as an «*interpretative instrument of the corresponding constitutional guarantees*» (Judgment No. 102/2020)^[33]. The Italian Court highlighted the «*relationship of mutual implication and fruitful integration*» that links, sometimes in an inseparable connection, constitutional principles and rights with those recognised by the Charter: indeed, the scope and latitude of supranational guarantees «*reverberate on the constant evolution of constitutional provisions*» with a view to constantly enriching the instruments for the protection of fundamental rights^[34].

In this perspective, the Charter is applied as a “complement” to constitutional guarantees: the Italian Court emphasised that «*the implementation of an integrated system of guarantees has its cornerstone in the loyal and constructive cooperation between the different jurisdictions, called upon – each for its part – to safeguard fundamental rights in the perspective of a systemic and non-divided protection*»^[35]. The Constitutional Court, hearing questions concerning the application of the statute of limitations, referred to the mechanism of greater constitutional protection with regard to the principles of retroactivity of the milder criminal law and the legality of crimes and penalties.

The principle of retroactivity of the milder criminal law is not supported – unlike the prohibition of retroactivity of the incriminating or aggravating legislation (Article 25, second paragraph, of the Italian Constitution) – by explicit constitutional coverage. It finds expression in the Italian system at the ordinary law level (Article 2 of the Criminal Code) and its implicit foundation in the principle of equality (Article 3 of the Italian Constitution), which also marks its limit, any exceptions being permitted within what is reasonable^[36]. Additionally, the Italian Court specified that the principle of retroactivity in mitius finds explicit confirmation and European coverage in Article 49, para. 1 of the Charter, pursuant to which if, after the commission of the offence, the law provides for the application of a lighter penalty, the latter must be applied.

The Italian Constitutional Court made it also clear that, even in the absence of the necessary reasoning by the referring court on the EU-law applicability, the rules of the Charter may «*nevertheless be taken into account as criteria for interpreting the other parameters, constitutional and international, invoked by the*

court»^[37] .

Thus, in many judgments^[38] , the Charter is employed mainly ad adiuvandum, in support of a reasoning that would, in any case, be sufficient in relation to the internal parameters referred to. Such a use of the Charter, symptomatic of a spontaneous choice of the Constitutional Court, demonstrates not only its use to broaden the range of instruments for the protection of fundamental rights from which it can be drawn on, but also its ambition to take a leading role in shaping the multilevel system of fundamental rights protection^[39] .

5.1 The Charter as a formal parameter of constitutional adjudication

In a significant number of decisions^[40] the Charter was invoked formally as a parameter of the judgement included in the *thema decidendum*.

With Order No. 117 of 2019^[41] , a referral to the ECJ, the Italian Constitutional Court affirmed to *«seek clarification from the Court of Justice on the exact interpretation and, if necessary, the validity, in the light of Articles 47 and 48 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union»*, of the relevant secondary European law. The Court added that the question at stake – involving the right to silence of the accused (*nemo tenetur se detegere*) in administrative proceedings liable to result in the imposition of sanctions of a punitive nature – had never before been addressed to the ECJ. After the ruling of the Court of Justice, the Italian Court concluded stating that the domestic provision was incompatible with the right to silence, protected by Articles 24 Const., 6 ECHR, 14 § 3 lett. g) of the International Covenant on Civil and Political Rights, and Articles 47 and 48 of the CFREU^[42] . Indeed, interpreting Articles 47 and 48 of the Charter, the Grand Chamber of the ECJ, in *D. B. v. Consob*^[43] , clarified that the right to silence is intended to ensure that, in a criminal case, the prosecution bases its arguments without resorting to evidence obtained by coercion or pressure, against the defendant's will; therefore, it is violated, in particular, in a situation in which a suspect, threatened with punishment, should they refuse to testify, either testifies or is punished for refusing to testify. Following the ECJ indications, the Italian Court found the violation of the right to silence protected jointly by the aforementioned constitutional, supranational, conventional and international

parameters which, complementing each other, are integrated in the definition of the standard of protection of the right to defence, the essence of which consists in the right of the person concerned to remain silent without being compelled, under threat of punishment, to make statements *contra se ipsum* and to answer questions likely to give rise to their own liability.

5.2 Direct effect of the Charter and question of constitutionality

More recently, through Judgment No. 149/2022^[44], the Italian Constitutional Court reiterated that the direct effect in the Member States' legal orders of the rights recognised by the Charter (and of the rules of secondary law implementing those rights) does not render inadmissible the question of constitutionality on a domestic provision in relation to rights which to a large extent intersect the principles and rights guaranteed by the Italian Constitution itself. Such questions, once raised, must instead be scrutinised on the merits by the Constitutional Court, which exclusively has the task of declaring, with *erga omnes* effects, the constitutional illegitimacy of provisions that are contrary to the Charter, pursuant to Articles 11 and 117, para. 1 of the Italian Constitution^[45]. Such remedy does not replace, but, rather, is in addition to the one represented by the disapplication in the individual case, by the ordinary court, of the provision contrary to a rule of the Charter with direct effect. And this with a view to enriching the instruments for the protection of fundamental rights, which, «*by definition, excludes any preclusion*», and which sees both the ordinary court and the Constitutional Court committed to implementing European Union law in the Italian legal order, each with its own instruments and each within the scope of its respective competence.

6. Cases of “dual preliminary”: the first word to the Constitutional Court

The multilevel system of protection of fundamental rights realises the possibility that a domestic law may be deemed by the ordinary court to be incompatible with the Constitution and, at the same time, with the Charter of Fundamental

Rights of EU.

Rather than leaving ordinary judges free to choose to which court they should address any interpretative or compatibility doubt to this regard, the Italian Constitutional Court decided to provide a clarification aimed at directing said choice within the already mentioned landmark Judgment No. 269 of 2017^[46].

The substantive constitutional content of the European catalogue makes it possible, in fact, for cases of “dual preliminary” to occur, when domestic laws infringe individual rights protected at the same time by the Constitution and by the Charter. In these cases, the Italian Constitutional Court stated that: *«Therefore, violations of individual rights posit the need for an erga omnes intervention by this Court, including under the principle that places a centralised system of the constitutional review of laws at the foundation of the constitutional structure (Article 134 of the Constitution). The Court will make a judgment in light of internal parameters and, potentially, European ones as well (per Articles 11 and 117 of the Constitution), in the order that is appropriate to the specific case, including for the purpose of ensuring that the rights guaranteed by the aforementioned Charter of fundamental rights are interpreted in a way consistent with constitutional traditions, which are mentioned in Article 6 of the Treaty on European Union and by Article 52(4) of the EUCFR as relevant sources in this area. Other national constitutional courts with longstanding traditions have followed an analogous line of reasoning (see, for example, the decision of the Austrian Constitutional Court, Judgment U 466/11-18; U 1836/11-13 of 14 March 2012)»*^[47].

In this way, the principle of legal certainty with respect to the domestic legal system is better safeguarded, especially with regard to issues that may give rise to a wide number of similar disputes^[48].

In the opinion of the ICC, the reserved “first word” has been balanced by the affirmation of the persistent power/duty of the ordinary judge to disapply the domestic rule incompatible with the Charter, of course when the conditions are met^[49].

The Court’s approach finds justification in the need to preserve the centrality of its role within the Italian system of constitutional justice, fearing the risk of otherwise being marginalised by the European Court.

Moreover, the Court stressed in this way the importance of being the referral

judge in the light of Article 267 TFEU, granting a direct and cooperative dialogue with the ECJ on the Charter, also with the aim of defining national identity and the common constitutional traditions.

6.1 The non-binding effect of the “clarification” on the first word

An analysis of the first judicial follow-up showed that the “clarification” of the Court has been variously transposed by ordinary judges: some have immediately complied with it ^[50]; others have considered it as a mere “methodological proposal” with no binding value; some courts, deeming it unsuitable to bind their logical procedure, have made “direct implementation” of the CFREU as interpreted by the Court of Justice because of the “specific elements” of the case at hand, *«without determining any friction with the principle of centralised control of constitutionality under Article 134 Const., on which the indications contained in C. const. No. 269/17 are based»*.

Still, others courts have proposed preliminary referrals, rather than raising a question of constitutionality in advance, not considering binding the path indicated by the Constitutional Court. Taking into account the concrete case at stake, ordinary judges underlined that *«The direct dialogue with the Court of Justice turns out to be, in the present case, the most direct and effective tool to ascertain the compatibility of domestic law with the provisions of the Union and the principles placed to protect fundamental rights given the clear prevalence of the aspects concerning the disputed compliance with Union law over national profiles»* ^[51].

The reluctance of the Court of Cassation to follow the Constitutional Court’s directive clearly shows how a general and abstract indication is not suitable to guarantee the best solution in the concrete case. Moreover, the Constitutional Court has no weapons to prevent and to strike down the judge’s disobedience, relying only on its own moral suasion.

With the arguments put forward, the reluctant judges claimed the prerogative of direct dialogue with the Court of Justice guaranteed to them by EU law, a prerogative that constitutes the hallmark of the European judicial system, obviously in the areas of EU competence, which, as it is well known – it is worth

recalling –, have not been extended since the entry into force of the Charter of Fundamental Rights (Article 6 TEU).

6.2 The subsequent fine-tuning of the “clarification”

Indeed, with Order No. 117/2019^[52], the Court – in one of the first decisions raised by the Supreme Court of Cassation in deference to the “clarification”^[53] contained in Judgment No. 269/2017 – rather than simply deciding the *quaestio legitimitatis* on the basis of constitutional provisions, addressed to the Court of Justice some questions regarding the correct interpretation of the European provisions also invoked by the referring judge. The Constitutional Court evoked in particular the «*spirit of loyal cooperation between national and European courts*», necessary to reach the definition of “common levels” of protection of fundamental rights. It also enhances the perimeter of dialogue (in “matters subject to regulatory harmonization”), which in the field of rights is considered «*an objective of primary importance*» for the purpose of shared identification of standards of protection.

This collaborative attitude and the role of the Constitutional Court were confirmed by Order No. 182/2020^[54], that address to the ECJ an interpretative question on the scope of Article 34 CFREU, i.e. whether it should be interpreted to include birth and maternity allowances, based on the European legislation on the coordination of social security systems, and, therefore, whether EU law should be construed to disapply national legislation that does not extend the aforementioned benefits to foreigners holding a single residence permit, contrarily to foreigners holding EU long-term permits.

The Constitutional Court requested that the referral be decided under an expedited procedure, warning that the issues submitted for European consideration are «*widely debated in the domestic case law*» and that it could not be ruled out that they would «*give rise to numerous further prejudicial referrals from the ordinary courts*». The order specified that «*the amplitude of the pending litigation attests to a serious state of uncertainty as to the meaning to be attributed to Union law*» in a «*pivotal area of the European Union’s common immigration policy in the space of freedom, security and justice*» and in the matter of «*equal treatment of third-country nationals and nationals of the Member States in which*

they reside, which is a qualifying and propelling element of that policy». Moreover, in a passage of the reasoning, the Court expressly clarified the reason why the Supreme Court of Cassation preferred not to directly propose the preliminary reference: «*The widespread orientation in the jurisprudence on the merits, which gives direct effectiveness to the provisions of Article 12 of Directive 2011/98/EU, is not followed by the administration competent to grant the benefits, while the Court of Cassation, called to ensure the uniform interpretation of national law, has turned to this Court to obtain a pronouncement with erga omnes effects».* The quoted statements clearly demonstrate the spirit underlying the dialogue between Courts, which is nourished by knowledge and respect for each other's areas of competence. They shed new light on the "clarification" contained in Judgment No. 269 and its sequel, punctually enhancing the proprium connected with the Constitutional Court's exercise of the power of referral under Article 267 TFEU, in cases susceptible of generating serial litigation. By means of such an order Italian Constitutional Court summarised the most recent orientation underlining its competence to «*review any aspects in which the national provisions conflict with the principles set out in the Charter»*; and, when it is the referring court itself that raises a question that also concerns the rules of the European catalogue, it «*cannot refrain from assessing whether the provision under control infringes, at the same time, the constitutional principles and the guarantees enshrined in the Charter»*^[59]. As a national court in the light of Article 267 TFEU, the Court «*shall make a reference for a preliminary ruling whenever necessary in order to clarify the meaning and effects of the rules of the Charter; and it may, at the outcome of that assessment, declare the provision under control to be unconstitutional, thereby removing it from the national legal order with erga omnes effects»*^[60].

7. The threat to raise the counter-limits in defence of national identity. The mainstream reading of the so-called "Taricco saga"

Finally, mention should be made to the sensitive issue of the limits to the entry of European law in a context deeply changed in relation to those that led the Constitutional Court to the elaboration of the counter-limits doctrine.

Under this aspect, Order No. 24 of 2017^[57] needs to be analysed, through which the Constitutional Court made a reference to the ECJ for a preliminary ruling for the third time in its history^[58].

Having been asked to decide the question on the constitutionality of Article 2 of Law No. 130/2008 – that authorised the ratification of the Treaty of Lisbon in so far as it gives effect to Article 325 paras. 1-2 of the Treaty on the Functioning of the European Union, as interpreted by the Taricco judgment^[59] –, the Constitutional Court asked the European Court of Justice to clarify whether the aforementioned Article 325, in the interpretation offered by it, should be understood as requiring the criminal court to not apply national rules on limitation periods. The latter precluded in a considerable number of cases the eradication of serious frauds, detrimental to the financial interests of the Union, or, in any case, provided for such frauds shorter limitation periods than those laid down for frauds detrimental to the financial interests of the State. The non-application lacked a sufficiently determined legal basis, even in a Member State's legal system such as the Italian one, where the limitation period is part of substantive criminal law and subject to the principle of legality and where, therefore, the non-application is contrary to the supreme principles of the Member State's constitutional system or to the inalienable rights of the individual. The doubt of constitutionality, from which the European preliminary ruling question arose, was fuelled by the circumstance that the non-application of the domestic statute of limitation rules, imposed by the Taricco judgment, would have led to the conviction of numerous people accused of tax fraud in relation to the collection of VAT, which would otherwise be time-barred under the current legal framework. The case called into question a cornerstone of the Italian constitutional order, namely the principle of legality of offences and penalties, which required, inter alia, that the rules on criminal liability are sufficiently determined. The Court noted that the European judgment merely excluded the statute of limitation period from the scope of Article 49 of the Charter on the legality of criminal offences and penalties, but did not require the Member State to refrain from applying «*its constitutional provisions and traditions, which, in relation to Article 49 (...) and Article 7 of the European Convention on Human Rights, are more favourable to the defendant*»: this would not be allowed «*when they express a supreme principle of the*

constitutional order, as is the case with the principle of legality in criminal matters in relation to the entire material sphere to which it is addressed». Given this premise, the Italian Constitutional Court could have activated the mechanism of counter-limits to preserve the integrity of a supreme constitutional principle, pronouncing the constitutional illegitimacy of the law ratifying and executing the Treaty of Lisbon in the part in which it introduced into the domestic legal system the rule entailing the disapplication of the provision on the limitation period (through the Taricco judgment).

The Italian Court, instead of invoking the counter-limits, nonetheless, chose the different path of a collaborative dialogue with the Court of Luxembourg. The latter was therefore asked to clarify whether the rule enunciated by the Taricco judgment should operate to the detriment of a supreme principle. The Italian Court, while anticipating its own contrary conviction, wisely addressed the doubt to the ECJ. Indeed, according to the Italian Court the qualification as a rule of substantive criminal law subject to the principle of legality expressed by Article 25, second paragraph, of the Italian Constitution «*constitutes a higher level of protection than that granted to defendants by Article 49 of the Nice Charter and Article 7 of the ECHR*». The Constitutional Court, in the perspective of the multilevel system of protection, appealed to Article 53 of the Charter affirming that European law itself requires safeguarding the higher level of protection offered, in this case, by the Italian Constitution. It «*confers on the principle of criminal legality a broader object than that recognised by the European sources, because it is not limited to the description of the fact of the crime and the penalty, but includes every substantial profile concerning criminal liability*», including the statute of limitations.

A different conclusion, in addition to clashing with the spirit of the aforementioned Article 53, would illogically lead to the assumption that the process of European integration would have the effect of degrading national achievements in the area of fundamental freedoms and would depart from its path of unification under the banner of respect for human rights. Indeed, the ECJ has pointed out that the ways in which each Member State protects the fundamental rights of the individual do not need to be identical and that each State protects those rights in accordance with its own constitutional system. In its judgment of 5 December 2017, the Grand Chamber of the ECJ^[60], in

understanding the interpretative doubt raised by Order No. 24 of 2017, held that the national court's obligation to disapply, with respect to VAT fraud, the domestic statute of limitations law is void where it results in a violation of the principle of legality, due to the retroactive application of the stricter penalty rules and/or the insufficient precision of the applicable law. Instead, it should be left to the national court to assess the compatibility of the "Taricco rule" with the principle of certainty in criminal matters, which is *«both a supreme principle of the Italian constitutional order and a cornerstone of European Union law, pursuant to Article 49 of the Charter»*. The competent authority in this respect is the Constitutional Court which *«has the exclusive task of ascertaining whether the European Union law conflicts with the supreme principles of the constitutional order»*^[61].

Subsequently, with Judgment No. 115/2018^[62], the Italian Constitutional Court declared the questions concerning the compatibility of the "Taricco rule" with the supreme constitutional principle of criminal legality as unfounded.

According to the prevailing doctrinal opinion this outcome culminated in the decisive dialogue between the Courts in a climate of loyal and constructive cooperation^[63].

7.1 A less enthusiastic [and celebrating] reading of the "Taricco saga"

With Order No. 24/2017, as mentioned above, the Italian Constitutional Court reacted to the judgment of the Court of Luxembourg – in the case of the so-called "Carosello frauds" perpetrated to the detriment of the financial revenues of the Union – by which the Grand Chamber of the ECJ had declared that the Italian legislation on limitation periods undermined the obligations imposed on Member States by Article 325, paras. 1 and 2, TFEU in the event that it *«prevents the imposition of effective and dissuasive sanctions in a considerable number of cases of serious fraud detrimental to the financial interests of the European Union, or in which it provides, for cases of fraud detrimental to the financial interests of the Member State concerned, longer limitation periods than those provided for cases of fraud detrimental to the financial interests of the European Union»*, circumstances which it was for the national court to verify. The ECJ had also

stated that it was up to the national court to disapply domestic legislation in order to comply with the obligations arising from Article 325 TFEU, without *«requesting or waiting for the prior removal of those provisions by legislation or by any other constitutional procedure»* (para. 49). Moreover, the Court of Justice pointed out: *«It should be added that if the national court were to decide to disapply the national provisions in question, it would at the same time have to ensure that the fundamental rights of the persons concerned are respected. The latter, in fact, could have sanctions imposed on them from which, in all probability, they would have avoided if the said provisions of national law had been applied»* (para. 53).

Questions of constitutionality on European law as interpreted in the Taricco judgment were submitted to the Constitutional Court, with reference to Article 25 Const., by the Supreme Court of Cassation and the Court of Appeal of Milan. Endorsing the interpretative theses of the referring judges and of a relevant part of the doctrine, the Italian Court assumed that the substantive nature of the statute of limitations was inherent to the principle of legality under Article 25 Const., and for that very reason rose to a supreme principle of the system, an expression of national identity. Through the referral of Article 267 TFEU, with Order No. 24/2017, it therefore proposed three interpretative questions aimed at obtaining a reconsideration of the Taricco ruling that would avoid the otherwise-deemed inevitable application of the counter-limits doctrine. Well, the 1973 legal context, within which the Italian Constitutional Court had elaborated the aforementioned doctrine to limit the entry of EU provisions into the domestic legal order, was quite different: the current one, as it has already been pointed out ^[64], not only records a decisive enlargement of the areas of competence of Union law, but also the adoption of a Charter of Fundamental Rights having the same legal value as the Treaties.

In this renewed context, more courageous and innovative avenues could have been explored, capable of “contaminating” the different legal concepts involved, with the ultimate goal, not already of asserting an axiological predominance of the Italian Constitution, even over European Community law, but of offering constitutional justice through an open dialogue, not precluded by pre-established positions ^[65].

Turning to the heart of the question, we must dwell on the passages from the

grounds of the order in which the substantive nature of the statute of limitations is assumed to be the inalienable content of the supreme principle of legality in its national version, not only for the past, but also for the future, on the basis of the consolidated case law with which the ICC endorsed the thesis of the majoritarian criminal doctrine.

According to the Constitutional Court, the statute of limitations «*affects the criminal liability of individuals and the law, consequently, regulates it by reason of an assessment that is made with reference to the level of social alarm induced by a certain crime and to the idea that, after some time has elapsed since the commission of the act, the need for punishment is reduced and the author has acquired a right for it to be forgotten (judgment no. 23 of 2013)*»^[64].

The Court does not seem to recognise any relevance to the fact that the right to be forgotten – if it can be protected exclusively in the event of failure to bring a prosecution in due time – must, on the contrary, be balanced with other interests equally worthy of protection, once the criminal proceedings have started: in this case, in fact, it does not seem reasonable to consider that the passage of time in any case mitigates the need for punishment^[67].

The clear distinction between the prescription of the crime and the prescription of the trial proposed in this regard by Glauco Giostra appears illuminating and fully persuasive: «*The social wound of the crime can be healed in two ways: with the healing of time or with the suture operated by a judge. The first eventuality occurs when the judicial system does not know, does not want to or does not succeed in intervening: after a certain number of years, society considers oblivion more functional to social stability, rather than the exhumation of the event (prescription of the crime). When, on the other hand, before the statute of limitations of the offence accrues, the deputy judicial bodies promote the ascertainment of liability, attributing it to a specific object, there is no longer the inert passage of time, the silent action of Cronos: the community does not want to forget. There are indications of guilt and there is a need to verify their basis. The running of the crime's statute of limitations stops forever. The demand for justice can no longer be silenced by time, it must be answered by the judge's ruling. But this cannot happen in an indefinite time, the accused has the right to know the judicial response in a reasonable time, after which, the judge must issue a measure of not having to proceed (statute of limitation of the trial)*»^[68]. Giostra himself defined the statute of

limitations as the “platypus” of the Italian criminal system, questioning its very “criminal policy option”.

To tone down the terms of the confrontation between the two Courts, the reasoning could have been articulated according to the different configurable hypotheses based on the time of commission of the crime and whether or not the statute of limitations had run, distinguishing between crimes committed before the Taricco ruling (September 8, 2015), crimes committed after that ruling for which the statute of limitations had not run yet, and crimes committed after the ruling for which the statute of limitations would have run at the time of the trial. To align with the European Courts, constitutional jurisprudence on favourable criminal provisions – which per se would systematically escape constitutionality review precisely because of the principle of legality set forth under Article 25 Const.^[69] – could have been used, exactly as in the present case.

At the very root of the Taricco querelle, still distant positions on the notion of national identity, common constitutional traditions and the function of counter-limits can be discerned^[70]. But the analysis of such an issue is beyond the scope of this contribution.

8. Conclusive remarks

To sum up, in disputes concerning cases governed by EU law, where a provision of the Charter allegedly infringed by national law has direct effect, the protection can and must be ensured by the ordinary court by means of disapplication, in the context of a widespread review of European compatibility.

If the supranational provision cannot grant the aforementioned effectiveness, the path of disapplication must give way to the constitutional review of domestic legislation with reference to Articles 11 and 117, para. 1, of the Italian Constitution. In any case, this is without prejudice to the review of constitutionality referred to the Court when the same petitioner invokes it by referring cumulatively to domestic and supranational parameters, as well as in cases where the question is raised in main proceedings.

In cases having no connection with EU law, instead, the assessment on the conformity with domestic constitutional parameters of the rule allegedly infringing a fundamental right is necessarily left to the Constitutional Court. But

re-centralisation for mere defensive purposes or for “constitutional protagonism” seems in itself hardly compatible with a system of integrated constitutional justice that draws its lifeblood from the instrument of the preliminary reference, from the direct dialogue between the Court of Justice and all the national jurisdictions.

The centralised model of constitutional justice in which the Constitutional Court is the undisputed protagonist is unaffected in areas that fall outside European law. In matters within the competence of the European Union, even when fundamental rights are at stake, however, the claim will of the Constitutional Court to play the role of a filter or a gatekeeper before the Court of Luxembourg, conveying questions of European (constitutional) compatibility that arise in judgments pending before the ordinary courts, seems questionable^[71]. Completely different are the considerations regarding a “re-centering” aimed at guaranteeing “depth” to the dialogue among Courts: in the “ascendent” phase, through a broader and more accurate representation of the specificities and problems of the domestic system; in the “descendent” phase, through the erga omnes effects of a decision of unconstitutionality.

In this perspective Constitutional Courts hold a different “centrality” in the system of protection of fundamental rights. They play a key role as “constitutional mediators” required to provide the Court of Justice with the essential elements for the appreciation and enhancement of common constitutional traditions.

In other words and in conclusion, the implementation of the EU Charter of Fundamental Rights has had a significant impact on the ongoing transformations of constitutional justice, redefining the boundaries of constitutional jurisdiction in the relationship between national Constitutional/Supreme courts, Courts of Justice and ordinary courts.

1. This contribution will be published also in: A. Heger (ed.), *Relationship between the EU-Charter of Fundamental Rights and National Fundamental Rights: A Comparative Analysis of the Case Law of National Constitutional Courts*, Springer, 2024.
2. According to Article 134 of the Italian Constitution: «*The Constitutional Court shall pass judgement on: disputes concerning the constitutional legitimacy of laws and enactments having the force of law issued by the State and the Regions; conflicts arising over the allocation of powers of the State and between the State and the Regions, and between Regions;*

- accusations made against the President of the Republic, according to the provisions of the Constitution*». Furthermore, according to Article 2 of the Constitutional Law No. 1 of 1953, «*It is for the Constitutional Court to judge whether requests for an abrogative referendum submitted under Article 75 of the Constitution are admissible under the second paragraph of the same article*». For more details on the Italian system of constitutional justice, see V. Barsotti, P. G. Carrozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 49-63.
3. Indeed, in the majority of the cases analysed (153 out of 240), the provisions of the CFREU were invoked along with the corresponding guarantees of the ECHR.
 4. Other provisions were mentioned less than ten times. A comprehensive overview of constitutional jurisprudence on the subject is provided by R. Nevola, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Servizio Studi Corte costituzionale (STU 32), 2021, pp. 28-29 (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_322__carta_ue__20210623143037.pdf) until June 2021 and, afterwards, by the *Annual Report on the Constitutional jurisprudence*, Chapter IV, pp. 547-556 edited by the Constitutional Court Studies Department, 2021 (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/1043_P/relazione_giurisprudenza_costituzionale_2021_20220427115533.pdf) and the *Annual Report on the Constitutional jurisprudence*, Chapter IV, pp. 563-578 edited by the Constitutional Court Studies Department, 2022. (https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/pdf/Relazione_Giurisprudenza_costituzionale_2022_23_marzo_2023.pdf).
 5. On the troubled stages of the constitutional jurisprudence, see: B. Nascimbene, *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*. Giuffrè Editore, Milano, 2015; V. Barsotti, P. G. Carrozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, New York, 2016.
 6. Const. Court, Judgment No. 170/1984 available at <https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1984&numero=170&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O>.
 7. Judgment of 20 December 2017, case C-322/16, Global Starnet Ltd., paras 21 and 22; Judgment of 24 October 2018 case C-234/17, XC and others, para 44; Judgment of 19 December 2019 case C-752/18, Deutsche Umwelthilfe, para 42; Judgment of 16 July 2020 case C-686/18, OC and others, para 30.
 8. Const. Court, Judgment No. 67/2022, *Conclusions on points of law* n. 10, available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sent.%2067%20del%202022.pdf. See also Const. Court, Judgment No. 198/2022.
 9. Const. Court, Judgment No. 67/2022, *Conclusions on points of law* n. 10. See G. Della Cananea (2023), 165-199.
 10. Const. Court, Judgment No. 263/2022. See also Judgments No 284/2007, 28/2010,

CERIDAP

- 227/2010, 75/2012, 267/2017 and Order No. 207/2013.
11. Const. Court, Judgment No. 67/2022, *Conclusions on points of law* n. 11.
 12. Const. Court, Judgments Nos. 348 and 349/2007 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S348_2007_Eng.pdf and at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S349_2007_Eng.pdf.
 13. Const. Court, Judgment No. 49/2015 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S49_2015_en.pdf.
 14. See below para. 6.
 15. See below para. 7.
 16. Const. Court., Order No. 536/1995, available at <https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=1995&numero=536&tipoView=P&tipoVisualizzazione=O>.
 17. Constitutional Court, Order No. 103/2008 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O2008103_en.pdf.
 18. See V. Barsotti, e al., *op. cit.*, pp. 53-54.
 19. Const. Court. Order No. 207/2013 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/207-2013.pdf.
 20. Const. Court, Order No. 24/2017 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf.
 21. S. Sciarra, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, p. 45 (<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44831>).
 22. Const. Court, Order No. 117/2019 available at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_117_2019_EN.pdf; Const. Court, Order No. 182/2020 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/EN_Ordinanza_182_2020_Sciarra.pdf; Const. Court, Order No. 216/2021 available in English at [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Ordinanza%20n.%20216%20del%202021%20\(1\).pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Ordinanza%20n.%20216%20del%202021%20(1).pdf); Const. Court, Order No. 217/2021 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Ordinanza%20n.%20217%20del%202021.pdf See below para. 6.2.
 23. Const. Court, Judgment 135/2002 available at <https://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2002&numero=135&>

CERIDAP

tipoView=P&tipoVisualizzazione=O.

24. See R. Nevola, *op. cit.*, and the *Annual Report on the Constitutional jurisprudence, op. cit.*, (2021 and 2022).
25. Const. Court, Judgments Nos. 28, 93 and 138/2010; 236/2011, 31/2012 and 210/2013. More references in R. Nevola, *op. cit.*, p. 30 and in the *Annual Reports on the Constitutional jurisprudence (2021-2022), op. cit.* See C., Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel sistema integrato di tutela*, in *Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Giappichelli, Torino 2022.
26. Const. Court, Judgment No. 80/2011 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2011_080_DeSiuvo_Frigo_en.pdf. See also Const. Court, Judgments Nos. 239/2014; 18/2021.
27. Const. Court, Judgment No. 222/2019 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/EN_Sentenza_222_2019_Vigan%C3%B2.pdf. See also Judgments Nos. 145/2020, 84 and 182/2021.
28. Const. Court, Judgments Nos. 80/2011, 67/2016, 185 and 213/2021, 19, 28 and 34/2022.
29. Const. Court, Judgment No. 80/2011, above n. 25. See R. Nevola, *op. cit.*, p. 45.
30. Const. Court, judgment No. 269/2017 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_269_2017_EN.pdf.
31. See below para. 6. See G. Martinico, G. Repetto, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 15(4), 2019, pp. 731-751 (doi:10.1017/S1574019619000397).
32. Const. Court, Judgment No. 20/2019 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_20_2019_EN.pdf. Const. Court, Orders Nos. 117/2019 and 182/2020 expressed themselves in equivalent terms, above n. 21.
33. Const. Court, Judgment No. 102/2020 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/EN_Sentenza_102_2020_Vigano.pdf.
34. Const. Court, Order No. 182/2020, above n. 21. and Judgment No. 54/2022 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/SENTENZA%20n.%2054%20del%202022%20-%20red.%20Sciarra%20EN.pdf.
35. Const. Court, Judgment No. 254/2020 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza_n._254_del_2020_red_Sciarra_EN.pdf.
36. Const. Court, Judgments Nos. 393 and 394/2006, 28/2010, 223/2018 and 63/2019

CERIDAP

- available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/EN_Sentenza_63_2019_Vigan%C3%B2.pdf.
37. Const. Court, Judgment No. 33/2021 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%2033%20del%202021%20red.%20Vigan%C3%B2%20EN.pdf.
38. Const. Court, Judgments Nos. 135 and 445/2002, 45/2005, 190, 393/2006, 394/2006, 349/2007, 182/2008, 251/2008, 438/2008, 28/2010, 93/2010, 82/2011, 236/2011, 168/2014, 239/2014, 95/2016, 200/2016, 236/2016, 262/2016, 17/2017, 76/2017, 269/2017, 43/2018, 223/2018, 232/2018, 114/2019, 144/2019, 187/2019, 271/2019, 32/2020, 44/2020, 102/2020, 103/2020, 145/2020, 192/2020, 260/2020, 15/2021, 32/2021, 59/2021, 112/2021; Const. Court, Orders Nos. 314/2011 and 207/2018. See R. Nevola, *op. cit.*, p. 33, and the *Annual Reports on the Constitutional Court jurisprudence, op. cit.*, 2021 and 2022.
39. Among the most significant decisions, see Const. Court, Judgment No. 236/2016 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/236_2016.pdf. The ICC held that the edictal framework established by the Criminal Code for the crime of alteration of state committed by means of forgery was intrinsically unreasonable, recalling that the principle of the necessary proportionality of the penalty with respect to the crime not only derives from the invoked constitutional parameters (Articles 3 and 27) but also receives explicit support in Article 49, para 3, of the Charter.
40. See, *ex multis*, Const. Court, Judgments Nos. 23/2016, 94, 111 and 179/2017, 99, 115 and 194/2018, 20, 37, 63 and 112/2019, 49 and 84/2021, 13, 54 198 and 262/2022. See R. Nevola, *op. cit.*, pp. 37-43 and the *Annual Reports on the Constitutional jurisprudence, op. cit.*, 2021-2022.
41. See above n. 21. See also Const. Court, Judgments Nos. 13 and 19/2022.
42. Const. Court, Judgment No. 84/2021; similarly see: Const. Court, Judgment No. 13/2022.
43. ECJ [GC], Judgment of 2nd February 2021, case C-481/19, D.B. v. Consob, ECLI:EU:C:2021:84.
44. Const. Court, Judgment No. 149/2022 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%20149%20del%202022%20EN.pdf.
45. See also Const. Court, Judgments Nos. 54/2022, 182/2021, 49/2021, 11/2020, 63/2019, 20/2019 and 269/2017; Const. Court, Orders Nos. 182/2020 and 117/2019.
46. See above n. 29. N. Zanon, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le preminenti ragioni della “precisazione” contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla “grande regola” Simmenthal-Granital*, in *Member States’ National Identity, Primacy of European Union Law, Rule of Law and Independence of National Judges. Study Meeting. Celebrating the Court of Justice of the European Union’s 70th Anniversary*. Rome, Palazzo della

Consulta, September 5th, 2022, pp. 79-96 (https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Zano_n.pdf).

47. Const. Court, Judgment No. 269/2017, *Conclusions on points of law* n. 5.2, above n. 29.
48. See Const. Court, Order No 182/2020, above n. 21.
49. Const. Court, Judgment No. 63/2019, above n. 35 and Order No. 117/2019, above n. 21.
50. Supreme Cour of Cassation, Order No. 3831/2018. B. Randazzo, *Sanzioni amministrative e garanzie fondamentali: la prima parola alla Consulta. L'inversione della "doppia pregiudizialità" alla prova*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 3, 2018, pp. 368-374. See below para. 6.2.
51. Supreme Cour of Cassation, Judgment No. 451/2019 and similarly Judgments Nos. 13678/2018; 12108/2018 6101/2017.
52. See above n. 21.
53. Supreme Cour of Cassation, Order No. 3831/2018, above n. 49.
54. Const. Court., Order No. 182/2020, above n. 21. See S. Sciarra, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the Eu Speak Common Words?*, in *Eurojus*, 3, 2022, pp. 7-11. Similarly see Const. Court. Orders Nos. 216 and 217/2021, above n. 21 and Judgment No. 54/2022, above n. 33.
55. Const. Court, Order No. 182/2020, above n. 21.
56. Const. Court, Order No. 182/2020, above n. 21 and also Const. Court, Judgment No. 46/2021.
57. See above n. 20.
58. See above para. 4.
59. ECJ [GC], Judgment of 8th September 2015, case C-105/14, *Taricco e a*, ECLI:EU:C:2015:555.
60. ECJ [GC], Judgment of 5th December 2017, case C-42/17, M.A.S. e M.B., ECLI:EU:C:2017:564. Critical towards the decision F. Viganò, *Melloni overruled? Considerations on the "Taricco II" judgment of the Court of Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 9(1), 2018, pp. 18-23. In the Author's view «*the costs of such an approach should not be underestimated. Allowing the constitutional traditions of 27 member states to hinder a uniform EU criminal policy – even when these traditions are frankly extravagant (...) – would create a serious risk of undermining the effectiveness of that policy*».
61. Skeptical D. Gallo, *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *European Law Journal*, 25(4), 2019, pp. 434-456 (<https://doi.org/10.1111/eulj.12333>). According to the Author, «*If the principles to be interpreted and applied are EU constitutional principles, such as direct effect and primacy, this task is responsibility of the Luxembourg court, rather than the ICC or other supreme courts of EU Member States*». See also R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 5(1), 2020, pp. 493-522

- (Doi:10.15166/2499-8249/369), and M. De Visser, *National Constitutional Courts, the Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in a Post-Charter Landscape*, in *Human Rights Review*, 15, 2014, pp. 39-51. (<https://doi.org/10.1007/s12142-013-0273-3>).
62. Const. Cour. Judgment No. 115/2018 available in English at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_2018_115_EN.pdf.
63. See, *ex multis*, F. Fabbrini, O. Pollicino, *Constitutional Identity in Italy: European Integration As the Fulfillment of the Constitution*, in *EUI Department of Law Research Paper*, 06, 2017, pp. 11-15 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2930106>); D. Tega, *The Italian Constitutional Court in its Context: A Narrative*, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, pp. 382-391 (<https://doi.org/10.1017/S1574019621000274>).
64. D. U. Galetta, *European Union Law in the Jurisprudence of Italian High Court: Is the Counter-Limits Doctrine a Dog That Barks but Does Not Bite?*, in *European Public Law*, 21(4), 2015, pp. 760-763.
65. See above nn. 59-60.
66. Const. Court., Order No. 24/2017, above n. 19.
67. B. Randazzo, *Le Corti e la fascinazione del "dialogo": tra cooperazione e negoziazione a margine della vicenda Taricco e dintorni*. in C. Amalfitano, *Primato del Diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 293-317.
68. G. Giostra, *La prescrizione: aspetti processuali*, in C. Beria di Argentine (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 79-85.
69. Const. Court, Judgment No. 148/1983.
70. See S. Cassese, *Ruling from below: common constitutional traditions and their role*, N.Y.U., in *Environmental Law Journal*, 29, 2021, pp. 597-613 (<https://www.nyuelj.org/wp-content/uploads/2021/10/Cassese-Final.pdf>); K. Lenaerts, *National Identity, the equality of Member States before the Treaties and the Primacy of EU Law*, in *Member States' National Identity, Primacy of European Union Law, Rule of Law and Independence of National Judges. Study Meeting. Celebrating the Court of Justice of the European Union's 70th Anniversary*. Rome, Palazzo della Consulta, September 5th 2022, pp. 9-26 (https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Lenaerts.pdf); E. Navarretta, *Identità nazionale e primato dell'Unione europea*, in *Member States' National Identity, Primacy of European Union Law, Rule of Law and Independence of National Judges. Study Meeting. Celebrating the Court of Justice of the European Union's 70th Anniversary*. Rome, Palazzo della Consulta, September 5th 2022, pp. 27-45, (https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Navarretta.pdf); N. Zanon, *op. cit.*, pp. 87-96; S. Sciarra, *op. cit.*, pp. 67-78.
71. B. Randazzo, *Il "riaccentramento" del giudizio costituzionale nella prospettiva di un*

CERIDAP

sistema integrato di giustizia costituzionale, in *Federalismi.it*, 3, 2021, pp. 1-18,
(<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44837>).

The European Strategy for Data and Trust in EU Governance. The Case of Access to Publicly Held Data

Jane Reichel

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-10

Nella Strategia Europea per i dati, la Commissione formula le sue proposte su come l'UE possa creare uno «spazio unico europeo dei dati». Il progetto è quello di rendere l'Europa leader di una società «guidata dai dati», creando un mercato unico per questi ultimi, che permetta loro di fluire liberamente all'interno dell'UE, e tra i vari settori: tutto ciò a vantaggio delle imprese, dei ricercatori e delle amministrazioni pubbliche. Un elemento centrale dello «spazio unico europeo dei dati» è la creazione di meccanismi di governance degli stessi, in modo tale che risultino chiari e affidabili. Concentrandosi sui dati pubblici, il contributo analizza le strutture amministrative create dalla Direttiva «Open Data», dal «Data Governance Act (DGA)», e del primo spazio settoriale dei dati proposto dalla Commissione, vale a dire lo «Spazio europeo dei dati sanitari (EHDS)». L'interrogativo che costituisce il focus del contributo è se la struttura amministrativa sviluppata dall'UE negli ultimi decenni, in termini di «amministrazione composita europea», sia in grado di raggiungere l'obiettivo di una governance dei dati chiara e affidabile.

In its European Strategy for Data, the Commission presents its ideas on how the EU can create a «single European data space». The plan is to make the EU a leader in a data-driven society. By creating a single market for data, it will allow it to flow freely within the EU and across sectors for the benefit of businesses, researchers, and public administrations. One central factor in the European data space is putting in place clear and trustworthy data governance mechanisms. Focusing on publicly held data, the administrative structures in the Open Data Directive, the Data Governance Act (DGA), and the first sectoral data space proposed, the European Health Data Space (EHDS), are analyzed. The question posed in the article is whether the administrative structure that has been developed in the EU for the last decades, the

European composite administration, is well placed to fulfil the ideal of clear and trustworthy data governance.

Summary: 1. Introduction.- 2. Trust, mutual trust, and sincere cooperation as legal tools for the European composite administration.- 3. The composite European administration and the role of data.- 3.1. The composite European administration and trustworthy information sharing.- 3.2. The European Strategy for Data and its regulatory framework for data and the market.- 4. Access to publicly held data in the European Strategy for Data.- 4.1. Facilitating access to publicly held data – PSI and the Open Data Directive.- 4.2. Facilitating access to protected data – the Data Governance Act.- 4.3. Obligations to give access to protected data – the EHDS proposal.- 5. The construction of «clear and trustworthy data governance» in the Open Data Directive, the DGA, and the EHDS proposal.- 5.1. Introductory remarks.- 5.2. Conditions for balancing free movement and third-party rights in a fragmented legal landscape.- 5.3. Administrative and judicial protection in the European composite administration for data.- 6. The European Strategy for Data and Trust.

1. Introduction^[1]

«*Data is the new gold*» – this phrase has been repeated numerous times in the public debate in the last decade. The EU has responded to this data-as-gold paradigm via the regulatory route, enacting legislative acts aiming to ensure a data society and economy that are human-centric, trustworthy and secure^[2]. One of the first steps was taken with the General Data Protection Regulation (GDPR), refining already existing data protection law largely by introducing technical and organizational requirements for data processors and an innovative and powerful administrative infrastructure. The GDPR has accordingly become an important part of the *Brussels effect*, the phenomena described by Anu Bradford as the power of EU to influence which products are built and how business is conducted in the world at large, by promulgating regulations on competition law, data privacy, consumer health and safety, and environmental protection^[3]. From an administrative law perspective, this infrastructure has become one of the

more innovative parts of what is commonly labeled the European integrated or composite administration, consisting of private actors collaborating closely with both European and national authorities on the implementation of EU law and policies^[4].

Following the implementation of the GDPR, the Commission presented the European Strategy for Data, creating a single European data space, a single market for data^[5].

On its website, the Commission describes that the aim of the strategy is to «*make the EU a leader in a data-driven society*» and that «*creating a single market for data will allow it to flow freely within the EU and across sectors for the benefit of businesses, researchers and public administrations*»^[6].

The data space is based on four pillars: 1) the free flow of data, 2) European rules and values in personal data protection, consumer protection, and competition, 3) rules for access to and use of data that are fair, practical, and clear, with clear and trustworthy data governance mechanisms in place, and 4) an open, but assertive approach to international data flows, based on European values^[7].

In this paper, the focus is on the second part of the third pillar: the ideal of clear and trustworthy data governance. The European Strategy for Data is not entirely clear on what is meant by trust in governance. Taking a legal perspective on the question, a trustworthy governance will here be understood as an administration with the ability to uphold the rule of law, as in foreseeability, legal certainty, and consistency in the implementation of the law, and the respect of individual rights and interests^[8]. The main object of the article is publicly held data, in the form of official documents or other information held by EU and national authorities. For this purpose, the administrative structures in the Open Data Directive^[9], the Data Governance Act (DGA)^[10], and the first sectoral data space proposed, the European Health Data Space (EHDS)^[11], are analyzed. The two acts and the proposal can be said to make up a three-layer regulatory scheme, where the Open Data Directive lays down rules for the access to data without any legal constraints, the DGA contains procedures for facilitating access to data with legal constraints (data protection, confidentiality, intellectual property), but does not prescribe any enforceable rights to access, and the EHDS contains sector-specific rules with forceful procedures to access protected health data, as well as procedures and safeguards to ensure the rights of third-party right holders (data

subjects, intellectual property owners, businesses with trade secrets). The question posed here is whether the EU can rely on its multifaceted and uncoordinated composite administration to fulfill the ideal of clear and trustworthy data governance.

The article is structured as follows. In the second section, the concepts of trust and mutual trust as tools in the composite administration within the EU are presented. The third section analyses the role of information and data in the European composite administration. The fourth section presents the European Strategy for Data and the Open Data Directive, the DGA, and the EHDS. Section five analyses the governance structure instated through the two acts and the proposal. Section six concludes the study.

2. Trust, mutual trust, and sincere cooperation as legal tools for the European composite administration

As seen above, trust is a central concept in the European Strategy for Data, where it is given a operative function to convince public and private organizations and individuals to be confident in allowing their data to be shared in data spaces. Trust as such is not a legal concept, and the European Strategy for Data does not give any definition of what is meant by the concept in relation to the digital market. Neither the Open Data Directive nor the DGA include the term in the legal texts, whereas it is included in one article in the proposed EHDS proposal^[12]. However, already in the preamble to the GDPR, the importance of «*creating the trust that will allow the digital economy to develop across the internal market*» was recognized^[13]. In the preamble to the DGA, trust is discussed in eleven recitals, in connection to a range of different aspects^[14].

This use of the concept of trust can be contrasted with the more traditional EU law concept of mutual trust and its connection to concepts like mutual recognition and sincere cooperation. These concepts have a rather different function, as they can be used as conflict of law tools, to allocate the responsibilities when implementing EU law at the national level^[15]. The trust to be gained is related to national legal orders and their capacity to uphold jointly accepted legal standards. A prime example is the *Cassis de Dijon* and the requirement for member states to mutually trust and recognize each other's

marketing regulations. The *Cassis de Dijon* formula for free movement of goods can be set out as^[16]:

«Products sold lawfully in one member state may not be prohibited from sale in another, save for cases where the member state can rely on national rules deemed necessary in order to satisfy mandatory requirements, relating among other things to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer».

The institutional and procedural law construct of the European composite administration is built on a different, but comparable basis: the principle of sincere cooperation, currently enshrined in Article 4.3 in the Treaty of the European Union, TEU. As held by the Court of Justice in the seminal *Rewe* and *Comet* cases^[17], decided two years before the *Cassis de Dijon* case:

«Applying the principle of cooperation laid down in Article 5 of the Treaty, it is the national courts which are entrusted with ensuring the legal protection which citizens derive from the direct effect of the provisions of Community law».

In the absence of common rules, the EU law thus entrusts the responsibility to uphold the legal protection of union citizens (in regard to both substantive and procedural law) to the member states and national courts, *i.e.*, the doctrine of national institutional and procedural autonomy. This conflict of law approach thus bridges the regulatory gap caused by an absence of EU secondary law, resulting either from a lack of political will, as in the *Cassis de Dijon* situation in the 1970s, or a lack of full legislative competence, as in administrative and judicial procedural law^[18]. The principle of mutual trust has gradually gained in importance, and can now be seen as a principle with constitutional dimensions^[19].

Current EU law includes rather extensive legislation on administrative and judicial matters, not least within the composite administration, including cooperation within criminal matters and border control^[20]. Central rules were first developed in the case law of the Court of Justice; these include the obligations to ensure effective, proportionate, and dissuasive sanctions for transgressions of EU law^[21] and to apply the principle of duty to care in cross-border administrative proceedings^[22]. However, the development has been slow, patchy, and with differing scope for national adaptations, leaving quite some room for improvement as regards foreseeability and legal certainty for the individuals

concerned^[23].

It seems that with the European Strategy for Data, a novel approach has been taken, at least at the policy level. Thus, this is no longer a question of having the member states mutually trust each other's regulatory, administrative, and judicial capacity, but having both public and private actors within the EU and beyond trust EU governance as such. EU governance is viewed as a free-standing entity, deserving of trust on its own merits. The question will be analyzed further in section 5.

3. The composite European administration and the role of data

3.1. The composite European administration and trustworthy information sharing

Due to the EU's limited powers in the fields of tax revenue and economic governance, regulation has evolved into its most important governance instrument^[24]. Information sharing constitutes a central factor in the EU regulatory governance, and has been so from start. Within social security law, information exchange has been coordinated via EU secondary law since 1958, under the Administrative Commission^[25]. Nowadays, European administrative law consists mainly of legal arrangements for management of information necessary in administrative proceedings^[26]. Such arrangements may include rules on information gathering, storage and retention of information, corrections and deletion of information, intra- and inter-administrative information exchange, intra- and inter-administrative evaluation of data, and access by citizens and other private parties to administrative information during procedures or in accordance with general transparency policies and administrative publication of administration^[27]. The most relevant rules in the composite European administration are related to the gathering and exchange of information, which Schneider in 2014 divided into four categories: mutual assistance, shared databases, duties to inform European authorities, and structured forms of information exchange upon request^[28].

Since then, we have seen swift developments, not least through technical

advancements in interoperability in information sharing, and the ability to connect public and private information platforms, with associated legal challenges^[29]. The category shared databases could be updated to include other types of data repositories, such as the distributed data pools as proposed in the EHDS, where data remain with public or private data holders until requested by authorized recipients^[30]. Also on the technical and administrative side, the EU has furthered its activities by establishing an agency – eu-LISA, the European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice – in charge of managing the Schengen Information System (SIS) and the Visa Information System (VIS), and developing the Entry/Exit System (EES), the European Travel Information Authorisation System (ETIAS), and the European Criminal Records Information System for Third-Country Nationals (ECRIS-TCN)^[31].

A fair amount of the data shared can be assumed to be personal data, and even privacy-sensitive data, in areas such as social security, taxation, crime prevention and control, migration, and security. Information exchange between jurisdictions with different administrative traditions on information management and the fluidity of data underlines the difficulties that may arise when data are used in connection to the exercise of public power in a composite context^[32]. EU law has, following implementation of the 1995 Data Protection Directive, connected the protection of the privacy of a data subject to the free movement of personal data^[33]. As stated in the preamble to both the Data Protection Directive and the GDPR, albeit with slightly differing wordings, the processing of personal data should be designed to serve mankind^[34]. The enabling of economic and social progress and trade expansion has thus been connected to respect for fundamental rights and freedoms of natural persons, most notably the right to informational integrity. As held by Jan Philipp Albrecht, Member of the European Parliament and one of the architects behind the GDPR, the GDPR is meant to serve as a starting point for international standards and a trustworthy digital market^[35].

In order to ensure this legal protection in practice, strong enforcement mechanisms were prioritized in the GDPR^[36]. Elaborate schemes for composite administration existed before the GDPR, for example in the areas of pharmaceuticals, genetically modified organisms and chemical^[37], but data protection differs in the sense that it is a truly horizontal regulatory regime,

involving both public and private actors in virtually all areas of society. The European Data Protection Board (EDPB) and the national data protection authorities cooperate in a composite structure, involving both guidance and standard-setting activities, as well as effective individual decision-making procedures with consistency and dispute resolution mechanisms^[38]. Accordingly, even though the substantive data protection rules do not differ much between the Data Protection Directive and the GDPR, the cooperative approach to enforcement has brought about major changes. From being an area of law struggling with shortcomings in implementation and compliance, the GDPR is now one of the EU's flagship regulatory policies^[39]. As will be discussed in the following section, the administrative infrastructure of the GDPR has set the standard for the further development of the «*single market for data*».

3.2. The European Strategy for Data and its regulatory framework for data and the market

After the adoption of the GDPR as a framework for digital trust, the focus of the EU legislator has turned more decisively to facilitating data economy and data sharing^[40]. As discussed above, the aim of the European Strategy for Data is to «*unleash the potential of data*» for the benefit of relevant actors, so they can develop society in various ways^[41].

The strategy builds on the FAIR data principle, *i.e.*, that data should be findable, accessible, interoperable, and re-usable^[42]. Already before the European Strategy for Data was adopted in 2020, several legislative acts regulating access to data within the internal market had been enacted, such as the 2018 regulation on a framework for the free flow of non-personal data^[43], the 2019 Open Data Directive, recasting the 2003 Public Service Information (PSI) Directive^[44] and the 2019 Platform to Business Regulation^[45].

In accordance with the strategy, three acts were enacted in 2022: the DGA, the Digital Markets Act (DMA)^[46], and the Digital Services Act (DSA)^[47].

Further proposals are currently being negotiated, including the Data Act^[48] and the first out of nine planned sector-specific data spaces, the European Health Data Space. The proposal for an Artificial Intelligence Act can also be mentioned, as it has a clear connection to the trust in EU governance narrative,

though it is constructed as a market surveillance act, rather than an access to information act^[49]. In this case, it is the service providers that are under obligation to provide large quantities of data to the composite European administration^[50]. From a governance perspective, it may be noted that the aforementioned legislative acts and proposals include rules on tasks for single points of contact and competent authorities at the national level, and several also require the establishment of new EU agencies^[51].

The acts describe rules on sanctions or penalties for failure to comply, either soft rules, such as those in the regulation on a framework for the free flow of non-personal data, which states that member states may enact effective, proportionate, and dissuasive penalties^[52], or strong rules on administrative fines, such as those in the DSA and DMA, which mandate the national competent authorities and the Commission, respectively, to enact fines up to 6% or 10%, respectively, of annual worldwide turnover^[53]. The two acts and the proposal chosen as the objects for this study, the Open Data Directive, the DGA, and the EHDS, will be presented in the following section.

4. Access to publicly held data in the European Strategy for Data

4.1. Facilitating access to publicly held data – PSI and the Open Data Directive

As the EU does not have any legislative competence to regulate access to documents within the member states, there is no common EU law regulating access to official documents for the EU and the member states. Thus, in contrast to what we see in the area of data protection, the composite European administration is governed under 28 separate transparency rules – those of the EU and the 27 member states^[54]. As information sharing is a core trait of the composite administration, this has caused some difficulties and unclarity in relation to deciding on the law applicable to documents held in multiple jurisdictions, putting quite some pressure on transparency-friendly countries not to release documents that may be sensitive for others^[55].

However, the already in the early 2000s, the EU began to enact legislation

designed to make data held by public institutions available to the public^[56]. EU has enacted rules on how documents defined as public and legally accessible under national law can be made more accessible in practical, organizational, and economic terms. The aims of the 2004 PSI Directive were to make public information held by public sector bodies more accessible for re-use, and to create a level playing field for relevant actors by enabling sharing of data and information that are not under any legal constraints such as confidentiality or intellectual property. The Directive was revised in 2013, and recast in 2019, under a new name, the Open Data Directive. The directives do not contain any obligation to make documents available^[57], but lay down minimum rules governing the re-use of existing documents held by public sector bodies and the practical arrangements for facilitating such re-use^[58].

In accordance with the FAIR principle, and the principles on non-discrimination and fair competition, member states are to provide documents in formats that are open, machine-readable, accessible, findable, and re-usable, and in accordance with the principle of «*open by design and by default*»^[59]. Documents should generally be available free of charge, but necessary and transparent charges for recovery of marginal costs may be allowed. There are also exceptions for public sector bodies generating revenue, such as libraries and archives^[60]. Conditions for the re-use of documents are to be non-discriminatory for comparable categories of re-use, and exclusive arrangements for access are only permissible under certain circumstances^[61].

In the Open Data Directive, some new categories of data have been included: documents produced in the performance of services in the general interest by public undertakings, research organizations, and research-funding organizations^[62]. Further, a new concept, «*high-value datasets*» is defined, where more access-friendly rules apply^[63]. The thematic categories of high-value datasets are: geospatial, earth observation and environment, meteorological, statistics, companies and company ownership, and mobility^[64].

4.2. Facilitating access to protected data – the Data Governance Act

In a subsequent step to the recasting of the PSI, the DGA was enacted. Like the

Open Data Directive, the DGA does not place any obligations on the member states to make documents, information, and data available. However, it does aim to facilitate access to documents under legal constraints^[65]. Public sector bodies are to grant access to protected data defined in Article 3, namely data covered by either commercial or statistical confidentiality, intellectual property, or data protection, under non-discriminatory, transparent, proportionate, and objectively justified conditions set out in Article 5 of the Act. Primarily, the public sector bodies are to ensure that confidential information is not disclosed as a result of re-use, Article 5.8. The DGA thus contains measures to work around legal constraints by ensuring alternative protection. These consist of, among other things, establishing competent authorities that can assist public sector bodies in implementing technical requirements, anonymization, and pseudonymization^[66], requiring public sector bodies to assist potential re-users in seeking consent from data subjects or permission from data holders^[67], and establishing a single information point to help potential re-users find relevant information^[68]. These authorities may also be empowered to grant access for the re-use of data, on behalf of the public sector body holding the data^[69]. There are also rules on fees and exclusive arrangements^[70].

The DGA includes some minimum requirements on the procedure of requesting data for re-use. A public sector body or the competent bodies, as the case may be, is to make a decision on a request for data for re-use within two months, with a possibility of extension in exceptional cases^[71]. All persons directly affected by a decision may further have an effective right of redress before an impartial body with the appropriate expertise, such as the national competition authority, the relevant access-to-documents authority, or the national data protection authority under the GDPR^[72].

Two new legal concepts are introduced, which are intended to contribute to ensuring protection without legal constraints hindering re-use: data intermediation services and data altruism. The DGA defines data intermediation services as a new concept, «*a service which aims to establish commercial relationships for the purposes of data sharing between an undetermined number of data subjects and data holders on the one hand and data users on the other, through technical, legal or other means*»^[73]. These are private organizations that can be appointed roles in the secure handling of data, following a notification

process^[74].

Data altruism entails voluntary sharing of data for the benefit of society, including purposes such as healthcare, combating climate change, improving mobility, facilitating development, etc^[75]. The main tool of the DGA in this regard is to regulate the role of data altruism organizations, namely «*legal persons that seek to support objectives of general interest by making available relevant data based on data altruism at scale and that meet the requirements laid down in this Regulation*»^[76]. The DGA thus introduces a generic registration scheme for data altruism organizations, containing transparency obligations and specific requirements to safeguard the rights and interests of data subjects as well as a legal basis for a standardized data altruism consent form from the European Commission^[77]. Both notified data intermediation services providers and registered data altruism organizations may, under the DGA, use official labels identifying their roles, including a common logo^[78].

The DGA further entails a requirement for member states to appoint competent authorities for data intermediation services and for the registration of data altruism organizations.

The competent authorities are suggested to be tasked with monitoring and supervising the compliance of data intermediation services providers and data altruism organizations, respectively^[79]. Like the data protection authorities under the GDPR, the competent authorities for data intermediation services are empowered to impose sanctions in case of infringements, including «*dissuasive financial penalties*» and suspension or cessation of data intermediation services^[80]. For its part, the competent authority for data altruism organizations can only enact softer measures, such as requiring that a data altruism organization ceases with its infringement, at the risk of losing the right to use the label «*data altruism organization recognized in the Union*»^[81].

4.3. Obligations to give access to protected data – the EHDS proposal

As seen above, the European Strategy for Data foresees the establishment of nine sectoral data spaces in different strategic fields, with the EHDS being the first to enter the legislative process^[82]. As with the Open Data Directive and the DGA,

the main aim of the EHDS proposal is to make data accessible, but there are three important differences. First, the EHDS contains rules only on electronic health data, though they cover data from both public and private entities, as well as rules directed at manufacturers and suppliers of electronic health records systems and wellness apps^[83]. Further, access is only to be provided for purposes in the general interest, which are listed in the form of eight categories in Article 34 of the proposed regulation^[84]. Second, the EHDS includes rules on both primary and secondary use of data, that is, not merely re-use of data, and on use of data for the benefit of the data subject or patient him- or herself. The rules on primary use of data are a continuation of the legislative initiatives in the Directive regarding the application of patients' rights in cross-border healthcare, where a voluntary eHealth Network was introduced – an EU-wide electronic platform for e-prescriptions and patient summaries^[85]. As implementation of the voluntary network has been slow, the EHDS provides for a compulsory scheme, ensuring legal, semantic, and technical interoperability of health data^[86]. This will indubitably also facilitate secondary use of the data. Third, and mostly relevant for the purposes of this paper, the EHDS proposal requires that protected data are to be transferred under the conditions described below. However, it must be underlined that only data in anonymized or pseudonymized forms can be accessed under the EHDS^[87].

The EDHS sets up a scheme with defined roles and responsibilities for entities holding health data (data holders), actors requesting health data (data users), as well as a supervisory body (the health data access body) in each member state. The definition of data holders in Article 2.1.y of the proposed EHDS Regulation is wide and includes entities or bodies in the health and care sector, research institutes, EU institutions, and bodies with the right or legal obligation to make data available^[88]. Micro-enterprises are excluded, due to the administrative burden^[89]. The data holders are obligated to provide electronic health data in the fifteen categories listed in Article 33.1 of the proposed EHDS Regulation, including electronic health records, data impacting on health, including social, environmental behavioral determinants of health, health-related administrative, data including claims and reimbursement data, public health registries, and electronic health data from medical devices, such as running apps and other health apps. As mentioned above, the proposal defines eight permissible purposes

for which electronic health data can be processed for secondary use^[90], and five prohibited ones^[91].

The data user is defined as «*a natural or legal person who has lawful access to personal or non-personal electronic health data for secondary use*»^[92]. Electronic health data can be accessed in two ways, via a data access application or a data request – the latter being a simplified version containing only an anonymized statistical format, with no access to the underlying electronic health data. Both data applications and data requests can be submitted to a health data access body, but a data request, *i.e.*, the simplified version of access, may also be submitted directly to a data holder, if the data sought are confined to a single data holder and a single Member State^[93].

If a data access application is approved, a data permit is issued by the health data access body^[94]. Health data access bodies are to give access to electronic health data without requiring a data permit in cases where public sector bodies and Union institutions, bodies, offices, and agencies seek data for the purpose of «*carrying out the tasks enshrined in their mandate, based on national or Union law*»^[95].

Any natural or legal person can apply for access to data – no connection to the EU is needed^[96]. The application should include, among other things, a detailed explanation of the intended use of the electronic health data, the type of data requested, and whether the data are requested in anonymized or pseudonymized form, where requests for the latter form should be accompanied by an explanation^[97]. A description of the safeguards planned to prevent any other use of the electronic health data and to protect the rights and interests of the data holder and of the natural persons concerned should also be included^[98].

Each member state is to establish (at least) one health data access body^[99]. The main tasks of the health data access bodies are to assess applications for data permits from data users, as described above, and to decide on data permits, with general and specific conditions^[100].

When a data user receives a permit, the data holders must put the electronic health data at the disposal of the health data access body within 2 months^[101]. Here, it should be mentioned that the proposal also contains a rule putting pressure on the health data access body to act swiftly. Should the health access body fail to provide a decision within the established time limit, a permit is to be

issued^[102]. The health data access bodies are to be joint controllers together with the data users, and must therefore continually monitor the processing conducted by the data users^[103].

Natural persons affected by the data permit, either as data subjects or businesses whose protected data are encompassed by a permit, are not considered parties to the decision-making procedure. In Article 38.1, the obligations of health data access bodies towards natural persons are listed. These consists of providing general information concerning relevant legal bases for processing, technical and organizational safeguards, and the applicable rights in relation to secondary use. In Article 38.2, it is clarified that the bodies are exempted from providing more detailed information in accordance with Article 14 GDPR.

The health data access boards will also have some sanctioning tools at their disposal, which can be directed towards both data holders and data users. Data holders that do not respect the deadlines set out in Article 41 can be fined for each day of delay^[104]. In case of repeated breaches, a data holder may be banned from participation in the EHDS for a period of up to 5 years^[105]. The proposal does not include any right to judicial review or other forms of remedy, in case a data holder finds transfer of the data upon request to be contrary to its legal requirements regarding confidentiality, data protection, etc. Article 43.9 of the proposed EHDS Regulation holds that «*any natural or legal person affected by a decision of a health data access body shall have the right to an effective judicial remedy against such decision*». However, the article deals only with penalties^[106].

Data users that do not comply with the regulation and with their data permit may have the permit revoked and can be banned from any access to electronic health data for a period of up to 5 years^[107]. Data users that try to re-identify pseudonymized data or do not respect measures taken to ensure pseudonymization are to be subject to appropriate penalties under national law^[108].

At the EU level, a European Health Data Space Board (EHDS Board) is to be established to facilitate cooperation and exchange of information between member states^[109]. Further, the EHDS Regulation also foresees a role for data altruism organizations, connecting it to the DGA^[110].

5. The construction of «*clear and trustworthy data governance*» in the Open Data Directive, the DGA, and the EHDS proposal

5.1. Introductory remarks

As can be seen from the short presentations above, the three acts – the Open Data Directive, the DGA, and the EHDS proposal – represent a stepwise development towards a new and innovative model for facilitating access to publicly held data, and, in relation to electronic health data, an administrative law regime for accessing privately held data. The question raised here is how the ambition to create clear and trustworthy data governance has been realized. Are the competent public bodies at the national level (the public sector bodies under the Open Data Directive and the DGA, the competent authorities for data intermediation services and for the registration of data altruism organizations under the DGA, the health data access bodies under the EHDS, and the European Data Innovation Board and the EHDS Board at the European level) equipped to realize these ambitions? As mentioned above, it is not entirely clear from the European Strategy for Data what is meant by «*clear and trustworthy governance mechanisms*». The focus here is on two aspects that are central from a legal perspective, in order to live up to ideals related to the rule of law. First, is there a clear understanding in the legislative framework of how rights of third parties are to be upheld, in particular data protection for data subjects whose personal data are processed and protection of intellectual property rights and business secrets for businesses whose data are processed? Secondly, are there mechanisms available for administrative and judicial protection? The first question overlaps with the second pillar of the European Strategy for Data: to ensure European rules and values in personal data protection, consumer protection, and competition. Here, the main question concerns the conditions to ensure foreseeability, coherency, and protection of rights, as rules for defining what organ, in what jurisdiction, is competent to handle (seemingly) contradictory law and balance competing rights within an administrative or judicial frame, rather than the substantive issues connected to the rights and

values.

5.2. Conditions for balancing free movement and third-party rights in a fragmented legal landscape

As seen above, the European Strategy for Data aims to create a regulatory framework for the digital economy which can satisfy global competition and protect European rules and values on data protection, consumer rights, and competition. The GDPR constitutes a cornerstone, functioning as a framework for digital trust. The Open Data Directive, the DGA, and the EHDS proposal are thus pieces of a bigger legal puzzle within the European Strategy for Data. In relation to the first question, regarding conditions for protecting third-party rights, it is noteworthy that third-party right holders (data subjects, intellectual property owners, businesses with trade secrets) do not have an independent role in the legal frameworks and no express rules are included on how their rights and interests are to be protected.^[111] The main task of the competent authorities under the respective legal frameworks is clearly to facilitate access to public (and, in the case of the EHDS, also private) data, whereas the protection of rights of third parties mainly follows from other legal sources: the GDPR in relation to data protection and mostly national law for intellectual property and confidentiality. All public authorities acting within the sphere of application of EU law must furthermore respect the fundamental rights of individuals, including data protection and the right to conduct businesses, enshrined in Articles 8 and 16 of the EU Charter of Fundamental Rights^[112]. For the health data access bodies, their position as joint controllers together with data users creates a specific responsibility to ensure that the rights of the data subject are respected^[113].

For the competent authorities under the DGA and the proposed EHDS, which oversee access to data under legal constraints, the conditions for balancing the objective of free movement of data with the protection of rights of third parties are complex. One specific challenge consists of balancing the clearly stated aim to give access to data against the patchwork legislative framework for protection of rights. The GDPR is a common legal framework for all member states. However, in many relevant aspects, the GDPR does not specify the legal requirements for

the processing of personal data in any particular context, simply requiring that safeguards are in place, be they legal, technical, or organizational.^[114] When combined with the importance attributed to the principle of proportionality in balancing the interest of protection of the rights of the data subject against the interest of access to information and free movement of data^[115], this means that the level of protection is context-dependent^[116]. Furthermore, many different types of data are involved, for which national traditions differ. The health data access bodies will face an especially challenging task in assessing the applications for data permits, not least as regards the applicants' descriptions of the safeguards planned to prevent any unauthorized use of electronic health data and to protect the rights and interests of the data holder and the natural persons concerned^[117]. Even though the national rules vary, one thing that the applicable national legislations seem to have in common is that re-use of health data is closely regulated^[118].

In this context, it may also be conceded that the substantive EU law for the digital market is not always consistent. Lundqvist describes the discrepancies as being so manifest that the EU policy could be said to be at war with itself^[119]. All in all, this is a complex legal landscape for the competent authorities to handle. Accordingly, the failure to act-procedure in the EHDS – entailing that a data permit will be issued automatically if the health data access board does not make a decision within the time limits – does not seem to be an appropriate tool to ensure foreseeability and protection of rights^[120].

The competent authorities in both the DGA and the EHDS are further to be assisted by two new legal entities in a public law context: data intermediation services and data altruism organizations. At this stage, it remains a bit unclear if the roles and functions of these private actors will have any implications for the public law tasks and responsibilities of the public actors. One version of data altruism is well-known in the bioethical domain, where the concept of data stewardship is understood as an ethical standard for data processors^[121].

In the European Strategy for Data, the data altruism organizations have a legally defined position, under supervision of public authorities. However, neither the DGA nor the proposed EHDS defines what role the data altruism organizations are meant to have in the actual handling of the data. In legal doctrine, Kruesz and Zopf have suggested that they will typically operate as controllers or joint

controllers, as they will likely determine the purposes and means of the processing of personal data, and thus will often have to take full responsibility for GDPR compliance^[122]. In relation to the EHDS proposal, this would imply triple controllers: the data holder, the health data access board and, where applicable, a data altruism organization^[123]. This seems excessive.

5.3. Administrative and judicial protection in the European composite administration for data

If the Open Data Directive, the DGA and the EHDS Proposal constitutes pieces of a bigger legal puzzle, it could be deemed unproblematic that the individual legislative acts do not include tools to ensure good administration and effective legal remedies for third parties. Such protection may well be ensured via other routes.

The question is rather how this bigger puzzle for implementation and enforcement of EU law is constructed. As discussed above, the European composite administration consists of private actors and public entities in the form of European and national authorities, collaborating closely on the implementation of EU law and policies. Due to the lack of legislative competence of the EU in the area, as well as the doctrine of institutional and procedural autonomy, each public entity remains embedded in its respective constitutional and administrative order. The composite administration will thus often be bound by common rules only at a minimum level, whereas the main route to good administration and effective legal remedies goes via national law^[124]. The jurisdictional limitations of national authorities remain and, accordingly, the EHDS proposal includes conflict of law tools as mutual recognition for cross-border access to electronic health data for secondary use^[125].

As the European Strategy for Data is an illustrative example of, the trend towards administrative cooperation across jurisdictions is strong, as is the ambition to move forward. In a communication on the EHDS proposal, the Commission identifies the administrative unclarities as an obstacle^[126]:

«Fragmented and divergent legal and administrative rules, frameworks, processes, standards and infrastructure for reusing health data restrict researchers and innovators' access to health data. They also limit the availability of innovative

health products and service».

Against this background, it would have been expected that greater efforts had been made to lay down minimum administrative and judicial procedures in the legislative acts under the European Strategy for Data, which could be consistently implemented in each act.

Looking at the three legislative acts in focus here, especially the DGA and the EHDS proposal, the construction of the legal protection for those involved in the procedure of accessing data remain uncoordinated. The EHDS proposal does not provide any redress mechanism for either the data holders, the data users, or a concerned third party, in relating to decisions to either grant or deny a request for access to electronic health data^[127]. A data holder that finds a data permit for access to its data to be contrary to its legal obligations, for example under the GDPR, could find itself in a particularly precarious situation. Only in the case where the health data access board adopts a decision on penalties, such as a daily fine for delays in making the data available to the data user, does the proposed EHDS Regulation guarantee a right to an effective judicial remedy^[128]. Whether such judicial proceedings also include a review of the legality of the underlying decision to issue a data permit for data is a matter for national law, taking into account the EU principles of right to an effective remedy^[129]. The data holder could find itself in a position of having to choose between adherence to the GDPR or the EHDS. The DGA, on the other hand, at least provides an effective right of redress before an administrative authority to all persons directly affected by a decision on re-use^[130].

Despite the aim to create clear and trustworthy data governance mechanisms, it may be submitted that the legislative framework still entails a lack of clarity on how competing rights are to be balanced in a multi-jurisdictional setting and the lack of clear and consistent mechanism for administrative and judicial protection for natural and legal persons concerned. On the other hand, the Open Data Directive, the DGA, and the EHDS proposal include multiple mechanisms for informal and soft cooperation for the authorities involved. Competent authorities within the different sector-specific data fields are to cooperate and learn from each other, share information, and engage in capacity building (not merely from a technical point of view)^[131]. Such informal cooperative implementing mechanisms are standard procedure in the European composite

administration^[132]. The focus is to foster a culture of openness and accessibility, which in itself could be seen as commendable. However, when it comes to resolving the hard cases, are there clear and accessible mechanisms for the delicate constitutional task of balancing free movement of data and the rights of affected third parties?

6. The European Strategy for Data and Trust

Does the EU governance for data deserve trust? The question could perhaps be partially answered with a counter-question: is there really a comprehensive EU governance structure for data? If we are to look at the question from a legal perspective and define a trustworthy governance structure as an organization with the ability to uphold the rule of law, as in foreseeability, consistency, and protection of rights, it seems that there is still room for improvement. Looked upon as an entity, an administrative organization in its own right, it is questionable if the multifaceted and uncoordinated European composite administration can live up to such ideals. As held by Mendes, from a general EU administrative law perspective, there is only weak integration of constitutional concerns regarding framing and taming the exercise of public authority, on the one hand, and the institutional practices of collaboration and diffusion of public authority in the EU administrative sphere, on the other^[133].

The Commission stated in its European Strategy for Data that *«citizens will trust and embrace data-driven innovations only if they are confident that any personal data sharing in the EU will be subject to full compliance with the EU's strict data protection rules»*^[134].

With the perspective taken here, this analysis seems to open for a stronger convergence also in law. There are a few, small signs that such a development might be on the way. Going beyond capacity-building for technical development, as in the case of eu-LISA, the Commission in 2021 established an expert group on public administration and governance, which is to advise the Commission on issues related to public administration transformation and reforms.^[135] A more concrete sign is the newly presented proposal for common procedural rules for the enforcement of the GDPR^[136]. Could these examples perhaps be interpreted as first steps towards laying down common rules and

procedures for a clearer and more trustworthy governance for the composite administration? This would entail something of a paradigm shift, from the EU constitutional concept of mutual trust – where member states trust each other – to a trust in the composite EU information governance system as a separate entity^[137]. The matter is sensitive^[138]. Administrative law is the tool for the nation state to communicate with natural and legal persons within its jurisdiction, and the handing over of such a tool to an entity outside the state could be viewed as a palpable loss of national sovereignty. The acknowledgement of an indirect EU competence to regulate national administrative law in the sphere of application of EU law would change the EU's nature, giving it federal traits^[139].

Data may be the new gold in the data economy, but it must be acknowledged that data are highly valuable assets also from a public law perspective. Data are a core asset in public governance and whoever has power over the data will also have power to influence core public tasks^[140]. How publicly held data is used and re-used matters. When the European Strategy for Data has been realized, and eight more sectoral data spaces are up and running, an important shift of power over both public and private data can be foreseen – from the member states to a strong, but uncoordinated European composite administration. Now might be the time to take the ideal of clear and trustworthy governance for data more seriously.

1. A first draft of this article was presented at the Administrative Law Discussion Forum in Paris, France, 12-13 June 2023, organized by Professor Russell L. Weaver, University of Louisville, USA and Duncan Fairgrieve, Université Paris Dauphine-PSL, France. I would like to thank the participants of the Forum for valuable input.
2. For example, Article 3.1(a) Decision (EU) 2022/2481 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 establishing the Digital Decade Policy Programme 2030; Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Artificial Intelligence for Europe*, COM(2018) 237 final, p. 12; recital 3 of the Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act).
3. A. Bradford, *The Brussels Effect – How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020, p. xiv.
4. H.C.H. Hofmann and A. Türk, 'The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences', *European Law Journal*, Vol. 13, 2, 2007, pp. 253–271.

CERIDAP

5. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A European strategy for data*, COM(2020) 66 final, p. 4.
6. See Commission website, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_en, accessed on August 28, 2023.
7. A European strategy for data, op. cit. n 4, p. 5.
8. Compare H.D. Kristjánsson, *The Governing Idea of the Rule of Law*, in J. Reichel and M. Zamboni (Eds), *Rule of Law 69 Scandinavian Studies in Law*, Vol. 69, 2023, p. 14 *et seq.*
9. Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information (hereinafter, Open Data Act).
10. Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance (Data Governance Act) (hereinafter, DGA).
11. Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space, COM/2022/197 final (hereinafter, EHDS proposal).
12. In Article 13.1, relating to a «*high level of trust and security*» in services provided via MyHealth@EU.
13. Recital 7 in the preamble to 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 (General Data Protection Regulation) (hereinafter GDPR).
14. Recital 3, 5, 23, 24, 32, 33, 38, 43, 46, 47 and 52 of the preamble to the DGA. The preamble of the EHDS proposal refers to trust twice, recitals 37 and 61.
15. H Wenander, *A Toolbox for Administrative Law Cooperation Beyond the State*, in A-S Lind and J. Reichel (Eds), *Administrative Law Beyond the State – a Nordic Perspective*, Liber Martinus Nijhoff Publishers 2013, p. 60 *et seq.*; C. Lebeck, *Konstitutionella gränser för ömsesidigt erkännande i EU-rätten: med särskild hänsyn till straffrättssamarbetet*, jure, 2022, p. 72 *et seq.*
16. Compare case 120/78 *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung*, EU:C:1979:42, para 5.
17. Case 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, EU:C:1976:18, para 5. Compare case 45/76 *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, EU:C:1976:191, para 13.
18. Compare Article 82 *et seq.*, 74, 76 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in regards to criminal law, and Article 197 TFEU on administrative cooperation.
19. Case C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107, para 63; case C-216/18 *PPU LM*, EU:C:2018:586, para 36; C. Rizcallah, *The Challenges to Trust-Based Governance in the European Union: Assessing the Use of Mutual Trust as a Driver of EU Integration*, EUR. L.J. 25, 2019, pp. 37-56, 54.
20. See for example O. Sallavaci, *Strengthening cross-border law enforcement cooperation in the EU: the Prüm network of data exchange*, Eur J Crim Policy Res 24, 2018, pp. 219–235

- <https://doi.org/10.1007/s10610-017-9355-0>; B. Parusel, *Should They Stay or Should They Go? Frontex's fundamental rights dilemma*, Sieps 2022:22epa.
21. Case 68/88 Commission of the European Communities v. Hellenic Republic, EU:C:1989:339, para 24.
 22. Case C-340/89 Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz, Bundes-und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, EU:C:1991:193, para 16–18.
 23. See generally, F. Britos Bastos, *An Administrative Crack in the EU's Rule of Law*, *European Constitutional Law Review*, 16:63–90, 2020; J Reichel, *Ensuring the Principle of Good Administration in EU Financial Markets Law*, in C.B. Bergström and M. Strand (eds), *Legal Accountability in EU Markets for Financial Instruments*, Oxford University Press 2021, pp. 126-157.
 24. Bradford, *The Brussels Effect*, op. cite note 2, p. 16.
 25. H. Wenander, *A network of social security bodies – European administrative cooperation under Regulation (EC) No 883/2004*, *REALaw* 2103, Vol. 6, 1, pp. 39–71, 47.
 26. D.-U. Galetta, H.G.H Hofmann and J.-P. Schneider, *Information Exchange in the European Administrative Union: An Introduction*, *European Public Law* 20, 1, 2014, pp. 65–70, 66 *et seq.*
 27. J.-P. Schneider, *Basic Structures of Information Management in the European Administrative Union*, *European Public Law* 20, 1, 2014, p. 90.
 28. *Ibid.*, 91.
 29. D. Curtin and F. Brito Bastos, *Interoperable Information Sharing and the Five Novel Frontiers of EU Governance: A Special Issue*, *European Public Law*, Vol. 26, pp. 59–70, 65.
 30. See section 4.3 below.
 31. See eu-LISA's web page, <https://www.eulisa.europa.eu/About-Us/Who-We-Are>; Curtin and Brito Bastos, *Interoperable Information Sharing and the Five Novel Frontiers of EU Governance*, op. cite, 27, p. 63.
 32. D. Curtin, *Interstitial Data Secrecy in Europe's Security Assemblages*, in A.-S. Lind, J. Reichel, and I. Österdahl (Eds), *Transparency in the Future: Swedish, Openness 250 Years*, Ragulka 2017, p. 91.
 33. This follows already from the titles of the two central acts, Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [1995] OJ L281/31 and 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 [2016] OJ L119/1.
 34. Recital 4 in the preamble to the GDPR; Recital 2 in the preamble to the Data Protection Directive.
 35. J.-P. Albrecht, *How the GDPR Will Change the World*, *Eur Data Prot L.Rev* 2 2016, 287, p. 289. Compare the role of trustworthy legal frameworks discussed above, and recital 7 in the preamble to the GDPR.
 36. H. Hijmans, *The European Union as a Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16*

- TEU*, Springer, 2016, pp. 516–17.
37. S. Alonso de León, *Composite Administrative Procedures of the European*, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pp. 221 *et seq.*, 226 *et seq.*, 237, *et seq.*
 38. Articles 70, 55–70 GDPR; H Hijmans, The DPAs and Their Cooperation: *How Far Are We in Making Enforcement of Data Protection Law More European*, Eur. Data Prot. L. Rev. 2, 2016, pp. 362, 367, 369 *et seq.*, A. Giurgiu and T. A. Larsen, *Roles and Powers of National Data Protection Authorities*, 2 Eur. Data Prot. L. Rev. 2, 2016, pp. 342, 349.
 39. Bradford, *The Brussels Effect*, op. cite not 2, 7, pp. 132 *et seq.*
 40. J. Ruohonen and S. Mickelsson, *Reflections on the Data Governance Act, Digital Society* 2:10, 2023, pp. 1–9, 1. See also B. Lundqvist, *Regulating Access and Transfer of Data*, Cambridge University Press, 2023, p. 98 *et seq.*
 41. A European strategy for data, op. cite 4, p. 26. See also Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A European Health Data Space: harnessing the power of health data for people, patients and innovation*, COM(2022) 196 final, pp. 2, 3, 8, 13, and 18.
 42. A European strategy for data, op. cite n 4, p. 12.
 43. Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union.
 44. Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the re-use of public sector information. The directive was further revised through Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013.
 45. Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.
 46. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act).
 47. Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).
 48. Commission Proposal for a Regulation on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data (*Data Act*) COM(2022)68 final.
 49. Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (*Artificial Intelligence Act*) and Amending Certain Union Legislative Acts, COM(2021) 206 final.
 50. J. Chamberlain and J. Reichel, *Supervision of Artificial Intelligence in the EU and the Protection of Privacy*, *FIU Law* 2023, 2, vol. 17, pp. 263–281, 277.
 51. The European Data Innovation Board is established in Article 29 DGA, the European Board for Digital Services in Article 61 DSA, a European Artificial Intelligence Board in Article 56 of the proposed AI Act and a European Health Data Space Board in Article 64.1 proposed EHDS Regulation.

CERIDAP

52. Article 5.4 Regulation on a framework for the free flow of non-personal data.
53. Article 52.3 DSA and Article 30.1 DMA.
54. T. Streinz, *The Evolution of European Data Law*, in *The Evolution of EU Law*, in P. Craig and G. de Búrca (Eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2021, p. 919.
55. J. Reichel, *Public Access or Data Protection as a Guiding Principle in the EU's Composite Administration? An Analysis of the ReNEUAL Model Code in the Light of Swedish and European Case Law*, in P. Wahlgren (Ed), *50 years of Law and IT*, Scandinavian studies in Law, 65, 2018, pp. 285–308, 289 *et seq.*, 303 *et seq.*
56. Streinz, *The Evolution of European Data Law*, op. cite 52, p. 919.
57. Recital 9 of the preamble to the 2003 PSI Directive; Recital 7 of the preamble to the 2013 PSI Directive and recital 26 of the preamble to the Open Data Directive.
58. Recital 4 in the preamble to the Open Data Directive.
59. Article 5.1–2 Open Data Directive.
60. Article. 6.1–2 and 7 Open Data Directive.
61. Articles 13–14 Open Data Directive.
62. Recital 10 of the preamble, Article 1.1 (b) and (c) Open Data Directive.
63. Articles 13–14 Open Data Directive.
64. Annex I to the Open Data Directive.
65. Article 1.1–2 DGA.
66. Article 7.1, 4 DGA.
67. Article 5.6 DGA.
68. Article 8 DGA.
69. Article 7.2 DGA.
70. Articles 4 and 6 DGA.
71. Article 9.1 DGA.
72. Article 9.2 DGA.
73. Article 2 (11) DGA.
74. Article 11 DGA.
75. Article 2 (16) DGA.
76. Recital 3 in the preamble to the DGA.
77. Articles 17–21 Data Governance Act; C. Kruesz and F. Zopf, *The Concept of Data Altruism of the Draft DGA and the GDPR: Inconsistencies and Why a Regulatory Sandbox Model May Facilitate Data Sharing in the EU*, *Eur Data Prot L Rev*, 2021, pp. 7, 569, 569.
78. Article 11.9 DGA.
79. Articles 14.1 and 24 DGA.
80. Article 14.4 DGA.
81. Article 24.4–5 DGA.
82. The other eight are: Common European industrial (manufacturing) data space, Common European Green Deal data space, Common European mobility data space, Common European financial data space, Common European energy data space, Common European

- agricultural data space, Common European data spaces for public administrations, and Common European skills data space. There are also plans to develop a European Open Science Cloud, see Appendix to the Communication ‘A European strategy for data’, Common European data spaces in strategic sectors and domains of public interest, A European strategy for data, op. cit. n 4, p. 26 *et seq.* See also EHDS proposal, p. 1.
83. Article 1.4 proposed EHDS Regulation.
 84. See also recital 41 in the preamble to the proposed EHDS Regulation.
 85. Article 14 Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council on the application of patients’ rights in cross border healthcare.
 86. EHDS proposal, p. 2.
 87. Article 44.3 proposed EHDS Regulation. In relation to genetic data, it may be questioned whether they can be rendered entirely anonymous, recitals 34–35 of the preamble to GDPR.
 88. According to Recital 40 in the preamble to the proposed EHDS Regulation, a wide group of entities are included, both public, non-for-profit and private health and care providers, public, non-for-profit and private organizations, associations and other entities, and public and private entities that carry out research with regard to the health sector.
 89. *Ibid.* and Article 33(2) of the proposed EHDS Regulation.
 90. Article 34.1 proposed EHDS Regulation list the following permitted purposes: «(a) activities for reasons of public interest in the area of public and occupational health, such as protection against serious cross-border threats to health, public health surveillance or ensuring high levels of quality and safety of healthcare and of medicinal products or medical devices; (b) to support public sector bodies or Union institutions, agencies and bodies including regulatory authorities, in the health or care sector to carry out their tasks defined in their mandates; (c) to produce national, multi-national and Union level official statistics related to health or care sectors; (d) education or teaching activities in health or care sectors; (e) scientific research related to health or care sectors; (f) development and innovation activities for products or services contributing to public health or social security, or ensuring high levels of quality and safety of health care, of medicinal products or of medical devices; (g) training, testing and evaluating of algorithms, including in medical devices, AI systems and digital health applications, contributing to the public health or social security, or ensuring high levels of quality and safety of health care, of medicinal products or of medical devices; (h) providing personalised healthcare consisting in assessing, maintaining or restoring the state of health of natural persons, based on the health data of other natural persons».
 91. Article 35 proposed EHDS Regulation prohibits the following purposes: «(a) taking decisions detrimental to a natural person based on their electronic health data; in order to qualify as ‘decisions’, they must produce legal effects or similarly significantly affect those natural persons; (b) taking decisions in relation to a natural person or groups of natural persons to exclude them from the benefit of an insurance contract or to modify their contributions and insurance premiums; (c) advertising or marketing activities towards health professionals, organisations in health or natural persons; (d) providing access to, or

otherwise making available, the electronic health data to third parties not mentioned in the data permit; (e) developing products or services that may harm individuals and societies at large, including, but not limited to illicit drugs, alcoholic beverages, tobacco products, or goods or services which are designed or modified in such a way that they contravene public order or morality».

92. Article 2.1.z proposed EHDS Regulation.
93. Articles 45, 47, and 49 proposed EHDS Regulation.
94. Article 46 proposed EHDS Regulation.
95. Articles 37(1)(b) or (c) and 48 proposed EHDS Regulation.
96. Article 45.1 proposed EHDS Regulation. However, transfer to third countries may require use of specific protective measures, Article 61 proposed EHDS Regulation.
97. Article 45.2 a–d proposed EHDS Regulation.
98. Article 45.2 e–f proposed EHDS Regulation.
99. Article 36.1 proposed EHDS Regulation.
100. Article 46 proposed EHDS Regulation.
101. Article 41.4 proposed EHDS Regulation.
102. Article 46.3 proposed EHDS Regulation.
103. Article 51 proposed EHDS Regulation. The responsibilities of the controller are laid down in Article 24.1–2 GDPR: *«Taking into account the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for the rights and freedoms of natural persons, the controller shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure and to be able to demonstrate that processing is performed in accordance with this Regulation. Those measures shall be reviewed and updated where necessary. Where proportionate in relation to processing activities, the measures referred to in paragraph 1 shall include the implementation of appropriate data protection policies by the controller».* According to Article 66 proposed EHDS Regulation, the Commission is suggested to establish *«joint controllership groups»* for cross-border infrastructures of the type provided for in Articles 12 and 52.
104. Article 43.5 proposed EHDS Regulation.
105. Ibid.
106. See also Recital 48 of the preamble to the proposed EHDS Regulation.
107. Article 43.5 proposed EHDS Regulation.
108. Article 44.3 and Article 69 proposed EHDS Regulation.
109. Article 64.1 proposed EHDS Regulation.
110. Article 49 proposed EHDS Regulation.
111. Compare S. Slokenberga, *Scientific Research Regime 2.0? How the proposed EHDS Regulation may change the GDPR, Research Regime Technology and Regulation*, 2022, pp. 135–147, 141.
112. Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights; C-617/10 *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, para 19-21.
113. Article 51 proposed EHDS Regulation and section 4.3.

CERIDAP

114. See for example Articles 6.4 (e), 9.2 (b), (d), (h), 10, 13.1(f), 14.1(f) and 5 (b), 15.2, 23.2 (d), (f), 25.1, 30.1 (e), (c), 35.7 (d), 36.3 (c).
115. Recital 4 in the preamble to the GDPR, Article 6.3 and 4 GDPR.
116. See for example C-439/19 *Latvijas Republikas Saeima*, EU:C:2021:1054, para. 122.
117. Article 45.2 e–f proposed EHDS Regulation.
118. See in regard to biobanking, O Tzortzatou, et al, *Biobanking Across Europe Post-GDPR: A Deliberately Fragmented Landscape*, in S. Slokenberga, O. Tzortzatou, J. Reichel (Eds), *GDPR and Biobanking - Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Springer, 2021, pp. 397–419.
119. Lundqvist, *Regulating Access and Transfer of Data*, op. cite 38, pp. 118, 140, 239. See further Kruesz and Zopf, *The concept of Data Altruism of the Draft DGA and the GDPR*, op. cite 75, p. 571.
120. Article 46.3 proposed EHDS Regulation.
121. S. J. O'Brien, *Stewardship of Human Bio-Specimens, DNA, Genotype, and Clinical Data in the GWAS Era*, *Annu Rev Genomics Hum Genet* 10, 2009, pp. 193–209; Y. R. Rubinstein, et al. *The Case for Open Science: Rare Diseases*, *JAMIA Open*, 3(3), 2020, pp. 472–486; *Participatory Data Stewardship - A Framework for Involving People in the Use of Data*, *Report from the Ada Lovelace Institute Chief Executive*, *The British Academy*, 2021.
122. Kruesz and Zopf, *The concept of Data Altruism of the Draft DGA and the GDPR*, op. cite 75, p. 574.
123. Article 51 proposed EHDS Regulation and section 4.3.
124. A. de León, S. (2017) *Composite Administrative Procedures of the European Union*, Universidad Carlos III de Madrid.
125. Article 54 Proposed EHDS Regulation.
126. A European Health Data Space: harnessing the power of health data for people, patients and innovation, op. cite n 38, 1.
127. According to Article 46.5 proposed EHDS Regulation, the health data access body must provide a justification to the applicant when refusing to issue a data permit, but no redress mechanism is provided.
128. Article 43(3), (9) proposed EHDS Regulation.
129. Article 47 EU Charter of Fundamental Rights.
130. Article 9.2 DGA.
131. Article 9.2 Open Data Directive, Article 13(3), 14(7), 23(3), 24(6), 30 (i),(j) DGA, Article 37.2 d, 59, 65 proposed EHDS Regulation.
132. N. Xanthoulis, *Administrative factual conduct: Legal effects and judicial control in EU law*, *REALaw* 12(1), 2019, pp. 39-73, 39.
133. J. Mendes, *The EU Administrative Institutions, Their Law and Legal Scholarship*, in P. Cane, H.G.H. Hofmann, E. Ip and P. Lindseth (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, 2020, p. 542.
134. A European strategy for data, op. cite n 4, p. 1.
135. Commission decision of 17.12.2021 setting up the group of experts on public

- administration and governance, C(2021) 9535 final.
136. Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council *laying down additional procedural rules relating to the enforcement of Regulation (EU) 2016/679*, COM/2023/348 final.
 137. Curtin and Brito Bastos, *Interoperable Information Sharing and the Five Novel Frontiers of EU Governance*, op. cite n 27, p. 65.
 138. M Ruffert, *An Administrative Constitution for the EU?*, in G. Della Cananea and M. Conticelli (eds), *Rule of Law and Administrative Due Process in Europe. Trends and Challenges*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 91; R. Arnold, *The Relation between Constitution and Global Administrative Law – Some Reflections*, in M Grahn-Farley, J. Reichel and M. Zamboni (Eds), *Governing with Public Agencies: The Development of a Global Administrative Space and the Creation of a New Role for Public Agencies*, Poseidon förlag, 2022, p. 112.
 139. M. Heintzen, *Codification of Administrative Law in Germany and the European Union*, in F. Uhlmann (Ed), *Codification of Administrative Law. A Comparative Study on the Sources of Administrative Law*, Bloomsbury Publishing, 2023, p. 169 *et seq.*
 140. J. Reichel and J. Chamberlain, *Public Registries as Tools for Realising the Swedish Welfare State – Can the State still Be Trusted?*, *Public Governance, Administration and Finances Law Review*, Vol. 6, 2, 2021, pp. 35–52, 42 *et seq.*; L. Marelli et al, *The European Health Data Space: Too Big to Succeed?*, *Health Policy*, 135, 104861, 2023, p. 3.

The 2023 Australian Referendum: a proposal for an Indigenous Voice to Parliament and Government

Elisa Arcioni and Andrew Edgar

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-15

Il 14 ottobre 2023, gli elettori australiani hanno votato al referendum sulla proposta di modificare la Costituzione riconoscendo esplicitamente gli Aborigeni e gli Isolani dello Stretto di Torres attraverso l'inserimento di una Voce al Parlamento ed al Governo. La maggioranza degli elettori di ogni Stato ha votato contro il cambiamento, così come la maggioranza degli elettori a livello nazionale. Pertanto, il referendum è fallito. Questo articolo spiega la proposta dal punto di vista del diritto pubblico e include brevi riflessioni sul dibattito pubblico che circonda il referendum.

On October 14, 2023, Australian electors voted in a referendum regarding a proposal to change the Constitution by explicitly recognizing Aboriginal and Torres Strait Islander people through the insertion of a Voice to Parliament and Government. A majority of electors in each State voted against the change, as did a majority of electors nationally. Therefore, the referendum failed. This article explains the proposal from a public law perspective and includes brief reflections regarding the public debate surrounding the referendum.

Summary: 1. Introduction.- 2. International law and human rights.- 3. The nature of the reform and institutional design.- 4. Constitutional law and the Voice.- 5. Representations to the Executive, and administrative law.- 6. Reflections from two public lawyers.

1. Introduction

The Australian Constitution is an old and very stable document, presiding over a federal democratic state. It was enacted in 1901, as a statute passed by the UK Parliament in London but drafted in Australia and accepted at referenda by electors in Australia. The Australian Constitution is notoriously difficult to amend, requiring the passage of a proposal in the form of a Bill by the Parliament and then a double majority of electors voting in favour of the change – a majority of electors in a majority of the six sub-national States, as well as a national majority^[1]. Amendment has only occurred on 8 occasions since the Constitution was enacted in 1901, despite 45 attempts to change the document. The proposal put to the Australian electors on 14 October 2023 was to recognise Aboriginal and Torres Strait Islander peoples through a Voice to Parliament and Government.

Australia's First Peoples are the oldest living cultures in the world, having been in Australia for at least 60,000 years. British colonisation in the late 1700s occurred without a treaty or consent, and the Australian state which developed out of the six British colonies established on the Australian landmass has not yet reckoned with that history. Rather, the colonial and then State and national legal systems operated to exclude, discriminate against and marginalise Aboriginal and Torres Strait Islander people. Although recognised as having the same formal legal status as non-Indigenous Australians (namely British subject or Australian citizenship status), Aboriginal and Torres Strait Islander people were historically denied the legal rights and freedoms that usually attach to that status. The Constitution is silent as to the existence and status of Australia's First Nations, and any law-making relating to Indigenous peoples is piecemeal. While Australian law is now formally neutral in its terms, Indigenous disadvantage continues as an inter-generational consequence of Australia's legal history.

Australia does not have express human rights provisions included in the Constitution, but it does have racial anti-discrimination legislation, as well as laws providing for parliamentary scrutiny of bills and regulations for their impact on human rights. There is also legislation providing for land rights for Aboriginal and Torres Strait Islander peoples and some protection of their heritage. The change that would have been made by the addition to the Constitution of the

Voice to Parliament and the Government was intended to guarantee a facility for the views of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples to be made known to those public authorities with the power to make law and policy, so as to influence the making of those public decisions and exercise some measure of self-determination.

The proposal would have meant a new s 129 would have been inserted into the Constitution, with the following words:

«In recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples as the First Peoples of Australia:

- 1. There shall be a body, to be called the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice;*
- 2. The Aboriginal and Torres Strait Islander Voice may make representations to the Parliament and the Executive Government of the Commonwealth on matters relating to Aboriginal and Torres Strait Islander peoples;*
- 3. The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws with respect to matters relating to the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice, including its composition, functions, powers and procedures».*

Section 129(3) was included to make it clear that the composition of the Voice to Parliament and the Government and its method of electing its members was to be subsequently established by parliamentary legislation, rather than included in the Constitution itself. This is a common feature of the Australian Constitution. For example, elections for members of the Australian Parliament are referred to in the Constitution but the details are provided for in the Commonwealth Electoral Act 1918. The Australian Government provided design principles to inform public discussion for the referendum that explained that members of the body would be selected by Aboriginal and Torres Strait Islander people, which would help to ensure that its representations to the Parliament and Government were based on the experience of local First Nation's communities.

The Voice proposal was part of the consensus position of First Nations people who met at the 2015 National First Nations Constitutional Convention at Uluru. That was the culmination of dialogues held across Australia over 2016-17 to determine what First Nations wanted in terms of constitutional recognition

and reform. The resulting Uluru Statement from the Heart identified three desired outcomes, known as: Voice, Treaty and Truth. Voice is the Voice proposal put to referendum. Treaty is a coming together of First Nations peoples and the Australian state, a process of agreement making. The Statement uses the term “Makarrata” which is a Yolgnu term^[2] that can be translated as a process of coming together after a struggle. Truth is a telling of the history of Australia so that there is a better understanding of the reality of what has happened since the British arrived in the late 1700s^[3].

The Voice was designed to be a mechanism through which the views of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples could be received by Parliament and the Executive Government of the Commonwealth. It was the form of constitutional recognition which received consensus support at the 2015 National First Nations Constitutional Convention, as contained in the Uluru Statement from the Heart. As that Statement outlines, it was intended to be a response to the political powerlessness of First Nations throughout Australian history. The Voice was intended to give independent advice to the Parliament and government about matters that affect First Nations, with the Parliament to determine the consequences of that advice. The Voice was designed not to have legal power, not to have a program delivery function and not have a veto power^[4].

2. International law and human rights

The Voice was designed as a structure to guarantee representation of First Nations peoples within Australian political and governmental processes^[5]. It was designed as a manifestation of self-determination of First Nations peoples, understood as *«self-determination achieved within the State, and focussed on restructuring the relationship between Indigenous Peoples and the State»*^[6]. The principles of self-determination and political participation are both elements of international law in relation to Indigenous peoples, as seen in the United Nations Declaration of the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). UNDRIP has been described as: *«a non-binding declaration of the General Assembly. It reflects international consensus on the rights of indigenous peoples. It is an aspirational framework although several states have implemented it into domestic legislation, giving rise to binding obligations. It is a framework that sits within the structures of*

the existing state»^[7].

Australia initially voted against the adoption of UNDRIP in the UN General Assembly^[8] but in 2009 agreed to support it. However, it has not yet been put into domestic effect within Australia. The Voice would have been one way to implement elements of international law relevant to First Nations.

The operation of international law within the Australian legal system is indirect. International law does not apply directly until it is incorporated into Australian law. While international law is used to assess policy and law within Australia^[9], any inconsistency does not cause problems of invalidity. The Voice proposal had been assessed against international law by the Parliamentary Joint Committee on Human Rights concluding that it *«engages the rights to take part in public affairs, self-determination and equality and non-discrimination»*^[10]. The Committee concluded that the Voice proposal was consistent with human rights, by promoting the *«right of all citizens to take part in public affairs»* through the referendum process, that it was *«designed to promote the permanent rights of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples as recognised in the international treaties including participation in public affairs, the right to self-determination»* and that it *«is compatible with the right to equality and non-discrimination»*.

As Synnot notes: *«Regardless of the Australian Government's continuing reluctance to embrace international standards of human rights, those standards still are potent mechanisms for Indigenous peoples to speak from and be heard. UNDRIP especially provides recognition of the foundation of self-determination being key to all Indigenous rights and that Indigenous claims exist beyond the narrow understanding of Indigeneity aimed at the alleviation of socio-economic disadvantage. Perhaps most importantly, UNDRIP provides a principled road map to effect self-determination beyond abstraction»*^[11].

The Voice proposal, being the outcome of a self-determining process of dialogues amongst First Nations, embodied the processes of self-determination. The way in which it would have existed within the Australian constitutional structure also would have allowed for a manifestation of self-determination and participation within the nation state. The Advisory Report on the referendum proposal noted that evidence to that Inquiry supported the conclusion that the proposal was *«consistent with international human rights and in some cases advance[s] human rights, particularly the human rights of Aboriginal and Torres Strait Islander*

peoples»^[12].

3. The nature of the reform and institutional design

The Voice proposal was different in nature to other proposals for constitutional change which have been made regarding Aboriginal and Torres Strait Islander peoples. Earlier suggestions have focused on responding to the existing text of the Constitution, by amending existing legislative powers or introducing new sections to clearly establish legislative power in relation to beneficial legislation to respond to Aboriginal and Torres Strait Islander-related issues. By contrast, this proposal was a different type of constitutional reform by proposing a new institution which would exercise political rather than legal authority.

The Voice was designed to be a new institution placed within the Constitution and which would have interacted with the existing political arms of government in Australia – the Parliament and the Executive government of the Commonwealth. The reference to the Commonwealth is to indicate that the Voice would have interacted with the national institutions. Australia is a federal nation and the Constitution guarantees the existence of the sub-national State governments and Parliaments. Those entities were already engaged in developing institutions like the Voice or advancing towards treaty, although some of those developments have stalled as a consequence of the outcome of the national referendum. The Voice proposal which is the subject of this article is one which would have operated at the national level, although there would undoubtedly have been links between that institution and sub-national equivalents^[13].

The Voice was designed to fit within the Australian constitutional and legal system by being structured consistently with the way in which other institutions are established by the Constitution^[14]. The proposed s 129 would have established the institution – there «*shall be a Voice*» – and its core function – that of making representations. The other details were then to be left for Parliament through the conferral of legislation power in s 129(3). This design is similar to the way in which the existing institutions were established by the constitutional text, whereby details are deferred to legislation^[15]. It is common constitutional practice to guarantee core components and then leave the details for ongoing negotiation over time with the Parliament and the people to allow

for change^[16]. This approach was particularly appropriate for the Voice – because it would have allowed, for example, for First Nations to negotiate with the Parliament about how they were to be represented by the Voice, and for that to change as is necessary.

4. Constitutional law and the Voice

Changing the Constitution is a rare occurrence in Australia and this proposed change was the source of much debate in the media and through a parliamentary inquiry process^[17]. Several constitutional law issues emerged throughout the debate. This section addresses the issues of: enshrinement, constitutional recognition, the evolving constitutional identity of ‘the people’, institutional design and the limited impact of the text of s 129 on the legislative power of the Parliament. It does not address the broad concerns raised throughout the public debate regarding misinformation and disinformation. Much has been made about those concerns, and we agree that they had a significant impact. Here we focus on the key issues relating to public law that had been raised in public debate, and at the end of this article we make some reflections regarding the broader context.

Enshrinement of the Voice in the Constitution rather than legislation was argued to be necessary for several reasons. First, to guarantee the existence of the institution of the Voice. A legislated Voice would be amenable to repeal by legislation. In order to ensure a guaranteed and durable institution, the Voice had to be enshrined in the Constitution. Second, enshrinement confers legitimacy on the Voice. ‘The people’ in the Constitution exercise their sovereignty through involvement in elections and in constitutional referenda. The highest form of legitimacy comes from the representative Parliament proposing a change to the Constitution and ‘the people’ – through the electors – voting to adopt that change. Third, enshrinement is the form of recognition sought by First Nations peoples through the consensus position outlined in the Uluru Statement from the Heart.

Constitutional recognition through inserting s 129 would have rectified a constitutional silence. Since the 1967 referendum, there has been no reference to Aboriginal and Torres Strait Islander people in the Constitution. Inserting s 129

would also have continued the trajectory of the development of the constitutional identity of ‘the people’ in the Constitution. The constitutional identity of ‘the people’ has developed since federation – from an expectation of a White Australia to an understanding of a diverse and plural people. For example, we have seen a change in who constitutes ‘the people’ in the sense of being electors – from a colonial era where women were excluded in a majority of colonies from voting to adopt the Constitution Bill, to the modern era where the High Court has assumed that all adult citizens should have the right to vote. To enshrine a Voice would not have been to import an illegitimate racial element into the Constitution. It would have been to recognise the distinct place of First Nations peoples in the Australian polity, consistent with the ongoing development of the constitutional identity of ‘the people’. One interpretation of the rejection of this proposal can therefore be understood to be a rejection of that recognition.

The issue of the impact of the Voice on the powers and operation of federal Parliament and Executive government received significant attention throughout the process of the Voice Inquiry. In particular, concerns were raised regarding what a future High Court may imply from the text of s 129. It seems clear that the text would have restricted the Parliament in two ways. First, that once a Voice is established through legislation after a successful referendum it may not be removed – in order to comply with s 129(1) – *«there shall be a body ... called the ... Voice»*. Second, that the core function of the Voice – that of making representations – would not be able to be removed. So much follows logically from the text of s 129. However, implications beyond these basic requirements were highly unlikely^[18]. That is, only the existence of the Voice and its function of making representations is guaranteed by the proposal. As we address in the next section, the government and Parliament could then have determined what to do with those representations and whether or not the representations would have had legal rather than political effect.

5. Representations to the Executive, and administrative law

Particular concerns were raised in the Voice referendum debates regarding the function of making representations to the Executive. The Liberal Members of

the Parliamentary Committee Inquiry into the proposed change to the Constitution were concerned about courts implying a judicially enforceable duty to consult and a duty to consider representations from the Voice.^[19] There are several reasons to think that courts would not have recognised in s 129(2) an implied mandatory obligation to consult with and consider the Voice's representations.

The words in s 129(2) did not expressly require it and its immediate context did not suggest such an implication. Contextual information for the constitutional alteration bill indicated that s 129 was deliberately intended not to include such obligations. The Explanatory Memorandum for the constitutional change stated that the Voice's representations would be advisory and the constitutional alteration would not establish consultation obligations^[20]. The Explanatory Memorandum went on to say that the Executive Government's obligations in regard to the Voice's representations would be established by legislation made under s 129(3)^[21]. This was repeated in the Attorney-General's speech in Parliament^[22].

To the extent that concerns expressed about the Voice's representations to the Executive Government disrupting administrative decision-making may be regarded as a risk, it was one that could be managed by the Parliament through legislation. That is, the Parliament would be able to control what, if any, legal impact the representations may have had. Australian courts determine whether there are implied obligations to consider particular matters by interpreting the Act that provides the administrator with decision-making power. It is that Act that is the source of any implied mandatory consideration rather than implications in the Constitution. The drafting of those Acts is within the power of the Parliament who can decide either to make the representations mandatory considerations or not, or to establish a mechanism devised in relation to particular decisions to manage how the government would interact with any representations made by the Voice.

Any consideration of the impact of Voice representations on government was premature at the referendum stage. The appropriate context for managing any such risk would have been in the development of legislation to be made under s 129(3) or under other existing legislative powers. That would most likely have involved an assessment of existing consultation provisions in Commonwealth

legislation, choosing an appropriate form of consultation, and then adapting it for the relationship between the Voice and the Executive Government. The development of such legislation would also have most likely involved considering the appropriate accountability mechanisms; such as, whether the consultation with the Voice would be reviewable exclusively by Parliament, or exclusively by the courts, or maybe by both Parliament and potentially the courts.

Debates about such issues arise in the design of legislation and parliamentary scrutiny of bills and regulations; and then subsequently by courts in judicial review proceedings and administrative law institutions such as merits review tribunals and ombudsmen. The administrative law issues in the context of constitutional debates about the Voice were abstracted from the relevant statutory context – the exercise of statutory powers to make regulations and decisions regarding licences, approvals etc.

It is also important to recognise that existing law and practice allows for challenges regarding judicial review of administrative decisions involving Aboriginal and Torres Strait Islanders. There has been no flood of litigation by Aboriginal and Torres Strait Islanders or their representative groups. In fact, landmark Australian cases involving Aboriginal and Torres Strait Islanders go the other way: businesses challenging executive decisions protecting Aboriginal and Torres Strait Islander heritage and land rights. The existence of the Voice would have made no difference to the underlying legal position – any challenges depend on the details of the legislation in question, which is within the control of the Parliament.

6. Reflections from two public lawyers

The repercussions of the failed referendum are yet to be fully understood. Some of the reflections by Indigenous Australians who supported the Voice proposal have been shared through open public letters.^[23] As two non-Indigenous public lawyers, here we reflect on our respective areas of expertise and experience.

The administrative law issues that were raised in the Voice referendum debates were unusual for Australian political debate. Administrative law deals with technical regulations, and decision-making in regard to licences and permits which are usually relevant only for specific industries or particular individuals.

Administrative law rarely raises to the level of national debate, as it did in the Voice referendum debates. In our view, the concerns expressed about risks of administrative law litigation overwhelming government if the Voice proposal succeeded were not plausible. Yet, the concerns were raised by politicians opposed to the Voice proposal to claim that the proposal raised major uncertainties and risks. Our contribution to the debate highlighted that while administrative law has a degree of uncertainty that could possibly result in litigation regarding the Voice's actions and related responses by the government or Parliament, the risk was no greater than the current laws regarding Aboriginal and Torres Strait Islander peoples, and could be managed by careful drafting of legislation implementing the constitutional provisions for the Voice if the referendum had succeeded.

From a constitutional law perspective, the dangers and risks regarding the Voice proposal raised in the public debate were also without strong legal foundation. Despite this being the view shared amongst legal experts, the public debate occurred through channels that did not emphasise expertise, carefully considered discussion or analysis of the veracity of claims being made. The debate surrounding this referendum highlighted the power of language and the dangers of misinformation. The discussion preceding the referendum made very clear the ongoing need to improve public knowledge and understanding not only of our legal and constitutional system – including the administrative or constitutional law elements addressed above, but also our legal and constitutional history and its impact on Aboriginal and Torres Strait Islander peoples. This links with one of the elements called for in the Uluru Statement from the Heart. The Voice referendum was never to be an end in itself. It was intended to be a step along the way to - in the words of the Uluru Statement from the Heart - Indigenous and non-Indigenous Australians walking together for a better future. That Statement, as noted above, called for Voice, Treaty and Truth. The outcome of the referendum means that the Voice is not to be enshrined in the Constitution. Alternative structures may be developed to provide for a proxy for what the Voice would have been – such that Aboriginal and Torres Strait Islander voices contribute to the development of law and policy at the national level.^[24] The process of treaty-making is continuing at the sub-national level, albeit with a reduced emphasis as a result of the political reaction to the

referendum result. The last of the elements of the Uluru Statement is truth-telling.

Truth-telling comes in many forms. One form is the truth-telling of Australian legal and constitutional history and its interaction with Aboriginal and Torres Strait Islander people over time, including in the present. Public lawyers and public law academics in particular are uniquely placed to be involved in this component of Truth-telling by assisting law students and the broader community develop a better understanding of this history.

As we in Australia reflect further on the consequences of this failed attempt at structural constitutional reform to redress the political powerlessness of Australia's First Peoples, it is a moment to consider the role of the law and how we all participate in the ongoing development of the legal system which exists in the place we now call Australia.

1. See the text of Australian Constitution, s 128: «*This Constitution shall not be altered except in the following manner: The proposed law for the alteration thereof must be passed by an absolute majority of each House of the Parliament, and ... the proposed law shall be submitted in each State and Territory to the electors qualified to vote ... if in a majority of the States a majority of the electors voting approve the proposed law, and if a majority of all the electors voting also approve the proposed law, it shall be presented to the Governor-General for the Queen's assent. ...*».
2. The Yolgnu are the people of the northeastern part of the Northern Territory, known as Arnhem Land. For an outline of approximate names and country of First Nations across Australia, see the AIATSIS map outlined at <https://aiatsis.gov.au/explore/map-indigenous-australia>.
3. For an overview see M. Davis, G. Williams, *Everything You Need to Know About the Uluru Statement from the Heart*, NewSouth Publishing, Australia, 2021, and see www.ulurustatement.org.
4. See <https://voice.gov.au/about-voice/voice-principles>. For a video version of the background to the Voice proposal see <https://youtu.be/pS1O2zsvEAQ>.
5. *Final Report of the Referendum Council* (30 June 2017), Commonwealth of Australia, National Indigenous Australian Agency, *Indigenous Voice Co-Design Process Final Report to the Australian Government*, Canberra (Australia), 2021.
6. Indigenous Law Centre Submission to the Joint Standing Committee on Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs, *Inquiry into Application of the UNDRIP in Australia*, 31 October 2022 at p 8, available at <https://www.aph.gov.au/DocumentStore.ashx?id=183fda15-decf-447b-9e39-1809f0af8547&subId=724519> (“ILC submission”). See also *Final Report of the Referendum Council*

CERIDAP

- (30 June 2017) at 22, 29, 30.
7. ILC submission noted above n. 6, p. 7.
 8. In 2007 – being one of only 4 member states to do so as contrasted by 144 who voted in favour.
 9. See the work of the Parliamentary Joint Committee on Human Rights, *Under the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 Cth*, the committee’s functions are to examine bills, Acts and legislative instruments for compatibility with human rights, and report to both Houses of the Parliament.
 10. Parliamentary Joint Committee on Human Rights, *Human rights scrutiny report. Report 5 of 2023*, AUPJCHR 37, 2023.
 11. E. Synot, *The Universal Declaration of Human Rights at 70: Indigenous Rights and the Uluru Statement from the Heart*, in *Australian Journal of International Affairs*, 73(4), 2019, 320, 324.
 12. Joint Select Committee on the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice Referendum, *Advisory Report on the Constitution Alteration (Aboriginal and Torres Strait Islander Voice) 2023*, Canberra (Australia), May 2023, “Voice Report”, p 33.
 13. See Commonwealth of Australia, National Indigenous Australian Agency, *Indigenous Voice Co-design Process: Final Report to the Australian Government*, cit.
 14. The discussion below is developed from E. Arcioni, A. Edgar, *The Voice and the Executive*, in *AusPubLaw blog*, 21 March 2023, available at <https://www.auspublaw.org/first-nations-voice/the-voice-and-the-executive>; and E. Arcioni, A. Edgar, *The Voice in relation to constitutional and administrative law*, in *Law Society Journal*, 2023, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4454766, which we published to contribute to public debate in Australia prior to the referendum.
 15. See further at E. Arcioni, *Membership of the Voice*, in *Public Law Review*, 34(1), 2023, 10.
 16. R. Dixon, T. Ginsburg, *Deciding not to decide: deferral in constitutional design*, in *I•CON*, vol. 9, 3-4, 2011, p. 636.
 17. Joint Select Committee on the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice Referendum, *Advisory Report on the Constitution Alteration (Aboriginal and Torres Strait Islander Voice) 2023*, cit.
 18. *Voice Report* 24—27 [3.26]—[3.34]). And for discussion of risk, see S. Stephenson, *Is the Voice Too Uncertain or Risky?*, in *AusPubLaw blog*, at <https://www.auspublaw.org/first-nations-voice/is-the-voice-too-uncertain-or-risky> and C. Lenehan, *The Voice: imagined legal problems distract from the substance*, *ivi*, at <https://www.auspublaw.org/first-nations-voice/the-voice-imagined-legal-problems-distract-from-the-substance>. We also note that 70 public law teachers, including Elisa Arcioni, wrote an open letter addressing the issue of legal risks open letter: <https://www.abc.net.au/news/2023-10-06/open-letter-constitutional-law-university-voice-to-parliament/102937352> and the letter is hosted at <https://www.gtcentre.unsw.edu.au/news/public-law-teachers-release-open-letter-help-aus>

CERIDAP

traliains-prepare-voice-referendum.

19. *Voice Report* at 61 [1.37].
20. *Explanatory Memorandum*, Constitution Alteration (Aboriginal And Torres Strait Islander Voice) 2023 5 “*Explanatory Memorandum*”.
21. *Explanatory Memorandum*, cit., at [21].
22. M. Dreyfus, *Introduction of Constitution Alteration Bill 30 March 2023*, available at <https://www.markdreyfus.com/media/transcripts/introduction-of-constitution-alteration-bill-30-march-2023-mark-dreyfus-kc-mp/>.
23. See *Statement to our Country and People*, available at <https://fpdn.org.au/open-letter-statement-for-our-people-and-country/>.
24. See in the *Statement for our Country* noted above and also see the reference in the 15th edition of the *Cabinet Handbook* (2022), which includes for the first time a reference to «*meaningful consultation*» when considering the impact of federal policy on «*Indigenous Australians*» (so *Cabinet Handbook*, 15th ed, Canberra (Australia), 2022, at p 7).

L'Artificial Intelligence Act Proposal e la regolamentazione degli algoritmi predittivi: luci e ombre

Elena Falletti

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-19

Lo scopo di questo articolo è analizzare sommariamente le fasi del procedimento di approvazione dell'Artificial Intelligence Act Proposal, in particolare per quel che concerne gli algoritmi predittivi ad alto rischio, per valutare la variabilità degli effetti delle modifiche in materia.

The Artificial Intelligence Act Proposal and the regulation of predictive algorithms: lights and shadows

This article summarises the approval process of the Artificial Intelligence Act Proposal, particularly concerning high-risk predictive algorithms, to assess the effect of this legislative change.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. L'Artificial Intelligence Act Proposal e il risk-based approach.- 2.1. I sistemi vietati perché inaccettabilmente rischiosi.- 2.2. I sistemi di IA ad alto rischio accettabili, ma con riserva.- 2.3. I sistemi a rischio minimo o nullo.- 3. Gli algoritmi predittivi, l'impatto dei diritti fondamentali sui sistemi ad alto rischio e la discussione sull'AlA Proposal.- 4. Il rimedio specifico per le decisioni automatizzate, predittive e non.- 5. L'introduzione delle sandbox e l'AlA Proposal.- 6. Sommarie riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Uno dei pregi della letteratura riguarda la sua natura di ponte con le generazioni

che ci hanno preceduto per comprendere come chi apparteneva a quelle passate immaginava il futuro, cioè il nostro presente. Questo paragone è assai utile per comprendere l’impatto dell’evoluzione culturale avvenuta tra il passato e il tempo attuale, nonché misurare quanto l’immaginario e il suo bagaglio di timori e paure abbiano costruito la nostra mentalità.

Per lo scopo di quanto si va ad affrontare Isaac Asimov è il testimone perfetto^[1] perché la sua opera ha introdotto i lettori ad una realtà futuribile popolata di robot positronici (cioè automi obbedienti alle tre leggi della robotica)^[2] o automi artificiali in grado di interagire con gli esseri umani seguendone le logiche. Al contempo è assai distante dalla nostra realtà, perché seppure questo scrittore sia stato profetico, non lo è stato in senso realistico, almeno al momento, in quanto non è (ancora) possibile creare macchine effettivamente in grado di interagire da pari a pari con gli esseri umani, come avviene in “Io, Robot”, mentre i programmi di intelligenza artificiale sono sovente utilizzati dagli esseri umani in senso discriminatorio o prevaricante nei confronti di altri esseri umani.

È possibile osservare che nell’esperienza giurisprudenziale ciò sia già accaduto in precise fattispecie quali nell’erogazione di benefici tributari^[3] o nello svolgimento di particolari forme di lavoro come il food delivery^[4] o nell’assegnazione delle cattedre di insegnamento nelle scuole pubbliche^[5] oppure ancora in caso di erogazione di fondi pubblici^[6]; mentre alcuni enti pubblici, come la Banca d’Italia^[7], hanno adottato precisi regolamenti interni.

In siffatto contesto, la Commissione europea ha elaborato la bozza del Regolamento sull’intelligenza artificiale (d’ora in poi *AIA Proposal*)^[8] pubblicata e sottoposta alla pubblica discussione il 21 aprile 2021. Successivamente il Parlamento Europeo ne ha approvato una prima versione ampiamente emendata il 12 giugno 2023^[9]. Dopo di che il *Proposal* è stato sottoposto alla fase di discussione nel trilogico con il Consiglio Europeo^[10], a partire dal 18 luglio 2023^[11].

Gli obiettivi che l’*AIA Proposal* intende raggiungere sono molto ambiziosi ed il suo iter di approvazione si è rivelato essere assai tortuoso nel tentativo di bilanciare la contrapposizione tra gli interessi in gioco, rischiando di affievolirne sia la coerenza sia il rigore.

Infatti, da un lato è emersa, specie in sede di approvazione^[12], la pressione esercitata dagli operatori economici, soprattutto extraeuropei, che hanno inteso sfruttare il loro vantaggio competitivo in ambito tecnologico, ripetendo l’esperienza già

accaduta con Internet e le piattaforme *social network*^[13]. Dall'altro lato gli interessi da proteggere sono duplici, cioè quelli a garanzia dei cittadini, dei consumatori tesi a rafforzare le tutele dei diritti fondamentali quali dignità, *privacy*, riservatezza e autodeterminazione informativa^[14], nonché quelli degli operatori economici europei.

Tale disciplina inquadra lo sviluppo dell'IA presente, nel senso che deve assicurare la tutela dei diritti fondamentali e della *rule of law* ed insieme indirizzare il progresso di quella futura e quindi essere così flessibile da adattarsi a cambiamenti tecnologici che al momento non sono ancora prevedibili. In altri termini, viene richiesto all'*AIA Proposal* un doppio obiettivo: *in primis* di porre in essere una “quadratura del cerchio” tra le esigenze a vantaggio dell'innovazione tecnologica e il riconoscimento delle garanzie a favore dei cittadini, in particolare di quelli vulnerabili. *In secundis*, l'*AIA Proposal* è investito dell'importante compito di fungere quale modello regolatorio giuridico a livello globale, come già avvenuto con il GDPR^[15].

Pertanto, l'*AIA Proposal* si inserirebbe in un contesto caratterizzato dall'asserita, quasi “mitologica”^[16], imparzialità algoritmica congiuntamente ad una presunta parvenza di buona amministrazione (se riferito ad enti pubblici) o gestione (se inerente a enti privati) di procedimenti e risultati ottenuti con tali strumenti automatizzati.

In realtà, siffatta condizione di apparente neutralità, che non può essere considerata realistica come dimostrato dalle molteplici decisioni giurisprudenziali in tema, rappresenterebbe una strategia di rassicurazione, se non addirittura di vera e propria propaganda, a giovamento dell'opinione pubblica sulla imparzialità delle scelte adottate con i sistemi automatizzati.

Al contrario, l'*AIA Proposal* vorrebbe rispondere alla necessità di una regolamentazione il più possibile precisa al fine di evitare la manipolazione dell'*humanitas* per mezzo di siffatti sistemi (creati a loro volta da esseri umani) che attuino, facendola accettare socialmente, la deresponsabilizzazione di scelte politiche da parte dei loro fautori^[17], siano essi funzionari di Stato ovvero rappresentanti politici eletti democraticamente o addirittura dagli stessi privati.

A questo fine, l'impalcatura concettuale dell'*AIA Proposal* adotta un approccio basato sul rischio del danno che l'IA può causare ai diritti fondamentali degli individui soggetti all'uso degli algoritmi. Secondo tale costruzione logico-

giuridica, pertanto, ad un rischio più elevato sofferto dal pubblico di utenti/consumatori corrisponderanno obblighi più stringenti a carico dei creatori/produttori.

L'uso stesso della locuzione "Intelligenza Artificiale" contiene un equivoco intrinseco, dato che, seguendo le istruzioni loro predisposte attraverso il codice, i programmi automatizzati si limitano ad eseguire calcoli senza consapevolezza di contenuto e significato. Questa circostanza rende possibile la manipolazione tra il senso di questa locuzione e il suo significante, poiché comunemente con esso si intende la capacità attribuita a una macchina di elaborare operazioni complesse riconducibili a quelle effettuate da un cervello umano. Di conseguenza l'intelligenza artificiale è diventata un concetto collegato alla letteratura e alla cinematografia di genere fantascientifico, ove le macchine prendono il sopravvento sul genere umano con effetti catastrofici^[18].

In siffatto contesto, l'avvento dei calcolatori in grado di elaborare quantità massive di dati (c.d. *big data*), traendo da essi nuova conoscenza, ha contribuito alla formazione dell'equivoco sulla presunta superiorità (intesa in senso di pericolo, o comunque negativo) dell'intelligenza artificiale rispetto alla mente umana, grazie alla velocità di calcolo nell'elaborazione delle informazioni. Il raggiungimento di tale traguardo tecnologico è stato molto enfatizzato, in particolare, quando i calcolatori elettronici hanno sconfitto i grandi maestri nei giochi di strategia, iconici dell'intelligenza stessa, come gli scacchi^[19]. Tuttavia, nonostante le sconfitte, gli esseri umani non hanno smesso di giocare a scacchi per il loro piacere.

In tempi più recenti questa sensazione si è rafforzata con l'introduzione sul mercato di algoritmi di *machine learning* in grado di interagire con gli utenti non esperti attraverso l'uso del linguaggio colloquiale come nel caso dei programmi di intelligenza artificiale generativa quali gli *LLM (Large Language Model)*. Tali chatbot sono commercialmente noti con i nomi di *ChatGPT*, *Replika*, *DeeplWrite*, *GitHub*, *Copilot* e sono in grado di elaborare risposte apparentemente chiare, ma espresse con un linguaggio autorevole, pertanto apparentemente più affidabile.

La medesima sensazione di sconcerto e di meraviglia ha accompagnato la diffusione degli algoritmi in grado di creare immagini artistiche "*text to image*" con l'inserimento di specifici "*prompt*" (richieste) quali *MidJourney*, *DALL-E 2*,

Starry AI, DreamStudio e così via. Il lancio sul mercato sia dei programmi *LLM* che di quelli *text to image* ha provocato contenziosi tra i rappresentanti di autori e artisti in materia di tutela del *copyright*^[20] sui testi e sulle immagini da cui tali sistemi elaborano il loro training, assorbendo anche *bias* discriminatori^[21].

Tali programmi utilizzano modelli di calcolo probabilistici elaborati sulle statistiche delle parole maggiormente utilizzate^[22] (ovvero delle stringhe di testo^[23]) nella materia investigata e pertanto non sono in grado di essere realistici, dato che non comprendono il testo da loro stessi elaborato. A parere di chi scrive la loro peculiarità risiede nella proposta di visioni alternative, scollegate dalla realtà^[24]. Si tratta di un tema differente, ma non meno complesso, rispetto a quello socialmente più importante riguardante la diffusione di *fake news* e *hate speech*^[25], favorito dalla loro modalità di funzionamento. Siffatta problematica sorge nel momento in cui l'utente utilizza il programma *LLM* per ottenere informazioni, sbagliando perché, allo stato dell'arte, è la caratteristica del modello concettuale che impedisce l'accuratezza necessaria dei risultati^[26].

A completamento di ciò, i tentativi di limitare le loro distorsioni intrinseche^[27] incontrano ulteriori difficoltà da superare, in particolare nella comprensione del funzionamento di questi sistemi, perché essi sono generalmente protetti dalle tutele legate alla proprietà intellettuale, specie del segreto industriale, e pertanto non disponibili alla pubblica conoscenza e diffusione, al contrario dei sistemi open source^[28], tuttavia meno diffusi.

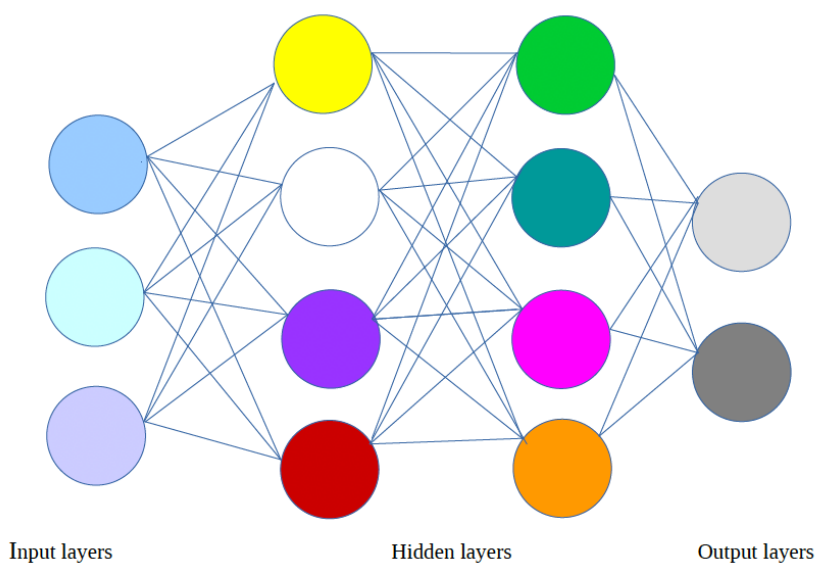
2. L'Artificial Intelligence Act Proposal e il risk-based approach

L'approccio normativo dell'*AIA Act Proposal*^[29] si indirizza verso l'utilizzo di un criterio fondato sulla valutazione preventiva della gravità del rischio^[30]. In via generale l'impiego di tale criterio viene giustificato dal risultato positivo ottenuto nel ragionevole bilanciamento tra i vantaggi e le esternalità negative in merito all'autorizzazione dell'uso dello strumento supposto pericoloso, in questo caso i sistemi di intelligenza artificiale. Da un punto di vista normativo, l'utilizzo di siffatti sistemi non comporta né un divieto assoluto né una liceità assoluta, ma sono consentiti nel rispetto di determinate condizioni^[31]. Al contrario, seppure il loro utilizzo possa rappresentare una esternalità negativa, il divieto del loro uso

non sarebbe ragionevole in quanto essi apportano vantaggi e miglioramenti rispetto allo *status quo*. Pertanto, bilanciamenti e valutazioni devono essere focalizzati sul risultato, caso per caso.

In questo ambito rientrano i c.d. modelli predittivi, cioè strumenti automatizzati di calcolo probabilistico^[32] per la gestione di situazioni ovvero la soluzione di controversie che presentino la caratteristica della serialità, cioè in presenza di circostanze standard ove sussistono quantità massive di dati e condizioni di stabilità socio-culturali^[33].

Tali sistemi sono riconducibili nell'alveo degli "algoritmi decisori automatizzati". Con questa espressione ci si riferisce ad una serie successiva di decisioni effettuate attraverso sistemi di calcolo matriciali e interdipendenti tra loro. L'uso di sistemi automatizzati in ambiti seriali è ormai molto diffuso perché vi è la tendenza a sostituire l'elemento decisionario umano^[34], nel tentativo (probabilmente illusorio^[35], se non del tutto vano) di ottenere risultati prevedibili^[36] ed efficienti, ai fini della certezza delle decisioni medesime.



Come è noto^[37], tali procedimenti imitano le reti neurali raccogliendo e immagazzinando dati dall'esperienza passata, poi elaborandoli per mezzo di passaggi non visibili: le c.d. "*black box*", dove vengono effettuati i calcoli

matriciali, non ricostruibili nel loro percorso logico. Quanto descritto (e illustrato) ricostruisce in modo molto sommario e semplificato il modello di *machine learning* realizzato con reti neurali artificiali (ANN)^[38].

Siffatte ANN imitano ciò che avviene nei neuroni umani attraverso le sinapsi, cioè del procedimento che consente al cervello di imparare. In tali modelli imitativi si riconosce uno strato di ingresso (*input layer*) connesso a sensori che percepiscono le informazioni digitalizzate da elaborare.

Queste possono avere il contenuto più vario, cioè immagini, testi, numeri presenti in diversi strati intermedi nascosti (*hidden layers*) ove le operazioni di calcolo e apprendimento vengono effettuate, e uno strato di uscita (*output layer*) che trasmette i risultati dell'elaborazione.

Ogni neurone di ciascun strato è connesso con tutti gli altri e ciascun collegamento ha una sua valenza, ciò nonostante la ricostruzione del percorso logico seguito dalle unità di apprendimento è confusa e di difficile interpretazione, perciò tali procedimenti vengono definiti ed identificati con l'espressione metaforica di "*black box*".

In tale contesto, i calcoli matriciali che avvengono nelle *black box* non si limitano a ripetere le esperienze già immagazzinate, ma le ricombinano, creando nuova conoscenza; tuttavia, permane presente il rischio di perpetuare i *bias* e i possibili elementi discriminatori in esse contenuti.

Le serialità delle fattispecie a cui siffatti calcoli vengono applicati consente l'elaborazione dei "modelli predittivi", nel senso che si fondano sulla ripetitività delle situazioni al fine di classificare in modo omogeneo i risultati ottenuti.

Facendo riferimento agli Stati Uniti, cioè in una realtà giuridicamente composita nonché tecnologicamente avanzata, è possibile osservare un significativo esempio di come funzionano tali algoritmi predittivi nelle procedure di assegnazione di fondi creditizi o di mutui ipotecari. Siffatto esempio dimostra come sedersi "al tavolo della fratellanza"^[39] sia rimasto un sogno non pienamente realizzato e gli stereotipi razziali permeino ancora significativamente la realtà fattuale e quindi quella presente nei database con un evidente *bias* discriminatorio.

In tale fattispecie, la serialità riguarda la situazione dei richiedenti il finanziamento, la valutazione delle loro caratteristiche: sia quelle individuali, quali ad esempio stabilità della posizione lavorativa, della situazione familiare, la propensione al rischio e affidabilità creditizia, ovvero la loro zona di residenza e il

relativo codice postale; sia quelle relative all'ammontare della richiesta di finanziamento e la relativa operazione da concludere, cioè l'apertura di una linea di credito, il prestito a favore di un'azienda, o richiesta di un mutuo per l'acquisto della casa.

Relativamente a quest'ultima circostanza sono state depositate di fronte alle Corti federali americane alcune istanze di "class action"^[40] da parte dei clienti di una nota banca che hanno ritenuto di essere stati discriminati. Infatti, negli Stati Uniti il tema è sottoposto all'attenzione dell'opinione pubblica da tempo, data la combinazione di effetti insieme sensibili e distorsivi, in relazione alla reale discriminazione su base etnica^[41] e le conseguenze ancora presenti sia della crisi dei mutui *subprime* che ha investito il mercato immobiliare americano^[42], sia della reazione economica negativa alla Pandemia da *Covid-19*^[43], riverberandosi sulla solvibilità ipotecaria tanto collettiva quanto dei singoli.

Ciò consente di proporre una riflessione sull'impatto dei modelli predittivi nella realtà e sulla validità del modello *risk-based approach*. Infatti, l'utilizzo dei modelli predittivi si basa sulla loro efficienza nelle decisioni seriali, pertanto il loro margine di errore, che può presentare importanti conseguenze discriminatorie, viene considerato, malgrado ciò, accettabile. Eppure, siffatto margine è assai più ampio e discriminatorio di quanto possa apparire *prima facie*. L'elemento di rischio, in tale situazione è ambivalente: da un lato è l'uso dell'algoritmo decisionario ad essere aleatorio, nello specifico di violazione dei diritti del soggetto sottoposto alla siffatta decisione predittiva: ed è questa la *ratio* per considerare azzardato l'impiego degli algoritmi in parola.

Dall'altro lato, invece, l'algoritmo predittivo è utilizzato al fine di prevedere se il soggetto sottoposto alla valutazione automatizzata adempierà all'obbligazione, ovvero alla restituzione della somma di denaro per cui ha presentato richiesta, dato che sussiste il rischio dell'inadempimento del debitore e questo va tenuto in conto nel momento del calcolo sulla solvibilità del soggetto richiedente. Infine, sussiste un terzo elemento di rischio, più subdolo perché meno appariscente, e cioè che l'algoritmo elaborerà una decisione potenzialmente discriminatoria combinando i summenzionati fattori.

Alla luce di questa breve analisi è possibile sostenere che l'obiettivo della critica all'uso di algoritmi predittivi è di evitare di cadere in una trappola manipolatoria, cioè confondere la discriminazione (basata per esempio sulle caratteristiche

etniche, di genere, di orientamento politico e così via) mascherandola con gli elementi di rischio.

Il tema concerne la qualità dei dati assunti nel database e come essi vanno trattati nel momento della raccolta e della loro classificazione. Nello specifico, è necessario vagliare come siffatti dati debbano essere (o meno) “purificati” ovvero “puliti” affinché l’algoritmo possa essere programmato esclusivamente sulla solvibilità del richiedente, tralasciando informazioni discriminatorie quali l’origine etnica ovvero la residenza abitativa, dato che si tratta di informazioni che possono essere ricostruite attraverso la combinazione dei dati stessi^[4].

Come risolvere siffatto problema? Innanzitutto, è necessario non cadere nella tentazione di modificare la realtà con la quale gli algoritmi si trovano ad interagire. In questo caso, una modifica della rappresentazione di tale realtà nel linguaggio di programmazione consisterebbe in una sua manipolazione, ovvero una sua ricostruzione fittizia. Una simile operazione snaturerebbe il contesto, ma non muterebbe le condizioni dei soggetti sottoposti a rischio discriminatorio e perciò andrebbe evitata.

Per sfuggire al rischio manipolatorio ci si deve focalizzare sul trattamento dei dati. Già dal momento della raccolta deve essere dedicata una specifica attenzione alla natura e alle caratteristiche dei dati applicando rigorosamente le disposizioni del GDPR. Al contrario, se l’attenzione alla selezione dei dati fosse focalizzata *ex post*, il *database* conterrebbe quelle informazioni inquinate da *bias* che porterebbero a risultati inevitabilmente discriminatori. Ne consegue che l’ipotetica coesistenza nel momento applicativo delle discipline del GDPR, in materia di protezione dei dati personali, e dell’*AIA Proposal* sarebbe solo apparente, in quanto le disposizioni dell’*AIA Proposal* dovrebbero essere applicate nelle successive fasi di elaborazione dei dati (dai quali i *bias* dovrebbero già essere stati espunti) da parte del *machine learning* nella *black box*.

In altri termini, per quel che concerne i risultati relativi all’esempio descritto in precedenza, cioè la solvibilità di un soggetto richiedente un prestito di denaro, possono essere considerati dati essenziali ai fini del loro utilizzo algoritmico: la stabilità della posizione lavorativa, la propensione al rischio del soggetto richiedente nonché la sua situazione familiare. Siffatti dati sarebbero quindi inseribili nel *database* da sottoporre ai procedimenti di *machine learning*, ma non la zona di residenza, con il relativo codice postale, che invece riflettono *bias*

riconducibili alle origini etniche e alle condizioni economiche relative ad una classe o a un gruppo sociale, invece che individuali.

Discutibile, invece, se siano essenziali alla definizione della solvibilità l'età del richiedente ovvero il genere perché si tratta di dati sensibili che possono avere una rilevanza non oggettiva. Quale esemplificazione ci si può riferire agli anni di carriera ovvero di attività professionale del richiedente e quindi risalire all'ammontare della retribuzione per i lavoratori dipendenti, che godono dell'erogazione di uno stipendio, ma non dei lavoratori autonomi, i quali ricavano il loro reddito dall'attività professionale o imprenditoriale. Questa distinzione può assumere rilevanza oggettivamente discriminatoria per quanto riguarda il genere del richiedente il finanziamento, dato che il "gender gap" retributivo è una condizione ancora sofferta dal genere femminile rispetto a quello maschile^[45].

Da questo semplice esempio riguardante una situazione assai diffusa emerge come la redazione dell'*AIA Proposal* debba tenere conto di circostanze fattuali diversificate che rischiano di frammentare il testo normativo, venendo così meno ad uno dei principi generali tradizionali della norma giuridica, cioè quello di essere "generale e astratta", mentre la norma si sta trasformando in "particolare e concreta", con effetti ancora più intrusivi rispetto a quanto già delineato dalla dottrina che in passato si era occupata della "frantumazione" dell'ordinamento giuridico^[46]. Ciò in particolare sia per la categorizzazione sociale con cui occorre confrontarsi quando ci si avvale dei software predittivi, sia per l'intervento delle c.d. "sandbox", nella gerarchia delle fonti, delle quali ci occuperemo successivamente.

Come è noto, l'*iter legis* affrontato dai Regolamenti dell'Unione Europea è lungo e laborioso^[47] e gli interventi discussi e gli emendamenti apportati al testo originario dell'*AIA Proposal* sono stati indirizzati al riconoscimento dell'AI come una «*intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, nonché dell'ambiente, dagli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, sostenendo nel contempo l'innovazione e migliorando il funzionamento del mercato interno*»^[48].

L'*AIA Proposal* considera i sistemi decisori automatizzati/standardizzati ad alto rischio in quanto «*il termine "automatizzato" si riferisce al fatto che il*

funzionamento dei sistemi di IA prevede l'uso di macchine»^[49], che possono non essere soggette al completo controllo umano durante le operazioni di *machine learning*.

Prendendo a prestito le parole di Walt Whitman^[50] tale vasta definizione contiene più contraddizioni che moltitudini perché riguarda sia i timori che solleva l'intelligenza artificiale, che devono essere placati con “elevate garanzie di protezione”, sia le aspirazioni sul sostegno all'innovazione e il miglioramento del mercato. Timori e garanzie sono però poste nell'area di influenza delle “macchine”. Utilizzando tale termine e collegandolo ad un rischio, l'*AIA Proposal* sembra catalogare i sistemi automatizzati in qualcosa di alieno rispetto all'*humanitas*, invece che un prodotto pensato, creato e realizzato dalla stessa mente umana.

Nel modello basato sul rischio l'oggetto della disciplina è il rischio del danno^[51], non il danno in sé. Si tende quindi ad anticipare la valutazione delle conseguenze possibili analizzando la probabilità della verifica del danno stesso^[52]. Il vantaggio di questo approccio risiederebbe nel tentativo di protezione preventiva che riduca la probabilità stessa delle infrazioni, rispetto alla organizzazione e standardizzazione di una serie di rimedi successivi alla violazione delle norme^[53].

In tale prospettiva, l'obbligazione principale per chi produce e immette sul mercato sistemi di intelligenza artificiale è di (*auto*)analizzare la propria attività e quindi di (*auto*)valutare i rischi connessi all'adozione delle tecnologie automatizzate. Di conseguenza siffatto soggetto (o ente) è tenuto ad adottare schemi organizzativi (validati da organismi indipendenti all'uopo preposti) sia verso l'interno, cioè nei propri procedimenti produttivi di beni o servizi, sia all'esterno cioè nei confronti degli utilizzatori, consumatori ovvero utenti dei propri sistemi^[54].

Sembrerebbe quindi che l'obiettivo dell'*AIA Proposal* sia di organizzare “il controllo del rischio”^[55]. Nonostante il concetto, lo scopo e, di conseguenza, la stessa classificazione individuate dall'*AIA Proposal* siano ancora dibattuti nel trilogio^[56], pare di interesse analizzare come essi siano stati elaborati, in quanto tali elementi sono stati oggetto di un intenso confronto scientifico pubblico da quando il testo dall'*AIA Proposal* è stato reso diffuso^[57]. A questo fine, ed in via generale, la proposta di Regolamento individua quattro livelli di rischio, che sono raggruppati e analizzati nei seguenti sottoparagrafi:

2.1. I sistemi vietati perché inaccettabilmente rischiosi

Il primo livello raggruppa i sistemi di IA che presentino un rischio valutato come inaccettabile; pertanto, è vietato l'uso di siffatti sistemi quando costituiscono un pericolo eccessivo e sbilanciato a discapito della protezione dei diritti fondamentali dei soggetti che possono subire il trattamento dei loro dati personali da parte di siffatti sistemi.

In questa categoria rientra tutto ciò che rappresenta una «*chiara minaccia per la sicurezza, i mezzi di sussistenza e i diritti delle persone*». Tra questi sono annoverati gli algoritmi manipolativi, di sfruttamento, ovvero di controllo sociale^[58] e di *social scoring*^[59]. Ugualmente sono proibiti i sistemi automatizzati che utilizzano tecniche subliminali^[60], manipolative^[61] o ingannevoli per distorcere il comportamento^[62], quelli che sfruttano le vulnerabilità di individui o di gruppi specifici, che creano o espandono *database* di riconoscimento facciale attraverso *web scraping*^[63] non mirato e i sistemi di polizia predittiva^[64]. Parimenti sono vietati i sistemi di intelligenza artificiale mirati a elaborare le emozioni^[65] nella gestione delle frontiere, sul posto di lavoro e nell'istruzione e quelli per la valutazione del rischio che prevedono reati penali o amministrativi, nonché l'utilizzo di programmi di riconoscimento biometrico in tempo reale.

Su questi ultimi, il Legislatore europeo si è manifestato molto attento precisando la definizione rispetto a quella contenuta nel GDPR e quindi distinguendo i dati biometrici^[66] dai dati di identificazione biometrica^[67]. I primi riguarderebbero i connotati relativi ad un soggetto che consentirebbero la sua precisa identificazione, mentre i secondi riguarderebbero una sfera più ampia di caratteristiche personali dell'individuo riconducibili a tratti identificativi più generali che ne permetterebbero la sua individuazione in mezzo a un gruppo ovvero a una folla. Tale distinzione comporta l'introduzione di un aspetto aggiuntivo in materia di biometria^[68], cioè il diverso trattamento giuridico tra l'identificazione in tempo reale (in via di principio sempre proibita, tranne in specifici casi previsti dalla legge) da quella remota.

A questo proposito, rispetto al testo originario dell'*AIA Proposal*, il Parlamento europeo introduce un ulteriore elemento, cioè la «*categorizzazione biometrica, la quale prevede l'assegnazione di persone fisiche a categorie specifiche o la deduzione delle loro caratteristiche o dei loro attributi, utili a inserire le singole caratteristiche*

individuali dei soggetti da identificare affinché tali dati siano inseribili in specifici cluster delle banche dati»^[69].

Per quel che concerne la distinzione tra sistemi di riconoscimento biometrico in tempo reale e quelli a posteriori, oltre alla distinzione tecnica^[70], si evidenzia come l'*AIA Proposal* tratti la questione del consenso della persona sottoposta al trattamento biometrico dei suoi dati senza distinguere con quale delle due modalità i dati in questione siano stati acquisiti^[71].

Siffatti sistemi sono vietati dal *Proposal* perché i rischi conseguenti il loro utilizzo sono inaccettabili in quanto in contrasto con i valori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, specificamente in merito alla protezione della dignità (art. 1), dell'integrità fisica e psichica (art. 7) e della riservatezza dei dati personali (art. 8). Tuttavia, il *Proposal* ammette alcune deroghe in caso di situazioni eccezionali che ne giustifichino l'utilizzo in particolare per ragioni di sicurezza pubblica, pericolo imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche, ricerca di minori scomparsi e rischio di attacchi terroristici, dietro autorizzazione giudiziaria.

Ciò facendo, il *Proposal* concede un ampio (*e vago*) margine di discrezionalità a favore dell'ordinamento statale. Nonostante l'apparente contraddizione relativa alla (*impossibile?*) coesistenza tra divieto totale e sue eccezioni non chiaramente specificate, il Legislatore europeo si è trovato di fronte alla difficoltà di prevedere e bilanciare lo sviluppo di un settore foriero di interessi, anche divergenti, e soggetto ad una velocissima^[72] evoluzione tecnologica e tecnica^[73].

Per esempio, in materia di algoritmi predittivi utilizzati a scopo di polizia, soccorre la giurisprudenza costituzionale tedesca, che ha fissato rigidi limiti all'utilizzo di software predittivi di polizia. In particolare, Il *Bundesverfassungsgericht*^[74] ha stabilito che il ricorso all'analisi automatizzata dei *big data* è costituzionalmente legittimo solo ove serva alla prevenzione di determinati reati definiti in modo preciso dal legislatore affinché le limitazioni del diritto all'autodeterminazione informativa, espressione del diritto alla personalità, sia giustificato. In particolare, la messa in pericolo di beni giuridici rilevanti deve essere concreta e sottoposta ad uno stretto scrutinio di proporzionalità che giustifichi l'intrusione effettuata dai software predittivi. A questo proposito, il grado di incisività di tale scrutinio deve essere concretamente determinato dalle disposizioni di legge relative ai presupposti e modalità d'uso relativi al ricorso ai

suddetti programmi.

Autorevole dottrina^[65] osserva che la Commissione Europea ha tentato di istituire un confine fondato su concetti giuridici necessariamente indeterminati, ma non per questo meno concettualmente solidi, in quanto occorre lasciare uno spazio normativo sufficiente da ricomprendere evoluzioni tecnologiche dell'AI ancora non presenti, né immaginabili, senza però cadere nel rischio, ancora più grave, dell'arbitrio^[66] e stabilire argini normativi a garanzia delle libertà fondamentali e della presunzione di innocenza.

2.2. I sistemi di IA ad alto rischio accettabili, ma con riserva

Sono classificati “ad alto rischio” i sistemi di IA che presentano un impatto nocivo significativo “sulla salute, la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone nell’Unione” (art. 6 del *Proposal*). La disciplina di tali sistemi divide questi sistemi in due categorie:

1. quelli destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti soggetti a valutazione di conformità da parte di terzi;
2. sistemi specificamente elencati nell’Allegato III, che presentano implicazioni principalmente in relazione ai diritti fondamentali^[67].

L’uso di simili modelli può essere consentito, ma essi devono essere soggetti ad un controllo preventivo in cui sia accertata la presenza di precisi requisiti di tutela della dignità umana e del rispetto dei diritti fondamentali. L’individuazione di tale categoria si basa sia sulla funzione specifica attribuita all’algoritmo sia sul suo scopo complessivo, il quale deve tuttavia essere comprensivo anche del riferimento ai suoi obiettivi specifici. Ad esempio, gli algoritmi utilizzati dalle piattaforme di *food delivery* presentano la funzione complessiva dell’organizzazione della gestione delle consegne delle pietanze in un certo luogo e per un certo tempo, ma hanno lo scopo specifico di attribuire ciascun *crowdworker* la consegna della pietanza richiesta all’indirizzo del *customer*. Gli algoritmi di valutazione della solidità finanziaria di un cliente bancario hanno lo scopo di gestire il capitale finanziario destinato al soddisfacimento delle richieste di finanziamento, dall’altro si occupano di valutare nello specifico la solvibilità dei clienti e così via.

In ciascuno di questi passaggi possono realizzarsi output discriminatori, sia sotto il profilo categoriale (per esempio, in relazione ad una classe specifica di clienti bancari, i quali sono residenti in una certa zona considerata di basso pregio immobiliare) sia per la presenza di specifiche caratteristiche individuali (per esempio, il cliente non ha conseguito un determinato titolo di studio). Ai fini di tale disamina è necessaria una ulteriore valutazione di conformità sia alla normativa di settore sia alla tutela dei diritti fondamentali^[78].

Si tratta di una amplissima gamma di strumenti (utilizzati nelle aree specificate dall'*Annex III*^[79]) e riguardano i modelli utilizzati nel reclutamento lavorativo ovvero nei dispositivi medici diagnostici, i modelli di identificazione biometrica da remoto delle persone fisiche, di gestione delle infrastrutture (sia quelli impiegati nelle c.d. "smart cities", come i semafori intelligenti, sia quelli utilizzati nella gestione delle forniture di servizi quali erogazione dell'acqua, del gas, dell'elettricità), ancora per scopi di istruzione o formazione del personale, di gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere, dell'amministrazione della giustizia e dei processi democratici e così via. Il rinvio all'*Annex III* per la definizione di una regola o un divieto riguarda una tecnica normativa funzionale alla velocità di aggiornamento dello schema regolatorio. In caso contrario, la normativa andrebbe incontro ad una tanto rapida quanto fisiologica obsolescenza^[80].

Al fine di monitorare il grado di senescenza della normativa, gli artt. 61^[81] e 63^[82] prevedono che venga attuato un sistema di monitoraggio e meccanismi di vigilanza sia preventivi all'immissione sul mercato dei prodotti attraverso una valutazione di conformità, sia successivi per mezzo di specifiche indagini.

Tali sistemi sono orientati ad attuare una forma di proceduralizzazione del rischio funzionale alla limitazione delle violazioni dei diritti umani mediante requisiti, certificazioni e controlli affinché il rischio venga ridotto ad un livello "ritenuto accettabile"^[83].

In cosa consiste siffatta accettabilità del rischio? Il Legislatore europeo sembra essere consapevole della «portata dell'impatto negativo del sistema di IA sui diritti fondamentali protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e quest'ultima è il parametro rilevante ai fini della classificazione di un sistema di IA tra quelli ad alto rischio, in particolare di quello discriminatorio»^[84]. Ulteriormente, «le garanzie necessarie affinché il rischio sia ricondotto

all'accettabilità comprendono il diritto alla dignità umana, il rispetto della vita privata e della vita familiare, la protezione dei dati personali, la libertà di espressione e di informazione, la libertà di riunione e di associazione e la non discriminazione, il diritto all'istruzione, la protezione dei consumatori, i diritti dei lavoratori, i diritti delle persone con disabilità, l'uguaglianza di genere, i diritti di proprietà intellettuale, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza e il diritto a una buona amministrazione»^[85].

Oltre a tali diritti, è importante sottolineare che i minori godono di diritti specifici sanciti dall'articolo 24 della Carta dell'UE e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (ulteriormente elaborati nell'osservazione generale n. 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo per quanto riguarda l'ambiente digitale), che prevedono la necessità di tenere conto delle loro vulnerabilità e di fornire la protezione e l'assistenza necessarie al loro benessere^[86].

Tra gli articoli emendati ed approvati dal Parlamento europeo vi è una norma che metaforicamente sembrerebbe voler rappresentare un'ancora di salvezza rispetto all'effettiva realtà dello sviluppo algoritmico e riguarda la previsione del controllo umano sui sistemi di AI ad alto rischio^[87]. A questo proposito, gli operatori sono tenuti ad attuare la sorveglianza umana da parte di soggetti competenti, adeguatamente qualificati e formati e dispongano delle risorse necessarie per assicurare l'efficace supervisione del sistema di IA a norma dell'articolo 14 del *Proposal* medesimo^[88].

Infatti, secondo l'intenzione del Legislatore Europeo, la previsione di tale sorveglianza umana «*mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza, i diritti fondamentali o l'ambiente che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista*»^[89].

Tuttavia, il *Proposal* sembra mettere sullo stesso piano differenti tipi di algoritmo con tre approcci di apprendimento automatico, cioè:

1. il *machine learning* supervisionato, ove il sistema algoritmico apprende attraverso l'insegnamento, cioè un addestramento condotto sulla base di un set di dati iniziali e di risposte già validate;

2. il *machine learning* “di rinforzo”, in cui il sistema apprende dai risultati delle azioni proprie o altrui distinguendo tra successi e fallimenti e conseguentemente assimilando il procedimento di apprendimento al fine di apprendere dai risultati corretti scansando gli errori;
3. il *machine learning* non supervisionato, cioè quando il sistema è autonomo dall'intervento dei suoi creatori o di terzi ed è in grado di individuare autonomamente associando dati e relazioni provenienti dai dati che gli sono stati forniti^[90].

Su questo punto, ci si può chiedere se il ruolo del supervisore umano previsto dal *Proposal* possa essere rivestito da una persona che appartiene allo stesso team aziendale di sviluppo degli algoritmi, supervisionati o meno, o se sia necessario rivolgersi a un soggetto terzo. Il testo dell'art. 14 non è esplicito perché si esprime in termini di “persone fisiche incaricate”, privilegiando la loro caratteristica umana, rispetto alla necessaria e contestuale assenza di conflitti di interesse.

Tra i compiti di siffatto supervisore umano vi è quello di essere consapevole delle capacità e dei limiti pertinenti del sistema di IA ad alto rischio e comprenderli a sufficienza, nonché «*essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, in modo che i segnali di anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese possano essere individuati e affrontati quanto prima*»^[91]. Inoltre, il supervisore umano deve «*essere in grado di intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o di interrompere il sistema mediante un pulsante di "arresto" o una procedura analoga, che consenta di arrestare il sistema in condizioni di sicurezza, tranne se l'interferenza umana aumenta i rischi o è suscettibile di incidere negativamente sulle prestazioni in considerazione dello stato dell'arte generalmente riconosciuto*»^[92].

La persona fisica deputata al ruolo di responsabile della sorveglianza deve garantire che le misure pertinenti e adeguate in materia di robustezza e cybersicurezza siano periodicamente monitorate, adeguate ed aggiornate per verificarne l'efficacia^[93].

Infine, il Parlamento Europeo ha introdotto nel testo del *Proposal* l'obbligo (dal quale sono esentate le PMI) di predisporre una valutazione d'impatto degli effetti del sistema ad alto rischio sui diritti fondamentali prima di metterli in servizio.

Infine, «*la valutazione d'impatto dovrebbe essere corredata di un piano*

dettagliato che descriva le misure o gli strumenti che contribuiranno ad attenuare i rischi per i diritti fondamentali individuati al più tardi a partire dal momento della loro messa in servizio. Se tale piano non può essere individuato, l'operatore dovrebbe astenersi dal mettere in servizio il sistema»^[94].

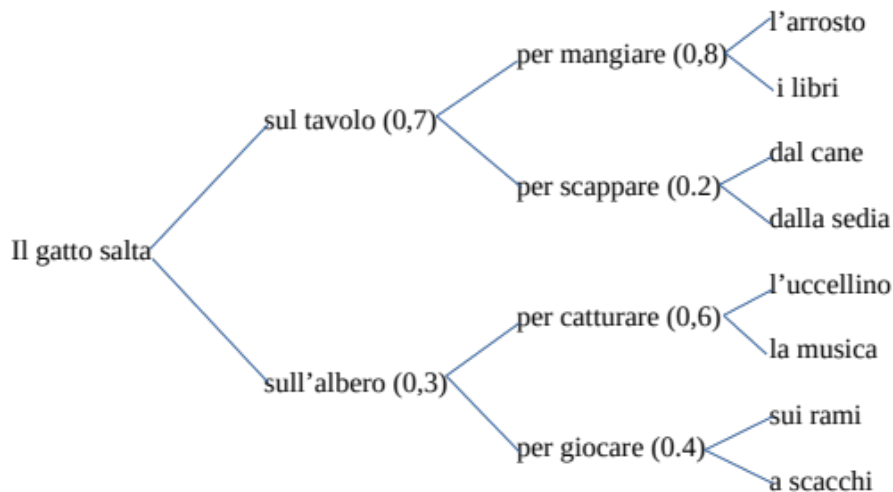
2.3. I sistemi a rischio minimo o nullo

I modelli di IA con rischio minimo o nullo sono individuati per sottrazione rispetto alle categorie precedenti. L'utilizzo di tali sistemi è consentito, ma nel rispetto di obblighi di informazione e trasparenza sulla loro natura di sistema algoritmico. Tra di essi, nel testo originario dell'*AIA Proposal* sono stati inseriti i chatbot. Come è noto, i chatbot sono stati considerati, specie dagli enti normativi giuridici, programmi algoritmici meramente serventi, cioè in grado di assistere la clientela nell'acquisto di beni e servizi online ovvero aiutare l'utenza nell'uso di personal computer, auto a guida assistita, applicazioni software e così via. L'inserimento di tali software nella categoria di basso rischio da parte del Legislatore europeo ha evidenziato la sottovalutazione sia della varietà di tali programmi per l'ente estensore della prima bozza, cioè la Commissione Europea, non aveva ancora consapevolezza dello stato dell'arte rispetto allo sviluppo tecnologico in materia nonostante il dibattito sul tema fosse presente nella pubblicistica internazionale e nelle conferenze di settore da diverso tempo^[95].

In questo contesto occorre distinguere i chatbot rispetto alle loro funzionalità poiché quelli come gli *LLM* possono assurgere allo svolgimento di un ruolo di primo piano nella diffusione di disinformazione e di *fake news* e manifestano significative questioni per quel che concerne l'utilizzo di tali strumenti algoritmici, in quanto il controllo sulla provenienza dei materiali informativi che li alimenta si indebolisce vieppiù, nonostante i tentativi dei suoi programmatori di evitare le interferenze mistificatrici^[96].

Come è ormai noto, siffatti modelli linguistici sono modelli probabilistici istruiti a mappare la probabilità che si verifichi una sequenza di parole (una frase, un'espressione e così via). Gli *LLM* vengono addestrati su massive quantità di testi e da questi ricavano le distribuzioni di probabilità. Più ampia è la quantità di testi di allenamento (*training*), maggiore è la probabilità statistica della frequenza di termini inerenti alla richiesta e quindi la possibile accuratezza del risultato^[97]. Le

differenze principali tra gli *LLM* e i modelli linguistici comuni sono che gli *LLM* vengono addestrati sui *big data* con un numero di calcoli esponenzialmente maggiore e usando sistemi molto più sofisticati perché applicano le reti neurali (già analizzate in precedenza). Per visualizzare il loro funzionamento in modo semplice e lineare si propone l'esempio che segue:



Nei compiti che comportano la generazione di testo (ad esempio, l'elaborazione di riassunti, la formulazione di risposte a domande, il completamento di domande), gli *LLM* utilizzano la probabilità condizionale, cioè quando decidono la parola successiva da scegliere, gli *LLM* considerano le parole precedenti in una sequenza e, sulla base di queste, selezionano la parola più probabile^[98]. Metaforicamente è come se si volesse andare in avanti ma orientandosi a ritroso in direzione del punto di partenza invece che rispetto al punto di arrivo.

Nel corso dello svolgimento del trilogia, i co-legislatori hanno mutato il loro approccio sui programmi *LLM*^[99]. L'elemento innovativo concerne l'introduzione della loro definizione quali "*foundation model*" per distinguerli rispetto ai programmi di IA non generativa.

Si tratterebbe di «*AI model (...) capable to competently perform a wide range of distinctive task*»^[100]. Tra questi vanno ulteriormente evidenziati i "*very capable foundation model*", le cui capacità vanno «*beyond the current state-of-the-art and may not be fully understood*». Il riferimento a *ChatGPT* è chiaro, anche se implicito, e comprensibile in relazione al criterio adottato per l'identificazione e

cioè l'enorme capacità di calcolo utilizzata per il suo addestramento^[101].

Nel contesto dell'adozione del *risk-based approach*, sembrerebbe che i legislatori abbiano surrettiziamente introdotto una quinta categoria di sistemi rischiosi, combinando la valutazione del rischio più elevato che definisce la loro natura, in confronto ai chatbot più evoluti, con le caratteristiche del loro funzionamento^[102].

Ci si può chiedere in cosa tali modelli si possano distinguere dagli algoritmi predittivi. Seppure entrambi siano in grado di elaborare risultati discriminatori, i “*foundation model*” possono avere un impiego più generale e vasto, mentre gli algoritmi predittivi limitano la loro utilizzabilità in ambiti più specifici, anche se non meno intrusivi.

Ne conseguirebbe che potenzialmente i “*foundation model*” intrinsecamente abbracciano un maggiore rischio di inquinamento della sfera informativa dalla quale gli algoritmi di diverso genere, predittivi compresi, attingono le loro fonti. Dalla prospettiva delle modalità di training e apprendimento, la bozza emendata intende regolare l'AI generativa vietando di utilizzare qualsiasi materiale protetto da *copyright* nell'addestramento dei modelli linguistici^[103], ma obbligando di esplicitare l'indicazione sull'utilizzo di contenuti protetti da *copyright* utilizzati per alimentare modelli di altra natura, oltre all'obbligo di dichiarare che il contenuto è stato generato da un'intelligenza artificiale^[104].

Infine, i modelli *if/then*, i servizi di traduzione automatica, i filtri antispam sono considerati di rischio nullo. Infatti, il Considerando 6, nella nuova versione modificata dell'Emendamento 18, afferma che le principali caratteristiche dell'intelligenza artificiale riguardano le sue capacità di apprendimento, ragionamento o modellizzazione che la distinguano da sistemi software o approcci di programmazione più semplici.

A tale categoria residuale non si applicherebbero le classificazioni di rischio predisposte dall'*ALA Proposal* e questi algoritmi possono essere utilizzati senza particolari oneri, ferma restando l'opportunità dell'adozione volontaria di codici di condotta (*ex art. 69*)^[105]. Tale affermazione sembrerebbe estrapolare i modelli *if/then* (per esempio i sistemi esperti in quanto sistemi a rischio basso o nullo) dal novero dell'AI, lasciando spazio soltanto a quelli che aderiscono al modello relativo al *machine learning*, poiché si tratta di sistemi di IA progettati per funzionare con livelli di autonomia variabili, quindi con un certo grado di

autonomia di azione rispetto ai controlli umani e di capacità di funzionare senza l'intervento umano. Ulteriore ambito di interesse per il Legislatore europeo riguarda tecniche decisorie più semplici come alberi decisori o stime “bayesiane” nel momento in cui vengono inserite in combinazione alle *black box* in sistemi ibridi^[106].

3. Gli algoritmi predittivi, l'impatto dei diritti fondamentali sui sistemi ad alto rischio e la discussione sull'*AI Proposal*

Durante la procedura del trilogò^[107], successiva all'approvazione degli emendamenti da parte del Parlamento Europeo, le delegazioni degli Stati Membri appartenenti al Consiglio Europeo hanno focalizzato l'attenzione su due specifici aspetti, entrambi inerenti alla disciplina degli algoritmi predittivi, cioè le misure di supporto all'innovazione, contenute negli articoli 53-55a, dedicati alle applicazioni concrete degli spazi di sperimentazione normativa, e la valutazione dell'impatto della disciplina dei diritti fondamentali sui sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio.

Entrambi gli argomenti sono rilevanti per l'analisi della disciplina sugli algoritmi predittivi e i loro effetti discriminatori.

Per quanto riguarda la parte relativa all'innovazione, le obiezioni del Consiglio europeo riguardano le disposizioni relative alle *sandbox*^[108], mentre per quel che concerne l'impatto sui diritti fondamentali con l'uso degli *high-risk AI system* si osserva che la versione approvata dal Parlamento europeo ha introdotto un nuovo obbligo di sorveglianza umana sugli effetti dell'uso degli algoritmi (specie se predittivi) a carico degli operatori; mentre, al contrario, tale obbligo è stato sconfessato dal Consiglio europeo. Ciò nonostante, ai fini del raggiungimento di un compromesso politico per l'approvazione del *Proposal* entro la scadenza della Legislatura europea nel giugno 2024, la Presidenza del Consiglio europeo si è resa disponibile ad acconsentirne l'inclusione solo a seguito a specifiche modifiche.

Di cosa si tratta? Innanzitutto, il “*Fundamental Rights Impact Assessment*” dovrà essere adottato esclusivamente laddove nel settore pubblico verranno utilizzati sistemi ad alto rischio. Ciò rappresenta una questione rilevante perché se il settore pubblico è tenuto a rispettare i limiti che ciascun ordinamento costituzionale

degli Stati Membri stabilisce a tutela dei cittadini, anche in caso di utilizzo di software predittivi (come si è già espressa la giurisprudenza^[109], anche costituzionale^[110], sul punto, in particolare sul principio di presunzione di innocenza), nel settore privato i rischi discriminatori o di risultati ad impatto negativo sui destinatari non sono minori. Infatti, è sufficiente richiamare alla mente le conseguenze del loro utilizzo nei settori creditizio e lavoristico, che peraltro sono sottostimati ovvero ignorati.

Tale valutazione sulla potenziale violazione dei diritti fondamentali sembrerebbe essere doverosa solo per gli aspetti non coperti da altri obblighi legali, come per esempio la valutazione dell'impatto sulla protezione dei dati ai sensi del GDPR e dovrebbe essere allineata proceduralmente con i processi esistenti, evitando sovrapposizioni e oneri aggiuntivi.

Inoltre, in caso di adempimento agli obblighi già stabiliti per il fornitore di *high-risk AI systems*, vi sarebbe esclusivamente un obbligo di verifica sui rischi residui che non sarebbero stati attenuati dal fornitore.

Ai sensi degli artt. 9, 10 e 13 dell'*AIA Proposal* ci si potrebbe chiedere se tale obbligo sia sostanziale ovvero meramente formale. A questo proposito ci si potrebbe ulteriormente domandare, in assenza di ulteriori elementi, quali potrebbero essere questi rischi "residui", e rispetto all'identificazione della parte di rischio non residua, in quanto essa non sia stata attenuata dal fornitore e permanga presente nel funzionamento dell' algoritmo medesimo. Al contrario, ci si potrebbe chiedere perché non coordinare siffatto *Fundamental Rights Impact Assessment* con l'utilizzo dello spazio di sperimentazione normativa^[111].

Il punto è molto delicato, infatti nel trilogio si dovrà stabilire se includere un nuovo obbligo di condurre una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali, come descritto nei punti precedenti. A questo proposito c'è un'ampia richiesta in senso positivo da parte della c.d. società civile^[112], alla quale però si oppongono i portatori di interessi delle grandi piattaforme, come quelle statunitensi^[113] attraverso i relativi "*position papers*".

I primi comprensibilmente chiedono un rafforzamento della protezione dei diritti umani, in particolare al mantenimento delle disposizioni relative all'art. 29 sul *Fundamental Rights Impact Assessment*, prima dell'utilizzo di software ad alto rischio, coinvolgendo rappresentanti della società civile e dei consumatori, in quanto persone coinvolte in questo processo. Inoltre, viene manifestamente

richiesto a tutti operatori degli *high-risk AI system* di registrarsi nel database pubblico dedicato a siffatti programmi.

L'esperienza giurisprudenziale illustra che, assorbendo i *bias* presenti nella società, gli algoritmi predittivi tendono a svantaggiare le categorie vulnerabili per origine etnica, come accaduto in un caso olandese in merito ad una ingiusta richiesta di restituzione di assegni familiari a carico di famiglie formate da persone di origine straniera, in particolare provenienti dalle ex colonie^[144] mantenendo nei fatti una discriminazione che, sotto un profilo giuridico-costituzionale, i servizi del settore pubblico sarebbero tenuti ad evitare tutelando invece il principio di imparzialità, dignità ed uguaglianza.

Ulteriormente, i fornitori di IA con sede al di fuori dell'UE, i cui sistemi hanno un impatto sulle persone al di fuori dell'UE, devono essere soggetti agli stessi requisiti di quelli all'interno dell'UE, come accade già per il GDPR, dal quale questa disciplina pare essere mutuata.

4. Il rimedio specifico per le decisioni automatizzate, predittive e non

La conoscibilità del procedimento delle reti neurali è di difficile interpretazione per la modalità stessa del loro funzionamento. Come accennato in precedenza^[145], una rete neurale gestisce i sentieri logici dei dati nella formazione del risultato in maniera non trasparente poiché tale percorso è composto da *input, hidden layers* e *output*, in tali casi si parla di *black box*^[146]. Accanto a questi, in specifici ambiti empirici sono applicati modelli di c.d. "*grey box*", la cui interpretabilità è parziale poiché sussiste la combinazione tra passaggi noti e altri rimasti ignoti^[147].

Ciò nonostante, anche in siffatti casi può sussistere una modalità di verifica trasparente della rete neurale, cioè attraverso la tracciabilità dell'informazione e del dato con cui l'algoritmo viene nutrito dalla mano umana, cioè dal suo programmatore che decide, e quindi sceglie, a quali fonti informative consentirgli l'accesso. In questo quadro si inserisce il tema della tutela del segreto industriale del proprietario dell'algoritmo. Seppure la proprietà intellettuale sia considerata un diritto fondamentale ai sensi dell'art. 17.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea^[148], nel bilanciamento tra diritti essa recede se contrapposta all'art. 41 della medesima Carta, relativa al riconoscimento del diritto ad una

buona amministrazione. Infatti, per la pubblica amministrazione sussiste l'obbligo, e quindi il dovere, di motivare le proprie decisioni^[119], vieppiù in presenza di un algoritmo che in quelle deliberazioni svolge una funzione decisiva a tal punto da poter essere ritenuto parte integrante del procedimento amministrativo stesso^[120].

Parimenti, il diritto all'accesso all'algoritmo e alla spiegazione della decisione da questo prodotto è riconosciuto in diverse statuizioni del Regolamento UE 679/2016, specificamente *in primis* dall'art. 22, il quale riconosce alla parte coinvolta in siffatto processo automatizzato il diritto a che la decisione non sia esclusivamente automatizzata, ma che l'amministrazione, con un esplicito contributo umano, controlli i passaggi decisionali, non convalidandoli in caso di violazione di diritti fondamentali.

Sul punto il *Proposal* interviene in senso aggiuntivo, innovativo ed estensivo nella tutela dei soggetti alla decisione algoritmica rispetto all'art. 22 GDPR. Infatti, l'art. 68 *quater*^[121], rubricato "diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali", attribuisce maggiori tutele alla persona soggetta a una decisione automatizzata sulla base dei risultati di un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, implementato da un operatore^[122].

Secondo il disposto della norma emendata dal Parlamento europeo, le persone soggette a una decisione presa dall'operatore sulla base dell'output di un sistema di IA ad alto rischio hanno il diritto di chiedere al suddetto operatore spiegazioni chiare e significative, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale, sui principali parametri della decisione presa e sui relativi dati di input. Siffatta spiegazione del funzionamento dell'algoritmo utilizzato deve essere sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente, sul ruolo dell'algoritmo nella procedura decisionale, sui parametri principali della decisione presa e sui relativi dati utilizzati.

Per poter ottenere la doverosa spiegazione è necessario che la decisione automatizzata produca effetti giuridici o incida in modo analogo e significativo sulle persone stesse in un modo che esse ritengono abbia un impatto negativo sulla salute, la sicurezza, i diritti fondamentali, il benessere socioeconomico o qualsiasi altro dei loro diritti derivanti dagli obblighi stabiliti^[123].

Tuttavia, vi è l'eccezione nel caso in cui l'uso di tali sistemi possa derivare dagli

obblighi stabiliti dalla legislazione dell'Unione, ovvero nazionale, purché tali eccezioni o restrizioni rispettino l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e costituiscano una misura necessaria e proporzionata in una società democratica.

Il testo dell'art. 68 *quater* dell'*AIA proposal* appare innovativo, ma, ciò nonostante, le tutele promosse da tale disposizione restano insufficienti. Invero, l'individuazione dell'operatore quale referente per la summenzionata richiesta di una spiegazione "chiara e significativa" della decisione automatizzata non dovrebbe escludere dal medesimo dovere di risposta il produttore dell'algoritmo utilizzato, cioè il reale creatore della metodologia di raccolta e trattamento dei dati secondo il procedimento logico-decisorio utilizzato dal software.

Nel caso la risposta ottenuta dall'operatore non soddisfacesse, a chi si può rivolgere la persona soggetta richiedente la spiegazione? A parere di chi scrive le possibilità di ricorso possono essere tre:

1. nei confronti dell'Autorità nazionale di controllo, predisposta dall'art. 68 *bis* dell'*AIA Proposal*, secondo cui «*fatto salvo qualsiasi altro ricorso amministrativo o giurisdizionale, ogni persona fisica o gruppo di persone fisiche ha il diritto di presentare un reclamo a un'autorità nazionale di controllo, in particolare nello Stato membro in cui risiede abitualmente, in cui lavora o in cui si verifica la presunta violazione, se ritiene che il sistema di IA che lo riguarda violi il presente regolamento*». Il *petitum* di tale ricorso all'autorità nazionale di controllo sarebbe appunto l'asserita violazione del diritto alla spiegazione non soddisfatta *ex art. 68 quater*;
2. se nella decisione automatizzata criticata, la parte ricorrente constatasse un caso di trattamento di dati non adeguato ai sensi del GDPR, la parte richiedente può ricorrere al Garante della Privacy;
3. la giurisdizione ordinaria in quanto l'illecito trattamento dei dati personali consiste in una violazione di diritti fondamentali.

Ci si può chiedere se tale previsione si ponga in competizione con il rimedio *ex art. 22 GDPR* dato che quest'ultimo fa espresso riferimento ai trattamenti decisionali, nel senso che questi producono e applicano una decisione avente effetti diretti o indiretti sulla persona interessata, tuttavia apparentemente la risposta sembrerebbe essere negativa, dato che è il solo art. 68 *quater* a riconoscere

esplicitamente che la spiegazione debba essere chiara e significativa, mentre l'attuale testo dell'art. 22 GDPR stabilisce «*almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione*» da parte della persona sottoposta alla decisione automatizzata.

Apparentemente, quindi, si potrebbero considerare riconosciuti due diritti distinti: l'art. 22 GDPR che riconosce il diritto all'intervento umano sul trattamento dei dati e l'art. 68 quater che (nel momento in cui entrerà in vigore) assorbirà il diritto di richiedere spiegazioni chiare e significative sul procedimento decisionale sia che si tratti di *black box* ovvero di *grey box* per le parti di queste ultime non linearmente esplicabili.

In conclusione, il diritto alla spiegazione consiste in un rimedio predisposto a favore del soggetto che subisce gli effetti della decisione automatizzata prodotta da un algoritmo già operativo e presente sul mercato. L'*AIA Proposal* predispone anche uno strumento utilizzabile in via preventiva, cioè prima che il meccanismo algoritmico possa interagire con il pubblico o venga messo in commercio, cioè le *sandbox*.

5. L'introduzione delle *sandbox* e l'*AIA Proposal*

Un aspetto innovativo e di grande interesse sotto il profilo normativo riguarda l'introduzione delle c.d. "*sandbox*" e se questa possa rappresentare una soluzione appropriata per equilibrare la velocità dello sviluppo tecnologico con le esigenze di tutela dei diritti umani di chi è sottoposto al vaglio decisorio algoritmico.

Le *sandbox*, termine tradotto in lingua italiana «*come spazio di sperimentazione normativa*»^[124], sono definite quali «*quadri concreti che, fornendo un contesto strutturato per la sperimentazione, consentono, se del caso in un ambiente reale, di testare tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi – al momento soprattutto nel contesto della digitalizzazione – per un periodo di tempo limitato e in una parte limitata di un settore o di un ambito soggetto a vigilanza regolamentare, garantendo la messa in atto di opportune misure di salvaguardia*»^[125].

Questo tipo di strumento di produzione legislativa è già stato introdotto nell'ordinamento italiano con il d.l. n. 76/2020, conv., con modificazioni, dalla l. n. 120/2020, recante "Misure urgenti per la semplificazione l'innovazione

digitale”, attraverso l’art. 36 (rubricato “Misure di semplificazione amministrativa per l’innovazione”) agevola la sperimentazione di progetti che non obbedirebbero alla normativa vigente^[126]; in particolare, è possibile domandare l’autorizzazione alla sperimentazione di iniziative attinenti all’innovazione tecnologica in deroga temporanea ad una o più norme impeditive dello Stato^[127].

L’avvento dell’evoluzione scientifica e tecnologica ha mutato il panorama giuridico e ordinamentale tradizionale probabilmente in maniera irreversibile. In questo contesto, invece che la tradizionale piramide gerarchica delle fonti del diritto ci si ritrova a ragionare di una rete di fonti di provenienza diversa, extra statale che deve adeguarsi caso per caso alle circostanze fattuali, che se da un lato si riferiscono a realtà settoriali, dall’altro lato provengono da “un arcipelago globale” ultroneo rispetto allo Stato.

Nonostante nella teoria tradizionale sulla gerarchia delle fonti siano presenti aporie e disordini^[128], l’introduzione dello “spazio di sperimentazione normativa” rappresenta una ulteriore interferenza “orizzontale” in uno schema che per sua natura è sempre stato verticale. Inoltre, gli effetti della complessità ordinamentale multilivello, insieme alle conseguenze dell’impatto tecnologico sul sistema giuridico, provocano l’affievolimento (se non proprio la perdita) della sanzione quale elemento caratteristico tradizionale della norma di legge^[129].

Ulteriormente, l’introduzione di tali spazi di sperimentazione normativa è agevolata dalla lentezza dei procedimenti legislativi parlamentari, rispetto alla velocità dell’evoluzione tanto tecnologica quanto, di conseguenza, sociale perché la tecnica ha ormai un imprescindibile impatto modificativo sulla società e sulla relativa disciplina. Pertanto, apparentemente, sembrerebbe inevitabile che la legislazione non riesca più a regolare le fattispecie future in senso generale ed astratto, ma faccia addirittura fatica a organizzare il presente^[130], a causa della sua particolarità e concretezza^[131].

Da ciò deriva un impatto sia sui tempi legislativi, sia (e forse soprattutto) una influenza inevitabile, e forse nefasta, sull’organizzazione dello Stato e sull’equilibrio, tradizionalmente ricercato fin dagli albori del costituzionalismo occidentale, della tripartizione dei poteri di ispirazione “montesquieiana”, ove la produzione legislativa era nelle mani di un preciso potere pubblico che trova(va) la sua legittimazione nella rappresentanza parlamentare.

Si tratterebbe quindi dell’introduzione di un passaggio da una piramide

verticistica a una rete di fonti orizzontali, nel caso specifico «*mediante la creazione di un ambiente controllato di sperimentazione e prova nella fase di sviluppo e pre-commercializzazione al fine di garantire la conformità dei sistemi di IA innovativi al presente regolamento e ad altre normative pertinenti dell'Unione e degli Stati membri, e il rafforzamento della certezza del diritto per gli innovatori e della sorveglianza e della comprensione da parte delle autorità competenti delle opportunità, dei rischi emergenti e degli impatti dell'uso dell'IA*»^[132].

In dottrina, tale passaggio è stato definito quale “diritto proteiforme”, che raccoglie nel suo alveo un insieme di fonti di *soft law* inerenti a raccomandazioni, programmi di azioni, codici di condotta, prassi internazionali, libri bianchi e verdi, contrattistica internazionale e così via^[133].

In questo contesto va letto l’inserimento dei *sandbox* nel titolo V dell’*AIA Proposal*, secondo cui tali spazi di sperimentazione normativa devono essere istituiti dagli Stati membri, prevedendo una durata limitata di tempo il controllo delle autorità nazionali; in presenza di questi presupposti, diventa legittimamente possibile sperimentare e testare sistemi di intelligenza artificiale innovativi in prospettiva di una loro immissione sul mercato^[134].

Tuttavia, va segnalato che durante la fase di trilogia dell’iter di approvazione dell’*AIA Proposal*, il Consiglio Europeo ha manifestato divergenze rispetto alla posizione degli altri due co-legislatori, non trovandosi d’accordo con l’obbligo di stabilire almeno una *sandbox* a favore dell’IA in ciascun Stato Membro, mentre l’istituzione di tale strumento dovrebbe essere semplicemente opzionale.

Questo approccio sembrerebbe essere paradossalmente in contrasto con la forza cogente del Regolamento, una volta ipoteticamente entrato in vigore, poiché l’opzionalità della *sandbox* non perseguirebbe con successo l’obiettivo di rendere omogenea la regolamentazione dell’intelligenza artificiale su un punto rilevante a discapito dell’armonizzazione del mercato interno, dei diritti fondamentali e della protezione dei consumatori.

Il testo del Parlamento europeo prevede che i sistemi di IA che superano positivamente il vaglio di una *sandbox* regolamentare di IA beneficino della presunzione di conformità a requisiti specifici. L’intenzione di questa misura, che non è inclusa nell’approccio generale del Consiglio, è quella di incentivare i fornitori a partecipare alle *sandbox* regolamentari di IA.

Nonostante questa breccia nell’impianto del Regolamento, i co-legislatori parrebbero contraddirsi nel ritenere che la relazione contenente il risultato della *sandbox* di un sistema ad alto rischio debba essere obbligatoriamente contenuta nella dichiarazione di conformità. Qualora l’orientamento sulla non obbligatorietà della *sandbox* ottenesse l’approvazione finale si verificherebbe un deciso vulnus nella coerenza normativa, perché un sistema orientato a prevenire discriminazioni perderebbe la sua cogenza per assumere una valenza di mero marketing^[135].

6. Sommarie riflessioni conclusive

L’*Artificial Intelligence Act Proposal* rappresenta il tentativo promosso dalla Commissione europea di conciliare due aspetti che, se lasciati alla disponibilità degli operatori economici, contrastano fortemente tra loro, cioè la tutela dei diritti fondamentali degli utenti e dei consumatori in contrapposizione con le esigenze dell’innovazione, tra le quali il ritorno economico degli enormi investimenti in ricerca e sviluppo e lo sfruttamento di nuovi mercati.

Il *Proposal* predispone una classificazione di rischio degli algoritmi e gradua le cautele nell’uso e nella diffusione sul mercato di tali prodotti sulla base dell’accettabilità o meno di tale rischio in merito alla paventata violazione dei diritti umani. Al contempo esso è il cardine della politica digitale dell’Unione Europea in quanto intende soddisfare «*le aspettative degli imprenditori dell’UE fornendo certezza giuridica all’interno del mercato unico e incoraggiando le istituzioni del settore pubblico e privato a implementare servizi di IA in modo rapido, su larga scala e senza compromettere la sicurezza*»^[136].

Ciò è dimostrato dalla circostanza che ampia parte della disciplina, messa in discussione nel trilogio, è dedicata alle *sandbox* e agli spazi normativi in cui gli operatori possono sperimentare anticipatamente e in sicurezza se un sistema algoritmico rispetta tutti i requisiti previsti dal *Proposal* stesso.

In realtà, la predisposizione di *sandbox* e la tutela dei diritti fondamentali sono elementi distintivi e caratterizzanti che costituiscono la forza innovativa del *Proposal*, nonostante il medesimo sia anche didascalico e classificatorio.

Il *Proposal* sembra realizzare l’invocazione faustiana all’attimo di fermarsi^[137], sia per godere della sublime bellezza del momento in cui la realizzazione di una

grande opera, come l'IA, è stata compiuta, sia per fissare il bilanciamento tra i diritti, i benefici e vantaggi garantiti dall'uso dell'IA con i doveri, i costi e gli svantaggi legati allo sviluppo delle tecnologie automatizzate.

In tal senso e concentrando l'attenzione sui suoi aspetti positivi, qualora il *Proposal* superasse il vaglio delle negoziazioni del trilatero, esso rappresenterebbe la normativa cogente contenuta nel quadro del diritto dell'Unione Europea. Insieme a ciò esso assumerebbe anche una forza persuasiva quale modello per altri ordinamenti perché fissa quale principio irrinunciabile il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo che interagisce (per qualsiasi motivo) con tali programmi.

In merito allo specifico caso dei programmi predittivi, essi sono considerati efficienti, e incentivati nell'uso nei casi in cui le circostanze fattuali siano seriali, come osservato per i software in materia di calcolo della solvibilità finanziaria. Ciò nonostante, occorre prudenza, perché i software predittivi si caratterizzano per varianza di struttura ovvero di scopi e certuni vengono utilizzati per prevenire reati o crimini, con il rischio che si tenda a prevedere il comportamento umano a detrimento di ogni tutela nei confronti del diritto all'autodeterminazione, del libero arbitrio e della presunzione di innocenza. A questo proposito l'approccio dell'*Artificial Intelligence Act Proposal* orientato alla prudenza e alla cautela nell'autorizzare l'uso dei software predittivi, specie in ambito investigativo o giudiziario, non può che essere condivisibile, perché nessuno può e deve essere condizionato irragionevolmente, e senza adeguata motivazione, dal proprio passato.

1. P.J. Bowler, *A History of the Future: Prophets of Progress from H. G. Wells to Isaac Asimov*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; S. Leslie-McCarthy, *Asimov's Posthuman Pharisees: The Letter of the Law Versus the Spirit of the Law in Isaac Asimov's Robot Novels*, in *Law, Culture and the Humanities*, 3(3), 2007, pp. 398-415.
2. Le Tre leggi della Robotica recitano «1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno. 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge. 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge. *Manuale di Robotica, 56ª Edizione – 2058 d.C.*» (così I. Asimov, *Io, Robot*, trad. it. R. Rambelli, Bompiani, Milano, 1963; R.R. Murphy, D.D. Woods, *Beyond Asimov: The three laws of responsible robotics*, in W. Wallach, P. Asaro, *Machine Ethics and Robot Ethics*, Routledge,

- London, 2020, pp. 405-411).
3. Rechtbank Deen Haag 5 febbraio 2020, C-09-550982-HA 18-388 (al link <https://rechtspraak.nl>). Come accaduto nei Paesi Bassi attraverso l'algoritmo "SyRI": si trattava una controversia inerente l'uso di algoritmi nel controllo delle domande di sussidi pubblici da parte di persone che versavano in stato di bisogno. In dottrina, A. Rachovitsa, N. Johann, *The human rights implications of the use of AI in the digital welfare state: Lessons learned from the Dutch SyRI case*, in *Human Rights Law Review*, 22(2), 2022, ngac010; G. Avanzini, *Intelligenza artificiale e nuovi modelli di vigilanza pubblica in Francia e Olanda*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2022, pp. 316-325.
 4. Trib. Bologna, 2 gennaio 2021, in *Giur. It.*, 2021, p. 1158; Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, in *Lavoro nella Giur.*, 2021, 3, p. 318; Trib. Roma, 17 maggio 2023, in *Banca Dati One Legale*. In senso contrario, però Trib. Firenze, 9 febbraio 2021 in *Lavoro nella Giur.*, 2021, 6, 664. In dottrina, A. Biagiotti, *Algoritmo discriminatorio - distorsioni e (ab)usi delle piattaforme digitali*, in *Giur. It.*, 5, 2021, pp. 1158 ss.; S. Renzi, *Decisioni automatizzate, analisi predittive e tutela della privacy dei lavoratori* in *Lavoro e diritto*, 3, 2022, pp. 583-603; A. Aloisi, V. De Stefano, *Your Boss in an Algorithm*, Hart, Oxford, 2022; A. Aloisi, V. De Stefano, *Between risk mitigation and labour rights enforcement: Assessing the transatlantic race to govern AI-driven decision-making through a comparative lens*, in *European Labour Law Journal*, 14(2), 2012, pp. 283-307; C. Clifford, J. Goldenfein, A. Jimenez, M. Richardson, *A Right of Social Dialogue on Automated Decision-Making: From Workers' Right to Autonomous Right*, in *Technology and Regulation*, 2023, pp. 1-9.
 5. La controversia è sorta con l'approvazione della legge sulla c.d. "Buona Scuola" (l. n. 107/2015), la quale prevedeva un piano straordinario di assunzioni degli insegnanti inseriti nelle "graduatorie ad esaurimento" su base nazionale. La disciplina stabiliva che la modalità di presentazione della domanda fosse esclusivamente telematica, attraverso l'utilizzo di una piattaforma predisposta dal MIUR. La raccolta dei dati, la loro elaborazione e l'attribuzione di una proposta di assunzione a ciascun docente avente diritto era predisposta da un algoritmo relativo ai trasferimenti interprovinciali del personale docente scolastico previsto dal C.C.N.I. sulla mobilità 2016 di cui alla l. n. 107/2015 (D.U. Galetta, G. Pinotti, *Automation and Algorithmic Decision-Making Systems in the Italian Public Administration*, in *CERIDAP*, 1, 2023, pp. 13-23; M. Sciacca, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, in *Contratto e Impresa*, 2022, pp. 1173 ss; S. Clara, *Prospettive di regolazione della decisione amministrativa algoritmica: un'analisi comparata*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2022, pp. 265 ss.; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, pp. 271 ss.).
 6. T.A.R. Napoli (sezione III), 14 novembre 2022, n. 7003, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2023, 1, pp. 91 ss.
 7. M.B. Armiento, *Prove di regolazione dell'intelligenza artificiale: il Regolamento della*

- Banca d'Italia sulla gestione degli esposti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, pp. 105 ss.
8. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts {sec(2021) 167 final} - {swd(2021) 84 final} - {swd(2021) 85 final}*.
 9. Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni. PE731.563. Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 14 giugno 2023, alla proposta 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 (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).
 10. Il documento cui si fa riferimento è il “*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- Preparation for the trilogue*”.
 11. Ulteriori sessioni dedicate al trilogo si sono svolte nell'ottobre 2023 e sono previste nel mese di dicembre 2023 (Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- Preparation for the trilogue*, 17.10.2023, pp. 2-4).
 12. F. Konopczyński, *One Act to Rule Them All: What Is At Stake In the AI Act Trilogue?*, in *VerfBlog*, 2023/8/18, reperibile al link <https://verfassungsblog.de/one-act-to-rule-them-all/>, DOI: 10.17176/20230818-062853-0.
 13. B. Perrigo, *Exclusive: OpenAI Lobbied the E.U. to Water Down AI Regulation*, Time Magazine, 20.6.2023, al link <https://time.com/6288245/openai-eu-lobbying-ai-act/>. Nello stesso senso si segnala il *OpenAI White Paper on the European Union's Artificial Intelligence Act*, disponibile su https://s3.documentcloud.org/documents/23850240/ares20226851313-openai_aia_whit-e-paper.pdf. A questo proposito si ricorda la controversia sorta tra il Garante della *Privacy* e la nota azienda americana *OpenAI*, titolare di *ChatGPT*. In quell'occasione il Garante dispose, con effetto immediato, la limitazione provvisoria del trattamento dei dati degli utenti italiani nei confronti di *OpenAI* sia per quel che concerneva la raccolta illecita di dati personali, sia per la mancata verifica dell'età minima degli utenti (Garante per la protezione dei dati personali, 30 marzo 2023, 9870832). A seguito di ciò l'azienda bloccò l'accesso ai suoi prodotti agli utenti italiani. La questione si risolse l'adattamento del servizio a disposizione degli utenti rispetto ad una serie di informazioni aggiuntive quali la predisposizione dell'informativa sulla *privacy*, con il riconoscimento del diritto all'opposizione al trattamento dei propri dati personali, ai sensi GDPR, estendendo tali garanzie anche agli utenti extraeuropei (Garante per la protezione dei dati personali, 28

- aprile 2023, al link <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9881490>). Alla luce di siffatti adempimenti *ChatGPT* è stato reso nuovamente accessibile agli utenti italiani. In dottrina, L. Megale, *Il Garante della privacy contro ChatGPT: quale ruolo per le autorità pubbliche nel bilanciare sostegno all'innovazione e tutela dei diritti?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, pp. 403 ss.
14. Siffatto diritto venne riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, la quale stabilì che il potere dell'individuo di decidere autonomamente in merito alla divulgazione e all'utilizzo dei propri dati personali è riconosciuto come diritto fondamentale. Le restrizioni a tale diritto all'"autodeterminazione informativa" sono consentite solo nell'interesse pubblico prevalente (BVerfG, 15 dicembre 1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83). Nella dottrina italiana, si veda S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Bari-Roma, 2014, pp. 31 ss.
 15. S. Feldstein, *Evaluating Europe's push to enact AI regulations: how will this influence global norms?*, in *Democratization*, 2023, pp. 1-18; E. Dickhaut, A. Janson, M. Söllner, J.M. Leimeister, *Lawfulness by design—development and evaluation of lawful design patterns to consider legal requirements*, in *European Journal of Information Systems*, 2023, pp. 1-28.
 16. E. Campo, A. Martella, L. Ciccarese, *Gli algoritmi come costruzione sociale. Neutralità, potere e opacità*, in E. Campo, A. Martella, L. Ciccarese, (a cura di), *Gli algoritmi come costruzione sociale*, in *LQ The Lab's Quaterly*, 2018, 4, pp. 11 ss.
 17. G. Pinotti, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour and Law Issues*, 7, 2021, pp. 80 ss.
 18. A.D., Hudson, E. Finn, R. Wylie, *What can science fiction tell us about the future of artificial intelligence policy?*, in *AI & Society*, 2021, pp. 197-211.
 19. E. Hearst, *Man and machine: Chess achievements and chess thinking*, in F.W. Frey, *Chess skill in man and machine*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1977, pp. 167-200; F.H. Hsu, *Behind Deep Blue: Building the computer that defeated the world chess champion*, Princeton University Press, 2002.
 20. Tremblay et al v. OPENAI, INC. et al., US District Court for the Northern District of California, case number 3:2023cv03223; M. Sag, *Copyright Safety for Generative AI*, in *Houston Law Review*, Vol. 61, No. 2, 2023; A. Strowel, *ChatGPT and Generative AI Tools: Theft of Intellectual Labor?*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 54(4), 2023, 491-494; C. M. Hayes, Hayes, *Generative Artificial Intelligence and Copyright: Both Sides of the Black Box*, 2023, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4517799>.
 21. L. Aničin, M. Stojmenović, *Bias Analysis in Stable Diffusion and MidJourney Models*, in S. Nandan Mohanty, V. Garcia Diaz, G.A.E. Satish Kumar (a cura di) *International Conference on Intelligent Systems and Machine Learning*, 2022, Springer Nature, Cham, pp. 378-388; N. Kenig, J.M Echeverria, A.M. Jives, *Human Beauty according to Artificial Intelligence*, in *Plastic and Reconstructive Surgery Global Open*, 11(7), 2023; A. Jo, *The*

- promise and peril of generative AI*, in *Nature*, 614(1), 2023, pp. 214-216.
22. F.F. Xu, U. Alon, G. Neubig, V.J. Hellendoorn, *A systematic evaluation of large language models of code*, in *Proceedings of the 6th ACM SIGPLAN International Symposium on Machine Programming*, 2022, pp. 1-10, arXiv:2202.13169; N. Carlini et al., *Extracting training data from large language models*, in *30th USENIX Security Symposium (USENIX Security 21)*, 2021, pp. 2633-2650.
 23. C. Wei, Y.C. Wang, B. Wang, C.C.J. Kuo, *An overview on language models: Recent developments and outlook*, in *arXiv preprint arXiv:2303.05759*, 2023.
 24. R.L. Logan IV, N.F. Liu, M.E. Peters, M. Gardner, S. Singh, *Barack's wife hillary: Using knowledge-graphs for fact-aware language modeling*, in *arXiv:1906.07241*, 2019; E. Volokh, *Large Libel Models? Liability for AI Output*, in *J. FREE SPEECH L.*, 3, 2023, pp. 489-494.
 25. P.P. Ray, *ChatGPT: A comprehensive review on background, applications, key challenges, bias, ethics, limitations and future scope*, in *Internet of Things and Cyber-Physical Systems*, 2023; K.T. Gradonm, *Electric Sheep on the Pastures of Disinformation and Targeted Phishing Campaigns: The Security Implications of ChatGPT*, in A. J. Menezes, D. Stebila (a cura di), *IEEE Security & Privacy*, 21(3), 2023, pp. 58-61.
 26. A. Azaria, T. Mitchell, *The Internal State of an LLM Knows When Its Lying*, 2023, arXiv:2304.13734; L. Lian, B. Li, A. Yala, T. Darrell, *LLM-grounded Diffusion: Enhancing Prompt Understanding of Text-to-Image Diffusion Models with Large Language Models*, 2023, arXiv:2305.13655.
 27. L.P. Argyle, E.C. Busby, N. Fulda, J.R. Gubler, C. Rytting, D. Wingate, *Out of one, many: Using language models to simulate human samples*, in *Political Analysis*, 31(3), 2023, pp. 337-351.
 28. F.F. Xu, U. Alon, G. Neubig, V.J. Hellendoorn, *A systematic evaluation of large language models of code*, cit.
 29. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence, cit.
 30. C. Colapietro, *La Proposta di Artificial Intelligence Act: quali prospettive per l'Amministrazione digitale?*, *Public Administration facing the challenges of digitalisation*, in *CERIDAP*, Fasc. Spec. n. 1, 2022, p. 6; L. Arnaudo, R. Pardolesi, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e Responsabilità*, 2023, pp. 409 ss.
 31. A. Simoncini, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, p. 413.
 32. A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it. F. Morini, Il Mulino, Bologna, 2021, *passim*; F. Scamardella, M. Vestoso, *Modelli predittivi a supporto della decisione giudiziaria. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 12(1), 2023, pp. 135-156; E. Rulli, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?* in *Analisi giuridica dell'economia*, 17(2), 2018, pp. 533-546.

33. Sotto quest'ultimo profilo, la stabilità socio-culturale è almeno apparente dato che sono i soggetti più vulnerabili a subire gli effetti discriminatori delle decisioni standardizzate (J. Saccomani, *L'impatto della giustizia algoritmica sul diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2023, *passim*).
34. Sul punto si rinvia a E. Falletti, *Discriminazione algoritmica*, Giappichelli, Torino, 2022, *passim*.
35. G.M. Flick, *La sorte degli ultimi. Dalla Bibbia alla Costituzione attraverso la Pandemia*, in *Cass. pen.*, 2022, *passim*.
36. E. Gabellini, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, pp. 59 ss.
37. R.C. Fong, W.J. Scheirer, D.D. Cox, *Using human brain activity to guide machine learning*, in *Scientific reports*, 8(1), 2018, p. 5397; J. Tang, A. LeBel, S. Jain, et al. *Semantic reconstruction of continuous language from non-invasive brain recordings*, in *Nat Neurosci* 26, 2023, pp. 858–866, reperibile al link <https://doi.org/10.1038/s41593-023-01304-9>.
38. M. A. Boden, *L'intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 79 ss.
39. M.L. King, *I Have a Dream*, in T. Golway (a cura di), *American Political Speeches*, Penguin Books, London, 2012; C.B. Jones, S. Connelly, *Behind the Dream: The Making of the Speech that Transformed a Nation*, Palgrave MacMillan, London, 2011, *passim*.
40. Aaron Braxton et al., v. Wells Fargo Bank, N.A., et al. Case No. 4:22-cv-01748-KAW, in the U.S. District Court Northern District of California; A. Pope v. Well Fargo Bank. Case No. 4:22-CV-01793-KAWJ in the U.S. District Court Northern District of California; L. Pope v. Wells Fargo Bank N A et al. Case No., 2:2023cv00086, in the US District Court for the District of Utah. In dottrina, W. Arnold, *What Lenders Should Know About AI and Algorithmic Bias*, *Bloomberg Law Analysis*, in <https://news.bloomberglaw.com/bloomberg-law-analysis/analysis-what-lenders-should-know-about-ai-and-algorithmic-bias>, 25 aprile 2023; S. Donnan, A. Choi, A. Levitt, C. Cannon, *Wells Fargo Rejected Half Its Black Applicants in Mortgage Refinancing Boom*, *Id.*, 11 marzo 2020, in <https://www.bloomberg.com/graphics/2022-wells-fargo-black-home-loan-refinancing/?sref=2XhWEs2V#xj4y7vzkg>; J. Edwards, *Wells Fargo Class Action Claims Company Discriminates Against Black Home Mortgage Applicants*, in <https://topclassactions.com/lawsuit-settlements/employment-labor/discrimination/wells-fargo-rejected-more-than-half-of-black-applicants-in-2020/>.
41. E. Martinez, L. Kirchner, *Denied. The Secret Bias Hidden in Mortgage-Approval Algorithms*, in *The Markup*, August, 25 2021, in <https://themarkup.org/denied/2021/08/25/the-secret-bias-hidden-in-mortgage-approval-algorithms>; *Id.*, *How We Investigated Racial Disparities in Federal Mortgage Data*, *ibidem*, <https://themarkup.org/show-your-work/2021/08/25/how-we-investigated-racial-disparities-in-federal-mortgage-data>.
42. K. Scanlon, J. Lunde, C. Whitehead, *Responding to the housing and financial crises:*

- mortgage lending, mortgage products and government policies*, in *International Journal of Housing Policy*, 11(1), 2011, pp. 23-49.
43. C.S. Spatt, *A tale of two crises: The 2008 mortgage meltdown and the 2020 COVID-19 crisis*, in *The Review of Asset Pricing Studies*, 10(4), 2020, pp. 759-790; D. Furceri, P. Loungani, J. D. Ostry, P. Pizzuto, *Will COVID-19 have long-lasting effects on inequality? Evidence from past pandemics*, in *The Journal of Economic Inequality*, 20(4), 2022, pp.811-839.
 44. X. van Bruxvoort, M. van Keulen, *Framework for assessing ethical aspects of algorithms and their encompassing socio-technical system*, in *Applied Sciences*, 11(23), 2021 p. 11187.
 45. E. Grabham, *Decertifying gender: The challenge of equal pay*, in *Feminist Legal Studies*, 31(1), 2023, pp. 67-93.
 46. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999; Id. *Nichilismo Giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004; F. Galgano, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Compositori edizioni, Bologna, 2009.
 47. F. Battaglia, *La trasparenza del procedimento legislativo europeo all'esame del giudice dell'Unione nel caso "De Capitani"*, in *federalismi.it*, 15, 2018, p. 5.
 48. Emendamento n. 3 – Considerando 1 (Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni. PE731.563. Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 14 giugno 2023, alla proposta 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 (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))).
 49. Emendamento 18 – Considerando 16.
 50. W. Whitman, *Song of Myself*, in *Leaves of Grass*, Brooklyn, New York, 1855.
 51. R.M. Gellert, *The role of the risk-based approach in the General data protection Regulation and in the European Commission's proposed Artificial Intelligence Act. Business as usual?*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2021; J. Schuett, *Risk management in the artificial intelligence act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, pp. 1-19.
 52. R. Baldwin, J. Black, *Really responsive regulation*, in *The Modern Law Review*, 1, 2008, 65 ss.; A. Simoncini, *Verso la regolamentazione*, cit.
 53. A. Simoncini, *op. cit.*
 54. A. Simoncini, *ult. op. loc. cit.*
 55. I. P. Di Ciommo, *La prospettiva del controllo nell'era dell'Intelligenza Artificiale: alcune osservazioni sul modello Human In The Loop*, in *federalismi.it*, 9, 2023, 79 ss.; D. Messina, *La proposta di regolamento europeo in materia di Intelligenza Artificiale: verso una "discutibile" tutela individuale di tipo consumer centric nella società dominata dal "pensiero artificiale"*, in *Medialaws - Rivista di diritto dei media*, 2022, pp. 196 ss.
 56. Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence*, cit. p. 2.
 57. F. Fedorczyk, *AI legislation in flux: tracking evolving modifications of the AI Act*, in *Diritti Comparati-Blog*, 2023.

58. Emendamento 37 - Considerando 15.
59. Il tema del “social scoring” è molto sentito dal Legislatore europeo, che pertanto ha inteso stigmatizzare «(I) sistemi di IA che classificano le persone fisiche assegnandole a categorie specifiche, in base a caratteristiche sensibili o protette note o dedotte, sono particolarmente intrusivi, violano la dignità umana e presentano un elevato rischio di discriminazione. Tali caratteristiche includono il genere e l'identità di genere, la razza, l'origine etnica, lo status di cittadinanza o migrazione, l'orientamento politico, l'orientamento sessuale, la religione, la disabilità o qualsiasi altro motivo in base al quale la discriminazione è vietata a norma dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché a norma dell'articolo 9 del regolamento (UE) 2016/769. È pertanto opportuno vietare tali sistemi» (Emendamento 39 – Considerando 16 bis). In Italia, il Garante della Privacy ha aperto tre istruttorie sui “meccanismi di scoring che premiano i cittadini “virtuosi” (al link <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9778361>, 8 giugno 2022. In dottrina, G. Cerina Feroni, *Intelligenza artificiale e sistemi di “scoring” sociale. Tra distopia e realtà*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2023, pp. 1-24; A. Vigorito, *Sul crinale tra “data altruism” e “social scoring”: esperienze applicative della sequenza dati-algoritmi nel nuovo contesto regolatorio europeo*, in *MediaLaws*, 1, 2023, E. di Carpegna Brivio, *Il “Reputation scoring” e la quantificazione del valore sociale*, in *federalismi.it*, 18, 2022, pp. 119-147.
60. J. Bermudez, R. Nyrup, S. Deterding, C. Mougnot, L. Moradbakhti, F. You, R. Calvo, *What is a subliminal technique?*, in *Ieee Ethics-2023 Conference Proceedings*, 2023.
61. R.J. Neuwirth, *Prohibited artificial intelligence practices in the proposed EU artificial intelligence act (AIA)*, in *Computer Law & Security Review*, 48, 2023, 105798.
62. R.J. Neuwirth, *Law, artificial intelligence, and synaesthesia*, in *AI & SOCIETY*, 2022, pp. 1-12.
63. M.A. Khder, *Web Scraping or Web Crawling: State of Art, Techniques, Approaches and Application*, in *International Journal of Advances in Soft Computing & Its Applications*, 13(3), 2021.
64. A. Shapiro, *Reform predictive policing*, in *Nature*, 541(7638), 2017, pp. 458-460.
65. A. Saxena, A. Khanna, D. Gupta, *Emotion recognition and detection methods: A comprehensive survey* in *Journal of Artificial Intelligence and Systems*, 2(1), 2020, pp. 53-79.
66. Questi sono dati aggiuntivi «ottenuti da un trattamento tecnico specifico in relazione ai segnali fisici, fisiologici o comportamentali di una persona fisica, quali ad esempio le espressioni facciali, i movimenti, la frequenza cardiaca, la voce, la pressione esercitata sui tasti o l'andatura, che possono o non possono consentire o confermare l'identificazione univoca di una persona fisica» (Emendamento 21 – Considerando 7).
67. La nozione di “identificazione biometrica” utilizzata nel *Proposal* «dovrebbe essere definita come il riconoscimento automatico di caratteristiche fisiche, fisiologiche, comportamentali e psicologiche di una persona, quali il volto, il movimento degli occhi, le espressioni facciali, la forma del corpo, la voce, il linguaggio, l'andatura, la postura, la frequenza cardiaca, la

- pressione sanguigna, l'odore, la pressione esercitata sui tasti, le reazioni psicologiche (rabbia, angoscia, dolore, ecc.), allo scopo di determinare l'identità di una persona confrontando i suoi dati biometrici con quelli di altri individui memorizzati in una banca dati (identificazione "uno a molti"), indipendentemente dal fatto che la persona abbia fornito il proprio consenso» (Emendamento 22 – Considerando 7bis).*
68. G. Simonini, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e Resp.*, 4, 2023, pp. 435 ss.
69. Le caratteristiche relative alle "categorizzazioni" «*sono il genere, il sesso, l'età, il colore dei capelli, il colore degli occhi, i tatuaggi, l'origine etnica o sociale, la salute, l'abilità mentale o fisica, i tratti comportamentali o di personalità, la lingua, la religione o l'appartenenza a una minoranza nazionale o l'orientamento sessuale o politico, sulla base dei loro dati biometrici o dei dati basati su elementi biometrici o che possono essere dedotti da tali dati» (Emendamento 23 - Considerando 7ter).*
70. L'Emendamento 24, relativo alla riformulazione del Considerando 8, afferma che «*nel caso dei sistemi "in tempo reale", il rilevamento dei dati biometrici, il loro confronto e l'identificazione del soggetto avvengono tutti istantaneamente o in ogni caso senza ritardi significativi. A tale riguardo, non dovrebbe essere possibile eludere le regole dell'AIA Proposal, seppur con ritardi minimi, dato che tali sistemi comportano l'uso di materiale "dal vivo" generato da una telecamera o da un altro dispositivo con funzionalità analoghe. Al contrario, nel caso dei sistemi di identificazione "a posteriori", invece, i dati biometrici sono già stati rilevati e il confronto e l'identificazione avvengono solo con un ritardo significativo» (Emendamento 24 – Considerando 8).*
71. Si tratta di materiale, come immagini o filmati generati da telecamere a circuito chiuso o da dispositivi privati, che è stato generato «*prima che il sistema fosse usato in relazione alle persone fisiche interessate*». Poiché la nozione di identificazione biometrica è indipendente dal consenso della persona, tale definizione si applica anche quando le avvertenze sono collocate nel luogo soggetto alla vigilanza del sistema di identificazione biometrica remota, e non è di fatto annullata dal pre-inserimento» (Emendamento 24, cit.).
72. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2021, 417 ss.
73. Durante la discussione avvenuta nello svolgimento del trilogio i co-legislatori sembrano aver raggiunto un compromesso restringendo le eccezioni all'uso dei programmi di riconoscimento biometrico "real time" riservandoli ai casi di ricerca delle vittime di specifici reati (rapimenti, traffico di esseri umani e sfruttamento sessuale di donne e bambini), prevenzione di imminenti minacce alla vita e integrità fisica delle persone fisiche o di attacchi terroristici e al perseguimento di reati collegati alla criminalità organizzata, terrorismo, traffico di esseri umani, sfruttamento sessuale di donne e bambini, pornografia infantile, traffico di droga e armi, omicidio, traffico di organi, rapimenti, presa d'ostaggi, razzismo e xenofobia, rapina armata, traffico illecito di materiali radioattivi, violenze sessuali). Al contempo, sono state previste ulteriori garanzie nell'uso di tali sistemi di

- riconoscimento biometrico in real time, quali la necessità di un’ autorizzazione giudiziaria preventiva, la redazione di un rapporto annuale sul loro uso da parte dell’ autorità nazionale competente, il monitoraggio da parte della Commissione europea stessa su tali attività (Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence*, cit., pp. 24 ss.).
74. BVerfG, 16.02.2023 - 1 BvR 1547/19 - 1 BvR 2634/20, su http://www.bverfg.de/e/rs20230216_1bvr154719.html. Oggetto dello scrutinio costituzionale era l’uso da parte delle polizie locali dell’Assia e di Amburgo di un software proprietario “Gotham”, prodotto dalla *software house* americana “Palantir” che si caratterizza nello sviluppo di modelli capaci di gestire enormi quantità di dati, raccolti in operazioni di sorveglianza massiva ovvero a strascico sulla Rete (M. Meyer, *Daten und Sicherheit*, in *Computer und Recht*, 39(3), 2023, r28-r29).
75. T.E. Frosini, *L’orizzonte giuridico dell’intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2022, p. 14.
76. T.E. Frosini, *L’orizzonte giuridico*, cit.; I. Di Ciommo, *La prospettiva*, cit.
77. I.P. Di Ciommo, op. cit.
78. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni*, cit., p. 424.
79. J. Adams-Prassl, *Regulating algorithms at work: Lessons for a ‘European approach to artificial intelligence’*, in *European Labour Law Journal*, 13(1), 2022, pp. 30-50; F. Sovrano, S. Sapienza, M. Palmirani, F. Vitali, *Metrics, explainability and the European AI act proposal*, in *J*, 5(1), 2022, 126-138; H. Ruschemeier, *AI as a challenge for legal regulation—the scope of application of the artificial intelligence act proposal*, in *ERA Forum*, Vol. 23, No. 3, Springer Berlin Heidelberg, 2023, pp. 361-376.
80. I.P. Di Ciommo, op. cit.
81. Rubricato «*Monitoraggio successivo all’immissione sul mercato effettuato dai fornitori e piano di monitoraggio successivo all’immissione sul mercato per i sistemi di IA ad alto rischio*».
82. Rubricato «*Vigilanza del mercato e controllo dei sistemi di IA nel mercato dell’Unione*».
83. A. Adinolfi, *L’intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell’Unione*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2022; I. P. Di Ciommo, op. cit.
84. Emendamento 56 – Considerando 28bis.
85. Emendamento 56 – Considerando 28bis. T. A. Madiaga, *Artificial intelligence act. European Parliament*, in *European Parliamentary Research Service*, 2021; M. Van Bekkum, F.Z. Borgesius, *Using sensitive data to prevent discrimination by artificial intelligence: Does the GDPR need a new exception?*, in *Computer Law & Security Review*, 48, 2023, p. 105770.
86. A questo proposito si richiama lo specifico intervento dell’Autorità Garante della *Privacy* nel confronto con la società OpenAI per l’accesso al chatbot ChatGPT (P. G. Chiara,

- Italian DPA v. OpenAI's ChatGPT: The Reasons Behind the Investigation and the Temporary Limitation to Processing*, in *European Data Protection Law Review*, 9(1), 2023, pp. 68-72; F. Panagopoulou, C. Parpoula, K. Karpouzis, *Legal and ethical considerations regarding the use of ChatGPT in education*, in *arXiv:2306.10037*, 2023).
87. Articolo 14, Emendamenti 314-320.
 88. Tale articolo tabilisce che i sistemi ad alto rischio devono essere progettati e sviluppati con strumenti di interfaccia uomo-macchina che siano in grado di essere supervisionati da persone fisiche con un grado “sufficiente grado di alfabetizzazione” in materia di intelligenza artificiale che consenta a tale addetto di essere autorevole ed in grado di effettuare indagini, si presume tecniche, approfondite a seguito di un incidente.
 89. Ovvero in cui si tratta di condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, in particolare quando tali rischi persistono nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui al presente capo e qualora le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato da parte di sistemi di IA producano effetti giuridici o altrimenti significativi sulle persone o sui gruppi di persone sui quali il sistema deve essere utilizzato (Art. 14 *AIA Proposal*).
 90. M. Faccioli, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *NGCC*, 2023, 732 ss.; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, 305 ss.; M. Alloghani, D. Al-Jumeily, J. Mustafina, A. Hussain, A.J. Aljaaf, *A systematic review on supervised and unsupervised machine learning algorithms for data science*, in M.W. Berry, A. Mohamed, B. Waa Yap (a cura di), *Supervised and unsupervised learning for data science*, Springer Verlag, Cham, 2020, pp. 3-21.
 91. Art. 14 *AIA Proposal*, cit.
 92. Per i sistemi di IA ad alto rischio di cui all'*Annex III*, punto 1, lettera a), le misure di cui al paragrafo 3, relative alla identificazione biometrica in tempo reale o a posteriori sono tali da garantire che, inoltre, l'utente non compia azioni o adotti decisioni sulla base dell'identificazione risultante dal sistema, a meno che essa non sia stata verificata e confermata da almeno due persone fisiche che dispongono delle competenze, della formazione e dell'autorità necessarie (Art. 14 *AIA Proposal*, cit.).
 93. art. 29 1 *bis AIA Proposal*, cit.
 94. Emendamento 92 – Considerando 58 *bis*.
 95. La bibliografia sul tema è molto ampia, tra gli articoli ricostruttivi più interessanti si segnalano: T. Klüwer, *From chatbots to dialog systems*, in D. Perez-Marin, I. Pascual-Nieto, *Conversational agents and natural language interaction: Techniques and Effective Practices*, 2011, IGI Global, Hershey, pp. 1-22; T. Mikolov, G. Zweig, *Context dependent recurrent neural network language model*, in *2012 IEEE Spoken Language Technology Workshop (SLT)*, IEEE, 2012, pp. 234-239; L. Deng, G. Hinton, B. Kingsbury, *New types of deep neural network learning for speech recognition and related applications: An overview*, in *2013 IEEE international conference on acoustics, speech and signal processing*, pp. 8599-8603; J. Hirschberg, C.D. Manning, *Advances in natural language processing*, in *Science*, 349(6245), 2015 pp. 261-266.

96. E. van Dis, J. Bollen, W. Zuidema, R. van Rooij, C. Bockting, *ChatGPT: five priorities for research*, in *Nature*, 614(7947), 2023, pp. 224-226; D. Sobania, M. Briesch, C. Hanna, J. Petke, *An Analysis of the Automatic Bug Fixing Performance of ChatGPT*, in *arXiv preprint arXiv*, 2023, 2301.08653.
97. L. Manzoni, *Generate Everything. How machine learn to produce text, images, sounds*, presentazione svolta all'interno del panel di E. Falletti, C. Gallese (a cura di), *Regulating misinformation and disinformation. Challenges and issues of Generative Models*, presso la *2023 Society of Legal Scholars, Annual Conference*, in corso di pubblicazione.
98. M. Aboufoul, *Despite Their Feats, Large Language Models Still Haven't Contributed to Linguistics. A review of Chomsky's views on linguistics and LLMs*, in *Towards Data Science*, 5 dicembre 2022.
99. C. Zhou et al., *A Comprehensive Survey on Pretrained Foundation Models: A History from Bert to ChatGPT*, in *arXiv:2302.09419*, 2023; S. Yang et al., *Foundation Models for Decision Making: Problems, Methods, and Opportunities*, in *arXiv:2303.04129*, 2023.
100. Tra gli obblighi a carico dei fornitori di tali sistemi si evidenziano lo specifico *enforcement* della protezione della proprietà intellettuale sui contenuti utilizzati da tali sistemi e l'introduzione sia di un obbligo di trasparenza sui materiali prodotti dai "foundation model" sia dell'istituzione di una struttura di supervisione dell'attività di siffatti sistemi (Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence*, cit., pp. 18 ss).
101. In riferimento ai modelli più performanti al momento in cui l'AIA proposal entrerà in vigore (Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council*, cit., p. 19).
102. Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council*, cit. p. 18.
103. Altresì obbligando di indicare la presenza di materiali prodotti con i software generativi linguistici ovvero di intelligenza artificiale.
104. M. Foti, *AI Act: con il voto del Parlamento l'UE traccia il futuro dell'Intelligenza Artificiale*, in *Altalex*, 23 giugno 2023.
105. I.P. Di Ciommo, op. cit.
106. T. Wang, Q. Lin, *Hybrid predictive models: When an interpretable model collaborates with a black-box model*, in *The Journal of Machine Learning Research*, 22(1), 2021, pp. 6085-6122.
107. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- Preparation for the trilogue*.
108. *Infra*, §5.
109. Rechtbank Deen Haag 5 febbraio 2020, C-09-550982, cit.
110. BVerfG, 16 febbraio 2023 - 1 BvR 1547/19 - 1 BvR 2634/20, cit.
111. Infine, la Presidenza ritiene che si potrebbe anche prevedere che non vi sia l'obbligo per gli utenti del settore pubblico di tenere una consultazione di sei settimane con le autorità

- competenti e/o i rappresentanti delle persone che potrebbero essere interessate dal sistema di IA ad alto rischio o che tale consultazione sia volontaria (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts-Preparation for the trilogue*, cit., 6).
112. *EU Trilogues: The AI Act must protect people's rights. A civil society statement on fundamental rights in the EU Artificial Intelligence Act*, disponibile su <https://edri.org/wp-content/uploads/2023/07/Civil-society-AI-Act-trilogues-statement.pdf>.
113. *AmChamEU, Our Position, Artificial Intelligence Act, Priorities for trilogue*.
114. Sul punto si fa riferimento all'inchiesta del Parlamento olandese, J.F.C. Freriks, R.M. Leijten, F.M. van Kooten-Arissen, R.J. de Bakker, C.J.L. van Dam, R.R. van Aalst, A.J. van Meeuwen, S. Belhaj, A.H. Kuiken, A.C. Verbruggen-Groot, T.M.T. van der Lee, J. van Wijngaarden, M.C.C. van Haeften, W. Bernard-Kesting *Verslag - Parlementaire onderverragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Ongekend onrecht*, Den Haag, 20 dicembre 2020. Oltre allo scandalo olandese e riferimento all'inchiesta parlamentare, si segnala la discriminazione subita dai soggetti di diverse etnie nell'ottenimento di un mutuo negli Stati Uniti, vedi supra, par. 2.
115. *Supra*, §2.
116. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, *passim*.
117. Il modello "grey-box" combina l'uso di modelli "white-box" basati su principi e i modelli empirici "black-box", offrendo particolari vantaggi quando: (a) è carente la teoria fondamentale per descrivere il sistema o il processo modellato; (b) vi è una scarsità di dati sperimentali adeguati per la convalida o (c) vi è la necessità di ridurre la complessità del modello. L'approccio *grey-box* è stato utilizzato, per esempio, per creare modelli matematici (S. Estrada-Flores, I. Merts, B. De Ketelaere, J. Lammertyn, *Development and validation of "grey-box" models for refrigeration applications: A review of key concepts in International Journal of Refrigeration*, 2006, 29(6), pp. 931-946; M. E. Khan, F. Khan, *A comparative study of white box, black box and grey box testing techniques*, in *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, 2012, p. 3(6); K. C. Tan, Y. Li, *Grey-box model identification via evolutionary computing in Control Engineering Practice*, 10(7), 2002, pp. 673-684; M. Büchi, W. Weck, *The Greybox Approach: When Blackbox Specification Hide too much*, 1999, Turku Centre for Computer Science.) Un siffatto modello può essere definito come un'astrazione concettuale, fisica o matematica di un oggetto, fenomeno, processo o sistema reale. I modelli matematici facilitano la comprensione di un processo o di un sistema, consentendo all'utente di prevederne il comportamento al variare del valore di una o più variabili influenti. L'obiettivo del modellatore può essere quello di stimare o prevedere il valore di una o più variabili che descrivono il comportamento o la proprietà di interesse (note anche come variabili dipendenti) in funzione di una o più variabili indipendenti che descrivono la natura

- intrinseca o le proprietà del sistema, il suo funzionamento o il suo ambiente esterno. Un modello può anche prevedere solo parti selezionate del comportamento di un sistema, aiutando a capire come funziona una sottosezione del sistema (S. Estrada-Flores, I. Merts, B. De Ketelaere, J. Lammertyn, *Development and validation of “grey-box” models*, cit.).
118. C. Geiger, *Intellectual property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a mysterious provision with an unclear scope*, in *EIPR*, 31(3), 2009, pp. 113-117; Id, *Building an ethical framework for intellectual property in the EU: time to revise the Charter of Fundamental Rights*, in *Reforming Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, London, 2022, pp. 77-91; P. Oliver, C. Stothers, *Intellectual property under the Charter: are the Court’s scales properly calibrated?* in *Common Market Law Review*, 2017, p. 54(2).
 119. P. Craig, *Article 41–Right to Good Administration*, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co, 2014, pp. 1112-1141; I. Rabinovici, *The right to be heard in the charter of fundamental rights of the European Union in European public law*, 18(1), 2012; D. U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, pp. 165 ss.; L. Parona, *L’influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, *ibidem*, 2021, pp. 491 ss.
 120. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.
 121. Procedure 2021/0106/COD COM (2021) 206, cit.
 122. Cioè del soggetto che si occupa dell’implementazione dell’algoritmo in un ambiente operativo (J. Adams-Prassl, R. Binns, A. Kelly-Lyth, *Directly discriminatory algorithms in The Modern Law Review*, 86(1), 2023, p. 151.
 123. Nel testo approvato dal Parlamento Europeo, l’articolo 68 *quater* prevede altri due commi, cioè «2. Il paragrafo 1 non si applica all’uso di sistemi di IA per i quali il diritto dell’Unione o nazionale preveda eccezioni o limitazioni all’obbligo di cui al paragrafo 1 nella misura in cui tali eccezioni o limitazioni rispettino l’essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e siano una misura necessaria e proporzionata in una società democratica. 3. Il presente articolo si applica fatti salvi gli articoli 13, 14, 15, e 22 del regolamento 2016/679».
 124. Consiglio dell’Unione Europea, Conclusioni del Consiglio sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all’innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell’era digitale, 16 novembre 2020, su <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13026-2020-INIT/it/pdf>. In dottrina, A. Merlini, *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 1, 2022, pp. 116 ss.; M. Trapani, *L’utilizzo delle sandboxes normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull’ordinamento*, in *osservatorio sulle fonti*, 3, 2022, pp. 217 ss.; M. T. Paracampo, *Il percorso evolutivo ed espansivo delleregulatory*

- sandboxes da FinTech ai nuovi lidioperativi del prossimo futuro*, in *federalismi*, 18, 2022, pp. 209 ss.
125. Commissione europea, STRUMENTO #21. Ricerca e innovazione, Strumenti per legiferare meglio; Commissione europea; 6783/20 (COM (2020)103); Consiglio dell'Unione Europea, Conclusioni, cit.
126. A questo proposito, l'11 aprile 2023 presso la Camera dei Deputati è stato presentato un disegno di legge volto a regolamentare un'utilizzo più ampio, si tratta dell' AC1084, Centemero ed altri. "Disposizioni concernenti l'adozione di una disciplina temporanea per la sperimentazione dell'impiego di sistemi di intelligenza artificiale" (1084).
127. A. Chiappini, *Regulatory Sandbox italiano in una prospettiva europea, costituzionale ed amministrativa*, in *Amministrativamente*, 2021, pp. 885 ss.
128. A. Merlino, *Il regulatory sandbox*, cit.; V. Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, Guida, Napoli, 1979, *passim*; M.G. Losano, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovranazionali*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2005, *passim*.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, *passim*.
129. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. S. Cotta, G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, *passim*.
130. M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino Bologna, 2002, *passim*.
131. A. Merlino, *op. cit.*
132. Considerando n. 72, cit.
133. A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 184-185; A. Merlino, *op. cit.*
134. Sul punto, il Considerando 72 del *Proposal* afferma che: «(G)li obiettivi degli spazi di sperimentazione normativa dovrebbero essere la promozione dell'innovazione in materia di IA, mediante la creazione di un ambiente controllato di sperimentazione e prova nella fase di sviluppo e pre-commercializzazione al fine di garantire la conformità dei sistemi di IA innovativi al presente regolamento e ad altre normative pertinenti dell'Unione e degli Stati membri, e il rafforzamento della certezza del diritto per gli innovatori e della sorveglianza e della comprensione da parte delle autorità competenti delle opportunità, dei rischi emergenti e degli impatti dell'uso dell'IA, nonché l'accelerazione dell'accesso ai mercati, anche mediante l'eliminazione degli ostacoli per le piccole e medie imprese (PMI) e le start-up. Al fine di garantire un'attuazione uniforme in tutta l'Unione ed economie di scala, è opportuno stabilire regole comuni per l'attuazione degli spazi di sperimentazione normativa e un quadro per la cooperazione tra le autorità competenti coinvolte nel controllo degli spazi di sperimentazione. Il presente regolamento dovrebbe fornire la base giuridica per l'utilizzo dei dati personali raccolti per altre finalità ai fini dello sviluppo di determinati sistemi di IA di interesse pubblico nell'ambito dello spazio di sperimentazione normativa per l'IA, in linea con l'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2016/679, e con l'articolo 6 del regolamento (UE) 2018/1725, e fatto salvo l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva (UE)

2016/680. *I partecipanti allo spazio di sperimentazione dovrebbero fornire garanzie adeguate e cooperare con le autorità competenti, anche seguendo i loro orientamenti e agendo rapidamente e in buona fede per attenuare eventuali rischi elevati per la sicurezza e i diritti fondamentali che possono emergere durante lo sviluppo e la sperimentazione nello spazio sopraindicato. È opportuno che le autorità competenti, nel decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria a norma dell'articolo 83, paragrafo 2, del regolamento 2016/679 e dell'articolo 57 della direttiva 2016/680, tengano conto della condotta dei partecipanti allo spazio di sperimentazione».*

135. Nel corso del trilogico, i co-legislatori hanno raggiunto una proposta di compromesso sull'utilizzo di testing dei sistemi AI ad alto rischio in condizioni reali, al di fuori delle aree regolamentate dall'AI. Le modifiche proposte includono l'approvazione da parte dell'autorità di vigilanza del mercato per i test in condizioni reali, una registrazione dei test in alcune aree sensibili, una durata massima di sei mesi per i test, il requisito di giustificare i test senza il consenso delle persone coinvolte, il diritto delle persone coinvolte di cancellare i loro dati e il potere delle autorità di vigilanza del mercato di richiedere informazioni e condurre ispezioni. Il punto politico rilevante concerne se gli Stati membri sono d'accordo nell'aggiungere queste misure di salvaguardia ai test dei sistemi AI ad alto rischio in condizioni reali (Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament*, cit., pp. 3 ss.).
136. F. Konopczyński, *One Act to Rule Them All*, cit.
137. «*All'attimo direi: sei così bello, fermati!*» («*Zum Augenblicke dürft ich sagen:/Verweile doch, du bist so schön*») (così J.W. von Goethe, *Faust. Urfaust*, trad. a cura di A. Casalegno, vol. II, Garzanti, Milano, 2004, pp. 1040-1041).

Analisi e proposte normative nella nuova dimensione del capital market

Rocco Freda

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-28

L'impiego dell'intelligenza artificiale (IA) nei mercati finanziari richiede un approccio equilibrato e proattivo. La distinzione tra sistemi di IA deboli e forti evidenzia la necessità di adeguare la normativa di settore rispetto alla crescita repentina dell'autonomia degli algoritmi. La sfida è quella del bilanciare il naturale sviluppo tecnologico con la sicurezza dei mercati. La ponderazione della responsabilità umana con la socializzazione dei danni e con l'osare soluzioni innovative come il riconoscimento della personalità giuridica ai sistemi di IA evoluti o ipotesi di "smart law", aiuterebbe gli operatori del diritto a gestire con minori incertezze le nuove dinamiche dei mercati finanziari.

Analysis and regulatory proposals in the new dimension of the capital market

The use of Artificial Intelligence (AI) in financial markets requires a balanced and proactive approach. The distinction between weak and strong AI systems highlights the need to adapt the sector legislation with respect to the sudden growth of the autonomy of the algorithms. The challenge is to balance natural technological development with market security. The balancing of human responsibility with the socialization of damages and with daring innovative solutions, such as the recognition of the legal personality of advanced AI systems or "smart law" hypotheses, would help jurists to manage, with less uncertainty, the new dynamics of financial markets.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. Il controverso impiego dell'IA nel capital market.- 3. Argomentazioni normative UE sul capital market e orientamenti in materia di IA.- 4. Argomentazioni normative italiane sul capital market e orientamenti in materia di IA.- 5. Argomentazioni giurisprudenziali sul doppio sistema sanzionatorio.- 6. "Echi" normativi extra UE sul capital market e orientamenti in

materia di IA.- 7. Timori normativi e proposte nella nuova dimensione del capital market.- 8. Conclusioni.

1. Introduzione

La naturale evoluzione dei sistemi di intelligenza artificiale (IA) mette in crisi il legislatore che, anche in un'ottica comparatistica, cerca con non poche difficoltà di capire come adeguare la normativa di settore a dette tendenze avveniristiche.

Nel settore finanziario, si distinguono sistemi di IA “deboli”, che seguono istruzioni predefinite dall'essere umano e sistemi IA “forti” che, in piena autonomia, imparano da stimoli esterni e/o autoprodotti e generano a loro volta informazioni e comportamenti. Ciò amplifica le già complesse questioni giuridiche relativamente al riconoscimento della personalità giuridica e alla conseguente responsabilità/imputabilità dei sistemi di IA.

Gli algoritmi in continuo divenire, non solo sono in grado di influenzare l'efficienza nel mercato dei capitali, ma possono anche causarne manipolazioni.

L'applicazione delle leggi esistenti ai sistemi di IA più evoluti è difficile, se non impossibile, a causa delle caratteristiche uniche e senza precedenti di questi ultimi. Inoltre, essi mancano di “libero arbitrio” e di “intenzionalità”.

Nei sistemi di IA deboli, la responsabilità potrebbe essere attribuita all'essere umano che, a vario titolo, li gestisce, ma nei sistemi di IA forti (sempre più imprevedibili) è difficile attribuire e suddividere la responsabilità tra produttore, programmatore e utente.

Con il presente lavoro, basato sullo studio dei principali riferimenti normativi e giurisprudenziali di settore, nonché su un costante riferimento ai quaderni giuridici della CONSOB⁽¹⁾, senza pretesa di esaustività e a puro fine dottrinale, si discute sull'annoso problema se i responsabili di eventuali condotte illecite realizzate tramite (o direttamente) dagli algoritmi di ultima generazione siano questi ultimi, oppure i loro creatori, gli utilizzatori o altre persone comunque coinvolte nelle operazioni finanziarie. La questione è aperta.

2. Il controverso impiego dell'IA nel *capital market*

Nei mercati finanziari, i sistemi di IA permettono di elaborare grandi quantità di informazioni e di creare nuove strategie di mercato in frazioni di secondo, grazie a sistemi complessi come l'arbitraggio statistico e di latenza negli algoritmi di negoziazione. Gli arbitraggi svolgono un ruolo centrale nei mercati, offrendo guadagni a basso rischio per gli operatori e benefici per gli investitori grazie a prezzi allineati con le informazioni pubblicamente disponibili^[3].

L'utilizzo imponente di tali strumenti ha quindi portato a trasformazioni nei servizi come la negoziazione algoritmica ad alta frequenza ("*high frequency trading*"), la consulenza finanziaria automatizzata ("*robo-advice*") e la valutazione del merito creditizio ("*credit scoring*")^[4].

Se da un lato l'impiego dell'intelligenza artificiale nel settore finanziario potrebbe offrire vantaggi agli investitori, migliorando raccomandazioni di investimento e fornendo valutazioni creditizie affidabili, dall'altro la negoziazione ad alta frequenza può causare l'improvvisa volatilità dei prezzi dei titoli ("*flash crash*"). Inoltre, la consulenza finanziaria automatizzata può comportare uniformità di comportamenti degli investitori (c.d. "effetto *herding*") anziché valutazioni personalizzate. Come se non bastasse, la valutazione creditizia automatizzata potrebbe escludere alcuni gruppi sociali dall'accesso al credito.

Problematiche di notevole interesse potrebbero poi essere causate dall'utilizzo illecito di informazioni privilegiate, generate da un sistema di intelligenza artificiale, con riferimento alla strategia di minimizzazione dinamica dell'impatto degli ordini sui prezzi. In tali casi, il sistema acquisirebbe informazioni sugli ordini pendenti creando una strategia ottimale per ridurre l'effetto dei propri ordini sul mercato. Questo potrebbe estendersi all'esecuzione di ulteriori ordini per trarre vantaggio dalla strategia stessa, creando una situazione simile al *front running*^[4]. Analoghi esempi potrebbero coinvolgere i *robo-advisor* che anticipano le azioni degli investitori basandosi sulle raccomandazioni di investimento.

Altre modalità pericolose di sfruttamento dell'informazione privilegiata includono comunicazioni a terzi ("*tipping*") e raccomandazioni a terzi ("*tuyantage*") fatte alla luce di questa. In tale contesto, il sistema di intelligenza artificiale potrebbe abusare di informazioni privilegiate come dati da attacchi cibernetici, ordini dei clienti o raccomandazioni d'investimento. Ad esempio,

l'IA potrebbe sfruttare raccomandazioni d'investimento per eseguire operazioni basate su micro-informazioni dai *book* di negoziazione, dati satellitari o informazioni delle agenzie di stampa, coinvolgendo *big data*^[6] e *alternative data*^[6]. Invero, l'abuso di informazioni privilegiate non può essere ipotizzato finché le informazioni base delle strategie sono pubbliche. Se le informazioni privilegiate rilevate dal sistema di intelligenza artificiale vengono rappresentate come studi o raccomandazioni di investimento e diffuse all'intera clientela dall'intermediario gestore del sistema, tali comunicazioni dovrebbero essere considerate lecite^[7].

Gli effetti potenziali dei comportamenti dei sistemi di IA sono maggiormente percepiti come problematici nel *trading*, specialmente quando più sistemi di IA agiscono insieme. Questa situazione è evidente quando più intermediari operano con diversi *desk* su uno stesso strumento finanziario, ognuno con obiettivi differenti come "*market making*"^[8], "*delta hedging*"^[9] per portafoglio proprietario e "*trading direzionale*"^[10]. Ciò potrebbe indurre a pratiche illecite se le operazioni di un *desk* si sovrappongono o si intersecano con quelle di un altro *desk*, creando operazioni fittizie o fattispecie manipolative.

Le problematiche dei modelli operativi descritti diventano più complesse quando si considera l'uso di sistemi di intelligenza artificiale avanzati, come quelli basati su reti neurali^[11] e "*deep reinforcement learning*"^[12]. Questi sistemi evoluti riconoscono opportunità di profitto senza fornire spiegazioni chiare sul perché delle singole operazioni. Ciò rende difficile identificare la strategia di *trading* impiegata (*market making*, *delta hedging*, *trading direzionale*) e potrebbe persino sfuggire al sistema stesso l'origine di alcuni ordini immessi nel mercato. Inoltre, se un investitore istituzionale utilizzasse un sistema di IA avanzato per inserire ordini contrastanti con il *trend* generato da altri ordini, potrebbe verificarsi uno schema manipolativo noto come "*trash & cash*"^[13]. In questo caso, sarebbe difficile fornire spiegazioni oggettive e il sistema di IA, se lasciato all'autoapprendimento senza specifiche precauzioni, potrebbe considerare, ad esempio, coerente l'obiettivo di minimizzare il costo per l'investitore inserendo ordini contrastanti al fine di influenzare il prezzo.

Inoltre, i sistemi di IA forti basati su *reinforcement learning* potrebbero generare autonomamente comportamenti collusivi difficilmente attribuibili all'azione umana. L'interazione tra *social media* e *trader* algoritmici potrebbe amplificare la disinformazione di massa, diffondendo *fake news*. Ciò potrebbe alterare il

naturale incontro tra domanda e offerta degli strumenti finanziari, influenzarne il valore e causare episodi di forte volatilità dei titoli^[14].

La crescente autonomia dei sistemi di IA forti non è solo automazione, ma indipendenza dalle istruzioni esterne, il che rende incerte le loro interazioni con gli ambienti operativi e ciò può portare a comportamenti simili all'*insider trading* tradizionale, violando il principio dell'accesso equo alle informazioni pubbliche.

Un primo paradosso nel rapporto tra algoritmi ad alta frequenza ("*high frequency trading*", "HFT") e mercati è che, nonostante questi operatori rappresentino una parte significativa degli scambi, sono poco o per niente influenzati dai dati disponibili sugli strumenti finanziari, sugli emittenti e sul mercato in generale. Questo perché la breve durata delle loro posizioni rende tali informazioni di scarso rilievo o addirittura rischiose. Dal punto di vista operativo, gli *high frequency trader* rifiutano le informazioni finanziarie ed effettuano investimenti, anche significativi, seguendo i segnali di reti neurali, anche se poco o per nulla comprensibili. Tali reti neurali, a volte in modo involontariamente coordinato, rispondono agli stessi *input* e poi restituiscono al pubblico informazioni finanziarie prive di contenuti valutativi o difficilmente rappresentabili, narrabili e quindi apprezzabili o criticabili^[15].

In questo contesto è cruciale esaminare l'adeguatezza del quadro normativo vigente sui reati finanziari, in risposta alla digitalizzazione dilagante del settore finanziario e all'utilizzo di agenti non umani sempre più complessi nei mercati.

Il divieto dell'abuso di informazioni privilegiate ("*insider trading*") deve mirare a prevenire il rischio che la controparte effettui una transazione basata su informazioni non pubbliche, riducendo così l'incitamento dei "*market maker*" a ridurre i costi di transazione per gli investitori e scoraggiando gli investitori istituzionali dal prendere posizioni contrarie ai *trend* di mercato, non coerenti con le informazioni pubbliche disponibili.

Parallelamente, il divieto di manipolazione del mercato deve mirare a prevenire il rischio che informazioni false o fuorvianti ostacolino o addirittura impediscano la convergenza verso i "*fundamentals*"^[16] del mercato.

Inoltre, l'abuso dei sistemi di IA nel settore finanziario comporta rischi come l'utilizzo di informazioni privilegiate ottenute da attacchi *cyber* per manipolare i prezzi e le negoziazioni. Altri scenari probabili includono l'acquisizione di credenziali dei clienti^[17] per frodi o la creazione di bolle di prezzi tramite ordini

manipolativi. Gli algoritmi “intelligenti” potrebbero poi compiere violazioni apparentemente innocue ma, se ripetute, mirano a truffare le vittime in modo impercettibile.

Alla luce della normativa vigente, laddove non fosse possibile dimostrare un intento doloso da parte del programmatore o dell'utilizzatore dell'algoritmo di negoziazione, potrebbe verificarsi un'area in cui l'illecito rimanga impunito sotto l'aspetto penale. In tali situazioni, la tutela dell'ordine giuridico del mercato potrebbe dipendere esclusivamente dalla responsabilità amministrativa, a condizione che si possa comunque attribuire una negligenza colposa alla persona fisica per difetti di progettazione o di vigilanza.

Sia a livello dell'Unione Europea, che a livello nazionale, è stato istituito un sistema di doppio binario sanzionatorio: penale e amministrativo. Questo approccio, che si propone, con non poche difficoltà, di garantire un'operatività ordinata e corretta dei mercati finanziari, è sotto il ricatto costante della rapida evoluzione degli algoritmi finanziari.

3. Argomentazioni normative UE sul *capital market* e orientamenti in materia di IA

In una prima fase, la Direttiva 89/592/CEE aveva istituito solo il divieto di *insider trading*. Successivamente, con la Direttiva CE/6/2003 (c.d. “Direttiva MAD I”), è stato introdotto anche il divieto di manipolazione del mercato, permettendo agli Stati membri di decidere se imporre sanzioni penali o amministrative.

Dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, il Consiglio dell'Unione Europea e il Parlamento UE avevano modificato la proposta iniziale della Commissione Europea sulla Direttiva MAD I per estendere il divieto di abuso agli *insiders* primari legati a organizzazioni criminali. La Direttiva MAD I *ex art. 2, par. 2, lett. d)* vi incluse quindi coloro che possedevano informazioni privilegiate «*in virtù delle proprie attività criminali*».

Successivamente, con il Regolamento 2014/596/UE (c.d. “*Market Abuse Regulation*” ovvero “Regolamento UE MAR”) e la Direttiva 2014/57/UE (c.d. “*Criminal Sanctions Market Abuse Directive*” ovvero “Direttiva MAD II”), si è andati verso un'armonizzazione maggiore sia delle norme che delle sanzioni

(penali e amministrative) per le pratiche di *market abuse*^[18]. Il Regolamento UE MAR ha confermato la previsione della Direttiva MAD I, considerando *insiders* primari coloro che possedevano informazioni privilegiate «*per il fatto che sono coinvolti in attività criminali*».

Nella UE, gli obblighi per gli emittenti iniziano quando le informazioni diventano privilegiate e sono pronte per essere sfruttate con vantaggio dagli *insider*^[19]. I relativi divieti sanzionano la diffusione di informazioni false da parte di individui che possano influenzare i prezzi di mercato attraverso le loro affermazioni o omissioni. Dal momento che i prezzi di mercato, non solo risentono delle dinamiche dell'offerta e della domanda, ma sono anche interpretati e valutati da vari tipi di operatori, vengono altresì sanzionate l'emissione di ordini o l'esecuzione di operazioni che alterino il processo di formazione dei prezzi, allontanandoli dai *fundamentals*, creando prezzi artificiali e un quadro informativo distorto.

La «*trade-based manipulation*» è definita nell'articolo 12, paragrafo 1, del Regolamento UE MAR, nelle lettere a) e b).

Le azioni di cui alla lettera "a" (la conclusione di operazioni, l'inoltro di ordini di compravendita, ecc.) devono soddisfare due condizioni: 1) inviino, o è probabile che inviino, segnali falsi o fuorvianti sul prezzo, l'offerta o la domanda di uno strumento finanziario, di un contratto a pronti su merci correlato o di un prodotto oggetto d'asta basato su quote di emissioni; oppure 2) fissino, o è probabile che fissino, il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari, di un contratto a pronti su merci correlato o di un prodotto oggetto d'asta basato su quote di emissioni a un livello anomalo o artificiale. Tuttavia, questa condotta è ammessa solo se chi compie l'operazione, inoltra l'ordine o agisce in questa direzione dimostra che tali azioni sono supportate da legittimi motivi e sono in linea con pratiche di mercato accettate, *ex art. 13* del medesimo regolamento. Dato che tali azioni incidono sul processo di determinazione dei prezzi, la capacità di identificare la presenza di detti legittimi motivi diventa quindi fondamentale, includendovi anche quelli che comunemente rientrano in strategie di arbitraggio, investimento o speculazione.

La lettera "b" del medesimo Regolamento UE MAR considera manipolativa qualsiasi attività o condotta che influenzi o abbia la probabilità di influenzare il prezzo di uno o più strumenti finanziari, contratti a pronti su merci collegati o

prodotti soggetti ad asta basata su quote di emissioni, utilizzando inganni o qualsiasi forma di frode o artificio.

Da non sottovalutare è anche la situazione relativa ai *robo-advisor*, i quali potrebbero formulare consigli di investimento errati, tendenziosi o chiaramente influenzati da interessi significativi. Questo li collocherebbe tra gli indicatori di manipolazione definiti nell'articolo 12, paragrafo 1, lettera b) del Regolamento UE MAR, se si verificano operazioni opportunistiche eseguite immediatamente prima o dopo la divulgazione di tali raccomandazioni.

A ben vedere, anche solo l'influenza potenziale sui mercati è considerata manipolazione. A tal proposito, la previsione dell'articolo 12, paragrafo 1, lett. c) del Regolamento UE MAR sembrerebbe idonea a debellare tali minacce, prevedendo che la condotta manipolativa avvenga, non solo «*tramite i mezzi di informazione, compreso internet*», ma anche «*tramite ogni altro mezzo (...) compresa la diffusione di voci*». Però occorre che «*la persona che ha proceduto alla diffusione sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che le informazioni erano false o fuorvianti*». Si ripropone qui il problema della complessità dei sistemi di IA forti. L'articolo 12, paragrafo 2, lettera c) del medesimo regolamento, chiarisce ulteriormente le azioni che potrebbero generare una manipolazione rilevante: l'inoltro di ordini nelle sedi di negoziazione, inclusi cambiamenti o cancellazioni, anche attraverso mezzi elettronici come strategie di negoziazione algoritmiche e ad alta frequenza, purché tali azioni causino uno dei seguenti effetti: interrompere o ritardare il funzionamento del sistema di negoziazione, rendere difficile individuare ordini autentici o creare segnali fuorvianti riguardo all'offerta, alla domanda o al prezzo degli strumenti finanziari.

L'Allegato II del Regolamento delegato UE 2016/522 fornisce ulteriori indicatori ed esempi di fattispecie manipolative, tra cui: «*quote stuffing*», che consiste nell'emissione di molti ordini per creare confusione e rallentare il mercato; il «*momentum ignition*», che è l'emissione di ordini per avviare tendenze favorevoli; il «*layering and spoofing*», che consiste nell'inviare ordini finti prima di eseguirne altri sul lato opposto del mercato e lo «*smoking*», che consiste nell'attrarre *trader* lenti con ordini allettanti e poi cambiarli in fretta per trarre vantaggio dal loro flusso ^[20].

La regolamentazione comunitaria in materia di prevenzione delle condotte abusive riguarda anche gli algoritmi che sfruttano la velocità di latenza. L'articolo

17 della Direttiva 2014/65/UE (c.d. “Direttiva MiFID II”) richiede alle imprese di investimento di esercitare controlli efficaci sui sistemi e sul rischio, prevenendo l’invio di ordini errati o un funzionamento che possa destabilizzare o disordinare il mercato. L’articolo 48 della stessa direttiva introduce «*circuit breakers*» per arrestare temporaneamente le negoziazioni in caso di improvvisi e anomali movimenti di prezzo.

Il Comitato economico e sociale europeo, nel parere del 22 settembre 2016, ha affermato che il riconoscimento della personalità giuridica ai *robot* «*comporterebbe un rischio inaccettabile di azzardo morale*»^[21] eliminando la funzione di prevenzione tipica del regime della responsabilità.

Il Gruppo di esperti sull’intelligenza artificiale, istituito dalla Commissione europea nel 2018, ha affermato che non è necessario conferire personalità giuridica ai sistemi delle tecnologie digitali emergenti, poiché i danni causati da tecnologie, anche completamente autonome, possono essere ricondotti a individui o categorie giuridiche esistenti^[22].

Il Parlamento europeo, nelle risoluzioni del 16 febbraio 2017^[23] e del 6 ottobre 2021^[24] ha riconosciuto la necessità di un quadro normativo che ponga sempre in primo piano la responsabilità umana.

Tuttavia, sempre la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 aveva ipotizzato implicitamente il riconoscimento della soggettività giuridica piena ai sistemi di IA forti, nel timido tentativo di stabilire un centro di responsabilità per i danni causati da questi. Rimarrebbe ancora irrisolta la questione della valutazione di colpevolezza nei confronti degli agenti artificiali e delle modalità di risarcimento e punizione per i danni causati dai comportamenti degli stessi.

In questa controversa vicenda, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 ha differenziato gli effetti a seconda dei sistemi di IA, ipotizzando una responsabilità oggettiva per i sistemi di IA a rischio alto e una responsabilità per colpa presunta con riferimento ai sistemi di IA con rischio limitato^[25].

Muovendosi in una direzione analoga, la Commissione Europea, nella proposta di Regolamento europeo sull’intelligenza artificiale del 21 aprile 2021^[26] mira, tra l’altro, a promuoverne lo sviluppo nelle sue polimorfe applicazioni. Tuttavia, l’approccio adottato prevede una valutazione di tali sistemi in base al rischio che questi possono causare rispetto ai diritti fondamentali dell’essere umano («*risk-*

based approach»). In particolare, per i sistemi ad alto rischio, viene applicato il principio della prevenzione, mentre per quelli con rischio inaccettabile, il principio di precauzione^[27] prevede misure più restrittive o divieti. L'obiettivo è quindi quello di trovare un equilibrio tra lo sviluppo tecnologico e la tutela dei diritti fondamentali. La medesima proposta di Regolamento europeo sull'IA include il «*duty of human oversight*» per la raccolta dei dati, ma non ne copre le conseguenze dell'elaborazione successiva, a causa della complessità degli algoritmi di autoapprendimento. Manca anche un meccanismo di tutela per le vittime di *output* errati. Anche qui, pur imponendo obblighi di trasparenza, la normativa ha difficoltà a basarsi su principi generali come causalità e colpevolezza^[28].

In aggiunta alla proposta di Regolamento sull'IA, vi è quella della Direttiva^[29] del 28 settembre 2022, riguardante l'adeguamento delle norme sulla responsabilità extracontrattuale all'intelligenza artificiale. Secondo tale proposta, l'obbligo di rispondere per i danni derivanti dai sistemi di IA dovrebbe comunque gravare sull'essere umano. Questo vale, non solo nei casi in cui le informazioni fornite agli utenti sul funzionamento del sistema di IA siano insufficienti o in cui sia presente un difetto nel sistema stesso, ma anche quando l'algoritmo è talmente complicato da sfuggire alla comprensione del programmatore riguardo alle ragioni delle sue decisioni^[30].

4. Argomentazioni normative italiane sul *capital market* e orientamenti in materia di IA

All'ombra della normativa comunitaria, anche nell'ordinamento italiano il divieto di *insider trading* mira, tra l'altro, a preservare l'equità nell'accesso alle informazioni sensibili e a prevenire l'uso improprio di informazioni privilegiate. Parallelamente, il divieto di manipolazione del mercato ha lo scopo di proteggere l'integrità degli scambi finanziari da notizie false e da comportamenti fraudolenti. Le violazioni aventi effetti penali, ai sensi e per gli effetti degli articoli 184 e 185 TUF^[31], riguardano condotte gravi e per lo più dolose, mentre le violazioni amministrative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 187-*bis* e 187-*ter* TUF, riguardano comportamenti meno gravi, per lo più colposi, puniti con sanzioni di natura pecuniaria e interdittiva.

La disciplina penale sull'abuso di informazioni privilegiate, sanzionato con pene

detentive e pecuniarie, si applica agli “*insider* primari” che, in virtù delle loro posizioni, acquisiscono informazioni privilegiate e le utilizzano per operazioni finanziarie o le comunicano a terzi al di fuori delle normali attività lavorative. Questo reato si estende anche agli “*insider* secondari”, che ottengono tali informazioni indirettamente da altre fonti, per i quali è però previsto un apposito sistema sanzionatorio. L’equiparazione tra *insider* primari e *insider* secondari emerge dalla Direttiva MAD I cit. e dalla l. n. 238/2021^[32], anche se l’informazione utilizzata non è legata all’attività criminale stessa, ma proviene da fonti esterne, come nel caso di furto di documenti societari. La differenza tra *insider* primari e secondari è quindi rilevante solo nella definizione della pena, potenzialmente più alta per i primari, data la loro funzione.

Situazioni di manipolazione informativa possono emergere in modo automatico se, ad esempio, il sistema di intelligenza artificiale acquista quantità di strumenti finanziari che richiedono la pubblicazione della partecipazione *ex art* 120 del TUF. In questo caso, tali pubblicazioni potrebbero generare informazioni fuorvianti o errate poiché non riflettono la “volontà” che ha guidato la decisione di effettuare l’operazione. Ancora una volta, i sistemi di IA forte non sarebbero in grado di offrire spiegazioni attendibili, in quanto la loro “volontà”, ad oggi, non può essere intercettata.

5. Argomentazioni giurisprudenziali sul doppio sistema sanzionatorio

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Corte EDU) ha riqualificato gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato come sostanzialmente penali, a causa delle severe sanzioni pecuniarie, interdittive e ablatorie previste.

La CEDU, con la sentenza *Grande Stevens* del 4 marzo 2014^[33], ha dichiarato il meccanismo italiano di contrasto degli abusi di mercato non in linea col principio *ex art.* 4 Prot. 7 CEDU. Nella fattispecie i ricorrenti, dopo aver subito le sanzioni per l’illecito amministrativo comminate dalla Consob, erano stati rinviati a giudizio penale e condannati in appello. Ad avviso della CEDU, il sistema del doppio regime sanzionatorio (amministrativo e penale) in capo allo stesso soggetto *ex artt.* 184 ss. TUF, configurava sia violazione del principio dell’equo

processo *ex art. 6 CEDU*, sia del principio del *ne bis in idem*, avendo costituito i fatti commessi “medesima condotta” e, come se non bastasse, le sanzioni amministrative irrogate dalla Consob erano, di fatto, di natura penale. Tale sentenza, si collega alla sentenza *Engel* del 1976^[34] secondo la quale, i reati e le pene non sono solo quelle in senso stretto, ma anche tutte le tipologie sanzionatorie che i vari ordinamenti nazionali riconoscono come tali (ad esempio illeciti e sanzioni amministrative). Infatti, nel caso di specie, la qualificazione penale delle sanzioni irrogate era stata la conseguenza: dell’eccessiva severità delle stesse; dell’ammontare e delle sanzioni accessorie; degli effetti sugli interessi del condannato.

Questa linea giurisprudenziale, ormai consolidata, è stata condivisa sia dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea^[35] che dalla Corte costituzionale^[36].

La giurisprudenza eurounitaria ha ribadito la legittimità del doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) riconoscendo agli Stati membri libertà di scegliere le sanzioni da irrogare che possono essere: amministrative, penali o di un *mix* di entrambe^[37], purché il doppio sistema sanzionatorio nel complessivamente applicato osservi il principio di proporzionalità.

Nella medesima direzione va la previsione dell’art. 187-*terdecies* TUF, secondo il quale l’autorità (giudiziaria o amministrativa) che si pronuncerà per seconda sul medesimo fatto, nell’irrogazione delle sanzioni che le competono, deve tenere conto di quelle già irrogate. Tale controllo di proporzionalità può comportare, come confermato dalla giurisprudenza di legittimità^[38], alla disapplicazione, totale o parziale, della sanzione irrogata per ultima (nel caso in cui la prima sia già stata calibrata in modo aderente sul danno scaturente dall’illecito) o, in ogni caso, a ricalibrarla in considerazione della prima.

6. “Echi” normativi *extra* UE sul *capital market* e orientamenti in materia di IA

Nel *neo outsider* Regno Unito, la *section 90 (1)* dello *UK Financial Service Act* del 2012 rappresenta un riferimento chiave, sebbene non faccia espressa menzione della negoziazione algoritmica. Tale normativa punisce, con sanzioni penali e pecuniarie, coloro che, sfruttando strategie di *trading* ad alta frequenza (HFT), inducono in errore l’operatore finanziario sul prezzo, sul valore di un emittente o

di uno strumento finanziario. La FCA (*Financial Conduct Authority*), responsabile della supervisione del mercato inglese, ha intensificato i controlli sugli HFT utilizzando la *section 118* dello *UK Financial Services and Markets Act* del 2000 (FSMA) che vieta gli abusi di mercato.

Dall'altro lato del globo, negli USA, sono state adottate diverse misure di sicurezza, come i *circuit breakers* e gli *execution throttles*^[39], per prevenire pratiche manipolative come l'*order stuffing*^[40].

Anche la *Securities Industry and Financial Markets Association* (SIFMA) ha proposto tutele tecniche per la protezione degli investitori, come bande di oscillazione dei prezzi e pause automatiche. A livello normativo, sono state introdotte regole *Limit-Up* e *Limit-Down*^[41] per limitare fluttuazioni eccessive nei valori dei titoli. La *US Securities and Exchange Commission* (SEC)^[42] nel 2013 ha istituito il *Market Information Data Analytics System* (MIDAS) per monitorare gli scambi e nel 2014 ha approvato il Regolamento sulla conformità e l'integrità dei sistemi (*Regulation Systems Compliance and Integrity*, SCI) imponendo un rigoroso monitoraggio della maggior parte delle piattaforme di *trading*.

Infine, fondamentale è il ruolo della FINRA (*Financial Industry Regulatory Authority*)^[43] che è un'organizzazione che regola e supervisiona l'industria finanziaria negli Stati Uniti, con *focus* su *broker* e mercati dei titoli. Essa si impegna a garantire l'integrità dei mercati e la tutela degli investitori.

7. Timori normativi e proposte nella nuova dimensione del *capital market*

Il dilemma fondamentale con cui la dottrina, la giurisprudenza e il legislatore si stanno confrontando, anche in un'ottica comparatistica, è se gli agenti artificiali debbano essere considerati soggetti legalmente responsabili o meno.

Con gli strumenti normativi ad oggi disponibili, è intrinsecamente impossibile discutere di sanzioni che colpiscano direttamente i sistemi di IA, soprattutto nella loro accezione più evoluta e in continuo divenire. Questo ragionamento ci porterebbe a ritenere che l'idea di una responsabilità autonoma dell'agente artificiale sia illusoria e che questa dipenda esclusivamente dalle decisioni prese dal programmatore e/o dall'utente nelle rispettive fasi di gestione dell'algoritmo.

È opportuno evidenziare come, nonostante l'intelligenza artificiale sia ritenuta

una fonte di rischio, essa sia ancora considerata dal legislatore attuale un oggetto e non un soggetto.

Nei sistemi di IA forti, nella quasi totalità dei casi, l'azione dell'operatore algoritmico non può essere attribuita *tout court* alla persona fisica, soprattutto a causa della mancanza dell'elemento soggettivo richiesto dal reato specifico che viene commesso. Ciò è dovuto all'autonomia decisionale dell'operatore artificiale, che agisce in modo indipendente e libero nel determinare come e quando commettere l'azione potenzialmente criminosa.

Dal punto di vista penale, l'approccio che si concentra sul controllo del rischio farebbe derivare la responsabilità da "omissione", nel caso in cui l'agente artificiale causi danni e l'evento avverso poteva essere evitato. In tal caso, il programmatore o l'utilizzatore potrebbero essere ritenuti responsabili per non aver gestito correttamente il sistema di IA e/o per non aver implementato misure preventive adeguate. Invero, la posizione di "garanzia", come il "controllo" su agenti artificiali, non risolve completamente il problema dell'imputazione e ciò anche perché l'utilizzo di sistemi di intelligenze artificiali impegna spesso *team* diversi, rendendo difficile la distribuzione delle responsabilità tra le persone fisiche a qualunque titolo coinvolte. Alla luce di quanto detto, alle persone interessate si potrebbe attribuire una responsabilità penale omissiva soltanto mediante l'attuazione di adeguate misure di progettazione preventive e di monitoraggio successivo delle azioni algoritmiche avanzate. In tali circostanze, il legislatore potrebbe concedere ai sistemi di IA un alto grado di autonomia, ma sempre all'interno di limiti controllabili dall'uomo.

Volendo osare un approccio più azzardato, ci si potrebbe spingere fino ad immaginare un sistema flessibile, che sia in grado di adattare rapidamente i principi o la normativa di settore alle repentine evoluzioni dell'IA nei mercati finanziari, con una logica che richiami (almeno su base concettuale) quella di uno "*smart contract*": si parlerebbe, in tal caso, di "*smart law*". Ovviamente, il tutto dovrebbe avvenire nell'ambito di limiti definiti a monte, in modo il più possibile dinamico, da un legislatore sempre più "*smart*". I presupposti ci sarebbero tutti^[44].

8. Conclusioni

Il complesso panorama dell'intelligenza artificiale nei mercati finanziari richiede

un approccio bilanciato e proattivo. La distinzione tra IA deboli e forti evidenzia la necessità di adeguare le norme alla crescente autonomia degli algoritmi.

Una possibile strategia normativa potrebbe consistere nello spostare il *focus* dalla definizione di regole specifiche – che rischierebbero di divenire subito obsolete – allo stabilire principi cui ispirarsi nella regolamentazione dell’IA^[65]. Potrebbero, ad esempio, essere imposti obblighi o restrizioni ai creatori e/o agli utilizzatori degli algoritmi per prevenire dinamiche illecite e dannose.

In tale contesto, la sfida principale rimane riuscire a bilanciare lo sviluppo tecnologico con la sicurezza dei mercati finanziari.

L’utilizzo ponderato dell’attribuzione della responsabilità agli esseri umani, della socializzazione dei danni e di soluzioni pionieristiche, come il riconoscimento della personalità giuridica ai sistemi di IA forti o l’approccio “*smart law*”, consentirebbero agli operatori del diritto di affrontare in maniera più oculata gli illeciti nella nuova dimensione del *capital market*.

1. F. Consulich, M. Maugeri, C. Milia, T.N. Poli, G. Trovatore, *AI e abusi di mercato: le leggi della robotica si applicano alle operazioni finanziarie?*, in *Quaderni giuridici CONSOB*, 29, 2023.
2. L’arbitraggio è l’atto di acquistare e vendere contemporaneamente *asset* simili su mercati diversi al fine di sfruttare differenze di prezzo. I *trader* che praticano l’arbitraggio cercano di acquistare un *asset* a un prezzo più basso e poi venderlo a un prezzo più alto su un altro mercato, generando un profitto. L’arbitraggio statistico deriva da un insieme di strategie di investimento algoritmiche basate su dati statistici. Questa tattica mira a trarre vantaggio dai movimenti relativi dei prezzi su molti mercati diversi. L’obiettivo principale è generare profitti di *trading* superiori a quelli tipici per investitori di grandi dimensioni. L’arbitraggio statistico non è adatto al *trading* ad alta frequenza, ma piuttosto al *trading* con una velocità media, con periodi di durata variabile, da poche ore a diversi giorni. Nell’arbitraggio statistico, un *trader* apre simultaneamente posizioni lunghe e corte per sfruttare le inefficienze nei prezzi di *asset* correlati. Ad esempio, se un *trader* ritiene che il prezzo di X sia sovrastimato e quello di Y sia sottostimato, aprirà una posizione lunga su X e contemporaneamente una posizione corta su Y. Questa strategia è spesso chiamata “*pairs trading*” o *trading* in coppia. L’arbitraggio di latenza sfrutta le piccole differenze di tempo nella trasmissione delle informazioni tra fonti o luoghi diversi. Gli algoritmi “HFT” (“*High-Frequency Trading*”) specializzati monitorano le discrepanze tra i flussi di dati provenienti da diverse borse. Se individuano una discrepanza, possono eseguire ordini per trarre vantaggio da questa differenza temporale.
3. Sul punto cfr. E. Mostacci, *L’intelligenza artificiale in ambito economico e finanziario*, in *dpconline.it*, 1, 2022, pp. 361 ss.

4. Con il termine “*front running*” si indica una pratica illegale che sfrutta l’asimmetria informativa di chi emette l’ordine di compravendita di uno strumento finanziario. Gli HFT, sfruttando in anteprima la conoscenza dell’ordinativo effettuato (magari di importo elevato) inciderebbero sul prezzo dello strumento interessato e, immediatamente prima di lanciare l’ordine sul mercato acquisterebbero, a titolo “personale”, il prodotto finanziario (se trattasi di ordinativo di acquisto) o lo venderebbero (se trattasi di ordinativo di vendita). Così l’operatore trarrebbe profitto dall’aumento del prezzo del titolo (acquisto) o eviterebbe di avere perdite per la riduzione del medesimo (vendita).
5. Il termine “*Big Data*” si riferisce a insiemi di dati di dimensioni molto grandi e complessi, che superano la capacità di gestione e analisi dei tradizionali *software* e strumenti di database. Questi dati sono caratterizzati da tre principali dimensioni: volume (la quantità di dati), varietà (la diversità dei tipi di dati) e velocità (la velocità con cui i dati vengono generati e devono essere processati). Gli approcci tradizionali di gestione e analisi dei dati spesso non sono sufficienti per trattare con successo le sfide presentate dai *Big Data*; quindi, sono necessarie nuove tecnologie e metodologie per estrarre informazioni significative da tali masse di dati.
6. “*Alternative Data*” (dati alternativi) è un termine che si riferisce a tipi di dati non tradizionali o non convenzionali, utilizzati per prendere decisioni finanziarie o aziendali. Questi dati vanno oltre le fonti di dati *standard* come i dati finanziari pubblici o i *report* aziendali. Gli *alternative data* possono includere una vasta gamma di informazioni provenienti da fonti come *social media*, tracciamenti di posizione, dati di sensori, dati di transazione e altre fonti non tradizionali. Questi dati possono fornire nuove prospettive e *insight* che vanno oltre ciò che è disponibile attraverso le fonti di dati convenzionali, contribuendo a migliorare le analisi e le decisioni.
7. Tuttavia, è importante rispettare le regole generali e le tempistiche appropriate per la diffusione di tali informazioni, come richiesto dal Regolamento 2014/596/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione. Ad esempio, il regolamento richiede che tali studi indichino la data e l’ora di prima diffusione alla clientela, garantendo così l’equità nelle operazioni e nella comunicazione delle informazioni.
8. Il “*market making*” è una strategia di *trading* in cui un *trader* agisce come intermediario facilitando il mercato, offrendo costantemente prezzi di acquisto e vendita per un determinato strumento finanziario, come azioni, opzioni o obbligazioni. L’obiettivo principale del *market maker* è mantenere liquidità nel mercato, riducendo così il divario tra i prezzi di offerta e domanda e contribuendo alla stabilità del mercato. I *market maker* guadagnano dalla differenza tra il prezzo di acquisto e il prezzo di vendita.
9. Il “*delta hedging*” è una tecnica di gestione del rischio utilizzata principalmente nel *trading* di opzioni. Si basa sul concetto di “delta”, che rappresenta il tasso di cambio tra il prezzo di un’opzione e il prezzo dell’attività sottostante. Nel caso di un portafoglio proprietario, un

trader che detiene sia opzioni che l'attività sottostante, può utilizzare il *delta hedging* per bilanciare il rischio. Acquistando o vendendo l'attività sottostante in base alla variazione del delta, il *trader* cerca di neutralizzare l'effetto delle fluttuazioni dei prezzi delle opzioni e dell'attività stessa, riducendo il rischio complessivo del portafoglio.

10. Il “*trading direzionale*” è una strategia di *trading* in cui il *trader* cerca di trarre profitto dalla previsione del movimento futuro dei prezzi di un *asset* o di un mercato. Questo approccio prevede di aprire posizioni *long* (acquisto) se si prevede un aumento dei prezzi o posizioni *short* (vendita) se si prevede una diminuzione dei prezzi. Il *trading* direzionale è basato sull'analisi fondamentale e tecnica, nonché sulla valutazione di fattori economici, notizie di mercato e tendenze globali che possono influenzare i prezzi degli *asset*. Questa strategia comporta una maggiore esposizione al rischio di mercato, poiché le decisioni sono legate alla previsione dei movimenti dei prezzi.
11. Le “reti neurali” sono modelli computazionali ispirati al funzionamento del cervello umano. Sono composti da strati di unità interconnesse, chiamate neuroni artificiali, che elaborano *input* e generano *output*. Ogni connessione tra neuroni ha un peso associato che modifica l'influenza di un neurone sull'altro. Le reti neurali sono utilizzate in una vasta gamma di applicazioni, come riconoscimento di *pattern*, analisi dei dati, previsioni e molto altro. Possono apprendere dai dati attraverso il processo di adattamento dei pesi delle connessioni, permettendo loro di riconoscere schemi complessi e fare previsioni. Con riferimento alla difficoltà dei sistemi di IA di assicurare lo stesso *standard* qualitativo di ragionamento della mente umana, cfr. E. Battelli, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 3, 2022, p. 1099.
12. Il “*deep reinforcement learning*” (apprendimento profondo con rinforzo) è una sotto disciplina dell'apprendimento automatico (*machine learning*) in cui le reti neurali profonde vengono utilizzate per imparare a prendere decisioni ottimali attraverso l'interazione con un ambiente di riferimento. In questo contesto, l'ambiente fornisce *feedback* sotto forma di ricompense o punizioni in base alle azioni intraprese dall'agente di apprendimento. L'obiettivo è far sì che l'agente scopra strategie che massimizzino le ricompense nel tempo. Per approfondimenti su: “*machine learning*”, “*supervised learning*”, “*reinforcement learning*”, “*unsupervised learning*”, “*deep learning*” e altre classificazioni dei sistemi di IA, cfr. N. Abriani, G. Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 21 ss.
13. Il “*trash & cash*” è una prassi manipolativa in cui vengono diffuse informazioni negative false (*trash*) su un prodotto finanziario per abbassarne il prezzo, seguito dall'acquisto (*cash*) a prezzi bassi. Una volta dissipate le informazioni negative, il prezzo può risalire, generando profitti illeciti.
14. Cfr. M. Cupella, *I mercati finanziari a confronto con nuove tecnologie e Social Media: le prospettive penalistiche dell'Affaire GameStop*, in *Bocconi Legal Papers*, 16, 2021, pp. 145 ss.
15. Una delle pratiche più ricorrenti nel *trading* ad alta frequenza è il “*trading on news*”, che sfrutta il costante flusso informativo dai servizi di notizie finanziarie. L'HFT associa

strategie di *trading* a gruppi specifici di parole che sono statisticamente correlate a determinati flussi delle negoziazioni, sia positivi che negativi. Queste strategie si basano sulla risonanza delle notizie, misurata ad esempio dal numero di volte in cui una notizia viene menzionata nei sistemi informativi in rete.

16. In assenza di fenomeni manipolativi, il processo di formazione dei prezzi si ripete iterativamente, portando gradualmente alla convergenza verso il *fair value*. Quest'ultimo rappresenta il valore in linea con le caratteristiche fondamentali dello strumento finanziario sottostante e riflette le informazioni pubblicamente disponibili. La cosa però si complica con riferimento a sistemi di IA forti, difficilmente monitorabili e quindi non sempre in grado di mediare il proprio funzionamento con le esigenze evolutive sane delle negoziazioni.
17. Costante deve quindi essere la vigilanza sul rispetto della normativa in materia di *privacy*: Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).
18. Gli Stati membri devono garantire, però, che l'applicazione del sistema di sanzioni penali e amministrative non violi il principio del *ne bis in idem*.
19. Articolo 17, paragrafo 1, del Regolamento UE MAR.
20. I considerando dal n. 5 al n. 9 del Regolamento delegato UE 2016/522 forniscono ulteriori dettagli sulle prassi manipolative e sugli esempi riportati nel regolamento medesimo. Tuttavia, alcune di queste pratiche potrebbero essere considerate legittime, se la persona che compie operazioni o inoltra ordini interpretabili come manipolazione, è in grado di dimostrare che le motivazioni dietro tali azioni sono lecite e che le operazioni o gli ordini sono conformi alle prassi accettate sul mercato in questione.
21. Parere del Comitato economico e sociale europeo su "L'intelligenza artificiale – Le ricadute dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società" (2017/C 288/01).
22. Expert group on liability and new technologies, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, European Commission, 2019.
23. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).
24. Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale (2020/2016(INI)). Cfr. G. Barone, *Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del Parlamento europeo. Considerazioni a margine della Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, in *Cass. pen.*, 3, 2022, pp. 1180 ss.
25. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)). Sul punto cfr. R. Trezza, *Intelligenza artificiale e persona umana: la multiforme natura degli algoritmi e la necessità di un "vaglio di meritevolezza" per i*

- sistemi intelligenti*, in *ratioiuris.it*, 2022.
26. Proposta 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 del 21 aprile 2021 COM (2021) 206 *final*. Sul punto Cfr. F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. Un. eur.*, 3-4, 2021, pp. 453 ss.
 27. Con riferimento alla dottrina che propende per regole dettagliate basate sul principio di precauzione Cfr. T.E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 1, 2022, p. 12.
 28. La Proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale del 21 aprile 2021 *cit.*, parte dal presupposto delle normali regole di attribuzione della responsabilità all'essere umano, ma cerca di evitarne il più possibile l'applicazione. La prevenzione del danno dovrebbe quindi essere garantita attraverso l'implementazione di obblighi di supervisione (il cosiddetto "*duty of human oversight*"), richiedendo che i sistemi intelligenti siano progettati e sviluppati in modo da poter essere monitorati dall'essere umano, in un processo di controllo continuo.
 29. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) del 28 settembre 2022, COM(2022) 496 *final*. Sul punto cfr. G. Proietti, *Sistemi di Intelligenza Artificiale e Responsabilità: la proposta di AI Liability Directive*, in *dirittobancario.it*, 2022. Per argomentazioni speculari, cfr. E. Bocchini, *Contro la "soggettivizzazione" dell'intelligenza artificiale*, in *Il Nuovo Dir. Soc.*, 2, 2023, pp. 195 ss.
 30. Con riferimento alla responsabilità civile scaturente dai danni prodotti dai sistemi di IA, cfr. C. Leanza, *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel Terzo Millennio*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2021, pp. 1011 ss.
 31. D.lgs. n. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 – TUF), aggiornato con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 29/2023, in vigore dal 7 aprile 2023 e dai d.lgs. nn. 30 e 31 del 2023, in vigore dall'8 aprile 2023.
 32. Il 1° febbraio 2022 è entrata in vigore la l. n. 238/2021 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – legge europea 2019-2020), che ha modificato la disciplina degli abusi di mercato. Nel dettaglio, l'art. 26 della legge europea 2019-2020 è intervenuta direttamente sulle disposizioni sanzionatorie previste dal d.lgs. n. 58/1998; il TUF Tra le principali novità della Legge Europea abbiamo: l'inasprimento delle pene per l'*insider* primario; l'introduzione esplicita della punibilità anche dell'*insider* secondario; la limitazione dell'applicabilità della confisca obbligatoria *ex art.* 187 TUF al solo profitto derivante dal reato.
 33. Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, Ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*. In relazione all'illecito amministrativo, cfr. E. Amati, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato e le persistenti criticità del doppio binario sanzionatorio*, in

CERIDAP

- Giur. comm.*, 2, 2021, pp. 263 ss.
34. Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, Ricorso n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.
 35. La Corte giust., sentenza 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA c. Consob*, ECLI:EU:C:2018:193, e Corte giust., sentenza 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma c. Consob*, ECLI:EU:C:2018:192, qualifica le sanzioni sostanzialmente penali alla luce della natura dell'illecito e della gravità della sanzione.
 36. Corte cost., sentenza 21 marzo 2019, n. 63; Corte cost., ordinanza 10 maggio 2019, n. 117.
 37. Corte giust., sentenza 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; Corte giust., sentenza 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri*, cit.; Corte giust., sentenza 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma c. Consob*, cit.
 38. Cass. pen., 15 aprile 2019, n. 3999.
 39. Gli *Execution throttles* sono delle limitazioni o restrizioni applicate alla frequenza o alla velocità con cui determinate azioni o processi possono essere eseguiti. Essi vengono spesso imposti per evitare usi eccessivi e comunque inopportuni degli algoritmi finanziari con effetti dannosi.
 40. L'*order stuffing* è una pratica con cui viene immesso sul mercato un enorme numero di ordini, poi subito rimosso prima dell'esecuzione.
 41. *FINRA Rules, Rule 6190; NMS Plan to Address Extraordinary Market Volatility* (modificato dall'*Approval Order* della SEC, *Exchange Act Release No.77679*) 11 (2016).
 42. La US SEC è un'agenzia governativa statunitense responsabile della regolamentazione e supervisione dei mercati finanziari, delle società di investimento e delle imprese pubbliche negli Stati Uniti. La SEC svolge un ruolo importante nel garantire la trasparenza, l'equità e l'integrità nei mercati finanziari e proteggere gli investitori da pratiche fraudolente e manipolative.
 43. La *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA) è stata costituita nel luglio 2007. Essa è nata dalla fusione della *National Association of Securities Dealers* (NASD) e della divisione di regolamentazione del *New York Stock Exchange* (NYSE).
 44. Banca d'Italia, Università Cattolica del Sacro Cuore, Università Roma Tre, *Caratteristiche degli smart contract - Draft v.1.0 – giugno 2023*.
 45. Sul punto cfr. R. Sadaf, O. Mccullagh, C. Grey, E. King, B. Sheehan, M. Cunneen, *Algorithmic Trading, High-frequency Trading: Implications for MiFID II and Market Abuse Regulation (MAR) in the EU*, in *www.srn.com*, 2021.

The impact of the AI Act on public authorities and on administrative procedures

Oriol Mir Puigpelat

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-6

Il contributo riassume i principali emendamenti adottati dal Parlamento europeo, durante la sua prima lettura della proposta di Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale (AI Act). Più in particolare, si analizza l'impatto di questa nuova normativa sulla decisione amministrativa automatizzata e si esamina l'autonomia concessa agli Stati membri, nel recepire tali disposizioni all'interno delle rispettive normative nazionali sul procedimento amministrativo. La tesi esposta nel contributo considera l'AI Act un atto normativo necessario e che, se adottato con alcuni degli emendamenti proposti dal Parlamento europeo, potrà regolare adeguatamente lo sviluppo e l'uso di sistemi di AI da parte delle autorità pubbliche europee, definendo così un elevato standard normativo, che potrà essere rafforzato dai legislatori nazionali.

This contribution summarises the main amendments adopted by the European Parliament during its first reading of the EU's Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence (AI Act). It outlines the impact of this Act, if adopted with such amendments, on automated administrative decision-making ("adm-ADM"), and examines the margin Member States will have to supplement such provisions in their respective national administrative procedure acts. It concludes that the AI Act is a necessary piece of legislation and that, if adopted with some of the Parliament's amendments, it will adequately regulate the development and use of AI systems by European public authorities, setting a high regulatory standard that can be reinforced by national legislators.

Summary: 1. Introduction.- 2. The AI Act and adm-ADM after the European Parliament's amendments.- 2.1. The key aspects of the AI Act and its application to public authorities.- 2.2. The amendments adopted by the European Parliament.-

2.3. The amendments of the European Parliament having direct impact on adm-ADM and on administrative procedures.- 3. The Administrative Procedure Acts after the AI Act.- 4. Conclusion.

1. Introduction^[1]

The Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence (AI Act) presented by the European Commission in April 2021^[2] and currently in its final processing phase, after the amendments of the Council^[3] and the European Parliament (EP)^[4], is generating high expectations and heated debates around the world. It is expected to be approved before the EP elections in June 2024, following the ongoing trilateral negotiations (trilogues) between these institutions. Spain, currently holding the six-month presidency of the Council and committed to advancing the AI Act's adoption during its tenure, has already passed regulations governing the agency that will be designated as the national supervisory authority when the AI Act enters into force^[5].

This contribution first outlines the major impact that the AI Act, if adopted, will have on automated decision-making by public authorities across Europe (hereinafter administrative ADM or "adm-ADM"), especially if it includes some of the amendments adopted by the EP (para. 2). The second part examines the margin Member States will have to supplement the provisions of the AI Act in their national administrative procedure acts (para. 3). It concludes by underlining the importance of the adoption of the AI Act with some of the EP's amendments in order to have an adequate regulatory framework for the development and use of AI systems by European public authorities (para. 4).

2. The AI Act and adm-ADM after the European Parliament's amendments

2.1. The key aspects of the AI Act and its application to public authorities

The AI Act, based on Article 114 of the TFEU (approximation of laws to achieve

the internal market) and aimed at guaranteeing the free movement of AI systems, applies equally to public and private actors that develop such systems («*providers*») or that use them for professional purposes («*users*» or «*deployers*» according to the new wording of the EP). Public authorities will usually be considered “users”, but they will be “providers” when they develop their own AI systems in-house or purchase tailor-made AI systems.

With an approach typical of product safety legislation, the Commission’s Proposal bans certain AI systems (Art. 5) and, above all, imposes numerous obligations on providers (and, to a lesser extent, users) of the high-risk systems listed in its Annexes II and III. Annex II refers to AI systems which are safety components of certain products already covered by EU law, e.g. machines, toys, medical devices, vehicles and aircraft, while Annex III contains a list of what are known as stand-alone AI systems, which are not linked to other products and which relate to certain use cases that are considered to be particularly dangerous. Many of these high-risk use cases of Annex III concern public authorities, such as those related to the management of critical infrastructure, access to educational and vocational training institutions, assessment of students, selection, promotion and dismissal of workers, access to public services and public benefits, or the different use cases related to law enforcement and the management of migration, asylum and border control.

Such high-risk systems must be subject to a conformity assessment before being placed on the market, which (in almost all Annex III use cases) should normally be carried out by the provider itself and not by third parties. They must also be registered in a centralised and publicly accessible database to be managed by the Commission (Art. 60). As is generally the case in product safety legislation, such high-risk systems will be presumed to comply with the obligations of the AI Act when they conform to the technical standards to be developed by the European standardisation bodies (CEN, CENELEC and ETSI).

Other, non-high-risk AI systems are only subject, in certain specific cases, to the transparency obligations under Art. 52 (e.g. informing individuals when interacting with a chatbot or when an AI system generates deepfakes).

The Commission’s Proposal also provides that the supervision of compliance with all these prohibitions and obligations will be the responsibility of the Member States (through the national supervisory authorities) and, in the case of

Union authorities, of the European Data Protection Supervisor (EDPS). The national supervisory authorities and the EDPS may impose heavy fines in the event of non-compliance, the maximum amount of which is set by the AI Act itself (up to 30 000 000 euros or, if the offender is company, up to 6 % of its total worldwide annual turnover for the preceding financial year, whichever is higher; and up to 500 000 euros in case of EU authorities).

2.2. The amendments adopted by the European Parliament

The EP, in the more than 700 amendments that has adopted, has not altered the key aspects of the AI Act described in the previous section, but has included very important changes that affect public authorities developing and using AI systems. The most important are the following.

1. In Art. 3(1)(1), the EP provides a *new definition of AI* in line with the OECD Recommendation of 2019^[6], based on the autonomy of the system and not on concrete techniques (Annex I enumerating such AI techniques is therefore deleted). According to the new version of recitals 6 and 6a, AI systems will normally, but not necessarily, include machine learning.
2. A new Art. 4a includes a list of *general principles* applicable to the development and use of *all* AI systems and not only to high-risk systems. This is important because most AI systems developed or used by public authorities won't be classified as high-risk. Such principles include among others the principle of «*human agency and oversight*», which requires that AI systems function «*in a way that can be appropriately controlled and overseen by humans*»; the principle of «*transparency*», including «*appropriate traceability and explainability*», and information of «*affected persons about their rights*»; and the principle of «*diversity, non-discrimination and fairness*»^[7].
3. The new version of Art. 5 significantly extends the list of *prohibited AI systems*, many of them potentially used by public authorities, such as real-time remote biometric identification systems in publicly accessible spaces (which are completely banned, without the exceptions foreseen in the

Commission's Proposal; moreover, *post* remote biometric identification systems in publicly accessible spaces are only admitted where they are authorised by a judge); predictive policing AI systems; AI systems that create or expand facial recognition databases through the untargeted scraping of facial images from the internet or CCTV footage (the controversial practice carried out by the company Clearview AI); and AI systems that infer emotions of a natural person in the areas of law enforcement, border management, in workplace and education institutions.

4. Regarding high-risk AI systems, those that are most intensively regulated by the AI Act, the new version of Art. 6 adds an “*extra layer*” to the classification as high-risk. This means that AI systems related to the areas and use cases listed in Annex III (the aforementioned stand-alone AI systems) shall only be considered as high-risk «*if they pose a significant risk of harm to the health, safety or fundamental rights of natural persons*»^[8]. The new Art. 6(2) allows providers who consider that their AI system does not pose such a significant risk to submit a brief reasoned notification (one page suffices according to recital 32a) to the national supervisory authority and to place it on the market without having to comply with the obligations of the AI Act if they do not receive objections from the national supervisory authority within three months. This “*extra layer*” was first introduced by the Council and has been criticised by many NGOs^[9]. Note that this “*exemption*” may be asked for only by providers, not by users/deployers of AI systems.
5. At the same time, regarding *Annex III*, the EP has added some new high-risk use cases, empowers the European Commission not only to add, but also to change and to delete some of the use cases through delegated acts, and expressly includes not only AI systems that «*make decisions*», but also those that «*materially influence decisions*»^[10]. This last clarification is important and shows that the AI Act not only covers fully automated decisions, but also the so-called semi-automated decisions and procedures, in which the final decision is adopted by a human on the basis of the output of an automated system. It is also interesting that the last high-risk use case of Annex III (point 8, referred to AI systems used by judges) is

extended to administrative appeals and ADR-mechanisms. Although the wording of Amendment 738 is not very clear, the new recital 40 seems to confirm this and that according to the legislator judicial (and also administrative) remedies must be in any case decided by humans.

6. The EP has also *moderated* some of the substantive requirements imposed on high-risk systems in Arts. 8 ss. by being less categorical. E.g. the new version of Art. 10(3), instead of requiring training datasets to be «*relevant, representative, free of errors and complete*», establishes that they shall be «*relevant, sufficiently representative, appropriately vetted for errors and be as complete as possible in view of the intended purpose*»^[11].
7. Of course, the EP's most widely publicised amendment in the media has been the new Art. 28b on *foundation models*. This provision pretends to address concerns about ChatGPT and other generative AI systems, which did not exist when the Commission's proposal was presented in April 2021. This Article imposes stringent obligations on providers (not users) of such models, even if they are not classified as high risk. This regulation of foundation models is the most questioned aspect of the AI Act in the famous open letter signed last June by 150 relevant European businesses^[12], and which has generated a counter-letter also signed by 150 civil society organisations supporting the AI Act and many of the amendments of the EP^[13]. It is in any case hard to imagine public authorities developing such complex models and therefore being subject to these obligations.
8. Other important amendments adopted by the EP are the requirement for national supervisory authorities to be *fully independent* (which increases the credibility of the control of compliance with the AI Act by other national authorities), the significant strengthening of the institutional position and powers of the European AI Board, by making it a fully-fledged independent agency ("*European AI Office*"), or the increase of the *amounts of the fines* that the EDPS can impose on EU authorities in case of non-compliance with the AI Act (up to 1.5 million euros).

2.3. The amendments of the European Parliament having

direct impact on adm-ADM and on administrative procedures

Separate mention should be made of a number of amendments adopted by the EP which have a direct impact on automated decision-making by public authorities and the administrative procedures they must follow in order to take binding single-case decisions.

The EP, following the suggestions of several NGOs^[14] and the EDPS/European Data Protection Board^[15], has included some obligations directly addressed to protect *natural* persons affected by the use of high-risk AI systems. This is an important change, because the Commission's Proposal only referred to providers and users of AI systems, and not to *affected persons*, who are now defined in Art. 3(1)(8a) as «*any natural person or group of persons who are subject to or otherwise affected by an AI system*».

In a paper drafted before the EP's amendments I suggested to include some of these obligations (in particular, the duty to inform the affected parties and the public, as well as the duty to conduct impact assessments before and after automating administrative decision-making) in a new specific Title of the AI Act on the use of AI systems by the EU administration, which could be based on the legal basis of Art. 298 TFEU^[16]. The EP has chosen to extend them to all types of public and private users (deployers) of AI systems, as will be seen next.

1. The first important measure is the *obligation* of all (private and public) users/deployers to *inform affected persons* that they are subject to the use of a high-risk system of Annex III. According to the new paragraph 6a of Art. 29, this obligation exists not only where the decision is fully automated, but also where the AI system is used to assist a human in making the decision. This Article also specifies that this information shall include the intended purpose and the type of decisions the AI system makes. It also obliges to inform the affected person about the right to request an explanation, which will be referred to below.
2. This obligation to inform the concrete affected person is supplemented by the new *obligation* of (only) public authorities (and private undertakings designated as gatekeepers under the Digital Services Act

–DSA–^[17]) to *register* their *use of high-risk AI systems* in the aforementioned *EU database* of high-risk systems envisaged in Art. 60 (new Art. 51(1a)). This is an important transparency obligation for public authorities that will allow control of administrative high-risk systems by public watchdogs and that goes beyond the concrete administrative procedures that must be followed to adopt single-case decisions. As has been seen, according to the Commission’s Proposal only providers were obliged to register AI systems in this database.

3. A second important measure to protect affected persons is the new *right to an explanation* envisaged in Art. 68c. According to this new provision, deployers (in our case public authorities) that use high-risk AI systems to adopt decisions with legal effects or that adversely affect a natural person must give a clear and meaningful explanation to this affected person when he or she requires it. What has to be explained is the role of the AI system in the decision-making procedure, the main parameters of the decision taken and the related input data. This explanation must only be given on request of the affected person and may be excluded, in justified cases, by Union or Member State law.
4. A third relevant measure included by the EP to protect affected parties is the right they have to *lodge a complaint* with the national supervisory authority if they consider that the AI systems relating to them infringe the AI Act (new Art. 68a). This complaint is without prejudice to any other administrative or judicial remedy that may exist.
5. Last but not least, the EP has also introduced in the new Art. 29a the widely demanded^[18] obligation for users of high-risk systems to carry out a *fundamental rights impact assessment* (FRIA) prior to their first use. Such impact assessment must take into account the specific context of use of the AI system and includes the duty to make wide consultations to the national supervisory authority and relevant stakeholders, who shall have six weeks to submit comments. Public authorities (and gatekeepers according to the DSA) must publish a summary of this impact assessment when they register the use of the AI system in the aforementioned EU database of high-risk systems of Art. 60. If a data protection impact assessment must also be carried out, it can be included as an addendum to

this FRIA.

It is important to underline that according to the version of Art. 83(2) amended by the EP, all these requirements and those mentioned in the previous sections will not only be applicable to *new* high-risk AI systems *used by public authorities*, but also to those that have been put into service *before* the approval of the AI Act. Art. 83(2) gives providers and deployers of such AI systems two years after the entry into force of the AI Act (which will take place twenty days after its publication) to comply with them. This period is extended to four years in case of the EU large-scale IT systems listed in Annex IX. According to the Commission's Proposal, pre-existing AI systems used by public authorities only had to comply with it if they were subject to significant changes, which is still the case for AI systems used by private parties.

3. The Administrative Procedure Acts after the AI Act

It follows from what has been seen that the AI Act (especially if it ends up including the EP's amendments) will have a *major impact* on EU and Member State public authorities when using or developing AI systems. It will prohibit some AI systems that many public authorities would want to use. It will impose numerous substantive and procedural obligations on them when developing or using high-risk systems, including obligations to conduct a prior impact assessment with extensive consultation before using the system, to register the use of the system in a European database, and to inform and provide a detailed explanation to natural persons affected by decisions based on such systems. The AI act will also impose certain transparency obligations on them when using other non-high-risk AI systems listed in Art. 52 (such as chatbots), and compliance, whenever they use any AI system, with the general principles mentioned before. Compliance with all these prohibitions and obligations will be supervised by independent national supervisory authorities and, in the case of EU authorities, by the EDPS, who may impose heavy fines on them.

On the other hand, the broad concept of provider used in the AI Act prevents public authorities from circumventing the obligations of this act when commissioning *external contractors* to develop tailor-made AI systems.

All these requirements go far beyond *Art. 22 GDPR*^[19], which is still applicable,

and which only refers to fully automated decisions, not those taken by humans on the basis of automated systems, and to decisions based on the processing of personal data, and not those based on big data (as is usually the case with AI machine learning systems). On the other hand, Art. 22 only requires that fully automated decisions taken by public authorities are subject to a specific legal authorisation and to suitable measures to safeguard the rights and freedoms and legitimate interests of the data subject.

The requirements imposed by the AI Act are in my view *perfectly compatible* with the administrative procedure requirements arising from Art. 41 of the Charter of Fundamental Rights of the EU and national Administrative Procedure Acts (APAs)^[29]. In particular, the right to an explanation of how the system works is consistent with the administration's duty to state reasons, which has emerged as a major deterrent to the use of opaque machine-learning algorithms in administrative decision-making. On the other hand, the flexible approach of the AI Act provisions allows them to be complied with both in the framework of fully automated administrative procedures, and in the more usual (and also dangerous) case of semi-automated decisions, taken by a human being but under the determining influence of a computer system.

An important question then arises: what margin will have national legislators to develop the provisions of the AI Act regarding the use of AI systems by their public authorities? In my opinion, the AI Act establishes *minimum guarantees* concerning the use of AI systems by public authorities that cannot be reduced, but which *can be increased* by national legislators.

The free movement of AI systems that meet the requirements of the AI Act does not prevent a national (or even regional) legislator, in its APA, according to different policy options e.g.:

1. To extend the requirements imposed by the AI Act on high-risk systems to other types of systems used by public authorities that do not merit such a classification according to Annex III, establishing e.g. the obligation to carry out a simplified impact assessment or to register them in a local or national database.
2. To extend to *legal* persons affected by decisions based on AI systems the safeguards that the AI Act (under the influence of data protection and the

legal basis of Art. 16 TFEU mentioned alongside Art. 114 TFEU in the first citation of the preamble of the AI Act) only provides for natural persons. Natural and legal persons have usually the same procedural rights in their relations with public authorities according to national APAs, and legal persons should also be able to defend themselves adequately when they are subject to a poorly designed or trained AI system used by the administration.

3. To add further requirements to the use of AI systems by public authorities, e.g. that a specific legal basis exists (as required by the German APA for fully automated decisions^[21]), that the final decision must necessarily be taken by a human being (as required in general by the Austrian APA^[22]) or, at least, that a human being must intervene when the person concerned submits arguments in the course of the hearing or lodges an administrative appeal prior to judicial review.
4. Or to prohibit the use of AI systems by public authorities in certain circumstances, e.g. when exercising discretionary powers, as provided by the German APA in relation to fully automated decisions^[23], or by a legislative draft amending the Estonian APA which in case of discretion only allows the use of expert systems previously programmed and not machine learning^[24].
5. National APAs may of course also freely regulate automated systems that are not covered by the AI Act, i.e. those that do not deserve to be qualified as AI, and which are still mostly used by public authorities all over Europe.

All these adaptations could also be taken into account in a *specific APA for the EU administration* such as the one drafted within the ReNEUAL network^[25] and which was also formally demanded by the EP in its Resolutions of 15.1.2013 and 9.6.2016^[26].

These and other policy choices that restrict the use of AI systems and other ADM-systems by public authorities seem perfectly admissible and are not prohibited by the AI Act. Admittedly, recital 1 states (also in the EP's version) that the AI Act «ensures the free movement of AI-based goods and services cross-border, thus preventing Member States from imposing restrictions on the

development, marketing and use of AI systems, unless explicitly authorised by this Regulation». But this does not seem to be aimed at preventing Member States from conditioning the use of AI systems by national public authorities, but rather at preventing them from imposing additional restrictions on the development and use of such systems in the private sector. The free movement of goods and services is conceived for citizens and businesses, not for public authorities, which cannot oppose to their national legislator that a European Regulation entitles them to develop and use a certain software system without additional limitations.

When the debate on the suitability of adopting a European codification of administrative procedure to be observed by all national administrations when implementing Union law has arisen, significant doubts have been raised about EU competence, arguing that this would infringe the so-called institutional and procedural autonomy of the Member States, and it has been considered more prudent to limit such a codification to the procedures of the Union administration, which has the solid legal basis provided by Art. 298 TFEU^[27]. In the same vein, Art. 41 of the Charter only applies directly to the EU administration, even though the CJEU has extended the principle of good administration that emerges from it to national administrations as well. It would not make much sense that, against this background, the EU legislator would and could deprive the Member States of their competence to shape the administrative procedure to be observed by their public authorities by means of a piece of legislation such as the AI Act, which is limited to regulating a certain type of software. If anything, the opposite could be argued: whether the AI Act can actually impose the procedural obligations examined above on the various national administrations.

For the sake of clarity and for the avoidance of doubt, it would be desirable that the AI Act expressly stipulates this possibility for Member States and Union law to increase the guarantees for persons affected by AI systems used by national and Union public authorities, as the new Art. 2(5c) proposed by the EP does in relation to workers. It would make no sense that workers can enjoy more enhanced protection than that provided by the AI Act while citizens and legal persons dealing with public authorities do not.

In any case, considering the high interest most public authorities have in the

rapid development of AI tools, it is very possible that the AI Act ends up being the major regulatory framework and that national APAs don't add additional requirements and limitations.

4. Conclusion

In conclusion, even if the AI Act still needs some fine-tuning in the trilogues, it is a necessary piece of legislation that should be adopted with the EP's amendments indicated in section 2.3. With such amendments, it will adequately regulate the development and use of AI systems by public authorities, establishing a high regulatory standard that can be further developed by the national APAs.

There are high expectations worldwide regarding the approval of this Act. As Europeans, we must not disappoint them and should be able to pass the AI Act in the coming months, before the parliamentary term expires.

1. This paper is the written version, with some changes, of the presentation given at the Conference "The future of European public law under the influence of automated decision-making" held on 14-15 September 2023 at the University of Luxembourg as final conference of the INDIGO research project (PCI2020-112207 / AEI / 10.13039/501100011033).
2. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts of 21 April of 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD).
3. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts - General approach (6 December 2022), ST 15698 2022 INIT.
4. Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2023)0236. A very useful comparative table of the Commission's initial proposal and the amendments adopted by the Council and the Parliament can be found at the bottom of this website: <https://www.kaizenner.eu/post/aiact-part3> (last visited: 24 September 2023).
5. Royal Decree 729/2023 of 22 August, approving the Statute of the Spanish Agency for the Supervision of Artificial Intelligence (Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia

- Artificial).
6. OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449, p. 7.
 7. Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, cit.
 8. *Ivi.*
 9. EDRi et al., *EU Trilogues: The AI Act must protect people's rights*, 12 July 2023, available at <https://edri.org/our-work/civil-society-statement-eu-protect-peoples-rights-in-the-ai-act-rilogue-negotiations/> (last visited: 24 September 2023), p. 4.
 10. Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, cit.
 11. *Ivi.*
 12. Open letter to the representatives of the European Commission, the European Council and the European Parliament: Artificial Intelligence: Europe's chance to rejoin the technological avant-garde, available at <https://www.theverge.com/2023/6/30/23779611/eu-ai-act-open-letter-artificial-intelligence-regulation-renault-siemens> (last visited: 24 September 2023).
 13. EDRi et al., cit.
 14. EDRi et al., cit., p. 2, and the previous documents to which it links.
 15. EDPB-EDPS, Joint Opinion 5/202 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), 18 June 2021.
 16. O. Mir, *Algorithms, Automation and Administrative Procedure at EU Level*, in *University of Luxembourg Law Research Paper No. 2023-08*, 4 September 2023, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4561009> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4561009>, pp. 10-18.
 17. Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).
 18. See e.g. EDRi et al., cit., p. 2 and the Urgent Appeal to approve a solid Fundamental Rights Impact Assessment in the EU Artificial Intelligence Act signed by more than 150 European scholars and circulated on 12 September 2023.
 19. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 concerning the protection of individuals with regard to the processing of personal data, as well as the free circulation of such data and which repeals Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).
 20. On the importance of the classical principles of administrative procedure related to the

fundamental right to good administration and enshrined in many national APAs to protect citizens adequately when faced with adm-ADM (particularly the duty of careful investigation of the case by the administration, the right of the interested parties to be heard, their right of access to the file and the duty of the administration to give reasons for its decisions) see O. Mir, cit., *passim*.

21. § 35a of the German Federal APA (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*). See J.-P. Schneider, F. Enderlein, , *Automated Decision-Making Systems in German Administrative Law*, in *CERIDAP*, 1, 2023, p. 100.
22. § 18(3) of the Austrian APA (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, AVG*). See F. Merli, *Automated Decision-Making Systems in Austrian Administrative Law*, in *CERIDAP*, 1, 2023, pp. 42 ss.
23. § 35a of the German Federal APA. See J.-P. Schneider; F. Enderlein, (n. 17), pp. 100-101.
24. § 7(3)(5) of the Estonian APA according to the Draft Act to Amend Administrative Procedure Act and Other Acts in Relation Thereto (634 SE). See I. Pilving, *Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in Public Administration: the Estonian Perspective*, in *CERIDAP*, 1, 2023, pp. 59 ss., 68 ss.
25. P. Craig, H. Hofmann, J.-P. Schneider, J. Ziller (edited by), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford University Press, 2017. Available online and in different languages at <http://www.reneual.eu> (last visited: 24 September 2023).
26. European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL)); European Parliament resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP)). See more recently European Parliamentary Research Service, Digitalisation and administrative law. European added value assessment, PE 730.350, November 2022.
27. See notes ²¹ and ²²; O. Mir, *Arguments in Favour of a General Codification of the Procedure Applicable to EU Administration*, PE 432.776, March 2011, p. 24.

T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 02 novembre 2023,
n. 1224

Alessia Monica

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-17

Alla luce del giudicato della CGUE (Comune di Ginosa C-348/22), il giudice amministrativo pugliese rileva che le pronunce del Consiglio di Stato Ad. Plen. 17 e 18/2020 risultano contraddette dal giudice europeo quanto alla valutazione della risorsa naturale (sia quanto alla competenza, sia quanto al merito). Dacché, il termine fissato dal governo Draghi al 31 dicembre 2023 (L. 118/2022) quale scadenza prevista per le concessioni demaniali marittime in essere cessa di efficacia per effetto già della L. 14/2023, in quanto norma successiva e di pari grado rispetto alla precedente.

In the light of the judgment of the CJEU, Comune di Ginosa C-348/22, the Apulian administrative judge (TAR Lecce) points out that the judgments of the Council of State Ad. Plen. 17 and 18/2020 are contradicted by the CJEU as regards the assessment of the natural resource (both as regards jurisdiction, and substance). Therefore, the deadline set by Law 118/2022 at 31 December 2023, scheduling the expiring date for existing State-owned maritime concessions, ceases to be effective due to Law 14/2023, as a subsequent and equal provision.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha chiesto l'annullamento della delibera di giunta comunale n. 143 del 17 dicembre 2020, relativa all'approvazione di un atto di indirizzo volto ad attuare la proroga ex lege (L. 148/2018) delle concessioni demaniali con finalità turistiche ricreative fino al dicembre 2023. Essendo al tempo pendente il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza 20 aprile, Comune di Ginosa C-348/2023) operato dallo stesso Tar Lecce (ordinanza 742/2022) sempre a

seguito di una impugnazione di un atto amministrativo da parte di AGCM, è stata disposta la sospensione del giudizio. Successivamente, alla luce del giudicato della CGUE, il collegio leccese ha deciso nel merito la causa.

E' utile ricordare che tale rinvio pregiudiziale era scaturito quale conseguenza del dissidio di orientamenti espressi nelle pronunce amministrative concernenti la materia delle concessioni demaniali marittime: il giudice leccese di primo grado non condivideva, appunto, quanto stabilito dai giudici di secondo grado nella pronuncia del Consiglio di Stato Ad. Plen. (18/2021) riguardo al dovere delle pubbliche amministrazioni di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con l'art.12 della Direttiva servizi (2006/123/CE), in quanto norma direttamente applicabile (con la conseguenza di dover riconoscere l'illegittimità dell'atto amministrativo adottato sulla base della norma nazionale). Tale pronuncia, pluricommentata in dottrina, era seguita all'appello proposto dal Comune di Lecce avverso la sentenza del Tar Lecce (73/2021). In quel caso, il giudice di primo grado si era espresso, infatti, a favore della legittimità della proroga ex lege dei titoli concessori in essere, poiché la Direttiva «non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti», mentre il Comune aveva negato diverse istanze di estensione delle concessioni in essere da parte degli operatori balneari del territorio. La questione era stata, perciò, rimessa all'Adunanza Plenaria, quale giudice della nomofilachia. I giudici di Palazzo Spada, al contrario, hanno affermato la natura self executing della Direttiva servizi, riconoscendo la doverosità, sia per le pubbliche amministrazioni sia per i giudici stessi, della disapplicazione della proroga ex lege 145/2018. Inoltre, ravvisando a priori (A. Monica, Il futuro prossimo delle "concessioni balneari" dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est? CERIDAP 1/2022) la sussistenza dell'interesse transfrontaliero e la scarsità della risorsa naturale -qual è la spiaggia-, hanno fissato al 31 dicembre 2023 la scadenza delle concessioni in essere (prospective overruling), altresì dichiarando nulli e improduttivi di effetti tutti gli eventuali futuri provvedimenti dispositivi di proroga oltre il predetto termine, in quanto atti tamquam non esset.

Nel giudizio de quo oggetto di questa segnalazione, invece, la ricorrente AGCM ha impugnato l'atto del Comune di Castellaneta, deducendo quale motivo di censura: la violazione dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE, nonché la violazione dei principi di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi nel

mercato interno di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Il Tar Lecce, nel decidere nel merito della causa, dichiara però il ricorso improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse: l'atto di proroga disposto nel 2018 è, infatti, caducato e privo di efficacia per effetto della recente normativa sopravvenuta del 2022 (L. 118/2022), ricalcata su quanto disposto dai giudici di Palazzo Spada nella pronuncia Ad. Plen, e superata temporalmente dalla L. 14/2023, ma anche "sostanzialmente" dalla sentenza della CGUE del 20 aprile 2023 (Comune di Ginosa C-348/22). In particolare, il giudice leccese si sofferma sulla risposta fornita dalla Corte, laddove sono stati richiesti chiarimenti interpretativi sulla «valutazione della scarsità della risorsa», per argomentare, di conseguenza, come «le precisazioni innovative contenute nella sentenza della CGUE» siano in linea con la L. 14/2023, la quale «non integra quindi gli estremi di una mera e ingiustificata proroga automatica, vietata dall'art. 12 par.1 e 2 della Direttiva».

Siano, perciò, consentite alcune riflessioni scaturenti proprio dal testo letterale della pronuncia, sia per quanto concerne la valutazione della scarsità della risorsa, sia per quanto attiene l'assenza di qualsiasi riferimento, nelle conclusioni argomentative, all'art. 49 TFUE e ai principi di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi nel mercato interno, evidenziati dall'AGCM ricorrente. Come anticipato, rimettendo la questione alla CGUE, il Tar aveva domandato se fosse compito del giudice nazionale statuire in via «generale ed astratta del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili» (ottavo quesito) riferendosi all'intero territorio nazionale, ovvero, stante la competenza dei comuni ad occuparsi della gestione del demanio e dell'affidamento delle concessioni, tale valutazione non dovesse essere riservata a queste ultime amministrazioni, piuttosto che all'autorità nazionale. Sempre il Tar ricorda poi come, nel giudicato antecedente (Promoimpresa, Cause riunite C-458/14 e C-67/15, p.to 43), i giudici di Lussemburgo avessero già offerto un'indicazione, ritenendo che la valutazione della scarsità delle risorse naturali fosse da effettuarsi a livello comunale. Nel ritornare sul punto, nella sua ultima pronuncia, la CGUE ha evidenziato l'esistenza, in capo gli Stati membri, di «un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione delle risorse naturali» che potrebbe portarli a prediligere una valutazione valida per tutto il

territorio, piuttosto che un approccio caso per caso che valorizzi il territorio locale, o addirittura combinare tali due approcci (Comune di Ginosa, C-348/22, p.to 46) con l'intento di permettere il «rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune» (p.to 47).

Da tale passaggio, il Tar Lecce opera alcune proprie deduzioni: «Appare evidente che la Corte di Giustizia, innovativamente e per la prima volta, abbia individuato la valutazione della scarsità delle risorse naturali disponibili come preliminare accertamento, al cui esito risulta subordinata espressamente l'applicabilità stessa dell'art. 12 parr 1 e 2 della Direttiva», delimitando il ruolo del Giudice nazionale su questo aspetto, attribuendogli solo una funzione di secondo grado, ovvero di controllo. Inoltre, richiamando la necessità di operare una definizione di criteri «obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati», a livello di Autorità centrale, e un approccio caso per caso basato sull'analisi del territorio, la CGUE avrebbe indicato anche a livello "procedimentale" come tale valutazione debba essere effettuata (Tar Lecce questa sentenza, p.to 48). Per tali ragioni, già la sentenza di rinvio pregiudiziale avrebbe contraddetto quanto stabilito dall'Ad. Plen., rendendosi perciò imprescindibile una valutazione della scarsità della risorsa, prima di poter affermare che le concessioni demaniali siano assoggettate all'art. 12 della Direttiva servizi (e all'effetto diretto delle sue disposizioni).

In altre parole, a parere di chi scrive, un tentativo (ulteriore) da parte del giudice leccese di liberare le spiagge dai gioghi della *lex specialis* sulla libera circolazione dei servizi (in virtù della quale sarebbe, invece, utile anche una lettura combinata dell'art. 12 con l'art. 11 sulla «durata di validità dell'autorizzazione»), mettendo un freno all'uniforme applicazione del diritto comunitario. Ecco che, forse, il mancato richiamo, tra i motivi di censura, alla violazione dell'art 49 del TFUE (il quale, invece si applicherebbe, nel caso in cui procedimento di assegnazione dell'autorizzazione non dovesse ricadere nell'ambito dei procedimenti previsti dalla Direttiva servizi) non è del tutto comprensibile. In tal caso, la proroga reiterata sarebbe comunque contraria alle disposizioni del Trattato e ai principi di libera circolazione.

Pur sussistendo, infatti, un ampio margine di discrezionalità in capo allo Stato membro e ai suoi apparati amministrativi, rimane il fatto che la CGUE stessa ha

sottolineato l'irrelevanza del requisito dell' «interesse transfrontaliero certo», in quanto tutte le disposizioni del capo III della Direttiva – non solo l'art. 12!- «devono essere interpretate nel senso che si applicano, in particolare, a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di uno Stato membro» (Comune di Ginosa, C-348/22 p.to 40; X e Visser C-360/15 e C-31/16; Cali Apartments C-724/18 e C-727/18). Perciò, la libera circolazione va garantita a tutti i prestatori anche in una situazione puramente interna.

D'altra parte, la valutazione della scarsità della risorsa naturale, non è asfittica, ma soggetta a molte variabili, a partire dai criteri di partenza che vengono privilegiati, siano essi di carattere economico, territoriale, ultranazionale, quantitativo o qualitativo (cfr., C. Burelli, *Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della "scarsità delle risorse naturali"* ex art. 12, par. 1, della direttiva servizi nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, BLogDUE, 10 settembre 2023). Il giudice amministrativo nazionale sembra, piuttosto, privilegiare la dimensione "ontologica" della scarsità della risorsa (Tar Lazio 616/2021; Tar Catania 504/2021; Tar Toscana 363/2021). Basti altresì pensare, senza pretesa di esaustività, che l'iter di valutazione della scarsità della risorsa naturale in un territorio al confine tra due Stati membri soggia, a maggior ragione, al rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, quali conseguenze del principio di leale cooperazione, il quale limita nella sostanza l'autonomia procedurale (*Deutsche Michkontor*, causa 205/82, p.to 32). Anche perché il valore del rinvio pregiudiziale non va inteso quale focalizzato sul territorio italiano, ma esso vincola anche i giudici nazionali di altri Stati membri, ove sia necessario statuire nel merito di contenziosi relativi all'affidamento delle autorizzazioni, nonché alle amministrazioni nella loro attività di aggiudicazione, costituendo fonte di integrazione del diritto europeo (*Foto- Frost*, causa 314/15, p.to 15).

Sebbene il collegio leccese affermi, dunque, che le concessioni in essere non sono in scadenza al 31 dicembre 2023, l'invocare l'intervento epifanico del legislatore, volto a determinare le modalità di valutazione della sussistenza (o meno) della scarsità della risorsa naturale, appare piuttosto una sorta di paravento per ignorare i continui richiami dell'AGCM (anche attraverso le impugnazioni degli atti amministrativi ex art. 21-bis L. 287/90) al rispetto dei principi di libera circolazione e concorrenza.

CERIDAP

TAR-Puglia-Lecce-2-novembre-2023-1224 [PDF sentenza](#)

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 febbraio
2023, n. 311

Eleonora Vailati

DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-21

L'operatore economico ritiratosi per sua volontà da una procedura di affidamento difetta della legittimazione a ricorrere avverso gli atti della stessa, in quanto portatore di un interesse di mero fatto.

The economic operator who voluntarily withdraws from a public procurement procedure lacks standing against its acts, as it only carries an interest of mere fact.

Il TAR Lombardia – Milano ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso avanzato dall'operatore economico concorrente in una procedura di gara divisa in più lotti, da cui si ritirava previa comunicazione di mancato rinnovo di validità della propria offerta.

La durata della procedura, infatti, ha imposto per due volte alla Stazione Appaltante – dopo l'apertura delle buste amministrative e, poi, a seguito della formulazione della graduatoria provvisoria – di chiedere ai concorrenti di confermare la validità delle offerte dagli stessi presentate.

La ricorrente, che in un primo momento manifestava la volontà di tener ferma la proposta, comunicava in seguito alla S.A. di non rinnovare la validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate con riguardo a tutti i lotti in gara, salvo poi ricorrere avverso gli atti di gara. Tra le censure avanzate con distinti ricorsi, l'erronea determinazione delle basi d'asta – pur non preclusive della partecipazione –, l'eccessiva durata della gara e la mancata valutazione da parte della S.A. rispetto alla non remuneratività di ogni offerta presentata, dato l'aumento dei costi intercorso frattempo. Respinte le domande cautelari, il

giudice ha disposto la riunione dei ricorsi per connessione oggettiva e soggettiva; la ricorrente, infatti, impugnava atti riferibili a differenti lotti della medesima gara, deducendo sostanzialmente identiche censure.

Il T.A.R. ha dunque analizzato distintamente le singole doglianze; la prima, riferita alla illegittimità della predisposizione delle basi d'asta dei lotti, pur non immediatamente escludenti e quindi non impugnabili immediatamente, è stata ritenuta inammissibile per carenza di legittimazione attiva. Il Tribunale ha richiamato la consolidata giurisprudenza amministrativa, secondo cui solo le clausole escludenti devono essere impugnate immediatamente, a differenza di tutte le altre che trovano tutela al termine dello svolgimento della procedura, sostenendo che, ad ogni modo, tali considerazioni non trovano applicazione nei confronti degli operatori non partecipanti, esclusi o che si siano ritirati dalla procedura, parificando dunque la posizione dei soggetti che si trovino in una di queste fattispecie ai fini della legittimazione ad impugnare le clausole di gara, sulla scorta di una recente pronuncia del giudice di secondo grado (Consiglio di Stato, VII, 28 dicembre 2022, n. 11519).

Parimenti sono state valutate carenti la legittimazione attiva e l'interesse ad agire avverso la procedura, relativamente al lotto di cui la ricorrente è risultata prima classificata; il Tribunale ha sostenuto, infatti, che non sussiste un interesse giuridicamente tutelato a ottenere la caducazione del risultato in capo al soggetto aggiudicatario, considerato che la partecipazione alla gara ha come finalità la sua aggiudicazione e che non può quindi essere tutelato il perseguimento di interessi non meritevoli di protezione ed eccentrici rispetto all'interesse legittimo considerato.

Un'ulteriore censura, con cui la ricorrente deduceva l'eccessiva durata della stessa tale da causare un aumento dei prezzi e per cui non era stata prevista una "clausola di revisione dei prezzi" è stata ritenuta in parte infondata e in parte inammissibile. La previsione di cui all'art. 32, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016, infatti, consente già agli operatori economici la cui offerta non sia più valida, in ragione del tempo trascorso tra la sua presentazione e la scadenza del termine di vincolatività, di sciogliersi dall'impegno assunto nei confronti della S.A., laddove la procedura dovesse superare i termini da questa previsti, o, in mancanza, dalla legge. D'altra parte, il T.A.R. ha sottolineato come il richiamato istituto della revisione dei prezzi non trovi applicazione che in sede di esecuzione del contratto,

in qualità di strumento “*a governo delle sopravvenienze contrattuali che, per l'appunto, riguardano la fase di esecuzione del contratto e le alterazioni che possono generarsi nel corso della durata del negozio (...) mentre, nella fase antecedente alla stipula del contratto, l'eventuale insostenibilità dell'offerta si traduce nella possibilità di non sottoscrivere tale accordo*”.

Ancora, inammissibile per carenza di legittimazione è stata ritenuta la censura formulata in tutti i ricorsi, con cui la Società ricorrente asseriva all'insostenibilità delle offerte delle parti controinteressate; essendosi la stessa volontariamente ritirata dalla gara prima della sua conclusione, non le è ammesso contestarne l'esito. La stessa inammissibilità è stata pronunciata avverso il motivo di ricorso con cui la ricorrente lamentava la nomina di un'unica Commissione giudicatrice per tutti i lotti di gara.

La sentenza in commento si conclude con un richiamo alla preclusione del sindacato sulla correttezza della procedura da parte dell'operatore economico che da questa si sia ritirato, non essendo ammessa la verifica della legittimità dell'azione amministrativa in senso oggettivo.

TAR-Lombardia-Milano-Sez.-IV-6-febbraio-2023-n.-311 [PDF sentenza](#)