

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

3 / 2024

LUGLIO - SETTEMBRE

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

Rivista indicizzata nella [Directory of Open Access Journals](#) e in [SCOPUS](#).

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. Gianpaolo Maria Ruotolo, 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, Micaela Lottini, Giulia Mattioli, Alessia Monica, Clara Napolitano, Matteo Palma, Paolo Provenzano, Giulia Re Ferrè, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Leonardo Scuto, Corso Tozzi Martelli

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 Kapodistriana 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 Europei 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 4.00 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*, 2024, 3, p. 35 ss.

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

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

GIACOMO BIASUTTI, <i>Gli accessi speciali: variazioni sul diritto alla conoscenza</i>	1
GHERARDO CARULLO, <i>Dati personali e fini pubblici: dubbi di compatibilità europea del Codice Privacy</i>	37
LORENZO COTINO HUESO, <i>The Council of Europe's Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law</i>	53
RICCARDO NOBILE, <i>Complessità organizzative, tecnica e forme di responsabilità fra mito e realtà</i>	88
VERA PARISIO, <i>Italian administrative Courts, competition and services of general economic interest of local relevance: a general overview</i>	121
AMEDEO SANTOSUOSSO, STEFANO D'ANCONA E EMANUELA FURIOSI, <i>Template di nuova generazione per facilitare il passaggio dai documenti ai dati nel sistema giudiziario italiano</i>	141
JACQUES ZILLER, <i>La doppia legittimità democratica dell'Alta Autorità e della Commissione europea</i>	171

RASSEGNE E COMMENTI

GIULIA GIUSY CUSENZA, <i>Cosa dicono le corti statunitensi sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale?</i>	190
MICHAELA LOTTINI, <i>Tutela del benessere animale ed interessi economici tra diritto nazionale ed eurounitario</i>	227
BENEDETTO MARSILI, <i>Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti: tra democrazia partecipativa, tempo e risultati</i>	248
CARLO PEZZULLO, <i>All'alba di un orientamento del giudice amministrativo sul difetto di interoperabilità?</i>	276

CERIDAP

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

RICCARDO CABAZZI, <i>Corte costituzionale, 4 giugno 2024, n. 98</i>	291
RICCARDO DI STEFANO, <i>Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 11 giugno 2024, n. 5235</i>	295

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

GIACOMO BIASUTTI, Professore Associato di Diritto Amministrativo, nella Università degli Studi di Trieste.

RICCARDO CABAZZI, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico e Istruttore direttivo nel Comune di Castelgomberto.

GHERARDO CARULLO, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano. Avvocato nel foro di Bologna.

LORENZO COTINO HUESO, Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, nell'Università di Valencia.

GIULIA GIUSY CUSENZA, Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo, nell'Università degli Studi di Trento.

STEFANO D'ANCONA, Professore a contratto di diritto dei contratti pubblici nell'Università degli Studi di Milano. Avvocato nel Foro di Milano.

RICCARDO DI STEFANO, Dottorando di Ricerca, Dottorato Intersettoriale per l'Innovazione (Curriculum "Diritto Amministrativo"), nell'Università degli Studi di Milano.

EMANUELA FURIOSI, Assegnista di ricerca presso la Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia, Avvocato nel Foro di Milano. Cofondatrice di bookabook.it.

MICAELA LOTTINI, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tre.

BENEDETTO MARSILI, Dottorando di Ricerca in Diritto Amministrativo,

nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

RICCARDO NOBILE, Segretario Generale del Comune di Pavia. Giornalista pubblicista.

VERA PARISIO, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Brescia. Secrétaire Générale de l'AIDRU.

CARLO PEZZULLO, Dottorando di Ricerca in Diritto Amministrativo, nell'Università di Napoli Federico II.

AMEDEO SANTOSUOSSO, Professore Straordinario a tempo definito, nella Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia.

JACQUES ZILLER, Già Professore ordinario di Diritto dell'Unione Europea nell'Università degli Studi Pavia, già Professore di Diritto Pubblico Comparato e di Diritto dell'Unione Europea all'Istituto universitario europeo di Fiesole, anciennement professeur de Droit Public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Gli accessi speciali: variazioni sul diritto alla conoscenza

Giacomo Biasutti

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-41

Il contributo raccoglie e analizza i diversi esempi di accessi speciali presenti nell'ordinamento con l'obiettivo di individuarne differenze e tratti comuni. La disciplina degli appalti pubblici, quella recata nel Codice di giustizia contabile e quella tributaria vengono quindi esaminate al fine di comprendere se esista una categoria unitaria dell'accesso agli atti o, quantomeno, degli "accessi speciali". L'obiettivo finale è quello di scoprire se le discipline settoriali possano rendere elementi utili per stabilire l'esistenza e la consistenza del "diritto di conoscere".

Special access: variations on the right to know

The purpose of this paper is to highlight the distinctions and common aspects among the many types of access to documents that now exist in the Italian legal system. The legal framework on public procurement, the provisions of the Code of Accounting Justice and Tax Law are therefore examined in order to understand whether it is possible to identify a unitary category of access to documents held by public administration or, at least, of "special accesses". The paper aims to ascertain whether sectoral disciplines can contribute to the establishment and coherence of the "right to know".

Sommario: 1. L'incerto perimetro del "diritto" di accesso.- 2. L'interesse servente alla conoscenza.- 3. Il Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023.- 4. Segue. L'accesso al "fatto" sostanziale.- 5. Il giudizio di responsabilità erariale.- 6. Segue. L'accesso al "fatto" processuale.- 7. Spigolature sull'accesso in materia tributaria: la natura e i limiti alla conoscibilità nel procedimento impositivo.- 8. Elementi di sintesi: diversa natura degli accessi speciali o innumerevoli nature dell'accesso agli atti?- 9. Conclusioni.

1. L'incerto perimetro del "diritto" di accesso

Il tema dell'accesso agli atti amministrativi è oramai da lungo tempo e con viva profondità d'interesse dibattuto nella scienza giuspubblicistica^[1]. L'interesse degli studiosi e dei giudici, per vero, si è in tempi relativamente recenti ancor ravvivato rivolgendo l'attenzione verso il c.d. accesso civico e l'accesso civico generalizzato, nuove forme di controllo democratico dell'azione amministrativa^[2]. L'idea di fondo, ben nota sin dalla l. n. 241/1990, è quella di evolvere l'attività amministrativa in senso partecipativo muovendo da un sistema fondato sul principio di segretezza^[3] per arrivare verso il compiuto invero dei principi di pubblicità prima e trasparenza poi^[4].

Questa marcia verso la trasparenza^[5] subisce però, e qui veniamo all'oggetto precipuo del presente studio, delle alterazioni in alcuni procedimenti amministrativi o con riferimento ad alcune tipologie di provvedimenti. O, per meglio dire, subisce delle alterazioni in ragione degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa.

È questo il caso di quelli che potrebbero essere definiti degli "accessi speciali", ossia alcune discipline particolari riferite al diritto di accesso che si caratterizzano, oltre che per l'applicazione settoriale, per la singolarità della relativa fisionomia procedurale^[6] e processuale. Si tratta per vero di una specialità che invita lo studioso a porre mente alla reale consistenza della posizione giuridica soggettiva sottesa al diritto di accesso stesso^[7].

Le discipline speciali cui ci si riferisce, in particolare, sono quella recata dal "nuovo" Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023)^[8] e quella relativa ai documenti necessari alla difesa del soggetto attinto da invito a dedurre nell'ambito del procedimento giurisdizionale avanti alla Corte dei conti per responsabilità amministrativo contabile (d.lgs. n. 174/2016)^[9]. Entrambe fattispecie sono accumulate, come si anticipava, da una più o meno ampia alterazione della disciplina sostanziale e processuale. Una alterazione a tal punto significativa, come si vedrà, da portare a ridefinire i tradizionali indici utilizzati per perimetrare la situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ostensione documentale ed i relativi strumenti di tutela procedimentale e processuale. A completare il quadro, si accosta poi la disciplina tributaria dello Statuto del contribuente (l. n. 212/2000) recentemente innovata per favorire un ulteriore

apertura alla conoscenza in un ambito tradizionalmente restio a garantire l'ostensione degli atti e la partecipazione al procedimento.

Proprio in ragione di ciò, il presente studio vuole approfondire i profili caratterizzanti di questi accessi speciali per trarre alcuni spunti in ordine alla loro effettiva autonomia concettuale e giuridica rispetto alle tipologie di accesso agli atti oramai definibili come “tradizionali”^[10].

2. L'interesse servente alla conoscenza

Preliminarmente all'approfondimento delle discipline settoriali, occorrono alcune precisazioni generali circa la – controversa – natura dell'accesso per come si configura nel suo assetto “tradizionale”.

Per lungo tempo dottrina e giurisprudenza amministrativa si sono interrogate in ordine alla natura giuridica di ciò che la l. n. 241/1990 definisce “diritto” di accesso^[11]. Pur senza potersi soffermare nel dettaglio circa l'evoluzione delle diverse posizioni susseguitesi nel tempo, è bene precisare anzitutto che laddove l'attività amministrativa si presenta come altamente tecnica e specialistica, così come ove si rinvencono margini anche significativi di discrezionalità nell'esercizio del potere, le ragioni del segreto istruttorio e procedurale sono da tempo venute meno^[12]. Di converso, più si fa conoscibile, più l'azione amministrativa diviene al tempo stesso legittimata nelle proprie scelte^[13] e apprezzabile all'esterno (anche in sede giudiziaria)^[14]. Insomma, se nel diritto di accesso tradizionale l'istituto è una fondamentale fonte di prova che veicola una più piena tutela procedimentale e processuale dell'interesse legittimo^[15], negli accessi civici esso diviene una delle espressioni del diritto di cittadinanza di ogni individuo e della collettività nel suo insieme^[16].

Per queste ragioni, quando si tratta di queste tipologie di accesso agli atti, si ritiene che la posizione sottesa abbia consistenza di interesse di natura strumentale rispetto ad un interesse legittimo principale (o un diritto) che è il vero oggetto di tutela, solo mediatamente protetto attraverso l'ostensione documentale^[17]. Nondimeno, con riferimento specifico all'accesso civico, pare invece trattarsi di una posizione maggiormente connotata di autonomia, poiché non collegata ad un interesse individuale tutelabile^[18]. E questo proprio perché tale tipologia di accesso non è direttamente preordinata all'esercizio di facoltà o diritti

che possono incidere in via immediata sulla sfera giuridico-patrimoniale del relativo titolare^[19].

In questo quadro che pare nel tempo essersi progressivamente consolidato, sebbene con diverse sfaccettature ancora esistenti^[20], si sono inserite recentemente due diverse tipologie di accesso agli atti, che si potrebbero definire “speciali”, in materia di contratti pubblici^[21] e in materia di giudizio di responsabilità amministrativo-contabile^[22]. La specialità delle discipline, se in primo luogo può sembrare derivante dal semplice perimetro applicativo^[23] delle stesse, si disvela in realtà più profondamente legata al regime giuridico degli interessi (pubblici e privati) coinvolti^[24].

3. Il Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023

Il primo corpo di disposizioni che viene in rilievo nell’analisi che ci occupa è quello recato dal d.lgs. n. 36/2023 e, specificamente, dei relativi art. 35 e 36.

Non è una novità che l’accesso agli atti nella materia della contrattualistica pubblica sia disciplinato da disposizioni *ad hoc*^[25]. Nondimeno, tradizionalmente la disciplina di settore aveva due funzioni: la giustificazione del differimento dell’ostensione documentale e l’individuazione puntuale dei motivi (di riservatezza) all’incorrere delle quali era possibile rigettare l’istanza dell’impresa concorrente^[26]. Si trattava, peraltro, di norme ritenute speciali e di stretta interpretazione^[27], che si ponevano in rapporto di complementarità con le disposizioni generali di cui alla l. n. 241/1990. Insomma, non vi era dubbio alcuno circa il fatto che le due discipline si ponessero tra loro in rapporto di genere (l. n. 241/990) a specie (Codice dei contratti pubblici) in ragione della funzionalizzazione della conoscenza alla tutela giurisdizionale a fronte di decisioni sfavorevoli assunte dalla P.A. in sede di procedura di gara^[28].

La prospettiva sembra oggi cambiare andando a leggere il precitato art. 35^[29]. Il primo comma della disposizione fa espresso rinvio alla disciplina ordinaria dell’accesso procedimentale e dell’accesso civico^[30]; il secondo comma stabilisce di contro i casi di differimento conoscitivo, con una elencazione non dissimile a quella in precedenza recata dall’art. 53 del d.lgs. n. 50/2016^[31]; il terzo comma, infine, esclude la possibilità di ostendere la documentazione dalla quale si potrebbero ritrarre segreti commerciali degli offerenti^[32]. Il dipanarsi di queste

previsioni concatenate l'una all'altra, insomma, non reca novità significative rispetto a quanto sino ad oggi noto.

4. Segue. L'accesso al "fatto" sostanziale

Ad essere realmente – e radicalmente – innovativo, di contro, è il compendio di previsioni di carattere procedimentale e processuale di cui al successivo art. 36. Vi si prevede, infatti, anzitutto che nel comunicare l'avvenuta aggiudicazione l'amministrazione debba subitaneamente indicare quali informazioni e documenti ritenga, sulla base delle indicazioni fornite dal partecipante^[33], contenere segreti di natura commerciale non divulgabili. Avverso questa – e solo questa – specifica decisione, il concorrente che voglia contestare la secretazione deve opporre ricorso, con il rito di cui all'art. 116 c.p.a. Si tratta però di un ricorso in materia di accesso *sui generis*, perché il termine ad impugnare è ridotto a soli dieci giorni, entro i quali il gravame deve pure essere depositato^[34] e, ulteriormente, il termine a costituirsi per le parti intimato è, a sua volta, ridotto a dieci giorni dal perfezionarsi nei propri confronti della notifica^[35]. Già a questo passo risulta evidente la specialità del trattamento processuale di questo accesso agli atti: viene infatti da chiedersi quali siano le ragioni di un termine così breve e se queste siano riconnesse alla semplicità della decisione – cosa *prima facie* improbabile – o piuttosto alla natura giuridica della posizione soggettiva azionata o, ancora, alla natura della pronuncia che chiude il giudizio, di carattere accertativo-dichiarativo^[36]. Vi sono poi le interferenze di questo ricorso per l'accesso con l'impugnazione delle evidenze di gara: invero, data la perentorietà del termine, pare potersi dire che in assenza di tempestivo sindacato da parte del concorrente, non potrà essere poi richiesta l'ostensione dei documenti in un successivo momento o, eventualmente, nel corso della causa di merito nell'ambito della quale vengano dedotti vizi circa i provvedimenti della procedura ad evidenza pubblica. Vi è così che la disciplina sull'accesso ai segreti commerciali perimetra in maniera piuttosto evidente tanto il *thema decidendum* quanto il *thema probandum* del successivo ricorso meritale e il concreto diritto di – accesso alla – prova del concorrente^[37]. D'altronde, non pare potersi dubitare che il termine a ricorrere sia perentorio e decadenziale: si tratta di una conseguenza direttamente riconnessa alla qualificazione in termini di interesse legittimo del c.d. diritto di

accesso^[38], che il legislatore ha voluto senz'altro confermato nella disposizione in parola. È invero oltremodo evidente, nel caso dei segreti commerciali, che l'amministrazione spenda potere discrezionale valutativo^[39] nell'affermare la secretabilità o meno di una determinata componente dell'offerta tecnica o, più in generale, delle informazioni delle quali viene a conoscenza in ragione della procedura selettiva.

Questa, quindi, è una prima informazione che effettivamente si può ritrarre dalla disciplina degli appalti pubblici: ivi l'accesso è trattato^[40] – donde ritenuto – un interesse legittimo fortemente comprimibile, *in primis* avendo riguardo alla relativa tutela giurisdizionale^[41]. E, si badi bene, tale compressione di tutela vale sia quando l'amministrazione abbia oscurato documenti dei quali necessita il concorrente vincitore per proporre ricorso, tanto nel caso in cui decida di rendere disponibili atti che invece la parte voleva oscurati, come riprova lo *stand still* sostanziale imposto dal comma 5 dell'art. 36 in esame^[42]. Dunque, è una compressione che, a valle, incide anche sul diritto alla riservatezza e la competitività commerciale del concorrente^[43].

La specialità di questo accesso agli atti viene peraltro confermata dalla ulteriore disciplina processuale che si legge contenuta direttamente nel Codice appalti, laddove si prevede che il ricorso sia chiamato a discussione d'ufficio in camera di consiglio con termini dimezzati rispetto a quelli dell'udienza cautelare di cui all'art. 55 c.p.a.^[44]. La vertenza viene quindi decisa con sentenza in forma semplificata, la cui motivazione può anche limitarsi ad un mero richiamo delle argomentazioni di causa, da depositarsi in ogni caso entro cinque giorni dalla celebrazione dell'udienza. Dell'art. 116 c.p.a., ai sensi del quale il ricorso dovrebbe essere spiccato, insomma, rimane ben poco, o quasi nulla. Anzi, può proprio dirsi che il rito super-speciale di cui al Codice dei contratti pubblici risulti del tutto alternativo rispetto alla disciplina processuale ordinaria recata dal d.lgs. n. 104/2010, dal momento che l'art. 36 in esame si perita pure di estendere l'applicazione delle proprie disposizioni anche ai gradi di impugnazione^[45]. Resta in vita del c.p.a. solamente la possibilità di nomina di un commissario *ad acta*, forse peraltro già implicitamente consentita dalle disposizioni processuali generali, e la natura accertativo/dichiarativa della sentenza. Ma, a ben vedere, la pronuncia nel caso in esame più che accertare il diritto di conoscere, accerta dal punto di vista tecnico la natura di segreto commerciale delle informazioni: è

proprio questo l'oggetto della decisione amministrativa contestata. E, in tal senso, appare allora maggiormente corretto individuare la natura del ricorso come impugnatoria^[46], perché l'espedito processuale è costruito in questo caso al fine di contestare la decisione discrezionale della P.A.

Ulteriormente, ed in chiusura, la norma stabilisce l'autonomia dell'impugnativa rispetto all'esito della gara: la mancata conoscenza dei segreti commerciali non solleva comunque il concorrente dalla tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione, poiché il relativo termine di gravame decorre comunque dalla comunicazione degli esiti della gara^[47]. Resterebbe, allora, ulteriormente da comprendere se e come gli esiti del giudizio sull'accesso possano essere quindi trasfusi all'interno di un processo che giocoforza avviene al buio, poiché attivato con la fisiologica possibilità dell'assenza delle informazioni ritenute strumentali alla difesa^[48].

Insomma, se si è detto che una delle funzioni proprie dell'accesso agli atti ordinario, in ambito di tutela giudiziale dei cittadini, è quella di consentire la costruzione del sedime probatorio nel processo sui provvedimenti, è evidente che il giudizio sui segreti commerciali negli appalti pubblici limita fortemente questa capacità di fornire materiale utile al giudice per valutare il fatto amministrativo^[49]. Viepiù, ciò avviene comprimendo la tutela degli interessi finali, comunque potenzialmente attinti dalla decisione amministrativa volta a consentire l'accesso, poiché la relativa tutela passa per questo rito "superspeciale"^[50].

5. Il giudizio di responsabilità erariale

Diverso^[51] istituto che viene all'attenzione quale forma "speciale" di accesso agli atti è l'accesso defensoriale^[52] disciplinato nel Codice del processo contabile, d.lgs. n. 174/2016.

La *sedes materiae* è singolare, poiché si tratta di un testo di diritto processuale, che nulla ha a che vedere con la disciplina di procedimenti amministrativi sostanziali o la tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo. Ulteriore singolarità, la circostanza che le disposizioni sull'accesso agli atti non sono dirette a disciplinare il comportamento dell'amministrazione che ha formato o detiene stabilmente il provvedimento, bensì, come si vedrà, quello di un organo giurisdizionale requirente. E, ancora, la necessità di accesso agli atti non gemma fisiologicamente

dal procedimento presso il quale l'atto del quale si richiede ostensione viene generato o prodotto, ovvero presso un procedimento allo stesso comunque ricollegato, bensì dall'esercizio dello *ius postulandi* della Procura^[53]. Si tratta di singolarità che plasmano la disciplina di diritto positivo.

La prima disposizione che viene in rilievo è l'art. 56 del Codice, che norma i poteri istruttori del Pubblico Ministero, prevedendo in suo favore, tra l'altro, la possibilità di accesso presso gli uffici delle amministrazioni interessate con acquisizione della eventuale documentazione ivi presente^[54]. Questo compendio documentale, poi, concorre a formare il fascicolo istruttorio sulla base del quale la procura istruisce il procedimento spiccando l'invito a dedurre. Invero, l'art. 71 prevede quindi che colui che sia successivamente attinto da invito a dedurre possa accedere al fascicolo così formato prendendo visione ed estraendo copia dei documenti ivi presenti. Le locuzioni utilizzate dal legislatore non sono casuali, poiché in effetti riproducono quelle di diritto sostanziale relative all'accesso agli atti^[55]. Ed il referente non è casuale, ove si ricordi che l'attività istruttoria svolta presso le P.A. può essere delegata dal Procuratore anche a dirigenti delle pubbliche amministrazioni. In questo modo, insomma, si realizza quasi una sorta di "accesso indiretto" a questi documenti.

6. Segue. L'accesso al "fatto" processuale

Qui però arriviamo ad una porzione della disposizione che, anche in questo caso, si allontana molto dal diritto di accesso tradizionale. Il comma terzo dell'art. 71 prevede, infatti, il diritto dell'incolpato ad avere accesso ulteriore a tutti i documenti – non presenti a fascicolo ma – "ritenuti rilevanti" alla difesa. La disposizione segna un distacco notevole dall'accesso difensivo di cui all'art. 24 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, ove si prevede invece che l'accesso sia sempre consentito per fini defensoriali solo ove il documento di cui è chiesta ostensione si ponga in rapporto di stretta necessità. La necessità sembrerebbe avere a riferimento una imprescindibilità in termini di mezzo a fine della conoscenza^[56]; la semplice rilevanza parrebbe, di contro, riferirsi ad un legame di minore intensità^[57]. Ulteriore singolarità del Codice di rito sta poi nella definizione della platea dei legittimati passivi rispetto a questo diritto di accesso esteso. Essi sono infatti individuati nelle pubbliche amministrazioni^[58], negli enti

sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti e nei terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a carico di bilanci pubblici. Se con riguardo alla prima categoria vi può essere analogia rispetto alla disciplina ordinaria dell'accesso agli atti, le altre due sono oltremodo singolari: una è di creazione pretoria^[59], l'altra di creazione amministrativo-contabile, siccome perimetrata al novero degli individui che ricevono sovvenzioni pubbliche. Dal punto di vista attivo, non varia, però, la modalità definitiva della posizione giuridica che l'incolpato avanza rispetto ai documenti la cui conoscenza è ritenuta rilevante al fine della difesa: anche in questo caso la norma la definisce come "diritto" *tout court*^[60].

Ad essere davvero singolare, tanto da costituire un *unicum* nel panorama normativo, è il procedimento da attuarsi nel caso in cui i soggetti che detengono i documenti rifiutino l'ostensione. Dando per presupposta l'istanza di accesso, dapprima, il comma 4 dell'art. 71 del d.lgs. n. 174/2016 prevede la dimidiazione dei termini generali per l'accesso agli atti, dando così ad intendere che ci si troverebbe innanzi ad un accesso procedimentale ordinario, con applicazione *in toto* della l. n. 241/1990 e di cui al d.lgs. n. 33/2013^[61]. Dopodiché, la norma fa salvi i sistemi ordinari di difesa avverso il diniego o il silenzio delle amministrazioni intinate, così lasciando impregiudicata la possibilità di adire il T.A.R. o, se del caso, il difensore civico regionale^[62]. In ultimo, tuttavia, la disposizione concede uno specifico mezzo di tutela all'incolpato, consentendogli di istare presso il procuratore contabile acciocché questi eserciti i poteri di cui agli articoli 58 e 62 del Codice. Ossia, si consente all'incolpato di presentare una richiesta al P.M. di disporre con decreto la trasmissione degli atti ovvero il sequestro di questi ultimi per il tramite degli organi di polizia giudiziaria. Si tratta invero di strumenti particolarmente efficaci poiché, anche in caso di semplice richiesta della procura, si potrebbe configurare, in caso di ulteriore inerzia dell'amministrazione, di reato di cui all'art. 328 c.p.^[63].

Ancora particolare pure il procedimento – tutto interno alla giurisdizione erariale – applicabile al caso in cui il Pubblico Ministero, pur sollecitato, non ritenga di dare seguito all'istanza del privato. La decisione del P.M., anzitutto, pare essere vincolata alla verifica di un primo requisito – negativo – circa la non presenza del documento richiesto all'interno del fascicolo istruttorio. Dopodiché, vi deve essere il vaglio del requisito positivo, costituito invece come visto dalla "rilevanza"

del documento ai fini defensoriali^[64]. Se la Procura non ritiene quindi sussistente uno o entrambi dei requisiti dell'istanza, deve provvedere entro tre giorni a comunicarlo alla Corte, la quale entro cinque giorni si pronuncerà sulla fondatezza della richiesta dell'incolpato. Non è nota la modalità né della decisione^[65], né le eventuali formule con la quale quest'ultima possa essere contestata. È certo però che a pronunciarsi sul "diritto" di accedere ai documenti è in questo caso il giudice erariale, ed al di fuori della sua giurisdizione esclusiva^[66]. Il binario di tutela, peraltro, alla luce del disposto dell'art. 71 d.lgs. n. 174/2016 che fa salvi in ogni caso gli strumenti di tutela ordinari in materia di accesso, si pone potenzialmente in parallelo giurisdizionale con il giudizio amministrativo, con il rischio di *bis in idem*. La velocità della decisione della Corte dei conti, in questo caso però, tendenzialmente scongiura all'atto pratico questa possibilità^[67] quantomeno in una prima fase. Resta, ad ogni modo, l'incertezza sulla tutela dei terzi, che anche ove menzionati nell'atto del quale è richiesta ostensione; dunque, controinteressati^[68] non vedono garantito alcun contraddittorio nella decisione della Corte (o del P.M.), con una evidente alterazione del sistema archetipico delle tutele che bilanciano diritto alla riservatezza e diritto alla conoscenza. A questa alterazione non v'è riparo nemmeno nel successivo svolgimento del processo, posto che il controinteressato sostanziale non ha una posizione processuale nell'alveo del giudizio di responsabilità erariale: egli non è infatti una parte del processo^[69]. Nulla vieta, ben vero, che vi sia un successivo giudizio risarcitorio per una riparazione dei danni provocati dall'intervenuta conoscenza del documento in questa sede. Nondimeno, è ben difficile che si possa ravvedere una illegittimità della mera acquisizione delle informazioni nella sfera conoscitiva dell'incolpato, poiché ciò è avvenuto in ossequio ad un pronunciamento dell'autorità giudiziaria. Tale danno – immediato – pertanto, non potrà avere ristoro alcuno^[70].

Insomma, più si scorrono le disposizioni contenute nel Codice del processo contabile, più ci si avvede della singolarità della disciplina dell'accesso documentale con finalità difensiva nel giudizio di responsabilità erariale. Pare essere in questo caso la finalità dell'accesso a plasmarne la disciplina, dando in definitiva maggiore pregio e consistenza alla posizione dell'incolpato – che vanta due diverse possibilità di tutela, peraltro non coordinate tra loro – onde consentirgli di ottenere i documenti dei quali ha necessità per difendersi. E

questo, pur nella perdurante presenza del principio generale della l. n. 241/1990 che, come noto, impone di garantire *sempre* l'accesso agli atti allorquando questo sia motivato dall'esigenza di proteggere la propria sfera giuridico-patrimoniale – indipendentemente dal tipo di giurisdizione presso la quale detta necessità venga ad emergere.

In definitiva, tuttavia, anche questo accesso è funzionale alla ricostruzione del “fatto” processuale, in maniera non difforme da quanto avviene nel rito super-speciale appalti. È rilevante, però, come avanti al giudice erariale l'ostensione sia favorita attraverso uno sviluppo incrementale delle possibilità di tutela^[71], mentre pare che con riguardo ai pubblici incanti si disveli una tendenza a limitare l'accessibilità sull'altare della necessità di garantire un giudizio spedito^[72].

7. Spigolature sull'accesso in materia tributaria: la natura e i limiti alla conoscibilità nel procedimento impositivo

Un ulteriore tassello può contribuire a delineare il quadro di insieme, ed è costituito dalla disciplina concernente «*la garanzia del contraddittorio e dell'accesso alla documentazione amministrativa tributaria*»^[73]. La rilevante novità della recente riforma dello Statuto del contribuente, invero, è costituita dalla previsione della possibilità di accesso procedimentale preventivo rispetto all'emissione del provvedimento: così si è slegato l'interesse ostensivo alla necessità di difendersi^[74]. In altri termini, l'accesso agli atti viene “sostanzializzato” come diritto partecipativo nel procedimento impositivo, che trova nuova democraticità nella compartecipazione conoscitiva del privato.

Anche in questo caso, però, le disposizioni sull'ostensione documentale deviano significativamente dall'accesso di cui alla l. n. 241/1990 e al d.lgs. n. 33/2013. Invero, il nuovo art. 6-*bis* dello statuto del contribuente, pur riconoscendo l'accessibilità degli atti del fascicolo tributario, esclude la possibilità di contraddittorio ogniqualvolta il procedimento impositivo sia automatizzato^[75]. Appare anzitutto significativo che si limiti il perimetro dell'interesse conoscitivo senza giustificazione alcuna: se l'interesse è strumentale alla tutela di una posizione finale, questa è lesa a prescindere dalla tipologia del procedimento e della discrezionalità applicati. Di contro, la scelta legislativa conferma la distinzione da sempre operata tra accesso difensivo – ossia funzionale alla tutela

in giudizio – e accesso sostanziale, che rimane non sempre garantito. Dunque, si conferma in altre parole che l'accesso agli atti del procedimento tributario non è (sempre) un accesso che vive nel procedimento^[76], come l'interesse legittimo di cui alla l. n. 241/1990, ma varia geometricamente a seconda che la posizione finale tutelata sia il diritto di difesa o meno. La novità sta nel fatto che si è prevista una ulteriore variabile all'assetto, data dall'utilizzo di strumenti decisionali automatizzati: in questi casi, il legislatore opera una presunzione assoluta circa la inutilità di qualsivoglia apporto privato. Il che porta però a domandarsi, dato che l'interesse conoscitivo è in sé sempre lo stesso – *recte* può dirsi strumentale in ogni caso alla tutela avverso il potere – se l'automatizzazione della decisione non modifichi anche a valle la situazione giuridica sostanziale protetta attraverso la conoscenza degli elementi che hanno portato all'assunzione della decisione amministrativa. Ossia se il destinatario dell'imposizione tributaria meccanizzata sia un *quid minus* di chi patisce il potere impositivo in virtù di una decisione umana.

8. Elementi di sintesi: diversa natura degli accessi speciali o innumerevoli nature dell'accesso agli atti?

Più si approfondiscono diverse fattispecie, tutte ricondotte al *nomen iuris* di “diritti di accesso” più emergono vivaci le loro differenze. Differenze che attengono la tutela processuale – in alcuni casi ridotta ma pur sempre da celebrarsi innanzi al plesso giurisdizionale amministrativo, in altri ampliata ma ascritta ad una giurisdizione diversa – ma anche quella stessa operazione di bilanciamento degli interessi che è la discrezionalità propria delle decisioni afferenti l'ostensione documentale^[77]. In tutto ciò, non pare potersi individuare uno schema unitario o una intenzione omogenea del legislatore che abbia radici nei principi generali dell'ordinamento. Invero, se si trova ragione dell'accesso difensivo nella tutela del diritto costituzionale al contraddittorio nei confronti dell'esercizio del potere^[78], non si comprende come mai nel caso del giudizio di responsabilità avanti alla Corte dei conti il diritto di accesso si estenda ai documenti anche solo ritenuti rilevanti mentre nell'alveo del diritto tributario ci si trovi innanzi a limitazioni ulteriori rispetto a quelle generalmente previste, in particolare con riferimento alle procedure automatizzate. In questa seconda

direzione riduttiva per così dire delle tutele, peraltro, pare andare anche la disciplina processuale afferente ai contratti pubblici, ove il d.lgs. n. 36/2023 irregimenta le tutele attraverso passaggi molto stretti.

Questa diversità di discipline riverbera inevitabilmente sulla consistenza della posizione giuridica sottesa all'accesso agli atti. Anzitutto, se si guarda al giudizio di responsabilità erariale ci si avvede che la posizione differenziata del richiedente è *in re ipsa*^[79] e, da qui, deriva l'assenza di necessità di motivazione dell'istanza ostensiva, il cui unico limite è quello piuttosto labile della "rilevanza" dei documenti rispetto alla difesa (o, meglio, alla vicenda di cui è processo)^[80]. In questo caso, non pare venire quindi in gioco alcuna ponderazione di interessi o valutazione di opportunità, bensì un giudizio più prettamente "tecnico" in ordine alla pertinenza delle informazioni contenute nella documentazione rispetto alla *res litigiosa*^[81]. Pertinenza che, a sua volta, altro non è che la rilevanza astratta dell'atto ai fini del giudizio. Sembra, insomma, che in questo caso ci si avvicini molto alla fattispecie delineata dal d.lgs. n. 195/2005 in tema di accesso ai dati ambientali^[82] come a quella dettata dal d.lgs. n. 33/2013 in materia di accesso civico (semplice e generalizzato) laddove non si richiede del pari l'individuazione di una posizione legittimante^[83] ad opera del richiedente. Sebbene con riguardo alla materia ambientale a volte le considerazioni in merito alla natura sostanziale dell'accesso siano più sfumate^[84], si è invece piuttosto concordi nel ritenere che l'accesso civico corrisponda ad una posizione di diritto pubblico indiviso dei cittadini^[85]. Questa qualificazione è diretta conseguenza del fatto che non vi sia necessità di motivazione, individuazione di una posizione legittimante o connessione diretta di interesse con l'atto del quale è richiesta ostensione. L'unica valutazione opponibile è il non contrasto con altre posizioni fondamentali di interesse per lo Stato o i cittadini. Ebbene, nell'accesso difensivo erariale, la valutazione ha lo stesso percorso logico, trattandosi di rilevare l'esistenza di una eventuale condizione escludente piuttosto che delle condizioni positive di esercizio del diritto: a cambiare è il fatto che la condizione escludente non riguarda la sussistenza di un interesse confliggente, bensì di un legame di funzionalità defensoriale del documento^[86]. Si tratta quindi di un elemento – l'assenza di una ponderazione di interessi – che aliena in maniera significativa questa ipotesi di accesso speciale dalle categorie tradizionali ove, seppur con soluzioni alterne nei presupposti e nel risultato, vi si ritrova sempre la

caratteristica del bilanciamento di posizioni confliggenti di interesse^[87].

Si tratta, insomma, di un coacervo di disposizioni che paiono incompatibili con una *reductio ad unum*, ove le specialità reciproche portano di volta in volta a trovare un elemento di alterità delle discipline. E, cionondimeno, si può dire che però tutti gli accessi speciali sono variazioni intorno all'esigenza conoscitiva finalizzata all'esercizio di diritti. Questa pare essere la linea rossa che riconnette le disposizioni. A variare sono gli interessi pubblici contrapposti: speditezza negli appalti, tutela della regolarità erariale, protezione di interessi fondamentali dello Stato e riservatezza sono solo alcuni di questi^[88]. Ciò consente anzitutto di affermare che la funzionalizzazione dell'accesso agli atti, più che al diritto sottostante che si mira a tutelare con la conoscenza, dovrebbe dirsi principalmente ricondotta all'interesse pubblico nel cui alveo si inserisce la domanda del privato (giudizio erariale, procedura di appalto etc.): è quest'ultimo, infatti, che a ben vedere plasma la disciplina, proprio perché il diritto sottostante è mediato nella sua realizzazione dal pubblico potere^[89]. Di qui ne deriva che la posizione finale del privato si apprezza sempre in termini di conciliabilità rispetto agli interessi della collettività^[90].

Quanto detto è vero persino nel caso dell'accesso defensoriale in sede erariale, laddove la possibilità di reperire elementi utili a discarico dell'incolpato si inserisce in un procedimento contezioso attivato *ex officio* per la tutela delle pubbliche finanze^[91]. In questo caso l'accesso è sì più "garantito", ma la tutela giurisdizionale nasce e si esaurisce all'interno del processo nel quale il singolo è incolpato. In questi termini, insomma, si esprime quella funzione di "intermediazione" tra posizione giuridica astratta e suo esercizio che è costituita dall'attività amministrativa di invero di quelli che, quantomeno sulla carta, vengono definiti quali diritti fondamentali^[92]. Anzi, ciò appare in definitiva coerente con l'approdo, oramai piuttosto condiviso, per il quale non può postularsi alcuna incompatibilità tra diritti fondamentale ed esercizio del potere^[93]. È tuttavia singolare che il risultato finale sia la sovversione dei termini di partenza, ove il protagonista non è l'interesse privato, bensì quello pubblico.

9. Conclusioni

Proprio dalla consapevolezza della "capacità modellante" dell'interesse pubblico

nelle diverse discipline dell'accesso agli atti si può partire a trarre le conclusioni del discorso. Sebbene ogni disciplina delle attività attinte dal pubblico potere disveli inevitabilmente l'influenza del potere stesso verso la sfera giuridica del privato, nel caso degli accessi speciali la ragione – pubblica – della specialità diviene cartina tornasole per proporre valutazioni in ordine alla disciplina ordinaria. Secondo un ragionamento che può apparire per certi versi controintuitivo, insomma, è dalle *species* che si può ritrarre qualche conclusione per il *genus*.

Secondo una teorica autorevole quanto oramai risalente^[94], ogni libertà o diritto fondamentale può essere in definitiva declinato «*in molteplici situazioni giuridiche soggettive*»^[95].

In altri termini, da un singolo nucleo fondamentale promanano diverse posizioni giuridiche attive, che sono alternativamente richieste di prestazioni o pretese di non ingerenza *ab externo*. Già solo per questo, la risposta al quesito circa l'effettiva esistenza di una unitarietà di fondo nelle diverse tipologie di accesso agli atti che si basi sulla posizione sostanziale tutelata potrebbe essere risolta in maniera relativistica affermando che la consistenza giuridica soggettiva del “diritto alla conoscenza” dipenda in realtà dal punto prospettico dell'osservatore^[96]. In altri termini, allora, quello stesso diritto alla conoscenza si atteggiava in maniera diversa ove attenga alla necessità di difendersi in giudizio (quale promanazione del diritto al contraddittorio) ovvero nel caso in cui derivi dall'interesse alla regolarità della procedura di appalto pubblico (essendo qui proiezione di un interesse economico d'impresa) ovvero ancora nel caso in cui pertenga la tutela patrimoniale avverso la pretesa impositiva dello Stato (anche in questo caso, essendo proiezione della sfera patrimoniale del singolo). D'altro canto, la dottrina ha pure sottolineato come l'unitarietà della disciplina di tutela giurisdizionale in materia di accesso^[97] cozza con le diversità – di legittimazione anzitutto – intrinseche dei “diritti” di accesso, portando le tensioni sostanziali all'interno del processo in giurisdizione esclusiva^[98].

A questa spinta verso il relativismo che pare giustificarsi sulla base della tipologia di interesse sostanziale^[99], deve tuttavia opporsi un rilievo che pare emergere come un filo rosso nello studio che giustappone tra loro gli accessi speciali. Per questi ultimi la “gradazione” delle situazioni soggettive sottese all'interesse alla conoscenza si opera non già sulla base della natura della posizione giuridica

fondamentale tutelata^[100] bensì piuttosto sull'intensità del potere che la confronta. In altre parole, sembra quasi che la geometria dell'accesso speciale sia meglio definita dall'interesse pubblico che lo contrasta piuttosto che dal perimetro espansivo di un diritto fondamentale all'apparenza tutelato (diritto che finisce con l'averne talmente tante sfaccettature da divenire piuttosto inafferrabile). D'altro canto, se si potesse affermare che il diritto alla conoscenza ha la propria massima espressione allorché strumentale alla tutela giurisdizionale, non si spiegherebbe la disciplina processuale superspeciale in materia di appalti, che finisce per provocare addirittura una decadenza probatoria *sui generis*^[101]. Non può infatti dirsi che la necessità defensoriale abbia una diversa consistenza a seconda della giurisdizione azionata, ancorché questa sarebbe la conclusione necessitata ove si guardasse la diversità di trattamento della fattispecie nell'accesso difensivo erariale^[102], ove il diritto alla conoscenza trova di contro massima espressione.

Insomma, una prima conclusione cui si può giungere è anzitutto costituita dal fatto che esistono nell'ordinamento accessi speciali di pari dignità rispetto all'accesso documentale "tradizionale", all'accesso civico e all'accesso civico generalizzato. Si tratta di forme espressive di questo "diritto alla conoscenza" dotate di tale specificità da non poter essere ricondotte così facilmente in termini di *specie a genus* nell'alveo di disciplina di cui alla l. n. 241/1990^[103].

Una seconda conclusione, invece, attiene alla perdurante attualità ed interesse del dibattito in ordine alla natura dei diversi "diritti" di accesso. Interesse dovuto alle ricadute in termini di soluzioni pratiche prospettabili, perché la qualificazione reale di ciò che sulla carta è chiamato "diritto" riverbera inevitabilmente su una serie di fattori conseguenti: sulla discrezionalità operabile dalla P.A. (che, a sua volta, comunque incide sulla profondità del sindacato giurisdizionale)^[104]; sulla proponibilità della domanda oltre il termine decadenziale ad agire; sulla qualificazione in termini di azione di accertamento oppure di carattere impugnatorio del giudizio *ex art. 116 c.p.a.*^[105]. Rimane però insoluta la questione intorno alla reale consistenza del "diritto" di accesso, che appare certo più "diritto" con riferimento all'accesso difensivo contabile, posto che non vi si ravvede alcun bilanciamento di interessi, né valutazione della legittimazione, né perimetrazione oggettiva degli atti, ma anche considerando che a decidere è un magistrato e non la pubblica amministrazione.

Insomma, le discipline degli accessi speciali rendono questi "diritti" troppo

diversi per poter essere ricondotti ad una unitarietà reale, ossia una unica situazione giuridica soggettiva preordinata alla conoscenza che possa dirsi comune base sostanziale per tutte le fattispecie. Peraltro, forse la mancanza di unitarietà deriva proprio dal fatto che la situazione sottostante è troppo liquida e influenzata da decisioni contingenti di bilanciamento dell'interesse pubblico – comunque sempre presenti – per poter essere considerata essa stessa un diritto nel senso reale del termine. E ciò, anche quando la conoscenza “serve” diritti fondamentali, come quello alla difesa.

1. Senza pretesa di esaustività, si rinvia a F. Caringella, *La plenaria riscrive le regole sostanziali e processuali dell'accesso*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 2000, pag. 149 e ss., N. Paolantonio, *L'accesso alla documentazione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 271 e ss., A. Romano, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pag. 910 ss., A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pag. 1209 e ss., F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2019, pag. 743 ss., S. Sergio, *Il diritto d'accesso procedimentale e il diritto d'accesso civico*, in *Federalismi.it*, 20, 2020, G. Gallone, A.G. Orofino (a cura di), *L'accesso civico: morfologia e tutela*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2021, pag. 725 e ss. Per una lettura alternativa, in termini di diritto di accesso come interesse legittimo, si veda pure G.P. Cirillo, *Lezioni di diritto civile pubblico*, Roma, 2005, pag. 149 e ss. Anche la giurisprudenza, pur con alterni orientamenti si è nel tempo vivacemente occupata del tema. Si ricorda, per tutti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/1999 che ha affermato la natura di interesse legittimo della posizione giuridica vantata del privato che istava per l'ostensione documentale, cui ha fatto seguito a stretto giro la sentenza della sez. VI, n. 2983/2003 che ha invece affermato, in senso radicalmente difforme, come «*il diritto di accesso ai documenti amministrativi ha natura di diritto soggettivo, in quanto la legge ne disciplina minutamente l'attribuzione e l'esercizio e perché non è correlato all'esistenza di un potere amministrativo, potendo trovare un limite solo in specifiche e tassative esigenze di riservatezza*».
2. Cfr. per tutti, S. Villamena, *Il c.d. Foia (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 23, 2016. Con riferimento specifico al principio di trasparenza amministrativa in correlazione con le diverse tipologie di accesso agli atti si veda I.A. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11, 2015, nonché, del medesimo Autore, *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in *L'Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016, pag. 143 e ss. In senso critico vedasi invece F. Tigano, *A chi serve la trasparenza: libere*

- riflessioni su un saggio di Antonio Romano*, in F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano (a cura di), *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2018, pag. 2601 e ss.
3. Si utilizza l'espressione di G. Arena, *Il segreto amministrativo, Profili storici e sistematici*, Milano, 1983. Cfr. anche G. Corso, *Potere politico e segreto*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pag. 267 e ss.
 4. Insomma, si vuole progredire secondo un movimento che rende sempre più conoscibile quanto succede negli *interna corporis* amministrativi: così I.F. Caramazza, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1995, pag. 941 e ss. In particolare, l'Autore pone in rilievo come il movimento che – al tempo – portava alla progressiva conoscibilità all'esterno dell'azione amministrativa era analogo a quanto già a suo tempo avvenuto in materia di urbanistica ed edilizia, dove il processo decisionale era esternalizzato nella sua stessa formazione proprio in ragione degli interessi ivi coinvolti e, nella decisione stessa, contemperati.
 5. Si utilizza qui la felice espressione di A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018.
 6. Specie quanto a presupposti e limiti.
 7. E questo perché, come sottolinea F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, 10, 2019, le diverse tipologie di accesso sottendono a situazioni giuridiche soggettive diverse, che necessitano pertanto, a loro volta, di modalità di tutela differenziate, anche nel procedimento amministrativo.
 8. In riferimento alla disciplina previgente, per tutti, si rinvia a S. Mezzacapo, *Commento all'art 53. Accesso agli atti e riservatezza*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Vicenza, 2017, pag. 648 e ss. oltre a G.D. Comporti, *Il procedimento e il responsabile (artt. 31, 32, 33, 40, 44, 52, 53)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019. Per una introduzione generale sul principio di trasparenza nella contrattualistica pubblica, invece, il riferimento corre a AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, in particolare pag. 285 ss., oltre alla relativa introduzione a cura di F.G. Scoca.
 9. In punto, cfr. M. Occhiena, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei Conti*, Napoli, 2009, e A. Vetrò, *Analisi del decreto legislativo 26 agosto 2016 n. 174, codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'art. 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *LexItalia.it*.
 10. Vi si includono, in particolare, l'accesso ex l. n. 241/1990, l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato, come noto, entrambi disciplinati dal d.lgs. n. 33/2013. Si utilizza per queste tipologie l'attributo "tradizionali" a dare conto del fatto che si tratta di ipotesi da tempo conosciute ed oggetto di particolare approfondimento ad opera della giurisprudenza e della dottrina.
 11. Oltre ai riferimenti di cui alla nota 1, si vedano ulteriormente sul punto D.U., Galetta,

- Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2014, *Id.*, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 5, 2016, pag. 17 e ss.
12. E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, 2008, afferma in particolare che «*Né il segreto dell'autoritarismo, né quello del paternalismo, possono avere cittadinanza quali criteri idonei a reggere i rapporti tra amministrazione, potere pubblico e popolo*», pag. 52, cit. Del medesimo Autore si veda anche *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 3, 2009, pag. 806 e ss.
 13. Poiché solo mettendo i cittadini in grado di conoscere quelle che sono le ragioni delle decisioni assunte o, quantomeno, i relativi risultati sulla macchina amministrativa – in questo caso ci si riferisce specificamente alle istanze di accesso civico e accesso civico generalizzato – si può attuare quel percorso di “amministrazione condivisa” attraverso la conoscenza, come ben illustrato da A. Corrado, *op. cit.* Vedasi anche, per spunti analoghi, M. Savino, *Il Foia italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9, 2013, pag. 593 e ss.
 14. Come noto, ormai da tempo risalente (cfr. in particolare le intuizioni fondamentali di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, come pure, recentemente, M.A. Sandulli (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Napoli, 2024, in specie pag. 701 e ss.), larga parte della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione si gioca sulla capacità di questi di produrre in giudizio le carte che consentano la valutazione della vicenda procedimentale. Ossia, che consentano la ricostruzione del fatto amministrativo. Così G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli 2003; vedasi anche, con riguardo ai risvolti che questa ricostruzione assume in punto effettività della tutela, M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e “civilizzazione”*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale, Collana Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli 2006, pag. 573 e ss. e a F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2017, pag. 911 e ss.
 15. In questa precipua caratteristica si rammostra la strumentalità del “diritto di accesso” rispetto alla situazione giuridica principale tutelata, cfr. sul concetto di strumentalità già M.A. Sandulli, voce *Accesso ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, 2000, agg. 6, pag. 6. Appare nondimeno chiaro sin d'ora che assumere la sussistenza di un diritto quale posizione giuridica servente rispetto ad un interesse legittimo risulti quasi controintuitivo, sebbene, laddove di diritto in senso proprio si possa parlare, la sussistenza dello stesso quale posizione perfetta correlata alla mera conoscenza del documento non sarebbe di per sé incompatibile con la soggezione della posizione giuridica principale

(l'interesse legittimo) all'esercizio del potere pubblico. Ciò è coerente con ciò che già T. Miele, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso. Lo stato di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1995, definiva come «passaggio dal concetto di amministrazione-autorità a quello di amministrazione-servizio», pag. 181, cit. Tanto sebbene si legga nelle sentenze come Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2018, n. 6444, in *Foro amministrativo*, 11, 2018, pag. 1953 e ss., che «a fronte della chiara indicazione – così come formulata dalla parte istante – sia della documentazione richiesta sia delle esigenze connesse all'esercizio del diritto di accesso ex art. 24 comma 7 cit., oltre che coerente coi termini indicati dalla giurisprudenza sovranazionale sopra esaminata, all'Amministrazione non è consentito andare oltre una valutazione circa l'esistenza della situazione soggettiva da tutelare e di una concreta necessità di tutela, non potendo la stessa apprezzare nel merito la fondatezza della pretesa o le strategie difensive dell'interessato», così di fatto ridimensionando fortemente la componente discrezionale nella valutazione quanto alla effettiva sussistenza dei presupposti dell'istanza di accesso. Sotto il profilo probatorio si rinvia nuovamente a F. Saitta, *op. cit.*

16. Un riferimento significativo in punto si ricava dalle linee guida ANAC di cui alla delibera n. 1309/2016 che affermano come «nell'ordinamento dell'Unione Europea, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cfr. art. 15 TFUE e capo V della Carta dei diritti fondamentali) il diritto di accesso non è preordinato alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva, quindi non richiede la prova di un interesse specifico, ma risponde ad un principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione ed è uno strumento di controllo democratico sull'operato dell'amministrazione europea, volto a promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile». Alla luce di ciò l'Autorità conclude affermando che «il diritto di accesso civico generalizzato si configura – come il diritto di accesso civico disciplinato dall'art. 5, comma 1, come diritto a titolarità diffusa». Di per sé, tuttavia, l'espressione diritto è anodina: ad esempio il T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, n. 2486/2019, ha affermato, nel rigettare il ricorso avverso il diniego all'accesso, come «l'istanza proposta, secondo recente giurisprudenza, non sarebbe rispondente al soddisfacimento di un interesse che presenta una valenza pubblica, ma resta confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato (cfr. TAR Lazio, Roma, n. 7326/2018)».
17. Vedasi G. Delle Cave, *L'accesso difensivo post Adunanza Plenaria n. 4/2021 tra potere valutativo della P.A. e apprezzamento del giudice (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2022, n. 1342)*, in *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2022, come pure, per tutti, G. Tropea, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il Processo*, I, 2019, pag. 71 e ss.
18. Si pensi, ad esempio, agli studi operati in materia di accesso ai dati ambientali, ove si pone in rilievo la circostanza per cui la conoscenza è veicolo di tutela dell'interesse – giocoforza adespota – alla salute e all'ambiente. Cfr. I.A. Nicotra, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al "Freedom of information act"*, in *Federalismi.it*, 12, 2018, o G. Pizzanelli, *Il contributo dell'accesso alle informazioni ambientali alla tutela del patrimonio*

pubblico, in *Nuove Autonomie*, 1, 2020, pag. 71 e ss., così come F. Manganaro, *L'evoluzione sul principio di trasparenza amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012. In giurisprudenza, *ex multis*, occorre segnalare T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, sez. I, 17 marzo 2020, n. 510, secondo cui nell'accesso civico (e nell'accesso civico generalizzato) «la posizione sostanziale tutelata è comunque altra rispetto al mero interesse o diritto alla informazione o trasparenza, concretandosi nello status di cittadino e nel correlato interesse, di “valenza metaindividuale” al controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche e alla partecipazione al dibattito pubblico».

19. In questi termini, infatti, si intende l'accesso civico quale “diritto di cittadinanza”, siccome afferente alla conoscenza del funzionamento della macchina burocratica che risulta preordinata all'esercizio delle facoltà democratiche dell'individuo. Cfr. A. Corrado, *op. cit.*
20. Si pensi, a mero titolo di esempio, alle tesi sostenute da autori stranieri come S. Fernandez Ramos, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, 1997, secondo il quale, alla luce dell'architettura della Grande Europa e del diritto unionale, il diritto di accesso si qualificherebbe come diritto fondamentale in quanto diretto predicato del diritto alla trasparenza amministrativa. Oppure a tesi come quella formulata da A.G. Orofino, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008 (ma anche, del medesimo Autore, *Sull'obbligo di pubblicazione in internet di bandi ed avvisi di gara ex art. 24, l. 20 novembre 2000 n. 340*, in *Foro Amministrativo – TAR*, 3, 2003, pag. 678 e ss.), secondo il quale possono considerarsi livelli essenziali delle prestazioni anche servizi di natura burocratica come quelli direttamente attinenti al rilascio dei documenti amministrativi in sede di accesso agli atti.
21. Di cui al recente d.lgs. n. 36/2023, Codice dei contratti pubblici.
22. Di cui al d.lgs. n. 174/2016, Codice di giustizia contabile.
23. Essendo, per l'appunto, le due architetture normative specificamente applicabili in via esclusiva ai settori disciplinari di afferenza, con priorità e conseguente deroga rispetto alle norme d'ordine generale della l. n. 241/1990 e al d.lgs. n. 33/2013. Per tutti, M.M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, in tema di limiti applicativi delle disposizioni speciali.
24. In altri termini, la natura della posizione sottostante, protetta in via indiretta dalle norme sugli accessi speciali, pare subire a sua volta alterazioni ove venga a rilevanza per queste discipline.
25. Si pensi ad esempio all'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 come pure all'art. 13 del d.lgs. n. 163/2006 (del quale il primo è essenzialmente riproduttivo). Cfr. in dottrina C. Villanacci, *La trasparenza nei contratti pubblici*, in M. Corradino – S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche*, Milano, 2021, pag. 33 e ss., come pure A. Moliterni, *Pluralità di accessi, finalità delle trasparenze e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2020, pag. 505 e ss.
26. In altri termini, le disposizioni si occupavano precipuamente di specificare le cause di esclusione di cui all'art. 24 l. n. 241/1990.

27. Chiaro sul punto il Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5280, nell'affermare, con riguardo al Codice del 2006 che *«detto articolo, nella parte in cui prevede il differimento del diritto di accesso a documenti relativi ai contratti pubblici, deve essere interpretato in modo restrittivo, rappresentando una norma eccezionale, derogatoria rispetto alle ordinarie regole in materia di accesso»*. Peraltro, tale principio di stretta "eccezionalità" con le conseguenti regole interpretative è stato successivamente confermato dal medesimo Consesso, nella sede dell'Adunanza Plenaria 2 aprile 2020, n. 10, con riguardo alle esclusioni dell'operatività dell'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013, laddove i Giudici di Palazzo Spada hanno ricordato che le esclusioni non possono operare per intere materie dell'ordinamento (sentenza commentata da F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *Federalismi.it*, 20, 2020).
28. Sebbene, per la precisione, successivamente la giurisprudenza sembra avere a volte virato verso una natura "partecipativa" dell'accesso agli atti, valorizzando la collaborazione tra pubblico e privato nell'individuazione dell'offerta migliore che è veicolata da pubblicità e trasparenza piuttosto che incentrarsi nel valorizzare la funzione probatoria di carattere giurisdizionale che il diritto di accesso viene ad assumere nelle procedure di gara. Così, vedasi P. Rubechini, *Appalti pubblici e diritto di accesso (commento a Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2020, pag. 232 e ss., come pure F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Astrid - Rassegna*, 22, 2009 e *La funzione, op. cit.*, in cui, in particolare, l'Autore afferma l'ontologica differenza tra accesso procedimentale e accesso civico, laddove quest'ultimo, però, può anche connotarsi di venature latamente defensoriali. L'Autore conferma, comunque, sulla base della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, che l'accesso nell'ambito dei Contratti pubblici non appartiene ad un genere differente rispetto all'accesso procedimentale e all'accesso civico.
29. Interessante, ad una prima esegesi della disciplina, quanto affermato da T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, sez. II, 1° dicembre 2023, n. 1388, ove, nel ricostruire storicamente la disciplina in tema di accesso, il giudice rileva che *«il nuovo Codice Appalti 2023 (cfr. D.Lgs. n. 36/2023) ha introdotto una nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara che ... è oltre modo significativo rispetto alle tendenze ideologico culturali, oltre che ovviamente giuridiche, verso le quali il sistema sta evolvendo. Una novità rilevante è sicuramente prevista all'art. 36: con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, verranno rese note anche le decisioni assunte dalla Stazione appaltante sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali. In tal modo si vuole palesemente accelerare la procedura; gli operatori non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso. Inoltre, ai primi cinque classificati in graduatoria, sarà consentito visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso le piattaforme informatiche. Ma si noti che tutto verrà deciso in autonomia dalla Stazione appaltante al momento di valutazione delle offerte: non è previsto un preliminare avviso all'offerente, quale controinteressato, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come segrete,*

*né viene disciplinato un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione. Le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate appunto contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere impugnate solamente per le vie giudiziali, nel breve termine – ai limiti del giugulatorio – di dieci giorni. Il quadro che emerge è, per l'appunto, quello della pubblicizzazione integrale della gara pubblica e l'eradicazione, si spera definitiva di tutto il contenzioso sviluppatosi negli ultimi anni sulla, spesso strumentale, difesa del c.d. know how industriale e commerciale». Sul punto vedasi anche G. Caringella, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in *giustizia-amministrativa.it*, ove l'Autore rileva proprio la sussistenza di questa linea evolutiva nell'applicazione di principi che non vengono creati *ex novo* quanto piuttosto consolidati.*

30. Rispettivamente, art. 22, l. n. 241/1990 e art. 5 e 5-bis, d.lgs. n. 33/2013.
31. Ivi compresa, peraltro, l'esplicitazione che la rivelazione dei segreti anteriormente al momento nel quale il Codice ritiene ostensibili i documenti concreta una ipotesi di rivelazione o utilizzazione di segreto d'ufficio ai sensi dell'art. 326 del Codice penale. Sul punto cfr. L. Capozzo, A. Gorga, *I delitti contro la pubblica amministrazione nell'ambito del d.lgs. n. 50/2016 – Codice dei contratti pubblici: fattispecie incriminatrici e loro applicazione*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 15 aprile 2021. Peraltro, la ricerca di un punto di temperamento tra le esigenze di conoscibilità riconosce alla tutela giurisdizionale dei concorrenti e la necessità di proteggere i segreti industriali e, ancor più, la regolarità della procedura di gara, era stata oggetto di approfondimento già a partire dalla ancor previgente disciplina del d.lgs. n. 163/2006. Nello specifico, il riferimento corre a V. Veneziano, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*, in M.P. Chiti, G. Palma (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, nonché, del medesimo Autore, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*, in F. Merloni, G. Arena, G. Corso, G. Gardini, C. Marzuoli (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
32. Per tutti, senza pretesa di eshaustività, A. Gandino, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in *Foro amministrativo – TAR*, 2009, pag. 1276 ss. nonché, in senso parzialmente difforme nell'ammettere, comunque, l'estrazione in copia in caso di necessità afferenti alla tutela giurisdizionale, Consiglio di Stato, sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393.
33. Sulla scorta del precedente art. 35, comma 4, lett. a), del Codice dei contratti pubblici.
34. Si tratta per vero di una disposizione simile a quanto previsto in materia elettorale dall'art. 129 c.p.a., riguardante nello specifico i provvedimenti di esclusione dalla competizione. In tale rito, E. Romano, *Il contenzioso elettorale*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, pag.1277 e ss. e, nello specifico, pag. 1283, sottolinea in particolare che la tutela giurisdizionale è stata disegnata ricercando una sintesi tra le esigenze di tutela immediata dei partecipanti alla competizione elettorale, che non trovava inizialmente una pronta risposta, e l'interesse – immanentemente pubblico – al

- celere svolgimento della competizione medesima. Vedasi anche C.E. Gallo, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2005*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 10, 2005, pag. 3244 e ss., nonché, con riflessioni analoghe, R. Chieppa, *Riflessi della sentenza n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti e il procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 11, 2010, pag. 2905 e ss. Si può sin d'ora affermare, tuttavia, che le esigenze imperative sottese alla necessità di definizione immediata dei giudizi elettorali (ossia in buona sostanza non lasciare sospeso il vertice rappresentativo politico) non possono dirsi comuni alla materia degli appalti pubblici.
35. Termini che fanno luogo di quelli ordinari della predetta norma, e cioè, quanto all'impugnazione, 30 giorni dal rigetto o dal perfezionarsi del silenzio-rifiuto e, a sua volta, quanto alla costituzione in giudizio, 30 giorni dal perfezionarsi della notifica in ragione della dimidiazione generale dei termini processuali operanti per il rito camerale. Sul punto, quanto all'iter processuale "ordinario" e la relativa applicazione, si rinvia a S. Fiorenzano, *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, pag. 1111 e ss. nonché R. De Nictolis (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2012, sub art. 116, pag. 1799 e ss. In giurisprudenza, in ordine alla dimidiazione generale dei termini processuali fatto salvo quello introduttivo, vedasi T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, sez. VI, 10 febbraio 2012, n. 18.
36. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2008, n. 5573, ove si sostiene che il giudizio sia «volto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione alla luce dei parametri normativi, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'amministrazione per giustificare il diniego». *Contra*, però, S. Fiorenzano, *op. cit.*, pag. 1113, il quale sostiene invece che il rito *ex art.* 116 c.p.a. abbia natura essenzialmente impugnatoria.
37. Nella misura in cui all'operatore economico saranno sottratti i mezzi per dare prova dei vizi attinenti al contenuto dell'offerta laddove questi siano dichiarati segreti commerciali. Il senso dell'espressione «con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni», infatti, non lascia adito a dubbi circa la natura decadenziale dell'adempimento ai fini della propria tutela giurisdizionale: cfr. B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 6, 1970, pag. 886 e ss., nonché, del medesimo Autore, *Prescrizione e decadenza (diritto civile)*, in *Enciclopedia Treccani*, Milano, 2015
38. Tale è, secondo N. Durante, *La decadenza, tra principi generali ed applicazioni amministrative e tributarie*, Relazione svolta al convegno di studi sul tema "Le decadenze nel sistema tributario" celebratosi il 28 aprile 2021 in *giustizia-amministrativa.it*, 2021, il trattamento processuale naturale ove la posizione giuridica abbia la consistenza dell'interesse legittimo all'interno dell'ordinamento. Vedasi in punto, su posizioni analoghe, anche A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012.

39. Nemmeno propriamente tecnico, dovendo valutare, come da giurisprudenza costante (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363, nonché 22 luglio 2021, n. 8858) la capacità di quel segreto di essere una fonte di produzione di reddito per l'impresa che ritiene vantarlo.
40. Si usa questo termine per precisare che lo stesso è disciplinato come una posizione giuridica che si confronta con il potere e non con una mera valutazione-riscontro di tipo tecnico sulla sola sussistenza di requisiti puntualmente predeterminati dalla legge. Così la teoria generale del diritto amministrativo già in S. Romano, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
41. Va da sé, infatti, che un diritto soggettivo pieno a conoscere dei documenti invece indebitamente secretati, specie ove ulteriormente riconnesso alle esigenze di difesa, non potrebbe andare oggetto invece di una disciplina tanto limitante rispetto ai termini di difesa. Ciò sulla base degli insegnamenti generali ritratti dalla Corte costituzionale, sentenza 5 luglio 2004, n. 204.
42. Ciò si deduce, infatti, dalla circostanza che, in ogni caso, i documenti non possono essere messi a disposizione degli operatori economici fintantoché non sia trascorso il termine ad impugnare di dieci giorni.
43. Ossia, in altri termini, sulla relativa sfera giuridico patrimoniale, in quanto le conoscenze che possono essere rese note potenzialmente sono idonee a determinare la capacità commerciale dell'impresa di produrre reddito. Così, in ultimo ed *ex multis*, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I-bis, 26 febbraio 2024, n. 3811.
44. Sebbene non sia del tutto chiaro, in questi casi, se i termini di cui all'art. 55 siano a loro volta dimezzati siccome ci si trova nell'ambito di un rito appalti ove verrebbe applicato l'art. 120 c.p.a. Nondimeno, data la significativa specialità di questo particolare rito in materia di accesso, dovrebbe darsi preferibilmente risposta negativa.
45. Se si va a leggere, infatti, l'art. 116 c.p.a., l'unica norma che può trovare residua applicazione è quella relativa alla possibilità di nominare un commissario *ad acta*. In ultimo, circa la residua ambiguità della disciplina del commissario *ad acta* e il regime giuridico dei relativi atti, vedasi A. Crismani, *Il rischio dei termini e ambiguità sulla disciplina del reclamo avverso gli atti del commissario ad acta nel rito del silenzio (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 8 gennaio 2024, n. 254)*, in *Giustizia Insieme*, 6 marzo 2024, oltre a N. Durante, *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 13 settembre 2010 e L. Viola, *Le azioni avverso il silenzio della P.A. nel nuovo codice del processo amministrativo: aspetti problematici?*, in *Il Foro Amministrativo – TAR*, 10, 2010, pag. 3393 e ss.
46. Nei termini già ricordati di S. Fiorenzano, *op. cit.*, ancora, pag. 1113.
47. Comunicazione prescritta dall'art. 90 del Codice dei contratti pubblici.
48. Pur restando ferma, evidentemente, la possibilità di stendere motivi di censura o gravare ulteriori atti attraverso l'istituto dei motivi aggiunti propri ed impropri. Cfr. per un inquadramento generale dell'istituto, C. Mignone, *I motivi aggiunti nel processo*

- amministrativo*, Padova, 1984, C.E. Gallo, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, oltre, più recentemente, a C. Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2001, pag. 191 e ss. e F. Trimarchi, *I motivi aggiunti nel codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, V, 2010, pag. 949 e ss. In casi come quello in esame, tuttavia, forte è il rischio che il nuovo ricorso venga eccepito come “integrativo” ossia come una impropria integrazione fuori termine di motivi di ricorso che già avrebbero dovuto essere enucleati tempestivamente entro il previsto *dies ad quem* decadenziale della censura avverso l'intercorsa aggiudicazione. Sul punto, ci si riferisce alla ricostruzione teorica di C. Mignone, *Il ricorso integrativo (ovvero falsi motivi aggiunti) nel processo dinanzi ai tribunali amministrativi*, in *Foro amministrativo – TAR*, 12, 2002, pag. 4174 e ss.
49. Ci si rifa in punto al pensiero di M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amministrativo – TAR*, 12, 2008, pag. 3533 e ss.
50. Laddove, invece, il rito seguito non dovrebbe incidere sulla effettività della tutela garantita dal sistema processuale, cfr. G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015.
51. Non solo per la collocazione normativa e per l'oggetto specifico di disciplina, ma anche per il periodo di emanazione della norma, di quasi dieci anni anteriore rispetto al Codice dei contratti pubblici oggi vigente.
52. Si utilizza questa espressione per dare conto del fatto che si tratta di una forma di accesso ai documenti eminentemente preordinata al soddisfacimento di finalità, appunto, defensoriali nel corso di un giudizio di responsabilità erariale attivato a seguito di un invito a dedurre spiccato da una Procura presso la Corte dei conti. In ordine alle modalità generali di svolgimento del processo di responsabilità amministrativo contabile si rinvia a M. Sciascia, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2018.
53. Come meglio si dirà, il legame tra la necessità di tutelare la propria posizione giuridica soggettiva e l'esigenza conoscitiva si ritrae direttamente dalla circostanza che la Procura ha attinto il richiedente l'accesso con invito a dedurre. Tra le varie tutele che il Codice processuale contabile prevede in favore dell'incolpato, infatti, vi è pure la possibilità di accedere ai documenti necessari alla difesa. Si tratta, con tutta probabilità, di uno dei diretti predicati del diritto di difesa costituzionalmente garantito, di cui all'art. 24 e 111 Cost. Cfr. *ex multis*, G. Lauricella, *Il diritto costituzionale alla difesa tra funzione di governo ed esercizio dell'azione penale*, in *Quaderni costituzionali*, 21 febbraio 2011, così come L.P. Comoglio, *Il II comma dell'art. 24, il diritto di difesa nel processo civile*, in G. Branca (a cura di) *Commentario*, Milano, 1981, pag. 53 e ss. e, con specifico riguardo alla giurisdizione speciale, M. Sanino, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011.
54. Nello specifico, peraltro questa tipica attività inquisitoria può essere dal Pubblico Ministero delegata anche agli organi di polizia. Di contro, evidentemente non potrà essere delegata alcuna attività che imponga valutazione o decisione sulle risultanze istruttorie, come tra le altre affermato da Corte di Cassazione, Sez. Lav., 20 dicembre 2018, n. 33020,

- seppur in diversa materia. La sentenza non è tuttavia impertinente, poiché una delle particolarità dell'istruttoria nel processo di responsabilità erariale è che essa può altresì essere delegata «ai dirigenti o funzionari di qualsiasi pubblica amministrazione individuati in base a criteri di professionalità», come previsto altresì dallo stesso art. 56.
55. Nello specifico, ci si riferisce all'art. 22, comma 1, l. n. 241/1990, che definisce il “diritto di accesso”, «il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi». La definizione recata nel Codice processuale contabile, quindi, è analoga sia con riferimento al diritto garantito (presa visione ed estrazione di copia), quanto con riguardo al suo oggetto (costituito da documenti amministrativi).
56. È noto, infatti, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 25 settembre 2020, ha stabilito che «L'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione» con l'ulteriore precisazione per cui, in linea generale, nell'accesso difensivo trovano alternativamente applicazione i criteri di indispensabilità o, con riferimento ai diritti supersensibili eventualmente pregiudicati dalla conoscenza del documento, della indispensabilità combinata alla parità di rango del diritto che in tesi deve essere tutelato a mezzo dell'accesso. Questi criteri, pur in *obiter dicta*, vengono confermati come regola generale di interpretazione del principio di necessità correlato all'accesso che attenga a documenti contenenti informazioni riservate ogniqualevolta detto bilanciamento non sia già stato operato dalla fonte normativa primaria. Su questa linea M. Ricciardo Calderaro, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota a Adunanza Plenaria n. 19/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 25 novembre 2020. I termini della questione ora succintamente riassunta erano però già chiari: cfr. F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 1994, pag. 206 e ss. Occorre peraltro ulteriormente precisare che la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata successivamente specificata dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 18 marzo 2021, ove si è affermata la necessità di circostanziare puntualmente le esigenze difensive in relazione alle quali l'istanza di accesso agli atti viene rassegnata. Ciò pare in effetti confermare la particolare forza del vincolo di “necessità” di cui si discute, sebbene alcuni commentatori, tra cui G. Delle Cave, *L'accesso difensivo post Adunanza Plenaria n. 4/2021 tra potere valutativo della P.A. e apprezzamento del giudice (nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2022, n. 1342)*, in *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2022, abbiano dato una lettura parzialmente diversa sostenendo che il vincolo di necessità rispetto alla tutela giurisdizionale si porrebbe invece il solo limite della manifesta irrilevanza defensoriale del documento. Il che, però, porta la valutazione da operarsi da parte della P.A. estremamente vicina al merito della questione sulla rilevanza estrinseca del documento per il privato.
57. M. Taruffo, *Prova giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1997, specifica invero che con riguardo al concetto di rilevanza, questo sta a significare che «la prova, per essere ammessa nel processo, dev'essere utile per l'accertamento della verità circa i fatti della

causa». Si tratta all'evidenza di un rapporto – quello della utilità rispetto alla decisione – che pare giocoforza risultare meno intenso rispetto a quello definibile in termini di necessità.

58. Essendo l'espressione generica, non ci si può riferire in via tassativa all'elenco contenuto nel d.lgs. n. 165/2001, ma si deve, invece, avere riguardo alla definizione dottrinarie e giurisprudenziale della nozione di P.A. Cfr., per tutti, U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro amministrativo*, 1984, ora in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, pag. 100 e ss., M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2014, G.M. De Francesco, voce *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Novissimo Digesto*, 12, Milano, 1965, pag. 1035 e ss., nonché C. Franchini, voce *Enti pubblici*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, 6, Milano, 2007, pag. 48 e ss., M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, oltre a G. Miele, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1942, ora in *Scritti giuridici*, 1987, pag. 365 e ss. e G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, nonché, del medesimo Autore, *Pubblica amministrazione in Italia*, in AA.VV., *XXI Secolo*, Roma, 2009.
59. Dal momento che, come noto, la giurisprudenza della Corte dei conti definisce, con l'avallo – o meno – della Corte di Cassazione il perimetro del proprio potere cognitorio in relazione alle singole ipotesi di danno erariale che possono venire ad esserle sottoposte dalle Procure. In ultimo si veda Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 gennaio 2023, n. 976, in riferimento alla perseguibilità per responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti della società ANAS s.p.a., ove si reperiscono spunti per individuare i referenti sulla base dei quali i giudici perimetrano appunto la giurisdizione erariale.
60. In analogia, dunque, all'art. 22 della l. n. 241/1990, sebbene, come si avrà modo di vedere, in questo caso probabilmente il *nomen* ha più a che fare con la circostanza di essere l'accesso una posizione direttamente correlata al diritto di difesa della parte. Per approfondire il tema, cfr. A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, Torino, 2020.
61. In effetti, piuttosto singolarmente, la disposizione, pur riferendosi al diritto di difesa – dunque dando per scontato che la legittimazione e l'interesse all'ostensione documentale derivino dalla necessità di produrre gli atti in giudizio – si opera di seguito un rinvio anche all'accesso civico, sebbene quest'ultimo all'evidenza non trovi ragione in necessità di difesa dell'istante, come sottolineato tra gli altri da A. Corrado, *op. cit.*
62. Peraltro, l'impugnativa del diniego di accesso avanti al difensore civico regionale, nel caso in esame, si porrebbe per certi versi in linea con quella polimorficità della figura del difensore stesso, che lo vede accorpate e al contempo trascendere diverse funzioni dell'ordinamento. Per un approfondimento nell'ottica della prospettiva ora sommariamente richiamata, si veda N. Posteraro, *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*, Napoli, 2023.
63. Ossia il rifiuto di atti d'ufficio. Il P.M. impone infatti in capo all'amministrazione un

ordine reso per ragioni di giustizia al quale il destinatario non può deliberatamente sottrarsi. In termini la giurisprudenza, che addirittura ritiene configurarsi il reato, ove sussista la posizione legittimante dell'istante, anche in caso di richiesta direttamente proveniente dal cittadino, come si legge in Core di Cassazione penale, sez. VI, 13 novembre 2013, n. 45629 e 24 novembre 2009, n. 7348. In dottrina si rinvia, invece, all'analisi critica di G. Veltri, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2014.

64. Ben chiaro, evidentemente, che tale requisito deve essere letto nella prospettiva dell'incolpato. Ossia, in altri termini, il P.M. dovrebbe astrattamente porsi nella posizione della propria controparte e, altrettanto astrattamente, valutare se i documenti dei quali è richiesta ostensione possano essere in qualche modo suscettibili di creare materiale rilevante ai fini della difesa. In questi termini, peraltro, ed in analogia a quanto la giurisprudenza afferma in relazione all'accesso difensivo *ex l. n. 241/1990*, il Pubblico Ministero non dovrebbe entrare nel merito della effettiva rilevanza dell'atto alla difesa ma dovrebbe limitarsi ad una valutazione esclusivamente *ab externo* di carattere quasi meramente teorico.
65. Anche se appare plausibile che, facendo la norma riferimento al Presidente della Corte, questi avrà ad emettere un decreto monocratico.
66. Il cui riferimento corre all'art. 133 c.p.a., ove l'accesso agli atti è elencato tra le materie che sono devolute in via esclusiva alla cognizione del giudice amministrativo. Come noto, peraltro, le ragioni dell'ascrizione al plesso giurisdizionale speciale hanno nel tempo trovato e concretamente oggi trovano diverse giustificazioni, che vanno dalla elevata competenza tecnica necessaria per il discernimento delle questioni, all'essere queste posizioni giuridiche soggettive significativamente diminuite dal – o vicine al – potere, ovvero infine per essere avvinte in maniera inestricabile alle posizioni di diritto soggettivo pieno, sì da non consentire una loro ripartizione tra i giudici secondo le regole ordinarie. Vedasi, in questi termini, A. Police, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano 2014, il quale a sua volta si richiama al pensiero tra gli altri, di F. Ledda, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Atti del V seminario della sezione umbra del C.I.S.A. (Perugia 1970)*, Firenze, 1972, pag. 21 ss.
67. Ricordando peraltro che, sebbene il giudizio *ex art. 116 d.lgs. n. 104/2010* si svolga con rito camerale e termini dimezzati, comunque vanno garantiti quindici giorni dalla notifica del ricorso prima della fissazione dell'udienza (ciò come detto in ragione dell'ulteriore dimezzazione generale dei termini operata dall'art. 71 del Codice di giustizia contabile già più volte citato).
68. Viepiù, vien da dire, controinteressati particolarmente qualificati ove si pensi ad esempio al caso affatto remoto in cui ad essere domandata in ostensione sia la denuncia operata da un *whistleblower*, cfr. G. Cossu, L. Valli, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, in *Federalismi.it*, 19, 2023, nonché G. Grasso, A. Ripepi, *Il whistleblowing: un istituto in evoluzione nel disegno (dai tratti incerti) del legislatore*, in

Giurisprudenza penale, 7/8, 2023.

69. Giudizio ove, peraltro, il controinteressato all'accesso potrebbe non avere nemmeno un qualsivoglia interesse indiretto nell'ambito della *thema decidendum* che non necessariamente lo tocca per il sol fatto della presenza di un documento che lo riguarda. Con riferimento alle parti del giudizio si veda R. Pepe, *Il diritto di difesa tra vecchio e nuovo processo contabile*, Milano, 2020, pag. 56 e ss. nonché F. Landolfi, *Il nuovo codice della giustizia contabile. Novità e problematiche irrisolte*, in *contabilitàpubblica.it*, 25 settembre 2019, ove l'Autore sottolinea che l'assenza di ulteriori parti (in particolare si riferisce all'amministrazione danneggiata) nel processo di responsabilità erariale costituirebbe un'occasione mancata nella redazione dell'attuale Codice. Per vero si tratta di un tema noto da tempo in dottrina, dacché proponevano riflessioni per certi versi analoghe anche S. Ristuccia, D. Viscogliosi, *Giurisdizione della Corte dei conti e giusto processo secondo Costituzione: un puzzle incomponibile?*, in *Astrid online*, 2007. Cfr. poi F.G. Scoca, *Il contenzioso contabile dopo la dichiarazione di incostituzionalità dei Consigli di prefettura*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, pag. 1487 e ss.
70. Ben evidente, invece, che laddove chi ottiene il documento di interesse ne faccia un uso illegittimo, si potranno attivare azioni risarcitorie di varia natura e contenuto. Tale però è una condotta ulteriore e diversa da quella che porta alla conoscenza dell'atto, che è invece l'effetto realmente lesivo che l'accesso difensivo contabile può potenzialmente avere in comune con l'accesso tradizionale ex l. n. 241/1990. Vedasi in punto pure Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 2012, n. 5714, ove si faceva specifica questione del possibile danno morale patito dal privato in esito al procedimento di accesso ai documenti amministrativi (seppure in quel caso il danno era riconnesso ad un diniego all'ostensione anziché ad un illegittimo assenso, le riflessioni possono essere traslate alla questione *de qua*).
71. Data specificamente dalla circostanza per cui l'incolpato si vede garantiti due diversi procedimenti con i quali tutelare giurisdizionalmente la propria posizione.
72. È, d'altro canto, questa la ragione principale di tale rito accelerato, come sottolinea M.M. Fracanzani, *Il rito in materia di contratti pubblici*, come pure, *Il rito abbreviato speciale comune a determinate materie e il rito abbreviato in materia di infrastrutture strategiche*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, pag. 1229 e pag. 1261.
73. Così l'art. 1, comma 3-bis, l. n. 212/2000, c.d. Statuto del contribuente. Per vero, questo specifico ruolo della legge contenente le garanzie fondamentali del contribuente ha trovata ingresso nel diritto positivo grazie alla recente riforma di cui al d.lgs. n. 219/2023. Per una panoramica generale della riforma E. della Valle, *La "valorizzazione" dell'affidamento del contribuente*, in *Rivista di diritto tributario – supplemento online*, 16 aprile 2024. Con riguardo alla giurisprudenza, risulta particolarmente significativo quanto affermato da Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 2021, n. 3492, e cioè che «*il contribuente ha diritto (...) ad accedere a tutta la documentazione che attiene alla gestione del rapporto di imposta, dalla cui conoscenza possano emergere vizi sostanziali o procedurali dell'atto di*

accertamento (nella specie già impugnato avanti la giustizia tributaria)». Con riguardo ai rapporti tra disciplina tributaria e disciplina comune, la medesima pronuncia precisa altresì che «la giurisprudenza di questo Consiglio è consolidata nel ritenere che l'esclusione del diritto di accesso nei procedimenti tributari sancita dall'art. 24, comma 1, lettera b), della legge 7 agosto 1990, n. 241, va interpretato nel senso che, soltanto nella fase di pendenza del procedimento tributario, gli atti relativi ad un accertamento fiscale sono inaccessibili, non rilevando, al contrario, alcuna esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento, con l'adozione del provvedimento definitivo di accertamento, essendo tale fase deputata alla tutela in giudizio delle proprie situazioni giuridiche soggettive, ritenute lese dal provvedimento impositivo (ex plurimis, Sez. IV, 3 dicembre 2018, n. 6825; Sez. IV, 22 giugno 2018, n. 3847; Sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4724 ... in definitiva, dopo la notifica dell'avviso di accertamento deve riconoscersi al soggetto sottoposto a controllo fiscale la piena manifestazione del suo diritto di difesa e non sono ammesse deroghe all'accesso, al di fuori di specifiche e circostanziate esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico e di repressione della criminalità, che non possono essere invece motivate in modo stereotipato (...) tale assunto si giustifica altresì in ragione del principio di parità delle armi, tenuto conto che l'Amministrazione finanziaria, destinataria dell'istanza di accesso documentale, è portatrice di un proprio interesse, diretto ed opposto rispetto a quello del contribuente, cosicché a quest'ultimo va riconosciuta, sia nel procedimento (art. 12 della legge 27 luglio 2000, n. 212) che nel processo (art. 111 della Costituzione), ampia facoltà di prova contraria». Significativo, insomma, che la disciplina dell'accesso nella materia *de qua* venga per la giurisprudenza ad essere plasmata da interessi processuali direttamente attinenti alla capacità defensoriale del richiedente, che non può essere menomata dal diniego ostensivo della sua stessa controparte.

74. Necessità che era ritenuta dalla giurisprudenza ragione unica, per quanto sufficiente, per superare quel principio generale di segretezza del procedimento tributario che aveva nel tempo trovato l'avvallo anche della giurisprudenza sovranazionale (vedasi, in particolare, Corte di giustizia UE, 4 giugno 2020, SC C.F. S.r.l., C-430/19, 16 ottobre 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, 9 novembre 2017, Ispas, C-298/16). In particolare, la disposizione rilevante è costituita dal neointrodotta art. 6-bis, che vuole attuare nella materia il principio del contraddittorio.
75. Peraltro, la norma si riferisce anche a procedimenti definiti come “sostanzialmente automatizzati” così lasciando intendere l'applicabilità dell'esclusione anche a procedure non specificamente definite vincolate dalla norma. Si è – pare volutamente – lasciata così aperta la strada a interpretazioni anche ampliative nella limitazione dell'ostensibilità documentale.
76. Si usa l'espressione per semplicità, il riferimento teorico corre a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.
77. Si è visto infatti poc'anzi come l'accesso agli atti in materia tributaria venga ad escludere del tutto la possibilità conoscitiva degli atti istruttori in caso di automatizzazione rilevante del procedimento impositivo. Ulteriormente, però, si è visto che il procedimento opposto si

individua nel caso dell'accesso dell'incolpato innanzi alla Corte dei conti, poiché questi può ottenere gli atti anche solo rilevanti alla propria difesa in giudizio e senza limitazioni di sorta. In punto generale sulla discrezionalità operata dall'amministrazione nel riscontrare le istanze di accesso agli atti, vedasi Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1121. La sentenza risulta di particolare interesse perché giunge ad affermare come la discrezionalità sarebbe talmente ampia che «che non di rado può involgere – ratione materiae – profili di insindacabile merito politico». La conseguenza è che il sindacato giurisdizionale su tali decisioni non può che essere meramente estrinseco e di stretta legittimità, come sottolineato del pari dalla costante giurisprudenza (in particolare, il riferimento corre a titolo esemplificativo a T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. III-ter, 28 ottobre 2019, n. 12349). In dottrina vedasi anche M. Sinisi, I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa, Bari, 2020, ove l'Autore pone in rilievo come i diversi interessi sottesi alla richiesta di ostensione documentale finiscono con l'incidere anche sulla tipologia di discrezionalità operata dall'Amministrazione nell'apprezzare domanda del cittadino. Con riguardo all'accesso civico, invece, utile il riferimento a D.U. Galetta, Accesso (civico) op. cit.

78. Così come sancita dall'art. 111. In punto, *ex multis*, cfr. G. Vignera, *Il "giusto processo" nell'art.111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *AmbienteDiritto.it*, oltre a L.P. Comoglio, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2001, pag. 6 e ss. e, del medesimo Autore, *Il giusto processo, vent'anni dopo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 3, 2021. Peraltro, occorre sottolineare che la tutela del contraddittorio non subisce variazioni, quanto a principio generale, a seconda della tipologia di potere dal quale il cittadino si deve proteggere. Anzi, maggiore è la pervasività dell'autorità amministrativa, maggiore sarà la tutela che deve trovare il privato attraverso controbilanciamenti di carattere procedurale prima e processuale poi.
79. Dal momento che colui che è attinto dall'invito a dedurre diviene automaticamente legittimato all'accesso per il solo fatto di assumere la qualifica di incolpato.
80. Rilevanza che, peraltro, come si ricordava non può sfociare in una valutazione circa la concreta utilità del documento alla difesa. E questo anche perché altrimenti si rischierebbe che il P.M. erariale o, in seconda battuta, il Presidente della Corte, anticipino di fatto valutazioni sull'esito potenziale del giudizio. Cfr. sul punto C.A. Manfredi Selvaggi, *Il ruolo del terzo nel giudizio di responsabilità amministrativa: una questione riaperta dalla Corte costituzionale?*, in *Rivista Corte dei conti*, I, 2023, pag. 44 e ss., laddove sottolinea che ogni potere ufficioso che prevarichi i limiti di un contraddittorio nella parità delle armi è «ormai incompatibile con la necessaria imparzialità del giudice pretesa dall'art. 111 Cost. (Corte conti, Sez. I centr. app., 13 luglio 2015, n. 435; Sez. III centr. app., 21 aprile 2010, n. 316, e 30 settembre 2002, n. 300)», pag. 54 cit. Vedasi in punto anche F. Perchiunno, *L'evoluzione del principio del contraddittorio nel processo sulla legge*, in *Amministrazione e contabilità dello stato e degli enti pubblici*, 17 dicembre 2021 per un inquadramento più generale della tematica *de qua*.
81. Cfr. F. Saitta, *A due anni dal codice di giustizia contabile, uno sguardo al «nuovo»*

giudizio di responsabilità: le attività preprocessuali di parte, tra poteri del pubblico ministero e garanzie di difesa del presunto responsabile, in *giustamm.it*, 2018.

82. Vedasi in punto M. Lipari, *L'accesso alle informazioni ambientali e la nuova trasparenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, 13, 2023, pag. 334 e ss., ove l'Autore rileva come anche in materia ambientale sussista la necessità di provvedere al bilanciamento degli interessi in gioco. E ciò pur in una prospettiva ove, alla luce della costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente, parrebbe essere ipotizzabile un'elevazione del rango dell'interesse tutelato con la richiesta di accesso *in subiecta materia*.
83. Particolarmente interessante la materia ambientale, che costituisce diretta applicazione della Convenzione di Arus secondo cui la sussistenza del diritto di accesso all'informazione non può essere ricollegato alla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, laddove il comma quinto del relativo articolo art. 2 concede posizione sostanziale legittimante a tutti coloro che «*subiscono o possono subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che hanno un interesse da far valere al riguardo*». Si tratta invero di una definizione talmente ampia da rendere di fatto superflua l'identificazione di un interesse realmente affetto dal procedimento decisionale nel quale si inseriscono gli atti dei quali è chiesta ostensione.
84. Tanto che si discute, ad esempio, se la richiesta debba essere sorretta da un "genuino" interesse ambientale, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 giugno 2022, n. 4679.
85. Sul punto, sia consentito il rinvio alle chiare parole del Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1117: «*L'accesso civico generalizzato, come noto, costituisce un diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona. La natura fondamentale del diritto di accesso generalizzato rinviene, infatti, fondamento, oltre che nella Carta costituzionale (artt. 1, 2, 97 e 117) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 42), anche nell'art. 10 della CEDU, in quanto la libertà di espressione include la libertà di ricevere informazioni e le eventuali limitazioni, per tutelare altri interessi pubblici e privati in conflitto, sono solo quelle previste dal legislatore, risultando la disciplina delle eccezioni coperta da riserva di legge. L'accesso civico generalizzato si traduce nel diritto della persona a ricercare informazioni, quale diritto che consente la partecipazione al dibattito pubblico e di conoscere i dati e le decisioni delle amministrazioni al fine di rendere possibile quel controllo "democratico" che l'istituto intendere perseguire. La conoscenza dei documenti, dei dati e delle informazioni amministrative consente, infatti, la partecipazione alla vita di una comunità, la vicinanza tra governanti e governati, il consapevole processo di responsabilizzazione (accountability) della classe politica e dirigente del Paese. Ai fini dell'accesso civico generalizzato, inoltre, non occorre verificare, così come per l'accesso documentale, la legittimazione dell'accedente, né è necessario che la richiesta di accesso sia supportata da idonea motivazione*». In dottrina, invece, il riferimento corre, *ex multis*, ad A. Moliterni, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2019, pag. 577 e ss. ove l'Autore, però, pone in rilievo come in realtà il grado di tutela garantito dall'accesso

civico sia minore, posto che la relativa istanza non può superare attraverso il bilanciamento un contrapposto interesse alla riservatezza del controinteressato, ulteriormente ponendo in luce, peraltro, come nemmeno l'accesso civico sia avulso dal potere dell'amministrazione di bilanciare l'interesse conoscitivo con gli interessi fondamentali la cui sussistenza osti all'accoglimento dell'istanza. Cfr. pure E. Fidelbo, *L'accesso civico "generalizzato": i rischi di ineffettività della libertà di accedere ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento dell'Unione europea e nel diritto interno*, nota a Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 11 maggio 2017, causa C-562/14, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2018, pag. 217 e ss. *Contra* vedasi invece G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 1, 2017, laddove evidenzia come sia stato di per sé contraddittorio innestare la disciplina dell'accesso civico su quella dell'accesso tradizionale, così finendo di fatto per depotenziare anche questo nuovo "diritto".

86. Legame che, come si è osservato, è particolarmente tenue poiché non può in ogni caso spingersi sino ad apprezzare la concreta utilità del documento nell'ambito del procedimento.
87. Discrezionalità che è la tipica espressione dell'intermediazione amministrativa nella realizzazione dei diritti fondamentali (discrezionalità pura). Sul punto utile il richiamo, *ex multis*, a L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 1, 2005, pag. 1 e ss. Recentemente, seppur in materia settoriale, vedasi anche le riflessioni di M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, ove l'Autore sottolinea come le condizioni attuali del Paese rendano imprescindibile un approccio sostanzialista alla decisione amministrativa.
88. Leggasi in questo caso la disciplina dell'accesso civico generalizzato e le eccezioni previste alla possibilità ostensiva ricondotte ad esigenze pubbliche o di riservatezza.
89. O, forse, verificato nella sua compatibilità con il pubblico interesse principale attraverso il procedimento di accesso agli atti amministrativi.
90. Vedasi sul punto F. Saitta, *Verso un "giusto procedimento amministrativo"*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 3, pag. 627 e ss.
91. Ossia, in altri termini, in un procedimento nel quale l'interesse nettamente prevalente è quello di tutela della regolarità erariale; dunque, un interesse pubblico particolarmente qualificato, come sottolinea M. Sciascia, *op. cit.*, pag. 19, nonché, del medesimo Autore, *Diritto delle gestioni pubbliche: istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, 2013.
92. Sebbene tale ricostruzione, come si ha già avuto modo di anticipare, non trovi piena condivisione nella dottrina contemporanea. Per una panoramica sui riverberi che il dibattito sulla questione ha con riguardo al riparto di giurisdizione – che di per sé è sintomatico rispetto alla ritenuta consistenza di queste posizioni giuridiche soggettive al di là delle questioni nominali – vedasi E. Scoditti, *Questioni di giurisdizione e diritti fondamentali*, Relazione tenuta al convegno su "Giurisdizione plurale: risorsa o problema", organizzato dalla Camera amministrativa distrettuale degli avvocati di Bari nei

- giorni 29-30 settembre 2023, in *Questione giustizia*, 10 novembre 2023, oltre a *Per una teoria costituzionale dell'interesse legittimo*, in *Il Foro italiano*, 5, 2022, pag. 162 e ss., come pure R. Giani, *Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione*, in *Questione giustizia*, 1, 2021.
93. Così, in particolare, N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22, 2020, pag. 177 e ss. e dottrina ivi citata, in uno con M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *giustizia-amministrativa.it* 13 gennaio 2020, M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2020, pag. 275 e ss., e F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 5 giugno 2017
94. G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.
95. G. Amato, *op. cit.*, pag. 10, cit. Sul punto, con specifico riferimento alla dottrina amministrativistica, il riferimento corre invece a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, in specie pag. 525 e ss., ove l'Autore pone in luce la circostanza per cui anche i diritti fondamentali in realtà possono essere fatti rientrare nella bipartizione diritto-interesse in ciascuna delle categorie, dacché sempre mediati, nella loro realizzazione, dal potere amministrativo.
96. Poiché, come visto, a seconda della disciplina varia la tutela. Ciò, evidentemente, dando per confermato il presupposto che la normativa regolatrice dell'accesso sia plasmata sulla base della situazione giuridica soggettiva che questa tutela e non viceversa, cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, *op. cit.*, per l'inquadramento generale della questione, nonché N. Paolantonio, *L'accesso*, *op. cit.*, pag. 242, oltre a A. Simonati, M. Calabrò, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pag. 1320 ss. ed M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, 4 aggiornamento, Milano, 2000, pag. 2 e ss.
97. Riferita all'art. 116 c.p.a. che risulta applicabile tanto all'accesso tradizionale, quanto a quello civico e civico generalizzato.
98. Così le conclusioni di V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 11, 2018.
99. E forse sorretta da buone ragioni nel caso degli accessi civici ove messi a confronto con quello ex l. n. 241/1990.
100. Quella, in altre parole, sottesa all'accesso, che sarebbe il diritto fondamentale dal quale quest'ultimo trova scaturigine come posizione giuridica strumentale.
101. La critica è in definitiva analoga a quella che veniva operata alla ricostruzione teorica dell'interesse legittimo quale forma degradata o diminuita del diritto soggettivo: risulterebbe paradossale che proprio nel momento in cui è massima l'esigenza di tutela

della posizione giuridica soggettiva, questa subisca un affievolimento. Così F.G. Scoca, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, in specie pag. 166, oltre a *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, 2007, pag. 283 e ss. Vedasi anche, in termini sostanzialmente non dissimili, G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, V. Tondi della Mura, F. Vetrò (a cura di), *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, Napoli, 2011.

102. Nel cui ambito, in ogni caso, la situazione giuridica attinta dal potere ha comunque natura patrimoniale, per quanto ci si trovi innanzi ad un giudizio tradizionalmente caratterizzato da coloriture inquisitorie, come sottolineato da M. Rampini, *La formazione della prova nella fase istruttoria del processo contabile*, in *Giustamm.it*, 4, 2008, in specie pag. 9.
103. *Contra* V. Parisio, *op. cit.*, la quale ritiene invece che l'accesso in materia di appalti, quantomeno nella disciplina recata dal d.lgs. n. 50/2016, segua invece i binari tracciati dalla l. n. 241/1990. Tale conclusione, forse, appare oggi non più predicabile anche con riferimento alle disposizioni fortemente innovative contenute nel d.lgs. n. 36/2023.
104. Cfr. ancora G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, V. Tondi della Mura, F. Vetrò (a cura di), *op. cit.*
105. Peraltro, rammentando l'importante insegnamento della già citata Adunanza Plenaria 2 aprile 2020 n. 10, ove si è affermato come solo in alcuni casi specifici l'amministrazione abbia il potere di qualificare la domanda di accesso documentale sulla base dei relativi elementi oggettivi anziché basarsi esclusivamente su quanto prospettato dal richiedente.

Dati personali e fini pubblici: dubbi di compatibilità europea del Codice Privacy

Gherardo Carullo

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-3

L'articolo analizza le condizioni di liceità del trattamento di dati personali applicabili alle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro funzioni, alla luce della disciplina europea e di quella nazionale. Il contributo pone quindi in discussione la compatibilità della normativa italiana con quella sovranazionale in quanto il nostro legislatore ha autorizzato in via generale il trattamento di dati personali e lo scambio di tali dati tra autorità pubbliche ogniqualvolta questo sia necessario per il perseguimento di fini istituzionali, laddove invece il legislatore europeo richiede che la base giuridica nazionale si fondi su un criterio di proporzionalità tra trattamento dei dati e fini pubblici perseguiti.

Personal data and public powers: European compatibility concerns regarding the Italian privacy code

The article analyses the conditions of lawfulness of the processing of personal data applicable to public administration in the exercise of their functions, in light of European and national legislation. The contribution suggests that the Italian legislation may not be compatible with European law. The Italian approach is to authorise the processing and exchange of personal data between public authorities whenever necessary for the pursuit of institutional purposes. By contrast, EU law requires a criterion of proportionality between the processing of data and the public purposes pursued.

Sommario: 1. Introduzione: il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro funzioni.- 2. Il quadro normativo italiano in materia di trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni.- 3. Analisi della compatibilità del quadro normativo italiano con il quadro giuridico del Regolamento europeo.- 4. Conclusioni: la

necessità di una maggiore aderenza della normativa italiana al quadro giuridico delineato dal Regolamento 2016/679/UE.

1. Introduzione: il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro funzioni^[1]

L'elaborazione di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni è una pratica sempre più diffusa nell'ambito dell'esercizio delle loro funzioni. Ciò è dovuto alla crescente necessità di raccogliere, conservare e utilizzare informazioni personali per finalità di interesse pubblico^[2], come la prevenzione e la repressione del crimine^[3], la tutela della salute pubblica^[4], la gestione delle finanze pubbliche^[5] o la fornitura di servizi pubblici^[6].

Naturalmente, il trattamento di dati personali deve avvenire nel rispetto delle relative norme e principi anche qualora effettuato da pubbliche amministrazioni. Al riguardo non v'è bisogno di molte parole per ricordare che il Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, noto come Regolamento Generale sulla Protezione dei dati Personali (d'ora in poi GDPR), costituisce il quadro normativo di riferimento in materia di protezione dei dati personali nell'Unione Europea^[7].

Il Regolamento 2016/679/UE prevede che il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni sia lecito solo se, e nella misura in cui, ricorra almeno una delle condizioni previste dall'articolo 6 del GDPR^[8]. Il trattamento per l'esercizio di funzioni pubbliche può in particolare essere ricondotto all'ipotesi di cui alla citata lett. e), ai sensi del quale lo stesso è lecito se «*necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*».

Si noti che, in tali casi, non è necessario raccogliere il consenso dell'interessato^[9]. È invece prescritto dal paragrafo 3 del medesimo articolo 6 che tale trattamento debba trovare fondamento nel diritto dell'Unione, ovvero dello Stato membro. Per quanto qui interessa, la disciplina nazionale in proposito è dettata dal decreto legislativo n. 196/2003, il cosiddetto Codice in materia di protezione dei dati

personali, o – in breve – Codice Privacy^[10].

Attraverso una serie di riforme è stata definita la «base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri». Dalla prima formulazione della norma si è progressivamente ampliata la possibilità per le amministrazioni di trattare e scambiare dati personali per lo svolgimento delle loro funzioni.

Se pur il GDPR ammette pacificamente – d'altronde non potrebbe fare altrimenti^[11] – lo scambio di dati personali per finalità istituzionali, le norme nazionali appaiono però, a parere di chi scrive, essersi allontanate progressivamente dai vincoli entro i quali la normativa europea ha inteso confinare l'autonomia del legislatore nazionale nel disciplinare tali fattispecie.

Onde meglio chiarire quali possano essere i punti critici della normativa italiana, giova brevemente analizzare le attuali disposizioni alla luce delle modifiche intervenute nel tempo.

2. Il quadro normativo italiano in materia di trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni

L'articolo 2-ter del d.lgs. n. 196/2003, a partire dalla sua introduzione ad opera del d.lgs. n. 101/2018, è stato oggetto di ripetuti interventi. Tali modifiche hanno avuto l'obiettivo di armonizzare la disciplina interna alle disposizioni europee e, al contempo, di garantire una maggiore fluidità nella condivisione delle informazioni tra enti pubblici. Senonché, il contemperamento di tali esigenze parrebbe aver portato ad uno sbilanciamento della disciplina nazionale a favore di un'eccessiva apertura al trattamento per fini pubblici. Al fine di cogliere in che termini le norme attuali possano risultare in contrasto con le previsioni europee, è utile una breve disamina dell'evoluzione nel tempo della norma.

Nel testo originario^[12], emerge una chiara distinzione tra le diverse categorie di dati e le condizioni per la loro condivisione. La base giuridica per il trattamento dei dati era strettamente legata a una norma di legge o, in casi specifici, di regolamento. Era concessa una certa flessibilità nella comunicazione tra titolari per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, ma ciò avveniva in presenza di specifiche condizioni e con un margine di controllo da parte del Garante per la protezione dei dati personali.

Nella prima formulazione del Codice Privacy successiva all'emanazione del Regolamento 2016/679/UE, l'articolo 2-ter del d.lgs. n. 196/2023 – in linea con la previgente normativa^[13] – disponeva in particolare che *«la base giuridica prevista dall'articolo 6, paragrafo 3, lettera b), del regolamento è costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento»*.

Con una prima modifica entrata in vigore nell'ottobre 2021^[14], venne tuttavia introdotto il comma 1-bis, che ampliò significativamente le possibilità di trattamento dei dati personali da parte delle amministrazioni pubbliche.

Al comma 1-bis, venne infatti previsto che *«il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica [...] è sempre consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti»*. In tali casi si prevedeva che, in mancanza di una norma di legge, la finalità del trattamento fosse indicata dall'amministrazione stessa *«in coerenza al compito svolto o al potere esercitato, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano»*.

Si attribuì perciò alle amministrazioni la capacità di trattare dati personali sempre e comunque per lo svolgimento dei propri compiti. Per contemperare tale ampio potere, fu inserito nel testo della norma un espresso riferimento ai diritti degli interessati e ad alcuni principi del GDPR. Rispetto alla precedente formulazione dell'articolo, evidentemente ritenuta eccessivamente stringente a fronte delle necessità istruttorie delle amministrazioni, si tentò quindi di rendere più agevole la condivisione di informazioni tra enti.

Il legislatore intervenne in tal sede anche modificando il comma 2, relativo allo scambio di dati personali tra soggetti pubblici, ammettendo *«la comunicazione fra titolari che effettuano trattamenti di dati personali [...] per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri [...] se prevista ai sensi del comma 1 o se necessaria ai sensi del comma 1-bis»*. In altri termini, si ammise che il trattamento fosse possibile sia quando previsto da una legge o da un regolamento, ovvero, sfruttando il riferimento al nuovo comma 1-bis, anche quando comunque necessario per l'adempimento di un compito svolto nel

pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri

Con il d.l. dell'8 ottobre 2021, n. 139 – convertito, con modificazioni, dalla l. del 3 dicembre 2021, n. 205 – sono state apportate ulteriori, rilevanti modifiche all'articolo 2-ter^[15].

Innanzitutto, la base giuridica per il trattamento dei dati è stata ampliata, includendo anche gli «*atti amministrativi generali*» e contestualmente rimuovendo l'avverbio «*esclusivamente*». La novella ha così sancito la possibilità per le amministrazioni di potersi autodeterminare in merito ai trattamenti di dati personali necessari per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali^[16].

Tale modifica è significativa specialmente alla luce della nuova formulazione del comma 1-*bis*. Sotto un profilo formale, vengono rimossi i generici riferimenti ai diritti degli interessati e ad alcuni principi del GDPR, introducendo invece un riferimento espresso all'articolo 6 del GDPR ed alla relativa disciplina. Il che appare condivisibile, superandosi così le possibili omissioni del precedente testo.

Quanto al portato sostanziale della norma, il comma 1-*bis*, tralasciando in questa sede le parti atte ad individuare l'ambito soggettivo di applicazione della stessa, prevede oggi che il trattamento di dati personali da parte delle amministrazioni è «*consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri ad esse attribuiti*».

Risulta dunque anzitutto rimossa dalla versione della norma attualmente in vigore la parte del precedente testo ai sensi del quale le amministrazioni, nell'applicare il comma 1-*bis*, dovevano assicurare adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento ed alle finalità del trattamento, fornendo altresì ogni ulteriore informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente. Tale rimozione, tuttavia, non appare ridurre gli oneri informativi derivanti dall'applicazione del comma 1-*bis* poiché restano naturalmente valide tutte le disposizioni di cui al Regolamento 2016/679/UE, a cui oggi la norma – nel dubbio – espressamente rinvia.

In tale contesto non viene modificato invece il comma 2, lasciando alle amministrazioni la possibilità di trasmettere dati ad altri soggetti pubblici per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali, qualora consentito «*da una norma di legge o di regolamento o da atti amministrativi generali*», ovvero se necessario ai sensi del comma 1-*bis*.

Un ultimo elemento da segnalare in relazione alle modifiche da ultimo introdotte

è l'introduzione di una notifica obbligatoria al Garante in caso di comunicazione o diffusione di dati a soggetti che intendono trattarli per finalità diverse da quelle per cui gli stessi sono stati acquisiti dall'amministrazione che ne è titolare. Se pur può essere letta con favore l'espansione delle garanzie, quantomeno nelle situazioni in cui il trasferimento di dati sia effettuato in vista di fini diversi da quelli per i quali i dati sono stati raccolti, allo stesso tempo l'introduzione di tale espresso requisito al comma 3 conferma (ed è importante rilevarlo) che ciò non sia invece necessario per le ipotesi di cui al comma 2, relativo allo scambio di dati per le medesime finalità.

3. Analisi della compatibilità del quadro normativo italiano con il quadro giuridico del Regolamento europeo

Come si è detto, il Regolamento 2016/679/UE ha stabilito una serie di condizioni di liceità per il trattamento dei dati personali, tra cui quella prevista dall'art. 6 lett. e), secondo cui il trattamento può essere lecito se necessario per lo svolgimento di un interesse pubblico o per l'esercizio di un pubblico potere.

Il Regolamento richiede che ci sia una base giuridica per il trattamento dei dati personali, che può essere costituita da una norma di legge o di regolamento, come previsto dall'art. 6, paragrafo 3. L'art. 6, paragrafo 3, indica espressamente che la base giuridica «*potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento*»^[17], e poi soprattutto impone che «*il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito*». La norma europea, dunque, pur lasciando agli Stati membri la scelta su quali misure adottare per specificare l'applicazione del Regolamento 2016/679/UE, richiede tassativamente che la base giuridica del trattamento dei dati personali sia proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito.

La portata del principio di proporzionalità in relazione al trattamento di dati personali è stata ampiamente analizzata nel caso *Schrems II*^[18], riguardante il trasferimento di dati tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti. In tale occasione, la Corte di giustizia – analizzando il Regolamento 2016/679/UE in combinato con le disposizioni sulla protezione dei dati personali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ha affermato che «*eventuali limitazioni*

all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Secondo l'articolo 52, paragrafo 1, seconda frase, della Carta, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». La Corte ha quindi aggiunto che «il requisito secondo cui qualsiasi limitazione nell'esercizio dei diritti fondamentali deve essere prevista dalla legge implica che la base giuridica che consente l'ingerenza in tali diritti deve definire essa stessa la portata della limitazione dell'esercizio del diritto considerato», chiarendo al riguardo che «per soddisfare il requisito di proporzionalità [...] la normativa controversa che comporta l'ingerenza deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura de qua e impongano requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono trasferiti dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi. In particolare, essa deve indicare in quali circostanze e a quali condizioni possa essere adottata una misura che prevede il trattamento di siffatti dati, garantendo così che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario»^[19].

Come visto, nel nostro ordinamento la normativa sulla protezione dei dati personali prevede che il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni possa essere consentito se previsto da una norma di legge, di regolamento o da un atto amministrativo. Tuttavia, il comma 1-bis dell'art. 2-ter del d.lgs. n. 196/2003 prevede altresì che in mancanza di tale previsione normativa, il trattamento ai sensi dell'art. 6 lett. e) del Regolamento sia comunque possibile se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri.

In sostanza, la norma nazionale autorizza sempre e comunque il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni quando queste agiscono per i fini istituzionali, in quanto tali soggetti pubblici devono sempre agire nel pubblico interesse e possono farlo solo in quanto attributari di un potere pubblico. In altri termini, e riassumendo: il trattamento «*necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*» (art. 6, lett. e del Regolamento 2016/679/UE), secondo il nostro

legislatore, è sempre ammesso qualora sia necessario per l'esecuzione delle finalità istituzionali delle amministrazioni, ossia, è sempre ammesso per l'esecuzione di compiti di interesse pubblico.

Questa autorizzazione risulta tuttavia sostanzialmente tautologica^[20] – essendo scontato che l'attività amministrativa sia funzionalizzata^[21] – e introduce una sorta di “licenza” incondizionata al trattamento di dati personali, senza che siano definiti limiti o requisiti specifici. Il che risulta stridere con il suddetto requisito di proporzionalità.

La norma nazionale appare perciò difficilmente compatibile con il quadro europeo. Il legislatore italiano ha autorizzato sempre e comunque il trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento dei loro fini istituzionali, senza valutare se – ed in che misura – ciò sia necessario rispetto all'obiettivo legittimo perseguito^[22]. Ad esempio, la disciplina nazionale non ha nemmeno ipotizzato alcuna categoria che consenta di determinare se il trattamento dei dati personali sia effettivamente necessario per lo svolgimento di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri.

L'incompatibilità tra la norma nazionale e il Regolamento europeo è data, in sintesi, dalla mancanza di una qualsivoglia valutazione di adeguatezza e di necessità del trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni, come invece il principio di proporzionalità esigerebbe^[23].

Si può in particolare notare che il comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter* del d.lgs. n. 196/2003, proprio in ragione della sua ampiezza e della mancanza di qualsivoglia contestualizzazione delle norme rispetto alle tipologie di dati, delle finalità e dei soggetti coinvolti nel trattamento, finisce con il rendere apparentemente lecito – alla luce della normativa italiana – un qualsiasi trattamento, indipendentemente dal tipo di dato trattato rispetto al potere pubblico esercitato.

Un'attuazione conforme al principio di proporzionalità avrebbe invece imposto che il legislatore, nell'introdurre il comma 1-*bis*, avesse graduato la possibilità di trattare dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni rispetto quantomeno al potere pubblico esercitato e, quindi, l'interesse pubblico perseguito^[24]. Ciò sarebbe potuto avvenire anche solo definendo dei criteri atti a stabilire i termini di massima del trattamento, prevedendo una qualche minima garanzia volta a delimitare entro pur ampi confini la possibilità per le amministrazioni di gestire indifferentemente qualsiasi dato personale.

Nulla di tutto questo si rinviene nelle norme analizzate. L'ampia formulazione della norma non pare peraltro nemmeno necessaria. Giova ricordare che l'art. 2-ter, comma 1, sancisce che il trattamento di dati personali da parte di una pubblica amministrazione può essere legittimato anche solo da atti amministrativi generali, con il che dunque pare più che garantita l'efficienza dell'azione amministrativa, superandosi in radice eventuali timori di un eccessivo irrigidimento normativo^[25].

La questione appare particolarmente delicata in quanto l'ampia formulazione del Codice Privacy può pregiudicare in concreto i diritti dei singoli, specialmente laddove per le amministrazioni non sia chiaro quale sia il confine dei propri oneri e poteri.

Si pensi, ad esempio, agli obblighi di trasparenza^[26]. Prima delle ultime riforme, la pubblicazione di dati personali unitamente a provvedimenti amministrativi era già stata sanzionata dal Garante per mancanza di una base giuridica appropriata^[27], ma alla luce delle norme analizzate sopra, oggi una simile sanzione sarebbe più difficilmente irrogabile. Sicché, per le amministrazioni, piuttosto che violare gli obblighi di trasparenza, potrebbe apparire più prudente pubblicare atti contenenti dati personali, ritenendosi ciò lecito per il sol fatto che la pubblicazione rientri nell'esercizio delle loro funzioni.

Un'ulteriore fattispecie nella quale l'incerta norma nazionale può risultare particolarmente pregiudizievole per i privati è quello dello sviluppo ed utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione. Poiché tali sistemi sono basati in sostanza sull'analisi massiva di dati^[28], l'assenza di criteri che definiscano i limiti entro i quali i dati personali possono essere utilizzati per lo svolgimento di funzioni istituzionali pubbliche può determinare una pericolosa apertura ad un uso pressoché insindacabile del patrimonio informativo pubblico^[29].

In tale contesto, è importante notare che il Garante per la protezione dei dati personali non è stato sul punto investito di alcun esplicito potere. Come si è visto, l'obbligo di notifica al Garante è stato prescritto solo in caso di comunicazione o diffusione di dati a soggetti che intendono trattarli per finalità diverse da quelle per cui gli stessi sono stati acquisiti dall'amministrazione che ne è titolare. Si sarebbe forse potuta affermare la compatibilità delle norme nazionali se la norma, nella sua attuale formulazione, avesse quantomeno previsto l'obbligo

(normativamente sancito) del rispetto di linee guida o altre prescrizioni del Garante in materia di trattamenti di dati personali per finalità di interesse pubblico^[30]. Ma nemmeno di ciò vi è traccia nelle norme qui esaminate.

4. Conclusioni: la necessità di una maggiore aderenza della normativa italiana al quadro giuridico delineato dal Regolamento 2016/679/UE

In conclusione, occorre rilevare che la prospettata incompatibilità della normativa nazionale con il quadro europeo di riferimento, rappresentato dal GDPR, può avere rilevanti ripercussioni.

In primo luogo, vi è il rischio che l'azione amministrativa risulti illegittima qualora frutto di un trattamento di dati personali contrario alla disciplina europea, se pur apparentemente in linea con la disciplina nazionale^[31]. Il GDPR è infatti un regolamento e, come tale, dotato dell'attributo dell'effetto diretto, cui si accompagna – come è noto – anche il primato sul diritto nazionale incompatibile^[32].

In secondo luogo, l'incompatibilità tra la norma nazionale e il regolamento europeo potrebbe anche portare all'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia^[33], specialmente ove si consideri la natura di diritto fondamentale che è stata attribuita della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 8) e quindi dal GDPR alla protezione dei dati personali^[34].

Onde superare tali criticità, si potrebbe argomentare che il comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter* debba essere implicitamente interpretato alla luce del requisito di proporzionalità previsto dall'art. 6, paragrafo 3, del Regolamento europeo. Si potrebbe in tal senso ipotizzare che il legislatore italiano abbia inteso includere implicitamente la valutazione di proporzionalità nel comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter*, anche se non espressamente menzionata, e pur in mancanza di criteri di sorta in proposito. In tal modo, il trattamento dei dati personali funzionale all'esercizio dei compiti istituzionali delle amministrazioni – nell'ampia nozione di cui al più volte citato comma 1-*bis* – sarebbe lecito solo se fosse dimostrato dall'amministrazione che lo stesso sia necessario e proporzionato rispetto all'obiettivo legittimo perseguito. L'art. 2-*ter*, dunque, andrebbe interpretato

quale norma integrante l'onere motivazionale di cui all'art. 3 l. 241/1990.

Accedendo a tale lettura, si dovrebbe ritenere che, in caso di uso di dati personali sulla base del comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter*, l'amministrazione dovrebbe dar conto – e quindi puntualmente esplicitare nelle motivazioni dell'atto – per quale motivo l'interesse pubblico per cui si è agito abbia giustificato il trattamento. In altri termini, l'onere di applicare il principio di proporzionalità sarebbe trasferito in capo alle amministrazioni, attraverso la motivazione dei loro atti, dimostrando la sussistenza, volta per volta, di una concreta e giustificata esigenza pubblica legata alla necessità di trattamento dei dati personali.

Una tale interpretazione della norma nazionale non consentirebbe, tuttavia, di superarne i rilievi di incompatibilità rispetto alle prescrizioni del Regolamento europeo. La norma del GDPR, difatti, pone l'onere di rispettare il principio di proporzionalità in capo alla base giuridica che legittima l'uso dei dati, sicché detta valutazione dovrebbe precedere l'uso degli stessi. Invertire l'ordine dei fattori, delegando all'amministrazione detta valutazione in sede procedimentale, significa in sostanza rinviare il test di proporzionalità al momento in cui i dati vengono trattati, il che non pare coerente con l'alto livello di protezione richiesto dal Regolamento europeo.

1. Il presente scritto è dedicato a Guido Greco e destinato ad essere successivamente pubblicato nel *Liber Amicorum* per Guido Greco, a cura di F.G. Scoca, M.P. Chiti, D.U. Galetta, di prossima pubblicazione nella Collana del Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, edita con Giappichelli (Torino 2024). Se ne anticipa la pubblicazione in quanto di particolare interesse per la Rivista in ragione dei temi trattati.
2. Sul punto si consenta di rinviare a quanto esposto in G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.
3. Sul tema v. M.B. Armiento, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Dir. amm.*, 4, 2020; A. Bonfanti, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *Rivista del diritto dei media*, 3, 2018; T. Rademacher, *"Predictive Policing" als Herausforderung für das öffentliche Recht*, in D.U. Galetta, J. Ziller (a cura di), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection, Atti del 12° congresso annuale della Societas Iuris Public Europaei (SIPE), Milano, 25-27 maggio 2017*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2018.
4. I contributi sul potenziale dei dati e dell'intelligenza artificiale nel campo sanitario sono

- pressoché innumerevoli, a mero titolo esemplificativo si vedano F. Filicori, O.R. Meireles, *Artificial Intelligence in Surgery*, in N. Lidströmer, H. Ashraffian (a cura di), *Artificial Intelligence in Medicine*, Springer, Cham, 2022; F. Sanmarchi, C. Fanconi, D. Golinelli, D. Gori, T. Hernandez-Boussard, A. Capodici, *Predict, diagnose, and treat chronic kidney disease with machine learning: a systematic literature review*, in *J Nephrol*, vol. 36, 4, 2023.
5. In tema di tassazione si v. ad esempio A. Fidelangeli, F. Galli, *Artificial Intelligence and Tax Law: Perspectives and Challenges*, in *CERIDAP*, 4, 2021.
 6. Sul che v. G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
 7. Si è addirittura affermato in proposito che «*il regolamento si colloca in una prospettiva "dinamica", che vede la tutela della protezione dei dati personali non solo come un diritto fondamentale dei cittadini ma anche come un valore sociale di diritto pubblico europeo*», F. Pizzetti, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in *MediaLaws*, 1, 2018, p. 109.
 8. Ai sensi di tale norma, il trattamento è lecito se: a) l'interessato ha espresso il proprio consenso; b) se il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto o di misure precontrattuali; c) se il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale; d) se il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri; o f) se il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.
 9. In tal senso v. S. D'Ancona, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2018, par. 4, il quale condivisibilmente aggiunge che, nei casi di trattamento *ex lege*, «*non solo il consenso non è requisito per la legittimità del trattamento ma è addirittura precluso, posto che, ove lo richiedesse, l'Amministrazione porrebbe in essere un comportamento di aggravamento del procedimento*».
 10. Il decreto ha subito diverse modifiche nel tempo, ed in particolare è stato adeguato al Regolamento 2026/679/UE dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.
 11. Sul rapporto tra esercizio di potestà pubbliche e limiti derivanti dall'ordinamento europeo, v. M. Lottini, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017.
 12. In vigore dal 19 settembre 2018 all'8 ottobre 2021.
 13. Sin dalla l. n. 675/1996, si era previsto che il trattamento da parte delle pubbliche amministrazioni fosse lecito «*soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali, nei limiti stabiliti dalla legge e dai regolamenti*». In dottrina, già all'epoca, si era commentato che «*la disposizione si radica sull'identificazione, da parte della l. n. 675/1996, del criterio*

- di legittimazione dei soggetti pubblici al trattamento dei dati personali nella necessità di disporre per lo svolgimento delle funzioni istituzionali», M.P. Guerra, L'ordinamento statistico, in S. Cassese (a cura di), Trattato di Diritto Amministrativo, vol. I, II Ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 192. Più di recente, si è commentato che la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 101/2018 in attuazione del Regolamento europeo ha irrigidito la precedente disciplina, v. C. Colapietro, Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione, in Federalismi.it, 14, 2020, p. 67.*
14. Per l'esattezza, entrata in vigore il 9 ottobre 2021.
 15. In vigore dal 8 dicembre 2021 e, al momento in cui si scrive, tutt'ora vigente in questa formulazione.
 16. In dottrina si è infatti affermato che *«venuto meno il polo attrattivo determinato dall'avverbio "esclusivamente" ed aggiunta la possibilità di fondare il trattamento (anche) sulla base giuridica consistente negli atti amministrativi generali (atti, per definizione, di carattere non normativo), lo standard legale risultante smette di caratterizzarsi nei termini della stretta legalità», B. Ponti, Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità, Milano, 2023, pp. 103-104.*
 17. Tra queste vengono elencate dalla norma stessa: *«le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX»*
 18. Corte giust., sentenza 16 luglio 2020, C-311/18, *Schrems II*, ECLI:EU:C:2020:559.
 19. V. p.ti. 174-176 della sentenza nel citato caso *Schrems II*.
 20. A supporto del carattere tautologico della norma sembrerebbe deporre anche quanto afferma B. Ponti, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2023, p. 618, il quale – nel paragonare la norma in esame a quella di cui al CAD (d.lgs. n. 82/2005) – afferma riassuntivamente che *«la circostanza che un dato personale sia necessario per l'esercizio di una funzione pubblica è, al tempo stesso, presupposto per la fruizione da parte di una amministrazione che non ne sia titolare, e condizione di liceità del trattamento che ne consente in concreto tale fruizione».*
 21. Per tutti v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 6, ed ivi in particolare il riferimento a O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, pp. 7 ss., ora anche in E. Ferrari, B. Sordi (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Camerino, 1992, pp. 35 ss., p. 62, p. 79, secondo cui *«l'amministrazione pubblica opera sempre in vista d'interessi generali, di cui essa si presenta come curatrice, o come tutelatrice e curatrice insieme; ciò mostra che essa ha per fine diretto della propria attività l'interesse pubblico e che quindi opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico».* Per quanto riguarda la

- funzionalizzazione dell'attività negoziale, per tutti v. G. Greco, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003.
22. Tale situazione appare analoga a quella che ha già portato ad una pronuncia di incostituzionalità da parte della nostra Corte cost. n. 20/2019, sul che si rinvia a F. Lorè, *La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 4, 2021, p. 215, il quale afferma che «la necessaria armonizzazione tra esigenze di trasparenza e di tutela della riservatezza è raggiungibile mediante l'applicazione di principi di derivazione comunitaria, in particolare attraverso il rispetto del principio di proporzionalità, la cui corretta attuazione può riequilibrare specifiche esigenze di contemperamento degli interessi in gioco».
 23. Sul che, per tutti, si veda l'analisi del principio, sia sotto un profilo europeo sia nazionale, di D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; Ead., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 3, 2005; Ead., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 10, 2006; Ead., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2007; Ead., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2019; Ead., *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 14, 2020; D.U. Galetta, *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, in *Enciclopedia del diritto*, 2023.
 24. Sul requisito di proporzionalità delle norme nazionali attuative dell'art. 6 del Regolamento 2016/679/UE, v. anche F. Midiri, *Protezione dei dati personali nell'archiviazione e catalogazione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 3, 2020, par. 3, il quale, in relazione alla norma italiana che disciplina la diffusione dei dati dei cataloghi digitali – se pur in senso inverso a quello qui analizzato, in quanto censurante le norme nazionali per un eccessivo rigore –, afferma che «per considerare pienamente leciti i nostri trattamenti e consentirne l'operatività pare necessario disapplicare la regola nazionale, considerandola non proporzionata alle sue finalità ed alla protezione dei diritti degli interessati, per ritornare alle disposizioni generali più permissive del GDPR».
 25. Timori ad esempio formulati in relazione alla competenza legislativa sul punto, affermandosi anche quella regionale, v. V. Palladini, *La Corte costituzionale e i poteri d'intervento del Garante privacy tra autonomia regionale, emergenza e "ragion di Stato"*, in *Federalismi.it*, 5, 2023, p. 91. Sul punto anche M. Falcone, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big Data*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 260, il quale sottolinea che, grazie alla modifica al comma 1, «le amministrazioni potranno disciplinare tutte le questioni relative al trattamento dei dati (la specificazione del titolare del

trattamento, il tipo di dati personali oggetto del trattamento, gli interessati coinvolti, i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali, il periodo di conservazione dei dati) ed indicarne direttamente le finalità anche attraverso un atto amministrativo generale, senza dovere attendere una specifica disposizione normativa».

26. Sul rapporto tra trasparenza e protezione dei dati personali v. per tutti I. Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11, 2015, p. 9.
27. Si veda ad esempio S. Croci, *Gli obblighi di pubblicità e trasparenza nelle pubbliche amministrazioni ed il rispetto della privacy: la formazione ICT del personale come grandezza predittiva*, in *CERIDAP*, 4, 2020, p. 53, la quale analizza, tra gli altri, il caso del Comune di Montevago, che, avendo pubblicato un provvedimento amministrativo con allegato un documento contenente dati personali identificabili, è stato multato dal Garante in quanto, come spiega l'Autrice, «*al tempo della violazione (e tuttora, a ben vedere) non sussisteva infatti alcuna norma di legge o regolamento nazionale – statale o regionale – che prevedesse espressamente la possibilità di diffondere (rectius, trattare) on line i fatti ed i dati personali della persona fisica in questione: con la conseguenza che tale trattamento si qualificava pertanto “non necessario”, né per adempiere un obbligo legale, tanto meno per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*».
28. In proposito, per brevità, si rinvia a quanto già esposto in G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 3, 2021; Id., *Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making*, in *CERIDAP*, 3, 2023.
29. In tal senso in dottrina v. J. Valero Torrijos, *Las singularidades del tratamiento de datos de carácter personal en entornos de inteligencia artificial en el sector público*, in E. Gamero Casado (a cura di), *Inteligencia artificial y sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 359–360.
30. In proposito si è del resto già da tempo rilevato, in materia di «*bilanciamento di interessi per escludere la necessità del consenso dell'interessato*», che «*attraverso l'istituto del “bilanciamento degli interessi” il Garante determina il contenuto delle posizioni sostanziali delle parti del rapporto di trattamento – e lo stesso contenuto sostanziale del diritto alla protezione dei dati personali – fino a prevedere nuove fattispecie di liceità del trattamento dei dati accanto a quelle già previste ed integrare così, con la propria discrezionalità, la disciplina legislativa generale della protezione dei personali. In tal senso il potere può essere considerato sostanzialmente normativo*», F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 186.
31. Sulle conseguenze di un'antinomia tra norma italiana e norme europea sugli atti amministrativi nazionali v. per tutti G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale* (coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta), vol. II, II Ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 933 e ss., il quale spiega, riassuntivamente, che «*l'atto amministrativo italiano rimane sempre soggetto al consueto regime di illegittimità-*

- annullabilità, anche allorché esso risulti in contrasto diretto con la norma comunitaria».*
32. Sul punto si rinvia riassuntivamente a D.U. Galetta, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II Ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 95 e ss..
 33. Sul ruolo della procedura di infrazione quale strumento di controllo sull'azione amministrativa in contrasto con le prescrizioni dell'Unione europea, G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, cit., p. 942, ricorda «*il ruolo della Commissione [...] col potere di adire la Corte di giustizia di fronte a qualunque inadempienza dello Stato membro (art. 226 e ss. CE). Il che ben può verificarsi [...] anche per l'attività amministrativa, inficiata da illegittimità comunitaria: si tratta di un istituto di controllo, per l'affermazione (in senso oggettivo) del medesimo diritto comunitario, che compensa i limiti della tutela giurisdizionale impostata sulla lesione di posizioni soggettive e che non può essere trascurato nella valutazione d'insieme del sistema*». In tal senso v. anche M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 120 e ss..
 34. Cfr. Regolamento 2016/679/UE. Sulla crescente rilevanza del diritto alla protezione dei dati personali e dello «*sviluppo del diritto alla privacy, certamente funzionale ad una amplificazione del controllo del flusso dei dati personali fuoriusciti dalla sfera privata*», v. L. Chieffi, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, p. 23.

The Council of Europe's Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law

Lorenzo Cotino Hueso

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-31

Il contributo presenta un'analisi della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'Intelligenza Artificiale nel contesto della regolamentazione europea e globale dell'IA. Questa analisi è particolarmente pertinente alla luce dei recenti sviluppi sull'IA, come il lancio di ChatGPT e la finalizzazione del Regolamento UE sull'IA. Lo studio esamina il potenziale della Convenzione, ponendo in evidenza come il suo ambito di applicazione si estenda oltre i sistemi ad alto rischio di cui al Regolamento UE sull'IA. La Convenzione riafferma l'importanza di stabilire principi regolatori, diritti e garanzie, nonché di adottare un approccio basato sul rischio. Sebbene la Convenzione rimanga in ombra rispetto al Regolamento IA e alla legislazione UE, essa può rappresentare un quadro di riferimento significativo per gli Stati membri dell'UE, offrendo un valore quasi costituzionale e certamente simbolico.

The paper presents an analysis of the Council of Europe Convention on Artificial Intelligence in the context of European and global AI regulation. This analysis is particularly pertinent in light of recent developments in AI, such as the release of ChatGPT, and the finalisation of the EU Regulation on AI. The study examines the potential of the Convention, noting that its scope extends beyond high-risk systems, such as the EU AI Law. The Convention reaffirms the importance of establishing regulatory principles, rights and guarantees, as well as adopting a risk-based approach. While the Convention remains overshadowed by the IIA Regulation and EU legislation, it can also be a significant framework for EU member states, offering a quasi-constitutional and symbolic value.

Summary: 1. The Council of Europe joins the regulation of artificial intelligence

with the “AI Convention”.- 2. The normative, interpretative and symbolic value of an IA Convention.- 3. The general provisions: purpose, the controversial application to the sector and the exclusions in research, defence and national security.- 4. The important regulation of “principles” and the focus on “affected subjects” and groups and collectives.- 5. The rights to documentation, records or notifications and the guarantee of an independent authority.- 6. Relevant risk and impact assessment and mitigation obligations.- 7. Some common clauses in rights conventions and the “Monitoring and Cooperation Mechanism”.- 8. The interrelation of the Convention with EU law and in particular with the EU AI Act.- 9. To conclude: the Convention incorporates the “lyric” into the “prose” of the EU Regulation.- 10. Bibliographical References.

1. The Council of Europe joins the regulation of artificial intelligence with the “AI Convention”^[1]

It is worthwhile to consider the Council of Europe’s *Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law* (hereafter AI Convention) in light of the growing regulation of artificial intelligence (AI). The regulation of artificial intelligence (AI) has been a topic of discussion within the European Union (EU) since 2016, particularly following the publication of the AI White Paper in 2020^[2]. This was followed by the proposed AI Regulation (RIA) in 2021^[3]. The culmination of this regulatory process was reached on 9 December 2023, with an agreement and subsequent finalisation of the text, its final approval and publication in July 2024^[4]. The EU regulation (EU AI Act) sparked AI regulation in other parts of the world. Thus, on 16 June 2022, Canada introduced the *Digital Charter Implementation Act 2022 (Digital Charter Implementation Act)*^[5] under the *Artificial Intelligence and Data Act (AIDA)*^[6]. In December 2022, Brazil initiated the processing of Bill No. 2338 in the Senate, aimed at regulating AI^[7]. Also, among other things, there is the prospect of weak regulation by the UK following its exit from the EU^[8]. These initiatives seem to have been awaiting the adoption of the EU AI Act.

Especially with the emergence of *Chatgpt* since the end of 2022, the process has accelerated. In China, for example, the *Interim Measures for the Management of*

Generative Artificial Intelligence Services, adopted on 13 July 2023, in force since 24 August, is noteworthy^[9]. In Canada, the *Voluntary Code of Conduct for the Responsible Development and Management of Advanced Generative AI Systems* was announced and opened for voluntary adoption in September 2023^[10]. In the context of the G7, there is the so-called “Hiroshima Process” which is substantiated in the agreement on the *International Code of Conduct for Organisations Developing Advanced AI Systems* of 30 October 2023, a voluntary instrument for AI developers^[11]. On the same day, the United States adopted the Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence of 30 October 2023^[12]. More partially, on 3 January 2024, California has regulated its *Artificial Intelligence Accountability Act*^[13] or Illinois has its *Artificial Intelligence Video Interview Act* (820 ILCS 42/)^[14]. In Latin America there are multiple legislative proposals^[15].

The adoption of the AI Convention, which will take effect in 2024, should be viewed in this context, particularly in light of the lengthy shadow cast by the EU’s EU AI Act, although there has already been some background since 2019.

Thus, the Council of Europe, through its Committee of Ministers, established the *Ad hoc* Committee on Artificial Intelligence (CAHAI)^[16] on 11 September 2019. Subsequently, the Committee on Artificial Intelligence (CAI) was given a mandate from January 2022 to December 2024^[17], with the *Terms of Reference of the CAI*^[18]. The CAI was tasked with creating a «*cross-cutting binding legal instrument*»^[19] that promotes innovation and establishes «*robust and clear*» principles for the design, development and application of AI systems, recognising that it «*cannot currently regulate all aspects of the development and use of AI systems*».

This mandate was clearly intended to transcend borders, seeking to create an «*instrument attractive not only to states in Europe but to as many states as possible in all regions of the world*», involving “Observers”^[20] such as Israel, Canada^[21], the United States, Japan, the Global Partnership on Artificial Intelligence (GPAI), Internet companies, and civil society organisations. They participate in the drafting and may accede to the AI Convention once it enters into force, as stipulated in its article 31.

The CAI worked on the basis established by CAHAI between 2019 and 2021^[22]. Recital 9 underlines the urgency of «*a globally applicable legal framework*».

This defined basic contents^[23] which have been articulated in successive documents: the purpose and scope of the IA Convention; definitions of IA system, lifecycle, provider, user and «*IA subject*»; fundamental principles, including procedural safeguards and rights of IA subjects; additional measures for the public sector, as well as IA systems posing «*unacceptable*» and «*significant*» levels of risk; a mechanism for monitoring and cooperation between the parties and final provisions.

A revised “*Zero Draft*” was published on 6 January 2023 (4th plenary meeting)^[24]. On 7 July 2023 (6th meeting), the Consolidated Working Draft^[25], the basis for future negotiations, was released. On 18 December 2023 (8th meeting), the Draft Framework Convention was released^[26]. The final text of the Convention was basically agreed in the framework of the 20 March 2024 session of the Committee of Ministers, then at the 29 April meeting. It appears that there was a certain risk of non-agreement by the United States, which lobbied hard for the Convention not to apply to private parties^[27]. The Convention was finally adopted on 17 May 2024 at the 133rd Session of the Committee of Ministers (Strasbourg, 17 May 2024). The Convention is listed as No 225 in the series of treaties^[28], there is an Explanatory Report^[29] and it opens for signature on 5 September 2024 at the Conference of Ministers of Justice in Vilnius. It is a long convention comprising seventeen recitals and thirty-six articles divided into eight chapters^[30].

2. The normative, interpretative and symbolic value of an IA Convention

It is a Convention of minimum standards, with few obligations and rights. The CAHAI stated the objective of creating a «*common legal framework containing certain minimum standards for the development, design and implementation of AI in relation to human rights, democracy and the rule of law*»^[31]. It speaks of «*common general principles and standards*» (Recital 9) and of the «*framework character of the Convention, which may be supplemented by other instruments*» (Recital 11).

As to the degree of concreteness of the obligations in the text of the AI Convention, Article 4 generally states that «*Each Party shall adopt or maintain*

measures to ensure that activities within the life cycle of artificial intelligence systems are consistent with obligations to protect human rights, as enshrined in applicable international law and its domestic law». Article 5 generically presents the obligation to take measures with respect to the «*Integrity of democratic processes and respect for the rule of law*» as well as «*to respect human dignity and individual autonomy*» (art. 6). On as many as 31 occasions it is stated that the parties shall take or adopt «*necessary*», «*appropriate*», «*political*» or «*legislative or other measures*». These are common expressions in the international context. As will be discussed, all measures «*shall be graduated and differentiated*» according to the impacts and risks generated by AI systems under a risk-based approach (Art. 1.2).

Although in general the IA Convention is not characterised by clear obligations and clear specific rights, there are several reasons to take the Convention into account normatively. As will be shown, the general “principles” that are regulated in Chapter III have a high potential in the hands of legal operators, all the more so since the EU AI Act does not ultimately regulate principles. In addition, Chapter IV regulates some rights and guarantees. Article 16 (Chapter V) on risk and impact assessment and mitigation imposes the most relevant obligations of the entire IA Convention. Furthermore, the direct effect of treaties, their quasi-constitutional value and their potential interpretative effect and their integration into State law should not be lost sight of. Thus, it should be remembered that, after their ratification and publication, international treaties are incorporated into domestic law (Art. 96 of the Spanish Constitution), allowing them to be directly invoked before authorities and courts^[3]. It is for these reasons that, although it is not easy to derive rights and obligations from the IA Convention without intermediate legislation by the States, the potential of its direct application and its pre-eminence over domestic rules must be recognised (arts. 29 and 30 Law 25/2014 in Spain). Furthermore and especially, it is important to highlight the quasi-constitutional value of treaties related to fundamental rights in accordance with article 10.2 of the Spanish Constitution, as they become mandatory elements for interpreting the Constitution and its rights. Thus, the Treaty «*becomes in a certain way the constitutionally declared content of rights and freedoms*» (STC 36/1991, FJ 4) and determines «*the exact outlines of their content*» (STC 28/1991, FJ 5). Thus, once ratified, a convention

has considerable normative and interpretative value.

Even beyond their normative legal value, the symbolic and meta-legal value of the Council of Europe's rights treaties should not be forgotten, as they represent a commitment to shared values and set ideals and political guidelines. Their symbolic value and their ability to guide the interpretation of fundamental rights and to promote policies and legislation are crucial. Unlike regulations with more specific provisions such as the EU AI Act or the GDPR, this IA Convention also has these characteristics of such potential.

3. The general provisions: purpose, the controversial application to the sector and the exclusions in research, defence and national security

Chapter I, with its General Provisions, highlights the general objective that *«activities within the lifecycle of artificial intelligence systems should be fully consistent with human rights, democracy and the rule of law»* and mentions the graduation of obligations according to the severity of *«adverse impacts»* (Art. 1.1 and 2). Article 16 elaborates on this risk approach.

The scope of application of the AI Convention is associated with the concept of “artificial intelligence system”: *«machine-based system that for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations or decisions that may influence physical or virtual environments»*. *«Different artificial intelligence systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment»* (art. 2). There is international convergence on the definition of AI, reflected in the evolution of the EU Regulation and the OECD adjustments in November 2023^[33], so no divergences are foreseen. The IA Convention applies to IA *«systems that have the potential to interfere with human rights, democracy and the rule of law»* (Art. 3.1). The IA Convention may imply obligations for systems that are not “high risk”, since it does not deal with this notion, which, as is well known, is essential to implement EU AI Act obligations.

The application of the IA Convention to the private sector has been a particularly contentious issue that conditioned its final approval due to strong lobbying by the US^[34]. The version of 7 July 2023 did not specify anything in this

regard. The 18 December draft set out options. Option A does not differentiate between sectors, implying possible obligations in both. Option B refers to *«activities [...] carried out by public authorities or entities acting on their behalf»* although the obligation of the parties to enforce in respect of private entities is expressly stated. Option C does not distinguish, although it reinforces for the public sector the need for appropriate measures and states the introduction of *«progressively»* adopting measures for *«private parties»*. The EDPS took a positive view and assumed that the IA Convention covered *«both public and private providers and users [...], irrespective of whether the providers and users of IA systems are public or private entities»* (Nos 23 and 24). It also welcomed the fact that *«additional measures for the public sector»* were to be established, which would also cover private entities when they provide public services (No. 25)^[35].

A compromise agreement has finally been reached, which offers the signatory parties - if I may say so - an “à la carte” choice of commitment for the private sector. The final version of Article 3.1 starts from the application *«by public authorities, or private actors acting on their behalf»* (a). For what is not covered by this subparagraph (a), subparagraph (b) states that it will *«address the risks [...] of artificial intelligence systems by private actors [...] in a manner conforming with the object and purpose of this Convention»*.

And in particular, it refers to what each State declares at signature or ratification, choosing to apply the Convention *«to activities of private actors or by taking other appropriate measures to fulfil the obligation set out in this subparagraph»*. As a safeguard clause, it is stated that this possibility of limiting the scope of the IA Convention to the private sector *«may not derogate from or limit the application of its international obligations undertaken to protect human rights, democracy and the rule of law»*.

The exclusions from application to research and in respect of national security are not total. It should be noted that the exclusion of research is an issue that has changed in the EU AI Act. The Commission’s initial proposal did not mention - and therefore did not exclude - research. The exclusion of AI systems for *«the sole purpose of scientific research and development»* was introduced in the EU Council’s version of December 2022 (Art. 2, 5a). In June 2023, the Parliament delimited this exception^[36], even proposing the possibility of delegated acts to specify the scope of the exclusion. This has not been reflected in the final text.

The final published text limits the scope of the research exception. The EU AI Act «*shall not apply to AI systems or models, including their output results, developed and put into service specifically for the sole purpose of scientific research and development*» (Art. 2. 6th EU AI Act) and «*shall not apply to any research, testing or development activity relating to AI systems or AI models prior to their placing on the market or putting into service*» (Art. 2. 8th EU AI Act). However, the exemption is conditional on compliance with «*ethical and professional standards*» (Recital 25) and «*conformity with applicable Union law*» (Art. 2. 8th EU AI Act). Furthermore, the research exception does not in any case cover tests under real conditions (Art. 2. 8 EU AI Act). This exclusion is logical, since the objective of the regulation is to regulate the placing on the market of IA systems, whereas in research the objective - in principle - is not to place the product on the market. It should be remembered that research is susceptible to modulations and relaxations in terms of data protection legislation, also, but it is never an exclusion^[97].

For the IA Convention in relation to research, there were several options in the December 2023 Draft: exclusion «*unless the systems are tested or otherwise used*» (Option A 3.2); «*where the design, development, use and decommissioning of IA systems involve research, such research shall be included within the scope of this Convention in Article Option B 3.3.]*», Option C 3.2 delegates the issue to domestic legislation.

In my opinion, the normative solution should delimit various criteria, such as the necessary public utility of the research, that there is no placing on the market of the AI system or that there is no use of the AI system that may impact on general or uncontrolled environments in the research. Finally, Article 3.3 states as a general rule that the IA Convention «*shall not apply to research and development activities regarding artificial intelligence systems not yet made available for use*». However, it is obvious that the exclusion of research cannot derogate from the validity of recognised fundamental rights, nor from other applicable legislation. Therefore, Article 3.3 states the application «*if testing or similar activities are undertaken in such a way that they have the potential to interfere with human rights, democracy and the rule of law*». Furthermore, the exception to the investigation is «*Without prejudice to Articles 13 and 25(2)*», i.e. without prejudice to innovative measures such as sandboxing «*under the supervision of*

their competent authorities» (Art. 13) or exchanges of information between the parties (Art. 25(2)).

With regard to national security and defence, this is an area in which a very strong discretion is granted to states^[38]. However, these limitations or discretion do not in themselves imply the exclusion of the application of the law or rights and, if necessary, it is necessary to expressly establish it. This has been done in the EU AI Act. Thus, the EU AI Act «*shall not affect the national security competences of the Member States*». Furthermore, the EU AI Act does not apply to AI systems developed or used «*exclusively for military, defence or national security purposes*» (Art. 2.3). In the final version, this exclusion has been broadened, as the EU AI Act will not apply even if these military systems are placed on the market by any type of entity. It should be recalled that in these areas of national security, the application of European data protection law, which is often applied to the area of AI, is also excluded (Article 2(a) GDPR)^[39].

In the case of the IA Convention there was no total exclusion for national defence and security. The draft Convention of 7 July 2023 referred to «*restrictions, derogations or exceptions*» (Chapter III)^[40]. The 18 December version provided for a general exclusion for defence, but not a total exclusion for national security. Thereafter, there were several nuanced alternatives and more or less power for the Parties with respect to this exclusion^[41]. For its part, the EU Council in its Decision on the Convention recalls the exclusive responsibility of each State in this matter^[42]. Before the adoption of the final text, I considered it positive that, at least potentially, the validity of the IA Convention in matters of national security was recognised, albeit with a minimum formula. Finally, Article 3.2 opts for a strong exclusion of national security in the hands of each state, but an exclusion that is compatible with applicable international law^[43].

4. The important regulation of “principles” and the focus on “affected subjects” and groups and collectives

The regulation of general principles applicable to all AI systems in the AI Convention is of particular relevance, even more so than it may initially appear. In this regard, it is worth recalling that for years, among dozens of declarations and documents, some essential ethical principles of AI have become visible and

distilled^[44]. Harvard^[45] analysed more than thirty of the main international and corporate declarations on AI ethics and synthesised them into privacy, accountability, security, transparency and explainability, equity and non-discrimination, human control, professional responsibility, human values and sustainability. The future Convention is positive in that it goes beyond declarations in the field of *soft law* and regulates these principles moving, if I may say so, from the *muses* of ethics to the *theatre* of law.

In the IA Convention the principles are integrated under the formula that «*Each Party shall*» adopt these principles. Thus, Chapter III “establishes” «*common general principles which each Party shall apply [...] to the extent remedies are required by its international obligations and consistent with its domestic legal system*» (as an “explanatory note”). Eight articles (Articles 6 to 13) express and affirm such «*principles*»: human dignity and individual autonomy (Article 7), transparency and oversight (Article 8), accountability and responsibility (Article 9), equality and non-discrimination (Article 10), privacy and protection of personal data (Article 11). In the December 2023 draft, one article regulated the preservation of health [and the environment] (art. 11)^[46], but is no longer in the final version. The principles of «*reliability*» (Art. 12) and safe innovation (Art. 13) are included. There are few concrete rules, such as «*the identification of content generated by artificial intelligence systems*» (Art. 7). The December 2023 draft mentioned «*applicable national and international standards and frameworks on personal data protection and [data governance]*» (Art. 10)^[47]. In what is now Article 11.2, «*effective guarantees and safeguards have been put in place for individuals, in accordance with applicable domestic and international legal obligations*». Article 12 on «*reliability*» previously affirmed «*safety, security, accuracy, performance, quality [...] integrity, data security, governance, cybersecurity and robustness requirements*» (Art. 12) and now only «*adequate quality and security*». It stresses that «*each Party is called upon to enable the establishment of controlled environments for developing, experimenting and testing artificial intelligence systems under the supervision of its competent authorities*» (Art. 13).

It is normal for a Convention to be a flexible and open regulation, characterised by broad mandates or cross-references to existing law. Nevertheless, its normative potential is important, especially as the RIA has not finally regulated legal

“principles” of general application to IA. As is generally known, principles play an essential role in shaping and structuring the legal order, they inform the legal order and are key tools for the interpretation and application of rules; principles are a source of inspiration for resolving conflicts and for creating and supporting new interpretations. Precisely, normative principles have a particular potential in digital and disruptive sectors, where there is considerable uncertainty, such as in the case of AI.

Moreover, we should not forget that in a field as related as data protection, the “principles” (Art. 5 GDPR) have played and continue to play these general roles, being the fundamental pillars for more than thirty years. In fact, the data protection “principles” have constituted concrete rules applicable to processing operations. Indeed, their mere non-compliance directly implies the commission of infringements.

In the case of the EU, no principles were finally regulated in the articles and their proclamation was limited to a recital. There were no principles either in the Commission’s proposal of 2021 or in the Council’s text of December 2022. However, the EU Parliament in June 2023 included in a new Article 4a the «*General principles applicable to all AI systems*» (Amendment 213) in some detail: «*human intervention and oversight*» (a), «*technical robustness and security*» (b), «*privacy and data governance*» (c), «*transparency*» (d), «*diversity, non-discrimination and fairness*» (e) and «*social and environmental well-being*» (f). These principles applied to all IA systems - high-risk or not - and also to foundational models. It should be noted that this version of the EU Parliament regulated these principles in the regulatory text, but «*without creating new obligations*» (Art. 4a.2), although they were to inspire standardisation processes and technical guidelines (Art. 4a.2). Finally, the text of the EU AI Act does not regulate principles. The seven “non-binding” principles are mentioned in Recital 27, but they are expressly excluded from «*the legally binding requirements of this Regulation*», although they will be projected «*where possible, in the design and use of IA models*» and «*should serve as a basis for the development of codes of conduct*». The significance of the principles of the IA Convention is thus greater than those of the EU AI Act.

As to the recognition of “data subjects”, the definition of “artificial intelligence subject”^[48] appeared in the “Zero draft” of 6 January 2023, Article 2(e) and was

“welcomed” by the EDPS^[59]. This approach contrasted sharply with the EU AI Act, which has been criticised for its total ignorance of those affected by an AI system. It went so far as to state that «*While the IBA focuses on the digital single market and does not create new rights for individuals, the convention could fill these gaps [...] while the European Commission emphasises economics and market integration, the Council of Europe focuses on human rights, democracy and the rule of law*»^[50]. As a reflex effect, following this zero draft of the January 2023 Convention, in the EU AI Act in June the definition of «*affected person*» was included among the definitions, along with various rights in the Parliament’s amendments (Amendment 174, Art. 3. 1, 8a). «*Affected persons*» are finally not defined in the EU AI Act, but they do form part of the «*Scope of application*» of Article 2. 1 “g” EU AI Act^[51]. In the version of 7 July and 18 December 2023 as well as in the final text of the Convention, the concept of «*subject of IA*» has also disappeared, although the term is used in Article 14.2 (a) and (b) with regard to the right to provide information to those affected.

A more relevant issue is the recognition and protection of collectives and groups affected by AI. As I have had occasion to insist years ago, it is necessary to go beyond an approach limited to the direct impact of the automated system or AI on the individual^[52]. It is necessary to take into account the structural and massive impact of the use of AI systems, which in many cases are used to support general decision-making in both the public and private sectors. With regard to groups, it is essential to encourage and, where necessary, ensure specific transparency and the participation of civil society and affected groups in the various uses of AI systems. This is what I proposed for the Charter on Digital Rights in a section on «*Guarantees of social impact*»^[53]. Mantelero^[54] is particularly inspiring on this issue. The UNESCO Recommendation on AI also insists on the need for a collective approach and above all the inclusion of social participation mechanisms in relation to the use of AI systems^[55].

Canada has highlighted a gap in the IA Convention, underlining the importance of «*moving from individual privacy to collective privacy*»^[56]. The EDPS, in his conclusions, urges to incorporate in the IA Convention «*the specification that social or group risks posed by IA systems should also be assessed and mitigated*» (No 6)^[57].

The truth is that this sensitivity to the groups and collectives affected can be seen

in the future Convention, although the guarantees are not delineated with extreme precision. In any case, it represents a significant advance on the current situation, paving the way and motivating States to develop and refine these collective protection mechanisms. Thus, Article 16 regulates the need to identify and assess risks and «*consider, where appropriate, the perspectives of relevant stakeholders, in particular persons whose rights may be impacted;*» (Art. 16. 2º c). Civil society participation is mentioned in Article 5 on «*Integrity of democratic processes and respect for the rule of law*». Paragraph 2 «*in the context of activities within the lifecycle of artificial intelligence systems, including individuals' fair access to and participation in public debate, as well as their ability to freely form opinions*»^[58]. Even more noteworthy, if anything, Article 19 on «*public consultation*» provides that «*Each Party shall seek to ensure that important questions [...] are, as appropriate, duly considered through public discussion and multistakeholder consultation in the light of social, economic, legal, ethical, environmental and other relevant implications*». There are even some more indirect references of interest^[59].

5. The rights to documentation, records or notifications and the guarantee of an independent authority

Although it is claimed that one of the “key aspects” of the IA Convention is its focus on rights^[60], in general terms it does not establish new subjective rights. There are more than forty references or mentions to pre-existing «*human rights*» or «*rights*» already recognised. There are also particular references to «*equality and non-discrimination*» (Art. 10 and 17), to «*privacy and data protection*» (Art. 11) or to the «*Rights of persons with disabilities and of children*» (Art. 18), but no substantive content or new rights are regulated.

As an exception, certain obligations for documentation, records and other measures to ensure effective «*remedies*» in Article 14, as well as the «*Procedural safeguards*» of monitoring and notification in Article 15, may be considered as rights in the IA Convention.

In 2014, in the US context, Crawford and Shultz coined the «*data due process*» to redefine the guarantees of due process in the context of algorithmic decision-making. This new right included the guarantee of minimum information to

those affected about what the algorithm predicted, on the basis of what data and the methodology used^[61]. Following this line, Article 14 on «*Remedies*» obliges states to «*adopt or maintain measures*» that guarantee effective remedies. To this end, the generation of documentation, records and evidence is guaranteed, as well as their accessibility to those affected. Thus, the need to «*to ensure that relevant information regarding artificial intelligence systems which have the potential to significantly affect human rights and their relevant usage is documented, provided to bodies authorised to access that information and, where appropriate and applicable, made available or communicated to affected persons*» (art. 14. 2° a) is affirmed. Furthermore, this information must be «*sufficient to enable the persons concerned to challenge the decision(s) taken*» (Art. 14. 2° b). The fact that these guarantees, which will have to be specified by the parties to the Convention, are expressly regulated is undoubtedly positive.

However, I believe that these obligations cannot be generalised to all AI systems. To this end, a restrictive interpretation of the reference in Article 14 to systems that may be «*significantly affecting*» human rights could be envisaged.

Among the «*remedies*» (Chapter IV), Article 15 regulates «*Procedural safeguards*». In the December 2023 Draft, the first paragraph was based on «*the importance of human review/[oversight]*» and, as a consequence, «*[where an artificial intelligence system reports or takes decisions [or acts] that substantially affect human rights], effective procedural safeguards, guarantees and rights [...] shall be made available to affected persons*»^[62]. The final version omits the reference to human oversight and merely states that in such cases «*effective procedural guarantees, safeguards and rights, in accordance with the applicable international and domestic law*» have to be available.

Although it is not expressed as concretely as it should be and is *weakened* by the lack of mention of human supervision, Article 15(1) has clear connections with the guarantees that European law recognises with respect to automated decisions: Article 22 GDPR^[63], Article 11 of Directive (EU) 2016/680 or the new Article 9(1) of Council of Europe Convention 108, which also recognised this «*right*» in 2018. Now, the guarantees of Article 15 of the IA Convention would not only apply to a decision «*based solely on automated processing*», but these guarantees explicitly extend also to situations where the IA «*significantly impacts upon the enjoyment of human rights*», even if the decision is not directly automated, but

substantially based on the system's proposal. This is in line with the correct line that the CJEU recently adopted in December 2023^[64]. It should be noted that the EU AI Act has been changing in its wording as to what is considered a high-risk system. Initially a system was high risk if it was used for high risk purposes. Subsequently, it was high risk «*unless the information output from the system is merely incidental to the relevant action or decision to be taken*» (Art. 6.3 EU AI Act, Council version December 2022). In the final version of the EU AI Act, the issue becomes more nuanced. Even if the system is used for high-risk purposes, AI systems for «*a limited procedural task*» (a) or if the AI system «*aims to improve the outcome of a previously performed human activity*» (b) are no longer high-risk. It is also not high risk if the system detects patterns or deviations from patterns «*and is not intended to replace or influence previously completed human assessment, without proper human review*» (c). Finally, the high-risk safeguards of the EU AI Act do not apply if the system is «*intended to perform a preparatory task for an assessment relevant to the use cases listed in Annex III*» (Art. 6.3(d) EU AI Act). The interpretation given to the IA Convention in this regard will undoubtedly be important.

The second paragraph of Article 15(2) adds the obligation, and potentially the right, that «*persons interacting with artificial intelligence systems are notified that they are interacting with such systems rather than with a human being*». In the EU since 2018 the HLEG included in transparency the right to «*communication*», essentially as a «*right to know that [persons] are interacting with an AI system*» (no. 78)^[65]. Article 50 of the EU AI Act lists this notification among the various «*Transparency obligations for certain AI systems*». Article 15.2 of the IA Convention seems to follow international *softlaw*, where the communication is bifurcated, on the one hand, into a right or obligation to «*notification when interacting with an AI system*» or «*principle of interaction*»^[66] and, on the other hand, into the safeguards against automated decisions in Article 15.1.

The recognition of rights and guarantees in Article 15 is undoubtedly a positive step. However, it would be advisable to further specify their requirements, contents and minimum powers.

The important guarantee of an independent authority, to which effective remedies can be submitted, should also be highlighted. In this regard, Article 13

of the European Convention on Human Rights (ECHR) recognises the right to an effective domestic remedy before a national authority to guarantee the rights of the ECHR itself (and not others)^[67]. This remedy must enable an independent, not necessarily judicial, authority to examine the merits of the petition and, if appropriate, to grant adequate reparation^[68]. Along these lines, Article 14 of the IA Convention on «*Remedies*» in paragraph 3 provides for «*an effective possibility for the persons concerned to lodge a complaint with the competent authorities*». The final version does not expressly mention that it will be «*before the supervisory mechanism referred to in Article 26, in accordance with its national law*»^[69]. In any case, Article 26(1) on «*Effective oversight mechanisms*» is equally relevant: «*Each Party shall establish or designate one or more effective mechanisms to oversee compliance with the obligations in this Convention*». It shall also «*ensure that such mechanisms exercise their duties independently and impartially and that they have the necessary powers, expertise and resources to effectively fulfil their tasks of overseeing compliance with the obligations in this Convention, as given effect by the Parties*» (2nd). If there is more than one mechanism, they shall cooperate with each other (3rd).

The EU AI Act did not require the independence and impartiality of the «*market surveillance authority*». However, Parliament's amendment 123 to Recital 77 and 558, which included a new Article 59(4) (Article 70 in the final version), states that they «*shall exercise their powers independently, impartially and without bias in order to preserve the objectivity of their activities and functions*» («*full independence*» in Recital 159). It is striking that the first authority expressly created for these functions in the EU, the Spanish Agency for the Supervision of Artificial Intelligence (AESIA), which has been regulated by Spanish Law 28/2022 and in particular Article 8 of Royal Decree 729/2023 of 22 December, does not even remotely meet the independence criteria set out in both the EU AI Act and the IA Convention^[70].

This is a courageous regulation with sufficient specificity given the nature of the Convention. The EDPS underlines that the convention must expressly «*grant the competent supervisory authorities adequate powers of investigation and enforcement*» (no 47 and 49th and conclusion 10) and takes into account that a convergence of sectoral authorities with competences on the use of AI is very likely to occur, so cooperation will be necessary (no 46)^[71], as well as the need for

«cross-border cooperation between competent authorities to be designated by the parties to the agreement» (conclusion 11).

6. Relevant risk and impact assessment and mitigation obligations

The regulation of risk and impact assessment is possibly the most relevant and noteworthy aspect of the IA Convention. Since 2018, the EU has opted for a risk-based approach under the IA Europe brand of *Ethics & Rule of law by design (X-by design)*^[72]. Also the EU High Level Group of Experts with its comprehensive evaluation list^[73]. The IA White Paper 2020 spelled out the risk model, which was concretised a year later in the EU AI Act proposal. This approach implies that the greater the impact or risk of the IA system, the more obligations and safeguards are imposed. Under the compliance philosophy, possible risks and damages are identified and appropriate preventive and proactive mechanisms must be put in place to avoid their occurrence^[74]. Particularly noteworthy are Mantelero's contributions^[75] in the framework of data protection and then for IA systems.

The risk-based approach was integrated between 2019 and 2021 by the *Ad hoc* Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), among others, through the participation of Mantelero^[76]. In December 2021 the CAHAI defined the «*Core Elements*» of the future Convention and made clear that it was to «*focus on the prevention and/or mitigation of risks [...] the legal requirements for the design, development and use of AI systems must be proportionate to the nature of the risk they pose to human rights, democracy and the rule of law*» (Part I, no. 5). It also devoted several passages to the issue (V. 18-21 and XII 45-53). The possibility of including a «*Human Rights, Democracy and Rule of Law Impact Assessment*» (HUDERIA) was introduced, although it was stated that it «*need not be part of a possible legally binding instrument*» (no. 19)^[77] and considers «*complementing it with a non-legally binding cross-cutting instrument to assess the impact of IA systems*» (no. 45) alongside «*national or international legislation, with other compliance mechanisms, such as certification and quality labelling, audits, isolated regulatory spaces and periodic monitoring*» (no. 47). Under the IA Convention the impact assessment would only be carried out «*if there are clear*

and objective indications of relevant risks» on the basis of an initial review of all IA systems (no. 48) and should be updated *«systematically and regularly»* (No. 49). The Convention detailed the main steps that should be carried out: risk identification, impact assessment, governance assessment and mitigation and evaluation (no 50)^[78] and in particular the minimum elements of the impact assessment (No 51)^[79]. It also advanced the importance of involving civil society in the matter and ensuring participatory formulas (no 53). On this basis, the “zero draft” of 6 January 2023 reaffirmed the *«risk-based approach»* (no 5) which has been welcomed by the doctrine^[80] and in the EU in its EU Decision on the Convention, as it serves to *«minimise risks [...] while avoiding unnecessary and disproportionate burdens or restrictions»* (Annex no 4). For his part, the EDPS states that *«the Commission should aim to include in the Convention a methodology for assessing the risks posed by AI systems in key areas»* (No 19)^[81].

It is therefore appropriate to note the regulation of the *«assessment and mitigation of risks and adverse impacts»* in the Convention. The general obligation to take *«legislative, administrative or other measures»*, which *«shall be graduated and differentiated as may be necessary in view of the severity and probability of the occurrence of adverse impacts on human rights, democracy and the rule of law»* (Art. 1.2), is set out at the very front door. And it is regulated in what is arguably the most relevant and noteworthy part of the IA Convention: Article 16 of Chapter V imposes a general obligation to adopt measures *«for the identification, assessment, prevention and mitigation of risks»* (Art. 16.1). These measures *«shall be graduated and differentiated»* (Art. 16.2) or, as stated in the Draft, *«shall take into account the risk-based approach referred to in Article 1»*. Specific obligations include *«due account of the context and intended use of artificial intelligence systems»* (a), *«severity and probability of potential impacts»* (b)^[82]; *«consider, where appropriate, the perspectives of relevant stakeholders, in particular persons whose rights may be impacted»* (c). It also includes *«apply iteratively throughout the activities within the lifecycle of the artificial intelligence system»*. This makes less specific the obligation that was stated in the Draft: *«recording, monitoring and due consideration of impacts»*(d). Oversight is now stated generically, as follows: *«include monitoring for risks and adverse impacts to human rights, democracy, and the rule of law»* (e). Documentation duties are also affirmed: *«documentation of risks, actual and potential impacts, and the risk*

management approach» (f). However, in the final version, transparency duties have been omitted, as it does not state as in the Draft «*where appropriate, publication of information on the efforts*» taken. In the December 2023 Draft, as a logical consequence of the identification and assessment of risks, it was stated that it is appropriate to «*require, where appropriate, testing of artificial intelligence systems before making them available for first use and when they are significantly modified*» (g). In the final version, Article 16(3) states that it «*shall adopt or maintain measures that seek to ensure that adverse impacts of artificial intelligence systems to human rights, democracy, and the rule of law are adequately addressed*» and that these measures «*should be documented and inform the relevant risk*». It also states among the measures to be taken «*testing of artificial intelligence systems before making them available for first use and when they are significantly modified*» (16.2.g).

Also, if the risks are considered «*incompatible*», «*Each Party shall assess the need for a moratorium or ban or other appropriate measures*» (Art. 16.4). It is striking that - unlike, for example, the EU's essential Article 5 EU AI Act, which sets out an extensive list of prohibitions - there is no prohibition of specific IA systems in the IA Convention. This is despite the fact that the CAHAI in December 2021 initially suggested banning certain IA applications in whole or in part.

7. Some common clauses in rights conventions and the “Monitoring and Cooperation Mechanism”

The IA Convention includes the usual minimum standard clauses of a rights convention^[83] : it cannot be interpreted to «*limiting, derogating from or otherwise affecting*» rights already guaranteed in a Party's domestic law or in other treaties (art. 21), nor to prevent «*a wider measure of protection*» (art. 22). Of particular importance for the European Union and its Member States, it provides for the preferential application of agreements or treaties that exist between the parties on the matter (Art. 27.1)^[84] .

There is no hard compliance mechanism for the IA Convention, but a “Monitoring and Co-operation Mechanism” (Chapter VII) and reference is made to a «*Conference of the Parties*» (Art. 23) for regular consultations on problem identification, supplements and amendments, interpretative

recommendations, exchange of information, dispute settlement, co-operation and even public hearings (Art. 2). It also provides for international cooperation (Art. 25) and invites accession to the IA Convention, with accession by non-member states of the Council of Europe being envisaged (Art. 31). The possibility of «*amendments*» (Art. 28), «*Dispute settlement*» (Art. 29, not for EU states with regard to its regulation) is regulated.

As far as «*Signature and entry into force*» is concerned, it is significant that only five states are required to ratify, of which at least three must be members of the Council of Europe, which is evidence of the intention to activate the IA Convention as soon as possible (as, for example, the Cybercrime Convention, No 185).

8. The interrelation of the Convention with EU law and in particular with the EU AI Act

In principle, everything regulated by the IA Convention is already protected and further safeguarded by EU law, in particular as regards the EU AI Act and the GDPR. It is crucial to consider the overlap and interaction between the IA Convention and EU law and therefore EU actions and the provisions of the Convention must be taken into account to ensure consistency and avoid problems in the interaction of the IA Convention with EU law. In any case, the quasi-constitutional value of the IA Convention and its potential to deploy interpretations or stimulate regulations should not be underestimated. There are also specific aspects of the IA Convention that may go somewhat beyond EU regulation.

As regards measures to ensure consistency between EU law and the Convention, in the negotiations the EU seeks «*1. that the Convention is compatible with EU single market law and other areas of EU law*» and «*3. that the Convention is compatible with the proposed Artificial Intelligence Act (EU AI Act)*»^[85]. The European Commission drew attention to the fact that «*there is a very significant overlap between the preliminary draft of the Convention and the EU AI Act*»^[86]. For the EDPS this was an «*important opportunity to complement the proposed IA Law by strengthening the protection of fundamental rights*»^[87]. For this reason, the EDPS advocates «*the inclusion in the Convention of provisions aimed at*

strengthening the rights of the persons concerned»^[88] .

The EU proposes that *«negotiations should be conducted on behalf of the Union»* to ensure *«coherence and uniformity»*^[89] . The Council emphasises to the states that *«in the negotiations of the convention they should [...] support, with full mutual respect, the Union’s negotiator»*^[90] and *«cooperate closely throughout the negotiation process, in order to ensure the unity of the external representation of the Union»* (art. 2 of Council Decision (EU) 2022/2349 of 21 November 2022). In any case, in order to avoid a *bad combustion* it was considered *«necessary»* to include *«a disconnection clause»* allowing the EU Member States that become Parties to the IA Convention to regulate the relations between them under EU law: *«As between the EU Member States the proposed IA Act should prevail»*^[91] . Thus, the IA Convention specifically provides that *«Parties which are members of the European Union shall, in their mutual relations, apply European Union rules governing the matters within the scope of this Convention without prejudice to the object and purpose of this Convention and without prejudice to its full application with other Parties»* (Final Clauses, Chapter VIII, Art. 27. 2^o *«Effects of the Convention»*). However, the aforementioned Article 22 requires the application of the most favorable law and the *«wider measure of protection»*, and I believe that in some areas the IA Convention could raise the standard and guarantees of Union law. In these cases, the IA Convention would have to be applied, except as regards *«mutual relations»* (Art. 27).

Finally, the possible accession of the European Union itself to the IA Convention is regulated^[92] . In the Draft, it was regulated that *«within the spheres of its competence» «the European Union shall participate in the Conference of the Parties with the votes of the Member States in»* (Art. 26.4)^[93] . However, the final version no longer includes this provision.

As for the overlap and interaction of the Convention with EU law, measures are taken, so that if there are conflicts between these rules, they will not be significant. As a starting point, the EU AI Act or the EU GDPR regulate, and with greater guarantees, what the IA Convention regulates. However, there are some specific elements of the Convention that may go somewhat beyond the IAR and EU law:

- In terms of scope of application, the IA Convention contains obligations that are not limited to “high risk” IA systems, as is the case for almost all EU AI Act

obligations. In particular, risk and impact assessment and mitigation safeguards (Article 16) could be required for non-high risk systems.

- Similarly, while the rules of the EU AI Act or the GDPR are excluded from the scope of national security, the IA Convention does not *radically* exclude their application, although the difference is almost negligible.

- The regulation of the “principles” in the IA Convention has a remarkable interpretative potential, whereas in the EU AI Act they are only mentioned in a recital and to the exclusion of their legal effects.

- In relation to rights, the Article 14 guarantees of access to documentation, records and evidence for recourse could become relevant.

- Also, the Convention extends the scope of Article 15 safeguards when an IA system «*significantly impacts*» a human decision, while the EU AI Act has introduced many nuances to the issue. I consider that in these cases, if this is the case, the Convention itself should be applied as a more protective regulation (Art. 22), except for the provisions of Article 27. In any case, it seems unlikely that there will be - if I may say so - any *short-circuit* or *misunderstanding* of the IA Convention with the EU States or the EU itself as a member.

9. To conclude: the Convention incorporates the “lyric” into the “prose” of the EU Regulation

We are at a crucial moment for the regulation of Artificial Intelligence. The EU’s long-standing action in this regard, especially its new EU AI Act, the development of this technology and the impact of technologies such as *ChatGPT* have accelerated regulation at a global level. In 2024, the process of adopting an IA Convention from the Council of Europe will be completed. This is a big attempt to harmonise and build a standard and minimal framework for Europe, with a worldwide scope. An effort focused on human rights, democracy and the rule of law and not so much on the economy and the market.

Europe wants to position itself as a *shining beacon*, a cornerstone in EU AI Act not only for the whole continent but also globally. For non-EU member States the IA Convention can obviously play an important normative and legal role. And for the EU and its ratifying Member States, the Convention has the potential to complement and even enhance and strengthen the protection of

rights. It has been stressed in this respect that the IA Convention is not limited to high-risk IA systems. Moreover, it integrates “principles” into the legal and policy domain, which go beyond the agreed principles of AI ethics. These legal principles have great potential in the hands of legal operators to distil concrete rules and obligations, as has been the case for decades with data protection principles. In addition, the IA Convention gives data subjects affected by IA certain rights and, in particular, guarantees and mechanisms for the defence of their rights before independent authorities. Particularly relevant is the risk-based approach and, in particular, Article 16, which requires a continuous assessment and mitigation of risks and adverse impacts of any kind of AI system.

But beyond these specific contributions that can complement the EU AI Act, the value of the Convention goes further. If I may say so, *the Convention puts the lyric to the prose that is the EU AI Act*. The EU AI Act establishes the foundations and structures of a safe and trusted AI ecosystem, the Convention focuses on its impact on individuals and democratic society. The EU AI Act is methodical, detailed and precise and charts a clear path through technical and legal complexity, setting firm standards and concrete obligations for providers and users or implementers of AI systems. In contrast, on the *lyrical* side, the Convention rises to normatively integrate the fundamental values, ethical principles and human rights that should guide the evolution of AI. The Convention not only has a symbolic and meta-legal value, but is also a normative instrument, capable of quasi-constitutional integration into the legal systems of the Member States, and has great interpretative potential. This is why the IA Convention supersedes dozens of declaratory and *soft-law* instruments that were already superfluous, unwieldy and even tedious.

It is not possible to foresee how much and when the Convention will be able to deploy its potential. However, with its adoption alone Europe takes the lead in regulating artificial intelligence, starting from rights and democracy and incorporating “lyric” into the “prose” of the EU Regulation.

10. Bibliographical References

A. Brandusescu, R. Sieber, *Comments on Preliminary Discussions with the Government of Canada on Council of Europe Treaty Negotiations on Artificial*

Intelligence, 31 August 2023. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4559139>.

J. A. Castillo Parrilla, *Group privacy: a challenge for the right to data protection in the light of the evolution of artificial intelligence*, in *Derecho Privado y Constitución*, no. 43, 2023, pp. 53-88, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.02>

L. Cotino Hueso, *Derechos y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data*, in M. Bauzá (dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, La Ley - Thompson-Reuters, Montevideo, Uruguay, 2019, pp. 917-952, at <http://links.uv.es/BmO8AU7>.

L. Cotino Hueso, *Ethics in the design for the development of reliable artificial intelligence, robotics and big data and their usefulness in law*, in *Revista Catalana de Derecho Público*, no. 58, 2019. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303>.

L. Cotino Hueso, *La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial (The first judgment of the Court of Justice of the European Union on automated decisions and its implications for data protection and the Artificial Intelligence Regulation)*, in *Diario La Ley*, January 2024.

L. Cotino Hueso, *Los tratados internacionales y el Derecho de la Unión Europea. Integración y relaciones con el ordenamiento español*, in J.M. Castellá Andreu (ed.), *Derecho Constitucional Básico*, VII Ed., Huygens, Col. Lex Academica, Barcelona, 2023, pp. 241-258.

L. Cotino Hueso, *Guide to Data Protection in IA and Data Spaces*, ITI, Valencia, 2021.

L. Cotino Hueso, *Nuevo paradigma en la garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial*, in L. Cotino Hueso (ed.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thompson-Reuters Aranzadi, FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática), Cizur, 2022.

L. Cotino Hueso, A. Gómez de Ágreda, *Criterios éticos y de Derecho Internacional Humanitario en el uso de sistemas militares dotados de inteligencia artificial*, in *Novum Jus*, Vol. 18, No. 1, 2024.

- K. Crawford, J. Schultz, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Law Review*, Vol. 55, No.93, 2014.
- J. Fjeld, N. Achten, H. Hilligoss, A. Nagy, M. Srikumar, *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research at Harvard University. January 2020, <https://dash.harvard.edu/handle/1/42160420>.
- High-Level Expert Group on AI (HLEG), *Ethics guidelines for trustworthy AI*, 2019, no. 78, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419.
- H. van Kolfschooten, C. Shachar, *The Council of Europe's AI Convention (2023-2024): Promise and pitfalls for health protection*, in *Health Policy*, 2023.
- D. Leslie, C. Burr, M. Aitken, J. Cowls, M. Katell, M. Briggs, *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law: a Primer*, The Council of Europe and The Alan Turing Institute, June 2021, <https://rm.coe.int/primer-en-new-cover-pages-coe-english-compressed-2754-7186-0228-v-1/1680a2fd4a>.
- A. Mantelero, *From group privacy to collective privacy: towards a new dimension of privacy and data protection in the big data era*, in L. Taylor, B. Van Der Sloot, L. Floridi (eds.), *Group privacy*, Springer, Verlag, 2017.
- A. Mantelero, *Toward a New Approach to Data Protection in the Big Data Era*, in U. Gasser, J. Zittrain, R. Faris, R. Heacock Jones, *Internet Monitor 2014: Reflections on the Digital World: Platforms, Policy, Privacy, and Public Discourse*, Berkman Center for Internet and Society at Harvard University, Cambridge (MA), pp. 84 ff.
- A. Mantelero, *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment*, Springer, Information Technology and Law Series IT&LAW 36, 2022, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-6265-531-7>
- R. Martínez Martínez, *Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo*, in *Revista catalana de dret públic*, nº 58, 2019, pp. 64-81.
- A. Palma Ortigosa, *Decisiones automatizadas y protección de datos personales. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, Dykinson, 2022.

A. Roig I Batalla, *Las garantías frente a las decisiones automatizadas del Reglamento general de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021.

P. Sánchez-Molina, *El origen de la cláusula de la mayor protección de los derechos humanos*, in *Estudios de Deusto*, Vol. 66/1, 2018, pp. 375-391, doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp375-391](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp375-391).

P. Valcke, V. Hendrickx, *The Council of Europe's road towards an AI Convention: taking stock*, in *Law, Ethics & Policy of AI Blog*, 25 January 2023, <https://www.law.kuleuven.be/ai-summer-school/blogpost/Blogposts/AI-Council-of-Europe-draft-convention>.

J. Ziller, *El Convenio del Consejo de Europa de inteligencia artificial frente al Reglamento de la Unión Europea: dos instrumentos jurídicos muy diversos*, por Jacques Ziller, in L. Cotino Hueso, P. Simó Castellanos (coords.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, 2024

J. Ziller, *The Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence vs. the EU Regulation: two quite different legal instruments*, in *CERIDAP*, 2, 2024,

<https://ceridap.eu/the-council-of-europe-framework-convention-on-artificial-intelligence-vs-the-eu-regulation-two-quite-different-legal-instruments/?lng=en>.

1. This study is the result of research from the following projects: MICINN Project “Public rights and guarantees against automated decisions and algorithmic bias and discrimination” 2023-2025 (PID2022-136439OB-I00) funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033/; Project “Algorithmic law” (Prometeo/2021/009, 2021-24 Generalitat Valenciana); “Algorithmic Decisions and the Law: Opening the Black Box” (TED2021-131472A-I00) and “Digital transition of public administrations and artificial intelligence” (TED2021-132191B-I00) of the Recovery, Transformation and Resilience Plan. Generalitat Valenciana CIAEST/2022/1 stay, Public Law and ICT Research Group Catholic University of Colombia; Digital Rights Agreement-SEDIA Scope 5 (2023/C046/00228673) and Scope 6. (2023/C046/00229475).
2. *White Paper. On Artificial Intelligence - A European approach for excellence and trust*, COM(2020) 65 final, Brussels, 19.2.2020, at https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-a-pproach-excellence-and-trust_en.
3. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). On the regulatory process, please follow the documents at

CERIDAP

- <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/fit-for-digital-age-regulation-on-artificial-intelligence>. This version follows the text finally adopted by COREPER on 9 February 2024 and approved by the Internal Market and Civil Liberties Committees of the EU Parliament on 13 February. The recitals and articles mentioned are prior to their final numbering in the final publication. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ40/AG/2024/02-13/1296003EN.pdf.
4. Its name is, finally, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (Text with EEA relevance). OJ L, 2024/1689, 12.7.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>.
 5. <https://www.parl.ca/legisinfo/en/bill/44-1/c-27>.
 6. The text at <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/44-1/bill/C-27/first-reading>. The status of processing at <https://ised-isde.canada.ca/site/innovation-better-canada/en/artificial-intelligence-and-data-act> <https://ised-isde.canada.ca/site/innovation-better-canada/en/artificial-intelligence-and-data-act-aida-companion-document>.
 7. *Projeto de lei nº 2338 do Senado, que regulamenta a IA*, texto inicial em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1702407086098&disposition=inline&_gl=1*1ifop8*_ga*MTg0Njk3ODg3MS4xNzA1Mzk4MDU2*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNTM5ODAxNi4xLjAuMTcwNTM5ODAxNi4wLjAuMA. Procedure at <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>.
 8. For example, UK Government, *A pro-innovation approach to AI regulation*, Department for Science, Innovation and Technology and Office for Artificial Intelligence, 29 March 2023, update 3 August. <https://www.gov.uk/government/publications/ai-regulation-a-pro-innovation-approach/white-paper>
 9. http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm
 10. Launched by the Minister for Innovation, Science and Industry. *Voluntary Code of Conduct on the Responsible Development and Management of Advanced Generative AI Systems*, <https://ised-isde.canada.ca/site/ised/en/voluntary-code-conduct-responsible-development-and-management-advanced-generative-ai-systems>.
 11. <https://www.mofa.go.jp/files/100573473.pdf>.
 12. *Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>.

CERIDAP

See also the information note <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/10/30/fact-sheet-president-biden-issues-executive-order-on-safe-secure-and-trustworthy-artificial-intelligence/>.

13. California Senate Bill 896, <https://legiscan.com/CA/text/SB896/id/2868456>.
14. <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=4015&ChapterID=68#:~:text=An%20employer%20may%20not%20use,use%20of%20artificial%20intelligence%20analysis>.
15. There are regulatory proposals from individual legislators and others linked to national strategies on the subject, such as in Peru, Chile, Colombia, to mention a few.
16. Thus, at the 353rd meeting of the Committee of Ministers, Decision CM/Del/Dec(2019)1353/1.5, 11 September 2019.
17. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai>.
18. Terms of *reference* of *ad hoc* Committee (CM(2021)131-addfinal) Terms of *reference* <https://rm.coe.int/terms-of-reference-of-the-committee-on-artificial-intelligence-for-202/1680a74d2f>.
19. This can be found, among others, at <https://dig.watch/processes/convention-on-ai-and-human-rights-council-of-europe-process>. Also, see <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-council-of-europes-road-towards-an-ai-convention-taking-stock/>.
20. It should be recalled that Canada, the United States, Japan, Mexico and the Holy See are “observers”, while Israel is an Observer of the Parliamentary Assembly. <https://www.coe.int/es/web/about-us/our-member-states>.
21. Regarding Canada’s position there are two studies Canadian Bar Association, *Council of Europe Treaty Negotiations on Artificial Intelligence*, Canadian Bar Association, *Privacy And Access Law Section, Immigration Law Section, Ethics And Professional Responsibility Subcommittee*, October 2023, [https://www.cba.org/Our-Work/Submissions-\(1\)/Submissions/2023/October/October/Council-of-Europe-Treaty-Negotiations-on-Artificia](https://www.cba.org/Our-Work/Submissions-(1)/Submissions/2023/October/October/Council-of-Europe-Treaty-Negotiations-on-Artificia). Also, A. Brandusescu, R. Sieber, *Comments on Preliminary Discussions with the Government of Canada on Council of Europe Treaty Negotiations on Artificial Intelligence* (31 August 2023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4559139>.
22. About CAHAI, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai> CAHAI, *First progress report*, 1384th meeting, 23 September 2020, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809ed062. Of interest are the preparatory CAHAI studies, *Towards regulation of AI systems, Global perspectives on the development of a legal framework on Artificial Intelligence systems based on the Council of Europe’s standards on human rights, democracy and the rule of law*, Compilation of contributions DGI (2020)16, CAHAI Secretariat, December 2020, <https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a>. Also noteworthy is the *Feasibility study*, CAHAI, *Feasibility study on a legal*

- framework on AI design, development and application based on CoE standards*, 17 December 2020, <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da>. Also, D. Leslie, C. Burr, M. Aitken, J. Cowls, M. Katell, M. Briggs, *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law: a Primer*, The Council of Europe and The Alan Turing Institute, June 2021, <https://rm.coe.int/primer-en-new-cover-pages-coe-english-compressed-2754-7186-0228-v-1/1680a2fd4a>.
23. CAHAI, *Possible elements of a legal framework on artificial intelligence, based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law*, 3 December 2021. <https://rm.coe.int/cahai-2021-09rev-elements/1680a6d90d>.
 24. CAI, *Revised zero draft [framework] convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, Strasbourg, 6 January 2023, <https://rm.coe.int/cai-2023-01-revised-zero-draft-framework-convention-public/1680aa193f>.
 25. CAI, *Consolidated Working Draft of the Framework Convention*, Strasbourg, 7 July 2023, <https://rm.coe.int/cai-2023-18-consolidated-working-draft-framework-convention/1680abde66>.
 26. CAI, *Consolidated working draft*, 18 December 2023 <https://rm.coe.int/cai-2023-28-draft-framework-convention/1680ade043>.
 27. G. Volpicelli, *International AI rights treaty hangs by a thread*, in *Politico*, 11 March 2024, <https://www.politico.eu/article/council-europe-make-mockery-international-ai-rights-treaty/>.
 28. <https://rm.coe.int/1680afae3c>.
 29. Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, March 2024, <https://rm.coe.int/1680afae67>.
 30. A Preamble with seventeen Recitals and thirty-six articles structured in eight chapters: General Provisions (I); General Obligations (II); Principles (III); Remedies (IV); Assessment and Mitigation of Risks and Adverse Impacts (V) and those relating to Implementation (VI); Monitoring and Cooperation Mechanism (VII) and Final Clauses (VIII).
 31. Part II and III. 11. CAHAI, *Possible elements of a legal framework on artificial intelligence, based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law*, cit.
 32. On this subject, see my chapter: L. Cotino Hueso, *Los tratados internacionales y el Derecho de la Unión Europea. Integración y relaciones con el ordenamiento español*, in J. M. Castellá Andreu (ed.), *Derecho Constitucional Básico*, VII Ed., Huygens, Col. Lex Academica, Barcelona, 2023, pp. 241-258.
 33. The “new” definition in “*AI terms & concepts*”, <https://oecd.ai/en/ai-principles>, should be taken into account.

34. G. Volpicelli, *International AI rights treaty hangs by a thread*, cit.
35. EDPS, *Opinion 20/2022 on the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, 13 October 2022, p. 8, https://edps.europa.eu/system/files/2022-10/22-10-13_edps-opinion-ai-human-rights-democracy-rule-of-law_en.pdf.
36. Recital 2f (new), Amendment 11 and in the scope regulation in Article 2 - paragraph 5d (new).
37. The topic is analysed in depth in my study: L. Cotino Hueso, *Guía de Protección de Datos en IA y Espacios de Datos*, ITI, Valencia, 2021. Access here.
38. On this subject, see my study: L. Cotino Hueso, G. de Ágreda, *Criterios éticos y de Derecho Internacional Humanitario en el uso de sistemas militares dotados de inteligencia artificial*, in *Novum Jus*, Vol. 18, No. 1, 2024.
39. Article 2(a) GDPR excludes from its application «*in the course of an activity which falls outside the scope of Union law*» and, in this sense, Recital 4 states as an example «*activities in relation to the common foreign and security policy of the Union*».
40. <https://rm.coe.int/cai-2023-18-consolidated-working-draft-framework-convention/1680abde66>.
41. Thus, there is flexibility in the application of the Convention to «*protect essential national security interests, including through foreign intelligence and counter-intelligence related activities*» (Option A); or simply for «*national security interests*» (Option B). In Option C, the party «*may restrict*» the application of the Convention «*to protect essential national security interests*».
42. Recital 10, with reference to Article 216(2) TFEU. *Council Decision (EU) 2022/2349 of 21 November 2022 authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022D2349>.
43. «*A Party shall not be required to apply this Convention to activities within the lifecycle of artificial intelligence systems related to the protection of its national security interests, with the understanding that such activities are conducted in a manner consistent with applicable international law, including international human rights law obligations, and with respect for its democratic institutions and processes*».
44. The 2017 EU Parliament Declaration on Robotics is a clear manifestation of these principles. The EU's Ethical Guidelines for Trustworthy AI, the OECD's Recommendation of the Council on Artificial Intelligence of 22 May 2019 and UNESCO's Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence of November 2021 certainly stand out. Already in 2018, the *AI4People* project counted 47 internationally proclaimed ethical principles and distilled them into five points: beneficence («*do good*»), non-maleficence («*do no harm*»), autonomy or human agency («*respect for the self-*

- determination and choice of individuals») and justice («fair and equitable treatment for all»). All this can be followed in my study: L. Cotino Hueso, *Ethics in the design for the development of reliable artificial intelligence, robotics and big data and their utility from the law*, in *Revista Catalana de Derecho Público*, nº 58, 2019: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303>.
45. J. Fjeld, N. Achten, H. Hilligoss, A. Nagy, M. Srikumar, *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research at Harvard University, 2020, <https://dash.harvard.edu/handle/1/42160420>.
 46. «Article 11 – Preservation of health [and the environment]. Each Party shall adopt or maintain measures to preserve health [and the environment] in the context of activities within the lifecycle of artificial intelligence systems».
 47. The EDPS, *Opinion 20/2022 on the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, cit. recommends an explicit reference to compliance with EU law (3.3) and that there should be a data protection by design and by default approach (paragraph 6, p. 13 et seq. nr. 36 et seq.).
 48. Thus, in Article 2 e. «“subject of artificial intelligence” means any natural or legal person whose human rights and fundamental freedoms or related legal rights guaranteed by applicable national or international law are affected by the application of an artificial intelligence system, including decisions taken or substantially informed by the application of such a system».
 49. EDPS, *Opinion 20/2022 on the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, cit. p. 10 nr. 28.
 50. P. Valcke, V. Hendrickx, *The Council of Europe’s road towards an AI Convention: taking stock*, in *Law, Ethics & Policy of AI Blog*, 25 January 2023, <https://www.law.kuleuven.be/ai-summer-school/blogpost/Blogposts/AI-Council-of-Europe-draft-convention>.
 51. «affected persons who are located in the Union».
 52. See *La creación dinámica de grupos algorítmicos, la privacidad colectiva y de grupo*, in my study: L. Cotino Hueso, *Nuevo paradigma en la garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial*, L. Cotino Hueso (ed.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thompson-Reuters Aranzadi, FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática), Cizur, 2022. On the subject recently, J. A. Castillo Parrilla, *Group privacy: a challenge for the right to data protection in light of the evolution of artificial intelligence*, in *Derecho Privado y Constitución*, no. 43, 2023, pp. 53-88, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.02>.
 53. See my contribution to the CSIS Network, *CSIS contribution to the public consultation on*

- the Digital Rights Charter*, December 2020 <https://bit.ly/3paF0H0>.
54. In addition to the work reviewed, for example, (A. Mantelero, *From group privacy to collective privacy: towards a new dimension of privacy and data protection in the big data era*, in L. Taylor, B. Van Der Sloot, L. Floridi (eds.), *Group privacy*, Springer, Verlag, 2017, chap. 8.
 55. In particular paragraphs 28, 30 (equality), 46 and 47 (governance), 50, 52, 53, 60 and 64 (ethical impact) or No 91 (gender).
 56. A. Brandusescu, R. Sieber, *Comments on Preliminary Discussions with the Government of Canada on Council of Europe Treaty Negotiations on Artificial Intelligence*, cit. p. 6.
 57. EDPS, *Opinion 20/2022 on the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, cit., no. 6, paragraph 8 of 'Conclusions', p. 15.
 58. The December 2023 draft affirmed «*fair access to public debate [and the ability of individuals to make decisions free from undue/[harmful and malicious] outside influence or manipulation*».
 59. The December 2023 draft included «*whistleblower protection*» in what was Article 19, which could be a mechanism for guaranteeing collective interests. Article 20 generically states «*digital literacy and appropriate digital skills for all segments of the population*» (Art. 21).
 60. Thus A. Brandusescu, R. Sieber, *Comments on Preliminary Discussions with the Government of Canada on Council of Europe Treaty Negotiations on Artificial Intelligence*, cit. p. 3 on «*Rights mechanisms*».
 61. K. Crawford, J. Schultz, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Law Review*, Vol. 55, No.93, 2014, p. 125.
 62. «*Recognising the importance of human review / [oversight], each Party shall ensure that, [where an artificial intelligence system substantially informs or takes decisions [or acts] impacting on human rights], effective procedural guarantees, safeguards and rights, in accordance with the applicable domestic and international law, are available to persons affected thereby*».
 63. Of particular reference in this regard is the Article 29 Group, *Guidelines on automated individual decisions and profiling for the purposes of Regulation 2016/679* of 3 October 2017, revised on 6 February 2018. I have analysed in particular this precept in L. Cotino Hueso, *Derechos y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data*, in M. Bauzá (dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, La Ley - Thompson-Reuters, Montevideo, Uruguay, 2019, pp. 917-952, accessed at <http://links.uv.es/BmO8AU7>. In particular, A. Palma Ortigosa, *Decisiones automatizadas y protección de datos personales. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, Dykinson, 2022 and A. Roig I Batalla, *Las garantías frente a las decisiones automatizadas del Reglamento general de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021.

64. The judgment of the CJEU of 7 December 2023 is the first to deal centrally with Article 22 GDPR and adopts a criterion along the lines of including the guarantee of this article in cases in which the automated system determines the basic elements of the decision to be taken. On this subject, it is worth following my recent study: L. Cotino Hueso, *La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial (The first judgment of the Court of Justice of the European Union on automated decisions and its implications for data protection and the Artificial Intelligence Regulation)*, in *Diario La Ley*, January 2024.
65. High-Level Expert Group on AI (HLEG), *Ethics guidelines for trustworthy AI*, 2019, no. 78, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419.
66. Thus, it is worth following the already mentioned Harvard study, J. Fjeld, N. Achten, H. Hilligoss, A. Nagy, M. Srikumar, *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI*, cit.
67. Council of Europe, *Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights. Right to an effective remedy*, updated 31 August 2022, <https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/article-13>.
68. The ECtHR judgment of 3 April 2001, *Keenan v. United Kingdom*, para. 122 summarises the content of this precept.
69. In the version of 18 December, letter (c) is indicated as a possibility (in red).
70. Article 8 only affirms «*Autonomy*» and «*Technical independence*» as «*Principles of action of the Agency*» and that «*the Agency shall act with full autonomy*». Despite these statements, the statute in no way guarantees either functional or organisational independence, but rather dependence on the Secretary of State.
71. Thus, No 46 notes «*the heterogeneity of the areas covered by AI systems (ranging from labour and employment to financial services, education and health care, administration of justice, fraud prevention, etc.), there is a need for structured systems and institutionalised cooperation between different competent authorities (in particular between data protection authorities and competent sectoral authorities)*».
72. A comprehensive analysis in my study: L. Cotino Hueso, *Ethics in Design for the development of reliable artificial intelligence, robotics and big data and their utility from the law*, cit.
73. HLEG, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, cit., especially Chapter III and listing, pp. 33-41.
74. I focus on this in L. Cotino Hueso, *Nuevo paradigma en la garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial*, cit.
75. Regarding the data domain A. Mantelero, *Toward a New Approach to Data Protection in the Big Data Era*, in U. Gasser, J. Zittrain, R. Faris, R. Heacock Jones, *Internet Monitor 2014: Reflections on the Digital World: Platforms, Policy, Privacy, and Public Discourse*, Berkman Center for Internet and Society at Harvard University, Cambridge (MA), pp. 84

- ff. For AI, A. Mantelero, *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment*, Springer, Information Technology and Law Series IT&LAW 36, 2022, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-6265-531-7>. In Spain, among others R. Martínez Martínez, *Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo*, in *Revista catalana de dret públic*, nº 58, 2019, pp. 64-81.
76. A. Mantelero, see Chapter III pp. 61-119, in CAHAI, *Towards regulation of AI systems, Global perspectives on the development of a legal framework on Artificial Intelligence systems based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law*, cit. p. 72.
77. CAHAI, *Possible elements of a legal framework on artificial intelligence, based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law*, cit., no. 19, p. 5.
78. «(1) Risk identification: Identification of risks relevant to human rights, democracy and the rule of law.(2) Impact assessment: Assessment of impact, taking into account the likelihood and severity of effects on those rights and principles.(3) Governance assessment: Assessment of the roles and responsibilities of duty-bearers, rights-holders and stakeholders in the implementation and governance of mechanisms to mitigate impact;(4) Mitigation and evaluation: Identification of appropriate mitigation measures and ensuring continuous evaluation. (1) Risk identification: Identification of relevant risks to human rights, democracy and the rule of law.(2) Impact assessment: Assessment of impact, taking into account the likelihood and severity of effects on those rights and principles.(3) Governance assessment: Assessment of the roles and responsibilities of duty-bearers, rights-holders and stakeholders in the implementation and governance of mechanisms to mitigate impact;(4) Mitigation and evaluation: Identification of appropriate mitigation measures and assurance of continuous evaluation».
79. Namely: level of autonomy, underlying technology, intended and potentially unintended use, complexity of the system, transparency and explainability, human oversight and control, data quality, the robustness/security of the system, the involvement of vulnerable individuals or groups, geographic and temporal scope, the assessment of the likelihood and extent of potential harm and its reversibility, and whether it is a “network line”.
80. Albeit superficially, H. van Kolschooten, C. Shachar, *The Council of Europe's AI Convention (2023-2024): Promise and pitfalls for health protection*, in *Health Policy*, 2023, p. 3, or A. Brandusescu, R. Sieber, *Comments on Preliminary Discussions with the Government of Canada on Council of Europe Treaty Negotiations on Artificial Intelligence*, cit. p. 2, which considers it as one of the «main results».
81. EDPS, *Opinion 20/2022 on the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, cit. On the subject, p. 11 et seq.
82. It was stated in the draft, «the severity, duration and reversibility of the possible risks».
83. On the subject P. Sánchez-Molina, *El origen de la cláusula de la mayor protección de los*

- derechos humanos*, in *Deusto Studies*, Vol. 66/1, 2018, pp. 375-391, doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(1\)-2018pp375-391](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(1)-2018pp375-391).
84. «*If two or more Parties have already concluded an agreement or treaty on the matters dealt with in this Convention, or have otherwise established relations on such matters, they shall also be entitled to apply that agreement or treaty or to regulate those relations accordingly, so long as they do so in a manner which is not inconsistent with the object and purpose of this Convention*».
 85. Annex to Council of the EU, *Council Decision (EU) 2022/2349 of 21 November 2022 authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022D2349>.
 86. European Commission, *Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union with a view to a Council of Europe Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, COM/2022/414 final, Brussels, 18 August 2022, p. 5 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0414>.
 87. EDPS, *Opinion 20/2022 on the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union for a Council of Europe convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law*, cit., p. 11, p. 7.
 88. *Ibid.*, section 3.2 p. 8, no. 18 et seq.
 89. European Commission, *Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on behalf of the European Union with a view to a Council of Europe Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, cit., p. 5.
 90. Recital 11, Council of the EU, *Decision (EU) 2022/2349*, cit.
 91. *Ibid.*, Council of the EU, *Decision (EU) 2022/2349*, cit., p. 6.
 92. Thus, in the Secretariat's proposal, Council of the EU, *Decision (EU) 2022/2349*, cit., p. 4. In particular, in the Annex, p. 3 «(3) *That the Convention enables the European Union to become a party to it*».
 93. «*[Within the areas of its competence, the European Union shall exercise its right to vote with a number of votes equal to the number of its member States which are Contracting Parties to this Convention; the European Union shall not exercise its right to vote in cases where the member States concerned exercise theirs, and conversely]*».

Complessità organizzative, tecnica e forme di responsabilità fra mito e realtà

Riccardo Nobile

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-29

Nell'era della tecnica il concetto di responsabilità tende a perdere di attualità o, quanto meno, deve essere riformulato: è l'esito dell'indagine serrata sul significato delle parole-chiave o locuzioni quali "organizzazione", "complessità", "complessità organizzativa". La tecnica è il luogo e il mondo entro cui le organizzazioni sono progettate e messe in funzione.

Organizational complexity, techniques and forms of responsibility between myth and reality

In the technique era, the concept of responsibility tends to lose its relevance or, at the very least, must be reformulated: it is the outcome of the intense investigation into the meaning of keywords or phrases such as "organization", "complexity", "organizational complexity". The technique refers to the environment in which the organization, which is a technical apparatus, is designed and operates through its numerous actors.

Sommario: 1. Introduzione al problema.- 2. Questioni di fondamento filosofico: significato e ontologia dell'organizzazione.- 3. Questioni di fondamento filosofico: organizzazione e complessità organizzative.- 4. Questioni di fondamento filosofico: organizzazione e tecnica.- 5. Questioni di fondamento filosofico: i valori della tecnica.- 6. Questioni di teoria politica: organizzazione, tecnica e agganci normativi.- 7. Questioni di teoria politica: ancora sulla responsabilità.- 8. Questioni di teoria politica: complessità, controlli e accudimento degli apparati pubblici.- 9. Questioni di diritto: la destinazione della politica al tramonto.- 10. Questioni di diritto: predittività e inadeguatezza.- 11. L'esito finale: il mito della responsabilità.

1. Introduzione al problema

Il titolo del lavoro è insolito e scontato (ma anche sconcertante) nel contempo. Lo è per non meno di due ragioni. La prima: il lavoro in questione è rivolto al mondo del diritto e ai suoi operatori, ma di diritto si parla poco. In secondo luogo, la sua parte preponderante riguarda un argomento alieno dal diritto, che però ha portata propedeutica agli accenni che propriamente giuridici sono ^[1].

Ciò potrebbe apparire contraddittorio, ma tale non è. Infatti, una contraddizione del tipo “A & -A” (i.e.: piove e non piove) v’è davvero se e solo se si è al cospetto del medesimo presupposto. Lo dice testualmente Aristotele quando nel libro IV della sua *Metafisica* ^[2] enuncia la *βεβαιωτάτη ἀρχή* (*bebaioitae archē*), altrimenti detta *principium firmissimum* (“*βέβαιος*” significa saldo, stabile, certo), di cui si danno almeno tre formulazioni: «è impossibile che la stessa cosa appartenga e non appartenga a una medesima cosa, secondo lo stesso rispetto»; «è impossibile a chicchessia di credere che una stessa cosa sia e non sia»; «se non è possibile che i contrari sussistano insieme in un identico soggetto, e se un’opinione che è in contraddizione con un’altra è il contrario di questa, è evidente che è impossibile, ad un tempo, che la stessa persona ammetta veramente che una stessa cosa esista e, anche, che non esista: infatti, chi si ingannasse su questo punto, avrebbe ad un tempo opinioni contraddittorie».

Dunque nessuna contraddizione. Qui di séguito vediamo il perché. Osservando che il perché è tutt’altro che semplice da liquidare.

2. Questioni di fondamento filosofico: significato e ontologia dell’organizzazione

Tralasciando il riferimento alla realtà ^[3] presente nel suo titolo e mettendo sullo sfondo la relativa definizione, conviene muoverci entro un contesto altro, che, se semplifica i termini del discorso, ha il pregio di essere utile allo scopo e tutt’altro che banale. Di qui il salto diretto al significato di “organizzazione”. Esso è ed è stato ampiamente investigato; così come pure lo è cosa un’organizzazione è ^[4]. Di qui il rapporto fra i relativi usi linguistici *de dicto* e *de re* ^[5].

Quanto al significato – modalità *de dicto* – “organizzazione” significa alla lettera né piú, né meno che strumento. L’ètimo è chiaro e coincide con “*ὄργανον*”

(*organon*), nome greco che ne individua il sinonimo per identità. È bene rammentarne l'ascendenza: per parlare rettamente e correttamente del mondo bisogna mettere a posto e a punto il linguaggio e costruire validi percorsi inferenziali. È questo il problema messo in questione da Aristotele nei suoi sei libri sulla logica racchiusi in guisa di silloge dal suo allievo e successore Teofrasto proprio sotto il nome *Organon*.

“Organizzazione” deriva dunque da “*organon*”. Esso rimanda subito a *ἔργον* (*érgon*), termine polisemico che, a sua volta, e di volta in volta, può significare “opera”, “azione”, “esecuzione”, “combattimento” (curiosa ed emblematica l'analogia con *πόλεμος* (*pòlemos*) – e dunque “guerra”, “battaglia”, “contesa” – di ascendenza eraclitea), “impresa”, “ciò che spetta a qualcuno di fare”, “dovere”, “prodotto del lavoro”, “lavoro”, “opera fatta”. Il termine non deve essere confuso con *ἐνέργεια* (*enérgeia*) – peraltro con esso strettamente interconnesso –, che ne rappresenta, attraverso la particella “*en*”, una caratterizzazione intensiva, che esprime la dinamicità attraverso la quale si perviene a un risultato tramite l'applicazione di una forza (c.d. “moto-a-méta”^[6]).

Ferme la complessità dei disegni organizzativi astrattamente determinabili e le loro sfumature attuabili, le relative tipologie possono essere ricondotte a quattro modelli-base denominati “funzionale”, “divisionale”, “a matrice” e “per processi”^[7], nell'ambito dei quali viene ripartito il lavoro e sono collocati i centri di responsabilità e i collaboratori dedicati. Ciò introduce l'uso *de re* di “organizzazione”.

Quanto al che cosa l'organizzazione è – modalità *de re* – essa è un insieme ordinato di eventi, relazioni fra di essi, provvista di beni, processi. Dunque – e in estrema sintesi – un'organizzazione è un insieme di strumenti preordinati (meglio, pre-ordinati) alla realizzazione di scopi. In questo senso, ciò che l'/un'organizzazione è appartiene al dominio della tecnica, le cui caratteristiche si risolvono in un evento unico e paradigmatico: l'organizzazione deve funzionare e il funzionamento è la sua sola cifra. Ciò accade se e solo se la messa in funzione degli strumenti in cui essa consiste realizza davvero gli scopi per i quali essa è stata progettata (meglio, pro-gettata), rifacendosi integralmente ai principî di razionalità di derivazione tecnoscientifica, massimizzando i risultati e minimizzando tempi e risorse. Di qui una prima conclusione. “Dovere” non ha alcun significato deontico^[8], ma solo di regola tecnica: proprio come accade per le

scatole di montaggio dei mobili acquistati in un centro commerciale.

In quest'ultimo senso, l'organizzazione è il prodotto (meglio, pro-dotto) di una progettazione (meglio, pro-gettazione) attuata nei termini e rifacendosi ai costrutti appena evidenziati^[9]. L'organizzazione, che è strumento, ha quindi il compito specifico di rendere disponibile l'oggetto dei propri processi di produzione o di erogazione attraverso il funzionamento dei propri apparati e quindi dei dispositivi in cui essi si articolano^[10]. Di qui l'irrompere del fenomeno della *performance*, ossia del *perficere* – alla lettera, del fare con perfezione – con la conseguente introduzione dei sistemi di *performance management* e della valutazione della prestazione e non più della persona^[11].

Il fenomeno non deve stupire. La complessità degli apparati lascia scoperto il fattore umano, senza il quale essi non funzionano^[12] almeno fino a quando non sia stata introdotta massicciamente l'intelligenza artificiale, realtà a tutt'oggi non completamente esplorata. Proprio per questi motivi, il fattore umano deve essere conformato, creando tutti i presupposti affinché l'addetto esegua i compiti che gli sono stati affidati e non li ometta, revocando il proprio agire^[13].

L'organizzazione-strumento può esibire elementi di complessità più o meno marcati. Detto con maggiore precisione, la complessità organizzativa è una variabile dipendente di almeno tre fattori: l'intensità degli scopi, la quali/quantità degli strumenti, ciò al cui cospetto essa si pone.

Sul primo dei tre elementi non v'è molto da dire, salvo che gli scopi definiscono il senso dell'organizzazione e devono essere chiaramente enunciati e realizzabili almeno potenzialmente. In assenza di che è negato il concorso della volontà che ne sorregge la realizzazione, compromettendone l'esito: *nihil volitur nisi praecognitum*.

Diverso è il caso degli strumenti. Essi sono tutto ciò che serve per farla funzionare e ciò entro cui il funzionamento dell'organizzazione deve avvenire secondo regole tecniche. E dunque: persone, cose, attrezzature, contratti di approvvigionamento, processi, relazioni interpersonali, organigrammi e funzionigrammi, regolamentazioni interne, sistemi di valutazione, gerarchie, *et coeteris paribus*.

Quanto a ciò al cui cospetto l'organizzazione si pone è bene anteporre una nota di chiarimento. Il paradigma non è ciò che la realtà è, ma cosa si crede che essa sia. E ciò che si crede che essa sia è un vero e proprio atto di fede^[14]. Un esempio vale a chiarire il concetto. Se dico “metti ordine nella tua stanza!” sto impartendo un

ordine, il cui fondamento è la credenza che la stanza sia popolata dal disordine. Ma se il suo destinatario crede per motivi tutti suoi che la stanza sia in ordine, allora il comando “metti ordine nella tua stanza!” per lui non ha alcun senso. Di qui la conclusione: ciò che si crede di avere al proprio cospetto costituisce il significato delle azioni da intraprendere e ne determina lo scopo, trasformando la credenza in evidenza di certezza e verità.

Ovviamente, scopi e credenze vanno di pari passo e procedono sempre a braccetto. Quanto agli strumenti, essi devono – significato non deontico, ma tecnico-operativo – essere adeguati, ossia idonei causalmente a generare gli scopi ai quali l’organizzazione è preordinata (meglio, pre-ordinata).

3. Questioni di fondamento filosofico: organizzazione e complessità organizzative

E ora le complessità organizzative. Ma prima di tutto il significato di “complesso” e, per traslazione, quello di “complessità”.

“Complesso” è né semplice, né complicato. “Semplice”, che deriva per crasi da “*sine plico*”, significa “senza piegatura”, ossia “lineare”; “complicato”, che deriva sempre per crasi da “*cum plicum*” significa “con piegature”, e quindi che “può essere spiegato”, ossia reso lineare. Differente è il caso di “complesso”, aggettivo che deriva da *cum plecto*, e quindi da *plēctere*, ossia intrecciare. Di qui la sua attinenza con una pluralità di elementi variamente interconnessi (*intertēxere*), spesso non disgiungibili, collegati fra di loro e non riducibili.

Di qui anche l’ulteriore connotazione di “complessità”, che rimanda a “un che”^[5] caratterizzato da organicità e strutturato come insieme di parti o elementi che interagiscono fra di loro, con la conseguenza che il comportamento dell’insieme non si risolve mai nella somma dei comportamenti delle parti che lo compongono, ma deriva da interazioni di intensità quantitativa e qualitativa differenti.

Il rimando a “un che”, cui la complessità è riferita, ben si confà all’organizzazione. Di qui il senso della locuzione “complessità organizzativa”.

Che un’organizzazione sia complessa ha importanti conseguenze. Quanto più complessa è un’organizzazione, tanto più specializzate sono le conoscenze e le competenze che servono per farla funzionare. E ancora, quanto più complessa è

un'organizzazione, tanto piú articolati sono i processi che ne costituiscono l'intreccio. La specialità dei processi che costituiscono l'intreccio dell'organizzazione e la specificità delle conoscenze/competenze richieste per farli funzionare sono l'essenza della sua tecnicità e quindi della sua attitudine a funzionare. Tecnicità che rimanda direttamente ai funzionari che al suo interno agiscono^[16]. Di qui la richiesta di conoscenze e lo sviluppo di competenze sempre piú sofisticate.

4. Questioni di fondamento filosofico: organizzazione e tecnica

Ma la tecnica, che è l'ambiente entro il quale l'organizzazione – che è apparato tecnico – agisce attraverso i suoi molteplici attori, è anche ciò che ogni attore dei suoi processi vuole per massimizzare il prodotto della propria azione. La tecnica – che è mondo e oggetto di volontà – cessa quindi di essere un mezzo per diventare lo scopo ultimo che finisce col sovrastare lo stesso fenomeno organizzativo.

La tecnica da strumento diviene scopo generale per conseguire scopi particolari, quasi sempre in contrasto fra loro, laddove la contrapposizione è fra tecnica come scopo di scopi e scopi particolari, il cui potenziamento è possibile solo mediante il ricorso alla tecnica e dunque alla piena appropriazione del mondo che la tecnica definisce e costituisce^[17].

Della questione si trova traccia *in nuce* in M. Heidegger^[18], che però non la tratta ancora nei termini in cui essa sarà elaborata da E. Severino in una molteplicità di scritti di questo gigante del pensiero^[19], da U. Galimberti^[20] e da G. Anders^[21]. Ne discutono anche H. Marcuse^[22], S. Weil^[23] e, sia pure a differente titolo e in dissimili contesti, in W. Benjamin^[24].

Il mondo della tecnica^[25], perché la tecnica è mondo e non mero strumento tecnologico, genera effetti che sfuggono alla capacità di immaginazione e di prefigurazione dei suoi attori. Il concetto può essere espresso tenendo conto che quanto piú rapida è la velocità del progresso, tanto maggiori sono gli effetti che possono essere prodotti, tanto piú complicati divengono gli apparati tecnici, tanto piú imprevedibili sono gli effetti che possono essere prodotti dall'azione degli apparati e tanto piú inadeguata è la capacità immaginare e prefigurare i contenuti e gli esiti dei prodotti degli apparati per i loro funzionari^[26] e addetti.

Ma vi è di piú e ben altro. La progressiva velocizzazione del progresso entro gli apparati genera l'altrettanto progressiva obsolescenza dei loro prodotti, e ciò si riflette sulla loro utilità per gli scopi per i quali gli apparati sono stati inizialmente progettati. Come dire, l'invecchiamento dei prodotti realizzati dagli apparati è progressivamente sempre piú veloce rispetto alla capacità di progettarne di nuovi. La soddisfazione dei bisogni cui i beni originariamente prodotti erano originariamente destinati si sovrappone al desiderio di nuovi beni, determinando, in tal modo, il precoce invecchiamento dei beni precedentemente acquisiti. Tutto ciò sebbene i primi non abbiano affatto perduto la propria funzionalità originaria.

Il soddisfacimento del bisogno non esprime piú utilità tendenzialmente duratura. Ciò determina la sostituzione del concetto di bisogno con quello di desiderio e nel contempo la defunzionalizzazione del bisogno soddisfatto^[27]. Il che ha importanti ripercussioni sullo stato emotivo delle persone. Per le quali il soddisfacimento del bisogno è anticipato dall'insorgenza di nuovi desideri, con la conseguenza che il primo nasce, per così dire, già vecchio. Quanto ai destinatari dei beni prodotti dagli apparati, si registra una sempre piú crescente sovrapposizione fra soddisfacimento di bisogni e desideri avvertiti nel frattempo, con conseguente propensione al consumo immediato e compulsivo sorretto, nelle sue versioni piú radicali, da stordimento emotivo.

Che la tecnica cessa di essere strumento per divenire scopo di scopi ha uno specifico retroterra filosofico, spesso dimenticato per non dire quasi mai piú messo in questione. Lo si ritrova nella *Scienza della Logica* di G.W.F. Hegel^[28] e può essere così parafrasato: l'incremento quantitativo di un fenomeno può risolversi a un certo punto in distinzioni qualitative, determinando mutamenti del paesaggio. Due esempi valgono a chiarire il concetto: al cospetto di un terremoto di magnitudo minima non v'è avvertenza; se l'intensità cresce, allora si determina distruzione. E ancora, l'acqua a una certa temperatura è liquido; se la temperatura cresce, allora essa diviene vapore, cambiando stato. In modo del tutto analogo, nel *Capitale* di K. Marx^[29], ove si analizza il danaro e il suo scopo. E infatti, quando il danaro cessa di essere concepito come strumento per regolare gli scambi di merci (sistema MDM) e diviene ciò che tutti vogliono, allora il danaro perde la sua funzione di strumento per diventare scopo ultimo (sistema DMD), declinando e portando a emersione lo scopo del capitalismo^[30].

Proprio come accade per la tecnica, che fino a un determinato momento storico ha coinciso con gli strumenti messi a punto per produrre mutamenti in natura grazie a dispositivi via via piú complessi, ma poi ha finito con l'essere ciò di cui tutti hanno bisogno per potenziare la realizzazione dei propri scopi, con la conseguenza che l'intensificazione dello strumento lo ha trasformato per eterogenesi dei fini in scopo ultimo per la realizzazione di scopi particolari, sovente in antitesi fra di loro (i.e.: cristianesimo v.s. marxismo; cristianesimo v.s. capitalismo; democrazia v.s. cristianesimo, ambientalismo v.s. capitalismo; *et coeteris paribus*, ove ciascun elemento dell'accoppiata persegue scopi fra loro contrastanti e inconciliabili, per il cui potenziamento è necessario l'impossessamento del massimo della tecnica possibile a disposizione).

5. Questioni di fondamento filosofico: i valori della tecnica

Quanto alla responsabilità entro le organizzazioni complesse che abitano il mondo della tecnica, va segnalato che nessuno dei suoi fondamenti via via elaborati mantiene il proprio valore fondativo. Non quello fondato sull'intenzione, che ha informato di sé l'intero ordine giuridico occidentale e lo stesso concetto di peccato; il funzionamento dell'apparato tecnico prescinde dalle intenzioni della persona: ciò che conta è la sua adeguatezza e la sua capacità di farlo funzionare. Non quello fondato sulle conseguenze delle azioni da misurare in base al principio dell'agire razionale verso uno scopo^[31], perché gli apparati tecnici generano effetti non prevedibili e quindi determinano l'impredittività dei propri effetti. Non quello fondato sull'etica dei fini di kantiana memoria^[32]: la tecnica non persegue fini etici, ma solo il proprio autopotenziamento, e quindi la sua capacità di realizzare un numero sempre crescente di scopi particolari^[33]. Ciò determina che è vano opporre alla tecnica – che è mondo e ambiente insieme – limitazioni o conformazioni per altra via. La tecnica come mondo segna i confini del mondo che intorno a essa si costituisce. Il resto è semplicemente fattore umano, all'errore del cui agire viene imputato l'inceppamento del dispositivo. Tutto ciò ben si comprende: alla tecnica afferiscono solo valori di funzionalità, che però non sono affatto valori, ma solo la cifra della sua efficacia. Tecnica e responsabilità non dialogano. La tecnica determina l'oltrepasamento dell'agire intenzionale e si costituisce attorno al semplice fare: quello che conta davvero è

portare a compimento quel che è stato assegnato entro l'apparato. Se queste sono le conseguenze del vivere nell'era della tecnica, allora sono quanto mai inquietanti le parole di M. Heidegger espresse nel 1959: «*ciò che è veramente inquietante non è che il mondo si trasformi in un completo dominio della tecnica. Di gran lunga più inquietante è che l'uomo non sia affatto preparato a questo radicale mutamento del mondo. Di gran lunga più inquietante è che non siamo ancora capaci di raggiungere, attraverso un pensiero meditante, un confronto con ciò che sta realmente emergendo nella nostra epoca*»^[34].

Ovviamente la tecnica determina importanti conseguenze antropologiche. Valga per tutti la trasformazione del concetto di vicinanza in quello di prossimità. Gli apparati organizzati tecno-scientificamente azzerano lo spazio e accorciano il tempo avvicinandoli^[35]. Per persuadersene basta pensare a cosa ha determinato l'invenzione prima del telegrafo, poi del telefono e ora della rete *internet*: conoscenza in tempo reale e possibilità di risposta immediata, oltre che trasmissione di dati immediatamente conoscibili dal destinatario. Ciò, in verità, determina conseguenze ulteriori e tutt'ora inesplorate: l'uomo è a disposizione della rete e si trova al cospetto di effetti infinitamente grandi, ove la grandezza o meglio l'enormità degli effetti determina spaesamento^[36]. Ma prima ancora, l'uomo è a disposizione della macchina e al suo cospetto si misura il suo senso di adeguatezza o di inadeguatezza.

6. Questioni di teoria politica: organizzazione, tecnica e agganci normativi

Per trarre le fila ultime del ragionamento sotteso al titolo del lavoro non resta che mettere in questione la relazione fra tecnica, complessità organizzative, pubbliche amministrazioni e responsabilità entro gli apparati pubblici. Questo è il terreno ove mito e realtà si scontrano inevitabilmente. Proprio come accade per le organizzazioni pubbliche, altrimenti dette "pubbliche amministrazioni".

Che le pubbliche amministrazioni siano organizzazioni è evenienza che non può essere messa in questione. Prima ancora del significato di "organizzazione" e della stessa ontologia fenomenologica che le caratterizza e costituisce, lo enuncia l'art. 97, comma 1 Cost., il quale prevede una riserva di relativa legge per la loro organizzazione (cfr. testo della disposizione costituzionale^[37]). Quanto al loro

scopo, le pubbliche amministrazioni perseguono la gestione di finalità di pubblico interesse denominate “funzioni amministrative”, che ne costituiscono il modo di essere e che sono oggetto di attribuzione *ex lege*^[38]. Le pubbliche amministrazioni, attraverso i loro apparati organizzativi, sono l'*analogon* di imprese di servizi che agiscono in condizioni di quasi-monopolio legale, e dunque di esternalità di sistema. In questo senso, è loro riferibile il combinato disposto degli artt. 2082 e 2555 del codice civile. Professionalità organizzativo/gestionale ed economicità di gestione ne sono la cifra caratteristica^[39]. Detto ciò, che fra un'impresa che eroga servizi in condizione di quasi monopolio e una pubblica amministrazione che deve soddisfare bisogni delle persone sussista un isomorfismo pressoché totale è concetto che non ammette flessione. Unica differenza, che è differenza di sostanza, è la proprietà piuttosto che l'alterità degli scopi. Che per le pubbliche amministrazioni confluiscono nel pubblico interesse e nell'interesse pubblico tipico della funzione, entrambi di derivazione legale, e, come tali, fonte di una specifica complessità di contesto.

Che le pubbliche amministrazioni – che sono organizzazioni – siano organizzazioni complesse è oggetto di altrettanto specifica evidenza. Ma se ciò è vero, allora per la loro complessità organizzativa, che è in primo luogo complessità tecnica, valgono tutti i punti di approdo cui siamo pergiunti nel corso del lavoro. Primo fra tutti l'impredittività degli effetti che gli apparati pubblici possono produrre. Il tutto con l'avvertenza che qui non è in questione la banalità del montaggio di un mobile comperato in un centro commerciale, ma ben altro.

7. Questioni di teoria politica: ancora sulla responsabilità

Ciò ha un'importante conseguenza in tema di responsabilità^[40], intesa nella sua accezione istituzionale. Se le organizzazioni pubbliche operano entro il mondo della tecnica e ne subiscono il dominio, allora gli effetti che possono scaturire dalle azioni dei loro attori sfuggono allo loro capacità di immaginazione al pari di quel che accade per tutte le organizzazioni via via sempre più complesse. Detto altrimenti, la cifra dell'immaginazione dei suoi funzionari e/o dei suoi addetti è del tutto inadeguata a prefigurare gli effetti che l'apparato entro cui essi agiscono può produrre e scatenare^[41].

Ma per avere responsabilità – che significa dovere di rispondere delle proprie azioni – occorre piena avvertenza e deliberato consenso^[42], il che non può essere, proprio perché la capacità di immaginazione e di prefigurazione dei suoi funzionari è inadeguata al cospetto degli effetti producibili dagli ed entro gli apparati^[43] che le costituiscono.

Di qui il corto circuito fra tecnica e responsabilità entro gli apparati pubblici. Il che è tanto più vero quanto più pervasivamente sono esercitate le azioni di conformazione organizzativa dal centro alla periferia. Che però sono oggetto di continua proliferazione, forse perché – è ragionevole immaginarlo – quanto più sono omogenei gli apparati, tanto più facile ed economico è orientarne l'azione e controllarne i prodotti.

Proprio come accade per gli enti locali territoriali, la cui autonomia organizzativa, peraltro costituzionalmente enunciata^[44], è sempre più compressa, con la conseguenza che la relativa sostenibilità organizzativa delle misure *ex lege* è particolarmente barcollante per molteplici ordini di ragioni di specifico contesto. Eccone alcune: ipercinesi e alluvionalità legislativa; ambiguità semantica delle disposizioni legislative; assenza di coordinamento; legislazione a séguito di eventi particolari e in assenza di chiare visioni sistematiche; stratificazione oltre misura delle fonti di regolazione e loro pluri-interpretabilità; moltiplicazione delle giurisdizioni ed entro ciascuna di esse moltiplicazione degli indirizzi contrastanti con conseguente dilatazione dell'incertezza interpretativo-applicativa; moltiplicazione delle autorità normative, che poi normative sempre non sono; uso di faq (c.d. *frequently asked questions*)^[45]; ricorso alle circolari interpretative, spesso in interi comparti, e sovente in contrasto fra loro; uso di anglicismi dal significato approssimativo, laddove l'italiano è sovente zoppicante; imprevedibilità dell'attività giurisdizionale, *et coeteris paribus*. Ossia oggetti di continua stigmatizzazione da parte degli operatori del diritto, che, usando una metafora tennistica sono un vero e proprio rovescio di sistema.

Il risultato di tutto ciò è l'ulteriore potenziamento dell'imprevedibilità e dell'imprevenibilità degli effetti delle azioni dei funzionari e/o addetti delle pubbliche amministrazioni, cui fa però da *pendent* la moltiplicazione delle forme di responsabilità e della loro pervasività, proprio laddove la piena avvertenza è negata per ragioni sia necessarie (l'inadeguatezza dell'immaginazione degli effetti producibili dagli apparati in quanto tali al cospetto della loro progressiva

complessità), sia contingenti (le storture e le evidenti disarmonie di specifico contesto cui è stato fatto cenno poco più sopra). A questo proposito, infatti, bisogna tener conto che “responsabilità” rimanda al rendere conto a qualcuno, impegnandosi in modo solenne per quel che si dice (in “responsabilità” ricorre in primo luogo “*res*”, ossia “cosa”; si ricordi che la *sponsio*, di cui si trova traccia nel verbo “rispondere”, rimanda alla promessa sacra e come tale solenne^[46]).

8. Questioni di teoria politica: complessità, controlli e accudimento degli apparati pubblici

Ciò si porta dietro un’ulteriore conseguenza. La progressiva complessità degli apparati pubblici determina la diminuzione della capacità del loro accudimento; ciò si riflette sull’inevitabile aumento della difficoltà di progettarne i fattori di correzione, perché la velocità della progettazione, che deve comunque tenere conto delle regole normative – peraltro caotiche – a contenuto organizzativo *ex art. 97, comma 1 Cost.*, tende fatalmente a diminuire al cospetto della moltiplicazione dei nuovi problemi da risolvere. Il tutto con l’ulteriore aggravamento determinato dalla sostanziale inadeguatezza della legislazione e dell’attività di produzione normativa in generale. Le quali hanno tempi di decisioni del tutto incompatibili con quelli necessari per produrre risultati correttivi in tempi utili allo scopo^[47].

Fatta l’anamnesi, la prescrizione e la ricetta per la cura è e dovrebbe essere scontata: la riformulazione dell’intero sistema dell’azione amministrativa. Tenendo peraltro sempre ben presente che se all’inadeguatezza della capacità di immaginazione degli effetti generabili entro gli apparati che operano nel dominio della tecnica non v’è rimedio, almeno un alleviamento può esser apportato correggendo gli errori di impostazione di un sistema giuridico-amministrativo e delle conseguenti responsabilità popolato da evidenti inciampi che sono sotto gli occhi di tutti.

I negatori del rimedio sono spesso i sostenitori dell’incremento dei controlli e delle forme di responsabilità^[48] e si sospingono in questa direzione agitando la tesi dell’alterità del pubblico interesse e la sua indisponibilità, a differenza dell’interesse privato^[49].

La tesi non convince, perché la continua proliferazione legislativa su singoli temi

senza visioni complessive e di sistema moltiplica i fattori di complessità degli apparati pubblici ben oltre quanto determinato dall'accelerazione del progresso. E se a tanto si aggiunge la proliferazione delle responsabilità, allora l'esito da altamente probabile diviene necessario. Soprattutto quando le conseguenze sono sanzioni, paventati illeciti penali o amministrativo-contabili che, se anche si risolvono in assoluzioni, lasciano scoperto il problema dei costi di difesa e le ripercussioni sulla persona e sul suo equilibrio, non solo lavorativo^[50]. È questo il punto di emersione della cosiddetta "amministrazione difensiva" con conseguente sindrome da "paralisi della firma", che oggi riguarda pressoché totalmente i dirigenti pubblici e coloro che ne svolgono le funzioni in caso di assenza^[51].

La sindrome da paralisi della firma assomiglia molto all'esito della dialettica servo-padrone ben evidenziata in G.W.F. Hegel^[52] che a fini didascalici sintetizziamo come segue e che poi trasponiamo entro il contesto che qui interessa.

Nelle società è sempre presente il rapporto padrone-dominatore/servo-dominato all'esito dello scontro fra persone, delle quali una soccombe all'altra per non essere annientata. Il padrone ha coscienza di essere tale sia in sé e per sé, sia in relazione al servo, per il quale valgono le medesime considerazioni a parti invertite. Il padrone vuole dal servo che questi gli renda disponibile il prodotto delle sue azioni e il servo tramite il lavoro lo soddisfa. Ma il padrone non ha le conoscenze, le competenze e le capacità per attuare il processo di trasformazione della materia prima in prodotto, talché finisce col diventare servo del proprio servo, con ciò capovolgendo l'iniziale relazione fra i due.

E ora la trasposizione ai nostri fini. L'ordinamento giuridico, cui la norma costituzionale attribuisce posizione di dominio, è l'equivalente del padrone e il funzionario è a suo servizio e deve operare – così pretende l'ordinamento giuridico – secondo le regole (tecniche) del *performance management*^[53], cui si aggiungono le regole propriamente normative in essere nell'ordinamento giuridico. Ma il funzionario è depositario delle conoscenze e delle competenze per soddisfare la richiesta dell'ordinamento. Se il funzionario non fa quel che gli si richiede, allora l'ordinamento non consegue più i propri scopi. In questo senso, l'ordinamento diviene servo del proprio funzionario.

Il problema qui però si complica. Il funzionario non già non fa quel che l'ordinamento giuridico gli chiede. Il punto è che l'ordinamento giuridico non sa

cosa chiedergli in ragione della propria complessità, cui concorrono in maniera significativa le disfunzioni di contesto in precedenza evidenziate, e della conseguente complessità dei propri apparati pubblici^[54]. In tal modo, il funzionario finisce con il trovarsi fatalmente compresso fra l'abuso e l'omissione. Di qui il differimento della firma e dell'adozione degli atti che l'apparato pubblico vorrebbe; differimento o astensione beninteso sempre argomentabili dai funzionari^[55]. L'amministrazione da attiva diviene difensiva e la pervasività delle responsabilità ne provoca lentamente la paralisi, finendo col negarne la stessa funzione istituzionale di attore del soddisfacimento dei bisogni della collettività. La conseguenza ulteriore di tutto ciò è il sopraggiungere della percezione dell'inutilità della pubblica amministrazione, che si trasforma fatalmente in una burocrazia, ove il termine, già nell'accezione comune, la connota in modo marcatamente negativo.

Volendo reinquadrare il tutto entro gli apparati tecnici, non fare quel che l'apparato richiede significa nella sostanza revocare il proprio comportamento adempitivo. L'esercizio della revoca inceppa il processo e pregiudica per ciò solo la realizzazione degli scopi cui l'apparato è preordinato, che qui sono scopi pubblici e non privati. Proprio per questi motivi, l'organizzatore professionale cerca in tutti i modi di contrastare l'esercizio della revoca ricorrendo agli espedienti più vari. Nella pubblica amministrazione e dal 2009, ricorrendo ai sistemi di *performance management*; prima ancora alla potestà disciplinare^[56].

9. Questioni di diritto: la destinazione della politica al tramonto

Il predominio della tecnica nella vita delle persone, al punto da determinarne la trasformazione da strumento a mondo, ha ulteriori e ben altre e ben più gravi conseguenze. Esse interrogano sul perché la politica non riesce, non vuole o più semplicemente non può determinare la semplificazione degli apparati pubblici.

Una prima risposta è che gli apparati pubblici, prima ancora che pubblici sono apparati, e che gli apparati rispondono a regole tecniche, ove se la tecnica è mondo, allora l'apparato ne è semplicemente parte, senza che il decisore politico possa decidere o determinarsi a decidere oltre i confini della tecnica, per l'ovvia ragione che essa è il suo mondo e il mondo è i suoi confini^[57].

Ma v'è di piú e ben altro. Oggi la politica dipende per la piú gran parte delle sue azioni dall'economia e dai rapporti che entro tale ambito vengono in essere. Ma l'economia è a sua volta espressione di una tecnica e, come tale, è retta e governata da regole tecniche orientate, per definizione, alla massima razionalità possibile, ove la realizzazione del prodotto – non importa se bene o servizio – deve avvenire massimizzando il risultato e minimizzando l'impiego delle risorse. Insomma, l'economia esprime regole tecniche orientate all'efficacia e all'efficienza dei processi di produzione e/o di erogazione. E tutto ciò nulla ha a che vedere con regole giuridiche, le quali, semmai, sono o dovrebbero essere limiti all'esplicazione del suo dominio. Regole peraltro mal digerite dall'economia, che le percepisce come un intralcio. Il fenomeno è particolarmente visibile per le imprese multinazionali che operano in piú stati – per quelle che operano nel mondo dei sistemi operativi informatici e dei social *network* il fenomeno è addirittura autoevidente –, laddove la presenza di legislazioni differenti costituisce un'ulteriore complicazione^[58].

Il paradosso è dunque il seguente: l'economia, che è tecnica, dovrebbe essere dominata dalla politica, che esprime norme e svolge nella sua essenza attività “nomotethica”^[59]. Ma la politica è fortemente condizionata dal proprio oggetto, che opera e agisce entro il dominio della tecnica. Il tutto con la conseguenza che la politica produce entro gli organismi costituzionalmente determinati – parlamenti, commissioni, ministeri e altri centri di potere istituzionale – regole deontiche, che finiscono con l'essere né piú, né meno che deontificazioni di regole tecniche, a loro volta espresse dal mondo della tecnica.

Il momento di emersione di questo fenomeno è costituito dalla cosiddetta “tecnocrazia” o peggio ancóra dalla cosiddetta “espertocrazia”, incarnata istituzionalmente dagli altrettanto cosiddetti “governi tecnici”, che tecnici né sono, né possono essere perché fanno scelte entro contesti istituzionali^[60]. Il tutto a meno di non portare a emersione la realtà sottostante. Ossia che le scelte fatte entro consessi politici sono in realtà scelte puramente tecniche rivestite di deonticità. Questo fenomeno di mascheramento è un vero e proprio oscuramento, ossia proprio il contrario dell'elemento scatenante del pensiero occidentale denominato “filosofia”, la cui cifra era quel particolare disvelamento che avrebbe condotto e dovuto condurre alla verità^[61].

A questo proposito, deve essere osservato che la politica entro i sistemi di

rappresentanza è espressione di democrazia^[62] elettiva e deve o dovrebbe rispondere al proprio elettorato. Ma quest'ultimo, che peraltro non ha alcuna possibilità di controllo sulla politica se non al momento delle elezioni, sta manifestando sempre più disaffezione e disinteresse, forse proprio perché intuisce che la politica ha perso la propria funzione di arte régia. E, si badi bene, non si tratta solo del preoccupante fenomeno dell'astensionismo, ma di vero e proprio disinteresse^[63]. La democrazia pare definitivamente tramontata proprio perché guardando all'etimologia della parola, essa non è più – e forse non è mai stata – potere del popolo: il popolo è sempre più privo di potere^[64] mentre l'esercizio del potere politico finisce col fondarsi sempre più sulla propaganda^[65], dando luogo a una vera e propria forma di teatrocrazia e oggi di telecrazia^{[66] [67]}. Vi si aggiunge il fatto che il linguaggio della politica è quasi sempre privo di denotazioni chiare e sempre più infarcito di termini emotivi preordinati a sollecitare risposte retoriche e inargomentate^[68].

A tutto ciò si potrebbe obiettare che il popolo è sovrano e che gli ordinamenti costituzionali lo chiamano a esprimersi anche nelle consultazioni referendarie, peraltro ponendo alla sua attenzione le tematiche più varie. L'osservazione è ingenua, perché proprio nella più gran parte dei casi le persone sono completamente prive delle conoscenze e delle competenze per esprimere un'opinione informata. La conseguenza è del tutto scontata: la decisione avviene non su base razionale, ma semplicemente retorica^[69].

Detto in questi termini, ben si capisce come oggi la politica abbia perso il suo valore così come da sempre lo si è inteso. E con essa anche la democrazia e il relativo concetto: essa è oggi mera democrazia procedurale, ossia ambito entro cui le leggi sono fatte dagli eletti costituiti in maggioranza elettiva, e sono tali se e solo se ad esse si perviene nel rispetto delle regole per la produzione normativa^[70]. Il che però, entro un contesto meramente formale, non assicura che il prodotto dell'autorità sia il migliore prodotto possibile^[71]: lo si vede praticamente tutti i giorni. E le ragioni sono quelle illustrate in precedenza.

10. Questioni di diritto: predittività e inadeguatezza

Tanto detto, le complessità organizzative di cui è stato fatto cenno hanno allora uno scopo ben preciso: delegare ai funzionari le scelte ultime, peraltro sempre

dovute^[72], flessibilizzandone le possibilità di azione e trasferendo su di loro la relativa responsabilità per gli effetti generati dalle azioni intraprese. Ma entro la complessità organizzativa, per le ragioni già viste, gli effetti producibili entro gli apparati pubblici sfuggono alla capacità di predizione e di immaginazione dei loro funzionari e addetti. La complessità organizzativa è allora lo strumento ultimo per assicurare l'adattività del sistema alle richieste che a esso pervengono e per consentire comunque la relativa risposta. Sempre e a qualunque costo.

A questo proposito deve però essere rimarcato che la risposta del funzionario e/o dell'addetto all'apparato pubblico deve essere ragionevole e quindi argomentata in termini conformi ai canoni ermeneutici ordinamentalmente voluti dalla norma giuridica^[73]. Ed è proprio qui che si determina la frattura più marcata fra ragionevolezza dell'azione e personalità della responsabilità.

L'inadeguatezza del funzionario e dell'addetto agli apparati pubblici a immaginare tutti gli effetti che possono prodursi entro l'apparato nel quale essi sono inseriti determinano una forma del tutto inedita di responsabilità, con conseguente traslazione ultima delle relative verifiche al magistrato, in sede penale o *lato sensu* risarcitoria caratterizzate dalla doverosità della relativa azione^[74]. Ove l'azione del funzionario è spesso dilaniata fra la categoria dell'abuso piuttosto che dell'omissione. Con l'ulteriore conseguenza del rallentamento dell'azione amministrativa, i cui attori finiscono con l'essere invasi da dubbi e disaffezione.

Il magistrato non può fare altro che ripercorrere le vie della ragionevolezza dell'azione del funzionario e/o dell'addetto all'apparato pubblico e confrontarlo con la propria personale ricostruzione. In questo modo, all'azione del primo si sovrappone la valutazione del secondo. Il che non sarebbe affatto un problema, né giuridico, né etico, né epistemologico se non fosse che il perimetro dell'azione del primo è circondata da margini di sostanziale imprevedibilità delle conseguenze che caratterizzano il sistema dell'agire pubblico, che però pretende di definire, peraltro senza riuscirci, le modalità dell'azione amministrativa^[75].

11. L'esito finale: il mito della responsabilità

Questa è la cifra del mito della responsabilità, che con la realtà e la sua comprensione nulla ha a che fare e lascia tutti, ma proprio tutti gli avveduti con la necessità di risposte ragionevoli che stentano a pervenire.

Dirselo è il modo per evitare pericolosi scivoloni o, peggio ancora, false rappresentazioni. Questo modo di procedere ha almeno un precorritore il quale, interrogato sulla funzione della filosofia rispose con un'immagine insuperata: mostrare alla mosca la via d'uscita dalla bottiglia non basta: meglio evitare di entrarvi ^[76].

Proprio come accade quando si percorrono i sentieri del mito riferito alle complessità organizzative degli apparati pubblici e alle forme di responsabilità intermedie dalla tecnicità delle prime, laddove l'ingresso nei relativi labirinti deve essere fatto esprimendo concetti chiari e con piena padronanza dei termini.

1. Come emergerà nel prosieguo del lavoro, alle pubbliche amministrazioni come organizzazione sono riferibili tutte le criticità che la tecnica come mondo e ambiente, che come tale non coincide più con la tecnica come strumento, riferisce agli apparati. Il tutto con l'avvertenza che la pubblica amministrazione è un apparato tecnicamente organizzato. Ma su tutto ciò, *infra*.
2. Aristotele, *Μετὰ τὰ φυσικά*, trad. it. *Metafisica*, Bompiani, Milano, 2000, pp. 143 e 145 della traduzione. Da notare che ammettere la contraddizione significa negare il *λόγος* (*logos*), ossia la possibilità di raccogliere secondo ragione proposizioni sul mondo. La sottolineatura si trova in M. Heidegger, *Einführung in die Metaphysik*, trad. it. *Introduzione alla metafisica*, Bompiani, Milano, 1990, p. 57.
A ben vedere tutto ciò è una riformulazione postuma dell'aforisma «*ex absurdis sequitur quodlibet*» (dall'assurdo – qui in ipotesi la contraddizione – segue qualunque cosa), esposto nella *quaestio X* del *Librum secundum Priorum Analyticorum Aristotelis Quaestiones* e nella *quaestio III* del *Librum primum Priorum Analyticorum Aristotelis Quaestiones* dello Pseudoscoto.
3. In “realtà” risuona il nome *res*, che alla lettera significa “cosa”. Peccato che “cosa” sia nome altamente problematico, nome che evoca entro di sé il contrasto, la contesa, insomma *πολεμος* (*polemos*), *Ἔρις* (*Eris*) *et similia*. Alla realtà sono legati il potere e la funzione della scienza, la quale però non descrive cosa la realtà è, ma esplicita cosa si ritiene che essa sia in un dato e determinato momento storico. La scienza oggi non agisce più entro la visione aristotelica che pretende di stabilire la verità sul mondo scoprendone le leggi eterne e postulando che la realtà sia sempre stata e sempre sarà, ma formula ipotesi che reggono fino a quando corroborate secondo il metodo sperimentale al punto che se falsificate devono essere abbandonate e sostituite da altre ipotesi. La parabola è stata avviata da Galileo, Bacone e Torricelli e poi teorizzata da Cartesio, il quale attribuisce alla scienza la funzione di interrogare il mondo e non di scoprirne le leggi eterne. Essa continua con Kant e si dipana con coerenza fino all'attualità. Su tutto ciò, a titolo divulgativo, ma poi mica tanto, C. Rovelli, *La realtà non è come ci appare. La struttura elementare delle cose*, Raffaello Cortina, Milano, 2016. Da un punto di vista più strettamente epistemologico, K.R.

- Popper, *Logik der Forschung*, Julius Springer, Berlino, 1934, trad. it. *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino, 1970. A ben vedere, il pensiero e le questioni in esame non sono nuovi. Se ne trova esplicita menzione nel frammento B123 di Eraclito *φύσις κρύπτεσθαι φιλεῖ* - la natura ama nascondersi - su cui l'interessante e approfondito lavoro di G. Colli, *La natura ama nascondersi*, Adelphi, Milano, 1988.
4. Sul significato di organizzazione e su ciò che un'organizzazione è, valgono alcuni rinvii ai miei cosiddetti scritti. Per tutti, R. Nobile, *Management pubblico e semantica: prassi, significati ed etimi*, in *Risorse Umane nella pubblica amministrazione*, III, 2019, pp. 28 ss. Sull'organizzazione in generale, la letteratura è davvero ampia. Per tutti, G. Rebora, *Scienza dell'organizzazione*, Carocci, Roma, 2017, pp. 17 ss.; R.L. Daft, *Organization Theory*, South-Western Cengage Learning, 2016, trad. it. *Organizzazione aziendale*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, p. 12: «*Le organizzazioni sono entità sociali guidate da obiettivi, progettate come sistemi di attività deliberatamente strutturati e coordinati che interagiscono con l'ambiente esterno. L'organizzazione è un mezzo per raggiungere uno scopo che deve essere progettata per raggiungere tale scopo. Possiamo immaginarla come uno strumento o un macchinario progettato per raggiungere uno scopo. Quest'ultimo può variare, ma l'aspetto centrale di un'organizzazione resta il coordinamento di individui e risorse per la realizzazione collettiva di obiettivi desiderati*».
 5. L'uso *de dicto* e *de re* è presente nei maggiori esponenti della Scolastica: Tommaso d'Aquino, Alberto Magno, Abelardo, Pietro Ispano (interessantissime sono le sue affermazioni nelle *Summulae Logicales*), come sottolinea J.M. Bochenski, *Formale Logik*, Alber Freiburg, Monaco, 1956, trad. it. *La logica formale. Dai presocratici a Leibniz* Vol. I, Einaudi, Torino, 1972, pp. 295 ss.
In tempi più recenti, von G.H. Wright, *An Essay in Modal Logic*, Humanities Press, Londra, 1953, p. 6 e p. 25. Riferito alle modalità alethiche (necessario, possibile, impossibile e contingente), esse sono *de dicto* «*when are about the mode or way in which a proposition is or is not true*»; sono *de re* quando «*they are about the mode or way in which an individual thing has or has not a certain property*».
 6. Di questa tematica si trova traccia in R. Nobile, *Il superamento della dotazione organica mediante l'analisi logica di "organizzazione"*, in *Comuni d'Italia*, 2017, p. 26.
 7. Sui quattro modelli di cui le organizzazioni possono dotarsi, denominate "forme organizzative", H. Tosi, M. Pilati, *Struttura e progettazione organizzativa*, in H. Tosi, M. Pilati, N.P. Mero, J.R. Rizzo (a cura di), *Comportamento organizzativo. Persone, gruppi e organizzazione*, EGEA, Milano, 2002, p. 282. I modelli e i relativi meta-modelli sono bene illustrati da Rebora, *op. cit. loc. cit.*
 8. "Deontico" è sinonimo per identità di "normativo" se ne trova specifica trattazione in G.H. von Wright, *Deontic Logic*, in *Mind*, 1950.
 9. R. Nobile, *Pubbliche amministrazioni, organizzazione e progettazione: concetti, prodotti e norme*, in *www.lexitalia.it*, 2019.
 10. R.L. Daft, *op. cit. loc. cit.*

11. G. Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen. Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, C. H. Beck, Monaco, 1956, trad. it. *L'uomo è antiquato Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007, p. 39, ove si legge che l'uomo «non prende più in considerazione l'incapacità di sostenere la concorrenza, bensì un'incapacità molto più moderna, perché ciò a cui egli pensa non è l'uomo quale macchina accanto alle macchine, bensì l'uomo quale macchina per le macchine; l'uomo quale pezzo da lavorare e adattare entro macchine già costruite o entro progetti tecnici prestabiliti». In questa prospettiva, l'uomo funzionario di apparati non è più il pastore dell'Essere di heideggeriana memoria, ma il ben più beccero pastore della macchina.
12. Anche qui le organizzazioni hanno un proprio strumento: la motivazione, sovente usato con estrema disinvoltura. Sul punto, R. Nobile, *Motivazione, compiti e attribuzioni gestionali: management, organizzazione, fare e suo perché*, in *Risorse Umane nella pubblica amministrazione*, 1, 2024, pp. 18 ss.
13. Un solo esempio per chiarire la questione. Il viaggio di un aereo inizia ben prima del decollo e termina ben dopo l'atterraggio. Non vi è coinvolto il solo personale di volo, ma anche quello di terra e quello addetto al controllo. Se un controllore di volo non fa quel che ci si aspetta che faccia nel senso che si astiene dal farlo, allora l'aereo non decolla, e forse neppure rolla sulla pista. La tendenza a trasformare i processi in protocolli vincolanti potenzia gli effetti negativi della revoca.
14. La credenza è un vero e proprio atto di fede, ossia *argomentum non visibillum* e di verità sperata. Sull'argomento sono illuminanti le parole di Paolo di Tarso nella Lettera agli Ebrei 11.1. Il tema è ripreso e sviluppato dalla dottrina patristica e dalla scolastica e resta tutt'oggi di stretta attualità. Il concetto riprende l'assunto per cui la fede è certezza di cose che si sperano, dimostrazione di cose che non si vedono.
15. I Greci avrebbero detto TI. Per un esempio particolarmente eloquente di una sua ricorrenza, si veda il dialogo fra Socrate e Glaucone, in Platone, *Πολιτεία*, trad. it. *La Repubblica*, Laterza, Bari, 1997, p. 369, ove viene messo in questione cosa una cosa sia. Essa «né è, né non è, né è entrambi, né è alcuno dei due», con ciò volendone significare il suo continuo "oscillare" fra essere e non-essere. Questo è quanto è racchiuso nell'*επανφοτερίζειν* (*epanfoterizein*) ossia nel continuo oscillare di ogni ente fra l'essere e il non essere del loro μεταξύ, ossia ciò che è nel mezzo o entro un intervallo. Che ciò sia vero è comprovato dalla risonanza in "*επανφοτερίζειν*" di tre costituenti: *ἐπί*, *ἀμφοτέρως* ed *ἔρις*, i quali ben connotano la tensione (*ἔρις*) continua fra due elementi (*ἀμφοτέρως*) di ciò che viene messo in questione (*ἐπί*). Sinonimo per similitudine di "cosa", è il nome "roba". Curiosa è la sua derivazione etimologica. "Roba" deriva dal germanico "*rauba*". Ancor oggi, in tedesco "*Raub*" significa preda, ossia ciò di cui ci si appropria, e, per traslazione, che si ruba. "Cosa", "roba", "oggetto" sono sinonimi per similitudine, o forse addirittura per identità. Assonanze e conferme interessanti si rinvengono nelle lingue inglese e tedesca. Sia nella prima, sia nella seconda, i termini "*Thing*" e "*Ding*" caratterizzano, in una loro specifica accezione, la cosa messa in questione, e dunque controversa, contesa e *sub iudice*.

16. Sulla questione che lega la funzionalità dell'apparato al successo dei funzionari si rimanda a M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2002, trad. it. *Economia e Società*, Edizioni di comunità, Milano, Vol. II, 1961, pp. 258 e ss., il quale mette in questione i sistemi burocratici e ne affronta gli sviluppi. Un interessante e apparentemente lontano contesto nel quale si lega la funzionalità degli apparati burocratici al successo dei funzionari che ne governano le articolazioni si trova nel modo di intendere gli scopi delle burocrazie nella cosiddetta "corsa all'Africa" del XIX secolo. Se ne trova traccia in H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Meridian, Londra, 1962, trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004, p. 294 e ss.
17. Da notare che la tecnica in quest'accezione non coincide affatto con la tecnologia, che è e resta strumento. Quanto allo scopo della tecnica, essa mira semplicemente al proprio potenziamento indefinito, che coincide con il la capacità di realizzare una serie indefinita di scopi particolari. In questo senso, la tecnica esprime la propria volontà di potenza preordinata e destinata al proprio autopotenziamento illimitato.
18. Sulla cosa e sulle sue caratterizzazioni ontologiche e funzionali, M. Heidegger, *Die Frage nach dem Ding. Zu Kant Lehre von den transzendenten Grundsätzen*, Klostermann, 1962, trad. it. *La questione della cosa*, Mimesis, Milano, 2011, p. 11 e ss.; *die Angabe*, trad. it. *L'indicazione*, in F. Volpi, *Conferenze di Brema e Friburgo*, Adelphi, Milano, 2002, p. 19. Ecco i passi più salienti e drammatici insieme: «*tutte le distanze nel tempo e nello spazio si accorciano [...] Sennonché, la precipitosa eliminazione di tutte le distanze non porta alcuna vicinanza, giacché la vicinanza non consiste nella minore distanza [...] Che cosa accade se con l'eliminazione delle grandi distanze ogni cosa si trova ugualmente lontana e vicina? Che cos'è questa uniformità in cui tutte le cose non sono né lontane né vicine, e sono, per così dire, senza distacco (ohne Abstand)? Tutto si confonde nell'uniforme senza-distacco (das Abstandlose). Come? Questo compattarsi nel senza-distacco non è forse ancora più inquietante di un frantumarsi di tutto? [...] Che cosa ancora aspetta questa paura sgomenta, se il terrificante (das Entsetzliche) è già accaduto? Esso [il terrificante] si mostra e si cela nel modo in cui ogni cosa è presente, nel fatto cioè che, malgrado ogni superamento delle distanze, la vicinanza di ciò che è rimane assente*». Ecco il senso dello spaesamento, qualora ve ne fosse il bisogno.
19. Limitandosi alle opere esoteriche dell'autore, *ex plurimis*, E. Severino, *Il destino della tecnica*, Rizzoli, Milano, 1988, pp. 34 e 35: «*la tecnica mira non a uno scopo specifico e escludente, bensì all'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è insieme incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni [...]. È inevitabile quindi che tali forze [n.d.r.: le forze portatrici di scopi particolari: democrazia, capitalismo, ambientalismo, marxismo, economia, finanza, et coeteris paribus] rinuncino progressivamente allo scopo che pur intendono realizzare, e vi rinuncino appunto per non frenare, limitare, indebolire l'indefinito potenziamento degli strumenti – l'apparato scientifico-tecnologico con cui intendono realizzare tale scopo. In rapporto alla realizzazione dello scopo, il perfezionamento del mezzo che deve realizzarlo è infatti limitato e frenato. Altrimenti, il vero scopo diventerebbe tale perfezionamento. E se si vuole evitare questa*

limitazione (nell'illusione che potenziando indefinitamente il mezzo venga favorita la produzione dello scopo), è necessario che il perseguimento dello scopo non intralci il perfezionamento del mezzo, e dunque venga subordinato a tale perfezionamento – che così diventa il vero scopo primario».

20. U. Galimberti, *Tecne e Psiche. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 34: «per il fatto che abitiamo un mondo in ogni sua parte tecnicamente organizzato, la tecnica non è più oggetto di una nostra scelta, ma è il nostro ambiente, dove fini e mezzi, scopi e ideazioni, condotte, azioni e passioni, persino sogni e desideri sono tecnicamente articolati e hanno bisogno della tecnica per esprimersi».
21. G. Anders, *ult. op.cit.*. In modo notevolmente più drammatico, G. Anders, *Wir Eichmannsöhne*, Beck, Amburgo, 1964, trad. it. *Noi figli di Eichmann*, Giuntina, Firenze, 1995, p. 32, ove si legge «quanto più alta è la velocità del progresso, quanto più grandi sono gli effetti della nostra produzione e quanto più è intricata la struttura dei nostri apparati, tanto più rapidamente la nostra immaginazione e la nostra percezione non riescono a stargli dietro, tanto più rapidamente cala la nostra “chiarezza” e tanto più diventiamo ciechi».
22. H. Marcuse, *One-Dimensional Man. Study in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Boston Press, Boston, 1964, trad. it. *L'uomo a una dimensione*, Einaudi, Torino, 1964, p. 51 e ss.: «col progresso tecnico come strumento, la non-libertà – intesa come soggezione dell'uomo al suo apparato produttivo – vien perpetuata e intensificata sotto forma di molte piccole libertà e agi [...]. L'automazione pare davvero essere il grande catalizzatore della società industriale avanzata. È un catalizzatore esplosivo o, a seconda, non esplosivo, che opera un mutamento qualitativo nella base materiale, strumento tecnico del salto dalla quantità alla qualità».
23. S. Weil, *L'oppressione sociale*, Gallimard, Parigi, 1934, trad. it. *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale*, Adelphi, Milano, 1983.
24. W. Benjamin, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, in *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1936, trad. it. F. Desideri, M. Montanelli, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Donzelli, Roma, 2019.
25. Per una panoramica complessiva di ampio respiro, P. D'Alessandro e A. Potesio, *Filosofia della tecnica*, LED, Milano, 2006.
26. G. Anders, *ult. op. cit.*, p. 25.
27. Il fenomeno è del tutto analogo a quello della moda, ove è particolarmente evidente che essa attribuisce ai beni una funzione altra e ulteriore a quella da sempre percepita e concepita come loro propria. A esempio, la funzione originaria di un cappotto è coprire e proteggere dal freddo. Il continuo succedersi di modelli che si differenziano per particolari altri rispetto alla loro funzione originaria rende evidente che la moda destina all'obsolescenza anticipata il capo di vestiario, determinandone la sostituzione pur in presenza della sua idoneità allo scopo originario. Su tutto ciò, U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Feltrinelli, Milano, 2009, pp. 95 e ss.
28. G.W.F. Hegel, *Wissenschaft der Logik*, trad. it. *Scienza della logica*, Laterza, Bari, 1924, p. 449.

29. K. Marx, *Das Kapital*, trad. it., *Il capitale*, Editori Riuniti, Roma, 1964, I, pp. 180 e ss.
30. Detto incidentalmente, questa è la ragione della genesi del tramonto del capitalismo descritta da Emanuele Severino ne *Il declino del capitalismo*, Rizzoli, Milano, 1993. Da un lato, il capitalista ha quale proprio scopo la massimizzazione del profitto, il che impone la massima circolazione delle merci per la produzione di un quantitativo di danaro maggiore di quello investito; dall'altro, il capitalista deve perseguire la rarefazione delle merci per mantenere alto il loro prezzo. È evidente che il potenziamento della produzione confligge con la rarefazione, che è depotenziamento, delle merci e della loro circolazione, il che segna l'inizio della fine del modello: potenziare la produzione e rarefarla nel contempo esprime una contraddizione "nel medesimo rispetto".
31. Se ne trova ampia traccia in M. Weber, *Politik als Beruf*, Reclam, Stoccarda, 1992, trad. it. *La politica come professione*, Mondadori, Milano, 2009, pp. 105 e ss.
32. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*, Der Philosophische Band, Lipsia, 1919, trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, Milano, 1984, p. 95.
33. Su tutto ciò, U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Feltrinelli, Milano, 2009, pp. 219 e ss. ove la tematica è sviluppata con la precisione richiesta, nulla tralasciando.
34. M. Heidegger, *Gelassenheit*, Neske, Pfullingen, 1959, trad. it. *L'abbandono*, Melangolo, Genova, 1983, p. 36.
35. Lo evidenzia M. Heidegger: si veda quanto riportato nella nota 18.
36. Lo spaesamento è particolarmente evidente quando si mettono in questione le conseguenze dell'impiego della cosiddetta "intelligenza artificiale" nella sua versione generativa. Per un primo approccio al problema R. Nobile, *Intelligenza artificiale, tecnica e tentativi di regolamentazione: il legislatore ci prova*, in www.lagazzettadeglientlocali.it, 2024.
37. Sul testo dell'art. 97, comma 1 Cost. – «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*» – la letteratura è particolarmente ampia. Per tutti, si vedano, P. Carretti, *Commento all'art. 97 della Costituzione*, in C. Pinelli, U. Pototschnig (a cura di), *Commentario della Costituzione. Pubblica Amministrazione. Artt. 97-98*, Zanichelli, Bologna, 1994, oltre alla manualistica istituzionale di cui si omette volutamente la citazione. Sull'art. 97 Cost. con particolare riferimento agli scopi ultimi che esso sottende, ossia l'imparzialità e il buon andamento, si rimanda all'interessantissimo lavoro di sintesi di L. Iannucilli e A. De Tura, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.
38. Sulla funzione amministrativa, si veda M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo Vol. II*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 445 e ss., il quale la riconduce ad attività considerate nella loro globalità rese rilevanti dalla norma, senza distinguere l'ambito entro cui esse ricorrono: «*vi è infine una terza opinione, che è la più esatta, secondo cui non è da far questione di diritto pubblico o di diritto privato, in ambedue le normative essendo possibile che – oltre agli atti – anche un'attività nel suo complesso possa avere rilevanza giuridica. Sono le attività a cui si addice il nome di funzioni, le quali possono ricevere qualificazioni giuridiche in ordine al*

modo con cui sono svolte, nella loro globalità». E ancora: *«nell'ambito definito dalla norma la funzione ha però rilievo nella sua globalità».* Il tutto con l'avvertenza che *«tutte le attività svolte nell'interesse generale o nell'interesse altrui di principio sono funzionalizzate. L'attività dei pubblici poteri, in particolare l'attività delle pubbliche amministrazioni, è, perciò, in linea di principio, funzione, sia pure nelle diverse maniere e intensità stabilite dalle norme».* Inutile ricordare che le indagini sulla funzione amministrativa risalgono a F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1 e ss.; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 e ss.; *Semantica di funzione*, in *Scritti giuridici, Vol. V*, Vita e pensiero, Milano, 2006, pp. 3875 e ss.. Dopo tali apporti dottrinali tutto il resto è mera ricapitolazione priva di spunti di novità di sostanza. D'altro canto per veder lontano occorre salire sulle spalle dei giganti. Ma quando i giganti hanno detto tutto quel che v'è da dire, chi segue è mero epigono.

39. Lo diciamo da oltre un decennio nei cosiddetti nostri scritti. Da ultimo sul punto, R. Nobile, *Management pubblico e semantica. Prassi, significati ed etimi*, in *Risorse Umane nella pubblica amministrazione*, III, 2019, p. 31.
40. Sulla responsabilità in generale, intesa come categoria del diritto in sé e per sé, si veda l'interessante e ancora attuale saggio di G. Maiorca, *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, p. 1004 e ss., il quale osserva in via preliminare che *«la parola [ossia "responsabilità"] si rifà al latino tardo respondere. Il termine antico respondere, è il movimento inverso di spondere, il cui radicale porta in sé l'idea di rito, di solennità e, con ciò, quello della formazione di un dato equilibrio, di un dato ordine, avente carattere di solennità. Respondere presuppone la rottura di tale equilibrio, di tale ordine, ed esprime l'idea della risposta riparatrice della rottura. Va perciò considerato che, nella fenomenologia della responsabilità, quando più, quando meno, si mantiene quel carattere di ritualità e di solennità che è proprio dell'antico significato di sponsio. Non è, infatti, una qualunque risposta, ma è una risposta solenne, ed espressa con una certa qual ritualità, quella che segue alla rottura dell'equilibrio; tenendo conto che l'evento cui segue la risposta riequilibratrice è un qualcosa cui è relativo un giudizio su di un piano di valori di particolare rilevanza».* La conclusione che se ne trae è ovvia: la responsabilità è una relazione normativa di implicazione necessaria fra un disvalore ritualmente e solennemente accertato e sanzione riparatrice. Il concetto continua ad essere bene espresso da G. Maiorca, *op. cit.*, p. 1040: *«nella prospettiva più generale, che è quella della presente ricerca teorica, l'illecito viene definito in termini di rottura (ciò significando i pur generali termini di offesa e lesione): rottura di un equilibrio; più precisamente, rottura di un ordine, di un equilibrio ordinativo; alla rottura segue la risposta, nella quale consecuzione consiste l'essenza della fenomenologia che si definisce in termini di responsabilità».*

Un'analisi della categoria generale della responsabilità in termini logico-formali è già stata fatta in R. Nobile, *L'interferenza fra procedura disciplinare e processo penale: la sentenza assolutoria, la sentenza di condanna e la sentenza di patteggiamento*, in www.lexitalia.it,

2002. In termini più ampi, R. Nobile, *La responsabilità: brevi annotazioni sulla sua forma logica*, in *Comuni d'Italia*, 20, 2008, rièdito in *www.lexitalia.it*, 2008. Qui viene offerto un tentativo di formalizzazione della responsabilità in termini di implicazione necessaria: $[-(Op) \rightarrow OS] \& [-(Op)] \rightarrow OS$, laddove “p” è l’azione o l’omissione che un dato soggetto agente deve tenere, “O” la sua obbligatorietà, “-(Op)” rappresenta la violazione della norma “Op”, “S” la sanzione prevista dall’ordinamento, e “ \rightarrow ” l’implicazione necessaria. Il sintagma $[-(Op) \rightarrow OS] \& [-(Op)] \rightarrow OS$ può pertanto essere letto nei termini seguenti: se una data norma “Op” che qualifica come obbligatoria “O” una data azione od omissione “p” viene violata, e se la violazione è stata debitamente accertata, allora segue obbligatoriamente la sanzione “S”.

Sulla responsabilità del pubblico dipendente sono illuminanti le concettualizzazioni di V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buracchi, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Giuffrè, Milano, 2009.

41. A questo proposito è quanto meno curioso rimandare al mito di Prometeo – ossia colui che pensa prima di agire – il quale percorre l’intera parabola dello sviluppo della civiltà e del pensiero occidentale, così bene sottolineato nella sua tragicità nel *Prometeo incatenato* di Eschilo. Il mito è noto: Prometeo ruba il fuoco agli dèi e lo dona all’uomo, il quale, divenuto simile agli dèi, proprio tramite il fuoco diviene in grado di trasformare la realtà tramite la metallurgia, forgiando oggetti e trasformando il minerale grezzo in nuovi prodotti. Ma il fuoco è stato rubato con l’inganno. Di qui la punizione e il confinamento dell’ingannatore negli abissi. Di qui la loro sopravvenuta abilità degli uomini nel trasformare gli oggetti. Di qui anche la progressiva rilevanza della tecnica intesa come strumento. Oggi, che la tecnica è mondo e ambiente entro cui si danno le relazioni fra gli umani, si assiste a un vero e proprio scatenamento, con la conseguenza di rendere imprevedibili – ma anche non immaginabili – gli effetti che entro il mondo della tecnica possono essere prodotti dai relativi apparati. Ecco i passaggi più salienti della vicenda: «*a rupi vertiginose quest’uomo costringi con ceppi infrangibili di catene adamantine. Egli sottrasse il tuo fiore, il bagliore del fuoco, ch’è padre di tutte le arti, e l’offerse ai mortali. Di tale misfatto bisogna che paghi le pene agli dèi, e impari a rispettare la signoria di Zeus abbandonando il suo amore eccessivo per gli uomini*». E ancora: «*Un dono largito agli uomini piega al giogo di questo destino me, un miserabile: chiusa nel cavo d’una canna furtiva sottraggo la sorgente della fiamma, che si rivelò ai mortali maestra d’ogni arte e formidabile risorsa*». La traduzione è tratta da *Le tragedie di Eschilo*, Einaudi, Torino, 1956, pp. 123 e 128.
42. Come è ampiamente noto, i moderni sistemi giuridici ancorano la responsabilità alla rappresentazione dei fatti – altrimenti detta “elemento oggettivo”, articolati in condotta, evento e nesso causale – ed elemento soggettivo, di volta in volta ricondotto al dolo o alla colpa, a loro volta disarticolati in sotto insiemi, nonché alla preterintenzione per il solo ordinamento penale.
43. Su tutto ciò, G. Anders, *ult. op.cit.*, p. 251, ove viene messa in questione la differenza radicale fra astrazione e percezione: in presenza di fattori complessi, lo scarto fra astrazione

e percezione cresce con l'intensità quali-quantitativa del fenomeno. Come dire: la percezione si limita all'immediato e al già consolidato, ma non riesce a tenere il passo con l'immaginabile, segnando la cifra dell'inadeguatezza.

44. Si veda l'art. 114, comma 1, seconda proposizione Cost. «*I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione*».
45. Il ricorso alle FAQ è particolarmente problematico ed è stato stigmatizzato dal Consiglio di stato. Se ne rinviene traccia in Cons. St., parere del 20 luglio 2021, n. 1275; Cons. St., 30 agosto 2023, n. 8065, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.
46. La sacralità della *sponsio* era strettamente legata al diritto formulare arcaico, ove l'obbligazione era assunta dallo *sponsor* che alla domanda "*idem dari spondes?*" rispondeva "*spondeo*".
47. Ciò ha delle immediate ripercussioni sulle modalità di funzionamento degli organi cui le costituzioni contemporanee affidano la titolarità della potestà legislativa. Fare leggi richiede tempi. E le leggi sono strumenti. E gli strumenti devono essere messi a punto in tempi compatibili con la realizzazione degli scopi cui sono preordinati. Se il tempo della realizzazione degli scopi attraverso lo strumento legislativo è incompatibile col tempo della legiferazione, allora quest'ultima è inidonea allo scopo. Di qui l'inattualità dei parlamenti, della loro elefantiasi, di molti dei loro regolamenti. Di qui anche il sempre più massiccio ricorso alla decretazione d'urgenza, che il più delle volte finisce con l'essere *in re ipsa*, ovvero alla decretazione delegata. Ciò spiega anche il massiccio ricorso a fonti di regolazione sub legislative nei casi di emergenza e perché per le situazioni di igiene pubblica, sanità e sicurezza sia ammissibile il ricorso al potere di ordinanza. Il covid insegna, come ben si trova compendiato in R. Nobile, *COVID-19, dpcm del governo e problemi di sorveglianza linguistica: la tecnica e l'igiene del linguaggio non sono un optional. Spunti per un'analisi linguistica delle misure di contrasto al virus*, in *CERIDAP*, 3, 2021, pp. 102 e ss.
48. Un esempio tipico di questo modo di pensare è la discussione sull'eliminazione del reato di abuso d'ufficio. Altro esempio è quello della eliminazione della colpa grave per la configurazione della responsabilità risarcitoria per danno erariale. Qui in molti si stracciano le vesti come Caifa. Il riferimento a Caifa non è casuale, ma voluto.
49. L'interesse privato è personale, commerciabile, rinunciabile e può essere organizzato e gestito mediante negozi giuridici e contratti. La legge ne è un mero limite esterno. Non così per l'interesse pubblico, il quale è declinato da fonti legali di regolazione, non è in alcun modo rinunciabile ed è strettamente connesso al potere di azione della pubblica amministrazione, costituendone il titolo e nel contempo il limite. L'azione amministrativa non è libera nello scopo, ma discrezionale. E la discrezionalità amministrativa è in uso del potere in vista del conseguimento dell'interesse pubblico per il quale esso è stato normativamente attribuito a quella determinata pubblica amministrazione. Il potere pubblico, in quanto funzionalizzato, è titolo e limite all'agire della pubblica amministrazione.

50. Ne tematizza U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Feltrinelli, Milano, 2009, pp. 228 e ss. Si veda, in particolare, p. 243 al § 6, *Le psicopatologie da internet*, del quale si raccomanda l'attenta e meditata lettura.
51. Negli enti locali vale l'art. 109 del d.lgs. n. 267/2000, che pone al centro della questione non la figura del dirigente, ma quella della funzione dirigenziale, che, ove manca la dirigenza strutturata nell'organizzazione, poco importa se a tempo indeterminato o a tempo determinato, è svolta da funzionari dell'area direttiva.
52. G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, trad. it. *La fenomenologia dello spirito*, Bompiani, Milano, 1988, pp. 283 e ss.
53. Sul *management* pubblico, fra i molti, si possono utilmente consultare: S. Bandera, M. Kalchschmidt, *Management pubblico e competenze nell'era dell'incertezza*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016; V. Pedaci, *Il management pubblico*, Simone, Napoli, 2012; L. Hinna, M. Lasalvia, *La riforma della pubblica amministrazione tra diritto e management*, EPC, Roma, 2011; E. Borgonovi, G. Fattori, F. Longo, *Management delle istituzioni pubbliche*, EGEA, Milano, 2009; F. Forte, L. Robotti, *La gestione manageriale nella pubblica amministrazione*, Franco Angeli, Milano, 2006; A.W. Steiss, *Strategic management for public and nonprofit organizations*, Marcel Dekker, New York, 2003; E. Borgonovi, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, EGEA, Milano, 2005; AA. VV., *Management di regioni ed enti locali*, Ceman, Roma, 2000; AA. VV., *Practicing public management: a casebook*, St. Martin's Press, New York, 1983; J.D. Millett, *Management in the public service*, McGraw-Hill, New York, 1954.
54. Tutto ciò trasforma il complesso di colpa in senso di inadeguatezza, determinando veri e propri stati di angoscia. Lo mette in questione G. Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen. Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, C.H. Beck, Monaco, 1956, trad. it. *L'uomo è antiquato Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, op. cit., p. 251: «essa non è all'altezza delle prestazioni e delle altre facoltà; e non riesce a uguagliarsi a queste, a comportarsi "adeguatamente", anche se lo tenta. I compiti di cui viene a capo l'uomo che prova angoscia sono più ristretti di quelli che signoreggia l'uomo produttore. E pertanto "l'uomo è inferiore a se stesso"».
55. L'ordinamento giuridico diviene fatalmente un dis-ordinamento, ossia un ordinamento-disordinato. E qui ci piace fare una piccola digressione glottologica. In "ordinamento" risuona "r" e "at". Ora la prima liquida rimanda al movimento (radice sanscrita); la seconda all'appropriatezza del modo (radice indoeuropea). Di qui la conclusione: l'ordinamento dovrebbe costituirsi attorno al moto ordinato. Ma con le premesse evidenziate nel testo, il movimento è tutto, fuorché appropriato. Anzi, è vero il contrario. Esso è dis-appropriato, ove "dis" (prefisso greco) denota e connota quanto di più distante v'è dal termine di paragone. Di qui il dis-ordinamento dell'ordinamento giuridico.
56. Sul potere e la responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione e sui suoi fondamenti si veda il magistrato V. Tenore, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017; L. Boiero, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017; R. Nobile, *La*

responsabilità e il potere disciplinare negli enti locali fra analisi della loro natura giuridica e conseguenze ordinamentali, in *www.lexitalia.it*, 2016.

57. Entro questa prospettiva tramonta definitivamente la concezione della politica come arte régia, altrimenti definita da Platone come βασιλική τέχνη - *basilikè tèchne*. Qui la funzione della politica è chiara. Essa è sí una tecnica, ma lo è in modo del tutto particolare. E infatti, se tutte le altre tecniche sanno come fare le cose, la politica sa se e perché farle. Quindi la politica è il luogo di decisione. Oggi non è piú cosí: per decidere, la politica deve rivolgersi all'economia.
58. Se la politica dipende sempre di piú dall'economia, allora la seconda è immensamente piú potente della prima. Di qui la conseguenza: chiedere a chi è piú potente di dover non fare quel che la sua potenza gli consente di fare è semplicemente patetico.
59. "Nomothetic" è aggettivo che deriva per crasi da νόμος (*nomos*) e θέσις (*thesis*), ossia da "norma" e "ciò che viene posto". L'attività nomothetica è dunque attività di posizione di norme. Piú precisamente, promulgazione di disposizioni normative, che, sono tali perché esprimono significati normativi, ossia norme.
60. Il fenomeno descritto è direttamente proporzionale alla frammentarietà e alla proliferazione dei partiti presenti negli organi cui è demandata la potestà normativa. Il problema è davvero complesso ed esula dall'economia del presente lavoro. Per una visione di insieme si rimanda a H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Meridian, Londra, 1962 trad it. *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004, pp. 351 e ss., ove viene messa in questione la differenza di sostanza fra il sistema bipartitico inglese e il sistema multipartitico continentale. Le osservazioni qui sviluppate sono quanto mai attuali e oggi complicate dalla presenza di formazioni politiche che si definiscono "movimenti" e che, tali e in effetti sono a tutti gli effetti.
61. Il tema esula dei confini del presente lavoro. Qui basti solo ricordare che la verità per i greci è ἀλήθεια, ossia e alla lettera disvelamento che sovrasta i mortali, che si impone a loro – è questo il senso dell'ἐπιστήμη, ossia e sempre alla lettera "lo stare su della verità" – alla quale viene assegnata la funzione di cura contro il dolore provocato dalla morte, dalla malattia e dagli effetti delle avversità, come è ben presente nel secondo inno a Zeus nell'*Agamennone* di Eschilo, determinando un sapere stabile e non controvertibile.
62. Sulla questione di cosa sia mai la democrazia, il rimando d'obbligo è a G. Sartori, *Democratic Theory*, Wayne University Press, Detroit, 1962; *The Theory of Democracy Revisited*, Chatam House Publisher, New York, 1987, vol. I e II; *Democrazia. Cos'è?*, Rizzoli, Milano, 2007, *passim*. Del medesimo autore, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham House, Chatham N.J., 1987, *passim*. Per un primo inquadramento della materia, P. Biscaretti di Ruffia, *Democrazia*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 110 e ss.: «volendo, frattanto – sul piano strettamente giuridico – tradurre in una concisa definizione tale genericissima nozione della democrazia, pare potersi affermare ch'essa "sussiste quando, in un ordinamento statale, si riscontrino degli organici sistemi d'istituti e di norme atti a garantire giuridicamente la rispondenza dell'azione governativa alla concreta volontà della collettività popolare"». Sulla democrazia

non può essere tralasciato il riferimento al pensiero sviluppato nel tempo da Norberto Bobbio. Dell'autore si possono utilmente consultare *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci, *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1976, pp. 296 e ss.; *Il futuro della democrazia*, in *Nuova civiltà delle macchine*, II, 3, 1984, pp. 11 e ss.; *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)*, in *Teoria politica*, III, 3, 1987, pp. 3 e ss.; *Democrazia e dittatura*, in *Enciclopedia Einaudi*, IV, Einaudi, Torino, 1978, pp. 535 e ss.; *L'età dei diritti*, in P. Polito (a cura di), *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Sonda, Torino, 1989, pp. 112 e ss.; *Le ragioni della tolleranza*, in AA.VV., *L'intolleranza: uguali e diversi nella storia*, Mulino, Bologna, 1986, pp. 234 e ss. Sulla parola "democrazia" sono tristemente emblematiche le parole di George Orwell in *Politics and the English Language* e in *The Principles of Newspeak*, trad. it. *La neolingua della politica*, Garzanti, Milano, 2021, p. 41: «nel caso di democrazia, non solo non esiste una definizione condivisa, ma il tentativo di trovarne una viene avversato da tutti i fronti. È quasi universalmente riconosciuto che intendiamo elogiare una nazione definendola democratica; di conseguenza, i difensori di qualunque regime sostengono che il loro è una democrazia, e temono di essere costretti a rinunciare a quella parola se venisse inchiodata a un qualche significato. Parole simili sono spesso usate in modo consapevolmente dionestico: la persona che le usa ha la propria definizione privata, ma permette a chi ascolta di pensare che intenda qualcosa di molto diverso».

63. Talvolta si sente dire che la partecipazione alla democrazia non v'è o v'è in misura ridotta perché mancano i luoghi di incontro. L'argomento è puramente mistificante: i luoghi vi sono, quel che manca sono due cose: la volontà e l'interesse a frequentarli. Di qui l'inutilità di promuovere forme di incontro telematico: la gente usa *internet* per fare altro. La cosiddetta democrazia digitale è un *bluff*. Per un esame della cosa in questione, R. Nobile, *E-democracy, tecniche e politiche: tre nozioni che non dialogano*, in *CERIDAP*, 2, 2022.
64. La democrazia, che dovrebbe essere alla lettera "*Κράτος*" (*kratos*) del "*δῆμος*" (*demos*) finisce col consegnare alla storia un *demos* senza *kratos*. Ciò lascia aperta la potenza dell'immaginazione, che porta fatalmente a ipotizzare forme di potere occulto in mano a pochi per non dire pochissimi. L'idea è tutt'altro che stravagante ed è né più, né meno che la teoria delle *élite*, il cui antesignano è Gaetano Mosca. Se ne trova traccia in G. Mosca, *Sulla teoria dei governi e del governo parlamentare*, Tipografia dello Statuto, Palermo, 1884, ove sono particolarmente emblematiche le osservazioni per le quali «una candidatura è sempre l'opera di un gruppo di persone riunite per un intento comune, di una minoranza organizzata che, come sempre, fatalmente e necessariamente s'impone alle maggioranze disorganizzate» (p. 295) e «in ogni governo regolarmente costituito la distribuzione di fatto dei poteri politici non è sempre d'accordo con quella di diritto» (pp. 365-366). L'autore osserva che accanto ai detentori dei ruoli istituzionali espressamente previsti dal diritto pubblico, che quindi esercitano un potere formale sancito da norme costituzionali e legislative, vi sono i detentori di un potere sociale non meno importante di quello giuridico e di cui sono portatori tutti coloro che godono di rilevanti posizioni sul piano economico delle professioni, della finanza, dell'industria *et coeteris paribus*.

Insomma, tutti coloro che, pur non ricoprendo cariche previste dall'ordinamento, esercitano una rilevante capacità di influenza sul corso della vita pubblica e quindi sulle condizioni concrete dell'esistenza dei singoli individui appartenenti ad una determinata società.

Ovviamente chi la avversa ha pronto l'antidoto, che si chiama complottismo. Tacciare qualcuno di complottismo significa sempre e comunque negargli credibilità, determinando l'automatica svalutazione di tutto quel che egli dice. Tecnica elementare, ma efficacissima. Se ne trova ampio uso nelle trasmissioni televisive sempre più urlate che i *mass media* propinano con frequenza preoccupantemente crescente.

65. Per l'analisi delle modalità di formazione del consenso, e dunque organizzare opinioni tramite la propaganda applicata alla politica, si possono utilmente consultare gli ormai classici della materia W. Lippman, *Public Opinion*, Macmillan, New York, 1922, trad. it. *L'opinione pubblica*, Donzelli, Roma, 2018; E.L. Barnays, *Crystallizing Public Opinion*, Liveright Publishing Corporation, New York, 1923; E.L. Barnays, *Propaganda*, Liveright Publishing Corporation, New York, 1928, trad. it. *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*, Lupetti, Milano, 2008; J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 1962, trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Bari, 1971; V. Price, *Public Opinion (Communication Concepts)*, Sage Publications, Inc, Thousand Oaks, 1992, trad. it. *L'opinione pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004; G. Gilder, *Life after Television*, Norton, New York, 1992, trad. it. *La vita dopo la televisione*, Castelvechi, Roma, 1997. Ciò che davvero deve far riflettere è che i precipitati delle riflessioni degli autori citati sono confluite nelle modalità di attuazione della propaganda politica di Joseph Goebbels. Sulla questione, G. Magi, *Goebbels. 11 tattiche di manipolazione occulta*, PianoB, Prato, 2021.
- Un riferimento a parte va fatto al geniale G. Le Bon, *Psychologie des Foules*, Alcan, Paris, 1895, trad. it. *La psicologia delle folle*, TEA, Milano, 2004, ampiamente conosciuto da Lippman e Barnays, ma stranamente dimenticato in Italia.
66. La nozione e il concetto di teatrocrazia risale a Platone e si ritrova ben esplicitato nel § 701 di *Nóμοι*, trad. it. *Le leggi*, Laterza, Bari, 1993, pag. 116. La teatralizzazione della democrazia è il rischio oggi più marcato; essa, a ben vedere, si fonda sul principio aberrante della valorizzazione dell'incompetenza. Un'utile rappresentazione di ciò che la teatrocrazia è si rinviene in J. de Romilly, M. Trédé, *Petites leçons sur le grec ancien*, Stock, Parigi, 2008, trad. it. *Elogio del greco antico*, Il Nuovo Melangolo, Genova, 2017, p. 62: «d'altronde, un'altra creazione platonica ingiustamente dimenticata, la "teatrocrazia", potrebbe forse ritrovare vita e senso nel nostro mondo contemporaneo, definito a volta una "società dello spettacolo". La teatrocrazia corrisponde, nell'evoluzione democratica, a quello stadio in cui tutti si credono competenti su tutto, senza aver nulla appreso, inizialmente a teatro, e poi negli altri campi del sapere. Ciascuno acquista allora una sicurezza che si trasforma ben presto in impudenza, rifiuta qualsiasi autorità e finisce col disobbedire alle leggi, non rispettando più né giuramenti, né impegni». Il quadro è davvero edificante, non v'è che

dire.

La situazione non è nuova. Essa è molto ben descritta da Polibio di Megalopoli nelle *Storie*. Anch'egli – come Platone nella Repubblica – sviluppa una sorta di ciclicità del divenire delle forme di governo, la più perniciosa delle quali è l'oclocrazia. Durante l'oclocrazia il popolo, danneggiato dal disordine politico e dalla corruzione, svilupperà il sentimento della giustizia e sarà spinto a credere nel populismo e nei demagoghi, che porteranno lo Stato al *caos* da cui si uscirà quando emergerà un unico, e a volte virtuoso, demagogo che instaurerà il potere assoluto.

67. Su tutto ciò, in tempi non sospetti, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, pp. 34 e ss., del quale è utile rammemorare il pensiero: «*Se per democrazia diretta s'intende alla lettera la partecipazione di tutti i cittadini a tutte le decisioni che li riguardano, la proposta è insensata. Che tutti decidano su tutto in società sempre più complesse come sono le società industriali moderne è materialmente impossibile. Ed è anche umanamente, cioè dal punto di vista dello sviluppo etico e intellettuale dell'umanità, non auspicabile. [...] Ma l'individuo rousseiano chiamato a partecipare dalla mattina alla sera per esercitare i suoi doveri di cittadino sarebbe non l'uomo totale ma il cittadino totale. E il cittadino totale non è a ben guardare che l'altra faccia non meno minacciosa dello stato totale. [...] Il cittadino totale e lo stato totale sono le due facce della stessa medaglia, perché hanno in comune, se pur una volta considerato dal punto di vista del popolo, l'altra volta dal punto di vista del principe, lo stesso principio: che tutto è politica, ovvero la riduzione di tutti gli interessi umani agli interessi della polis, la politicizzazione integrale dell'uomo, la risoluzione dell'uomo nel cittadino, la completa eliminazione della sfera privata nella sfera pubblica, e via dicendo*». Sull'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio in materia, E. Grosso, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, 4, 2015.
68. Il riferimento colto è al linguaggio emotivo, caratterizzato dalla massiccia presenza di definizioni persuasive. Se ne rimanda la perimetrazione all'ormai classico C.L. Stevenson, *Persuasive definition*, in *Mind*, 1938, pp. 331 e ss.: «*a "persuasive" definition is one which gives a new conceptual meaning to a familiar word without substantially changing its emotive meaning, and which is used with a conscious or unconscious purpose of changing, by this means, the direction of people's interest*».
69. Si pensi, a esempio, alla proliferazione dei *referendum* su questioni nelle quali la tecnica è sovrana. Per esprimersi compiutamente su quesiti che riguardano il ricorso agli OGM occorre essere almeno ingegneri molecolari o genetisti; per potersi esprimere compiutamente sull'utilizzazione dell'energia nucleare, ingegneri atomici o fisici delle particelle, *et coeteris paribus*. Quanto alla logica interna del *referendum*, va osservato che il suo esito è sempre a somma-0; e infatti, chi vince prende tutto, ossia si appropria del suo esito, mentre chi perde tutto, ossia non si appropria di alcunché. Ma dopo tutto, come bene osserva U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, *op. cit.*, p. 218, «*La tecnica potrebbe determinare la fine della democrazia (il condizionale è motivato dal fatto che siamo tutti affezionati alla democrazie, ma in realtà si potrebbe dire che essa è già venuta meno)* [...] In

tutti questi casi [quelli menzionati nella nota] si possono giudicare con competenza i termini dei problemi, solo se si è rispettivamente un biologo, un fisico nucleare o un genetista. Le persone prive di queste specifiche qualità prenderanno posizione su basi "irrazionali", quali sono l'appartenenza ideologica, a un partito, la fascinazione di chi è maggiormente persuasivo in televisione, la simpatia per un politico. Platone avrebbe definito questo sistema, che oggi potremmo chiamare telecrazia, in termini di retorica o sofistica».

Il modello non interseca né è intersecato dalla maggior diffusione della cultura nel popolo: la cultura non crea competenze settoriali, ma dà solo l'illusione di configurarle. La verità è che le opinioni continuano a essere formate su base retorica e in generale irrazionale e raramente su nozioni e conoscenze precise e argomentabili. Su tutti ciò, già B. Berelson, *Voting: A Study of Opinion Formation in a Presidential Campaign*, Chicago University Press, Chicago, 1954, p. 311.

70. Questa situazione è molto ben evidenziata, descritta e commentata da Kelsen e la trova espressa puntualmente in H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags, Vienna, 1979, trad. it. *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, e prima ancora in tutte le opere dell'autore ivi richiamate.
71. Anche in questo caso la potenza della regola sulla produzione normativa è espressione del dominio della tecnica. Risuonano come monito da rammemorare le parole di Hobbes per le quali *auctoritas, non veritas legem facit*. In quel contesto, l'aforisma era riferito al Leviatano; oggi il riferimento è al parlamento. Proprio per questi motivi, le democrazie parlamentari prevedono quanto meno due baluardi ben precisi: la presenza nell'ordinamento delle Corti costituzionali e di norme a tutela delle minoranze, che, se non vi fossero produrrebbero vere e proprie forme di dittatura delle maggioranze.
72. Ne è un chiaro indizio il dovere di concludere sempre i procedimenti amministrativi con un provvedimento espresso previsto dall'art. 2, comma 1 della l. n. 241/1990: «*ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*».
73. Sovente si sente dire che l'azione della pubblica amministrazione deve essere improntata a razionalità. Nulla di più errato. L'accoppiata razionalità/ragionevolezza va di pari passo con quella che contrappone il dominio della scienza a quello del mondo dei valori. Solo la scienza e nella sua massima estensione possibile quello della logica, rispondono a criteri di razionalità; quello dei valori, fino a tempi recenti comprensivo dell'etica, dell'estetica e di tutto ciò che riguarda la pragmaticità, risponde a canoni di ragionevolezza. Tutto ciò è molto ben mostrato e dimostrato da G.H. von Wright, *Explanation and Understanding*, Cornell University, Ithaca, 1971, trad. it. *Spiegazione e comprensione*, Mulino, Bologna, 1977, pp. 29 e ss. e ripreso in G.H. von Wright, *Immagini della scienza e forme di*

razionalità, Editori Riuniti, Roma, 1987, p. 27 e ss. Il riferimento ai trattati sull'argomentazione giuridica si sprecano.

74. Le azioni penali e contabili sono doverose, e impongono al procuratore, che è procuratore dello Stato, di avviare di volta in volta il procedimento piuttosto che il relativo processo.
75. Un esempio ludico a chiarimento del concetto è mutuabile dal gioco degli scacchi. Ogni pezzo è veramente pezzo se e solo se esso il luogo di imputazione delle regole che ne definiscono le mosse e una mossa è davvero mossa se e solo se essa è compiuta in conformità alle regole che ne definiscono la fattibilità. In questo senso, il gioco degli scacchi non ammette violazione: chi muovesse ortogonalmente l'alfiere o diagonalmente la torre giocherebbe *co ipso* a un altro gioco. A ciò si possono muovere due obiezioni: in alcuni giochi non tutte le mosse sono rigidamente normate; l'attività della pubblica amministrazione non è un gioco. Nessuna delle due è pertinente. Non la prima, perché essa confonde la mossa con i suoi effetti (es: nel *tennis* la pallina non può esorbitare i limiti orizzontali del campo e in certi casi non deve toccare la rete; nulla però vieta che essa la sorpassi di misura: la dimensione verticale della pallina è indifferente). Non la seconda, perché l'ordinamento della pubblica amministrazione è costitutivamente definito dalle sue regole legali. Se le regole costitutive dell'azione amministrativa non costituiscono un ordinamento, ma un dis-ordinamento, allora gli effetti della sua azione divengono imprevedibili e come tali dovrebbero essere considerati. Su tutto ciò, R. Nobile, *Norme d'azione e norme di relazione: una dicotomia da abbandonare*, in www.lexitalia.it, 2001. Vi si può contro obiettare che l'azione del funzionario pubblico è comunque in e per l'ordinamento. Che dire però se gli effetti della sua azione sono ordinamentalmente imprevedibili: è evidente che l'obiezione è speciosa e preordinata al mascheramento dell'inidoneità non del funzionario, ma dello stesso ordinamento. Su tutto ciò, mi si consenta un rinvio alla mia tesi di laurea, *Esistenza di norme e logica deontica* – Facoltà di giurisprudenza di Genova, anno accademico 1986/1987.
76. L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford, 1953, trad. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1980, p. 137; «*Qual è lo scopo in filosofia? – Indicare alla mosca la via d'uscita dalla trappola*». Ma per non cadere nella trappola occorre muoversi entro i confini del linguaggio di senso. Alla qual cosa l'investigazione dell'origine delle parole è indispensabile.

Italian administrative Courts, competition and services of general economic interest of local relevance: a general overview

Vera Parisio

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-27

Il saggio si concentra sul ruolo chiave del giudice amministrativo, alla luce dell'art. 133 del Codice del Processo Amministrativo, d.lgs. n. 104 del 2010. Il giudice amministrativo agisce come garante delle regole di concorrenza nel settore dei servizi di interesse economico generale (SIEG) di rilevanza locale, insieme alle istituzioni europee, per la piena ed efficace attuazione del diritto europeo.

The essay focuses on the key role of administrative courts, in light of art. 133 of the Code of Administrative Court Procedure, legislative decree no. 104/2010. They act as guarantors of competition rules in the field of services of general economic interest (SGEIs) of local relevance, together with the European institutions for the full and effective implementation of EU law.

Summary: 1. Introduction.- 2. A short Overview of the Italian Administrative Justice System.- 3. Administrative Courts and Services of General Economic Interest (SGEIs) of Local Relevance.- 3.1. The Notion of SGEIs Before and After the Enactment of Consolidated l. no. 201/2022.- 3.2. Outsourcing and In House Provision of SGEIs.- 3.3. Administrative Courts and Independent Authorities.- 4. Conclusions.

1. Introduction

In recent times, administrative courts have reached an important role as

guarantors of the competition rules when local governments decide how to manage services of general economic interest (hereafter SGEIs) that are of local relevance.

Litigations concerning this matter have gradually recognised these courts as the most suitable, in light of article 133 of the Code of Administrative Court Procedure, legislative decree no. 104/2010 (hereafter the Code)^[3]. The Code establishes that the management and supply of public services disputes fall under the exclusive jurisdiction of administrative courts. Therefore, they decide as much on legitimate interests, as it is customary, as on subjective rights, to ensure a suitable review of the proper balance between economic freedoms and public interests^[4].

The exclusive jurisdiction of administrative courts, excluding that of ordinary courts, established in light of the very close connection between subjective rights and legitimate interests, allows for the avoidance of serious consequences that would otherwise arise from mistakenly appealing to the wrong court.

All the most important reforms of administrative justice (legislative decree no. 80/1998; law no. 205/2000; law no. 69/2009 and legislative decree no. 104/2010) were made first and foremost in the field of exclusive administrative jurisdiction which has become a sort of “special reforms reference center”.

Ordinary courts, on the contrary, remain competent to decide all matters concerning penalties and fees, the status and the legal capacity of persons, the internal affairs of undertakings and companies (even those owned by the State), and, in any case, all matters not involving authoritative powers, which fall outside the exclusive jurisdiction of administrative courts^[4].

The aim of this essay is to ascertain whether administrative courts can effectively fulfil the role of guarantors of the legal balance between competition and public interest, in light of the legal tools and competences acknowledged by the Code.

A first question that arises quite naturally is why the administrative courts were chosen instead of ordinary ones, although the latter often have to scrutinise business activity.

The choice of (exclusive) administrative jurisdiction can be explained by the public nature of the interests at stake, to be balanced with economic freedoms, especially with reference to the strict relation between public services supply,

citizenship and human development^[6].

Another possible answer could be that administrative courts can ensure an effective and sharp review of the decisions taken by public administrations, including those of independent authorities, without replacing them, as we will see.

Ordinary courts have always maintained an attitude of (perhaps excessive) deference towards administrative decisions, especially those taken by independent authorities, in compliance with art. 2, art.4 and art. 5 of the l. no. 2248/1865, which is still in force in Italy. In fact, in the Italian legal system, ordinary courts, except in exceptional circumstances, cannot annul or revoke administrative measures, in accordance with the principle of separation of powers, nor they can compel the administration to carry out a specific action.

On the contrary, administrative courts, generally annul the unlawful administrative decisions, and in special cases, where jurisdiction is extended to the merit (art. 134 of the Code), they can adopt a measure, including a discretionary one, in place of public administrations. The exclusive jurisdiction (art. 133) allows the judge to protect not only legitimate interests, but also subjective rights, through the use of a special procedural technique that offers similar guarantees to those provided by ordinary courts for subjective rights.

After the entry into force of the Code, administrative courts can use all the evidence tools of the Civil Court Procedure Code, with the exception of the oath and confession. Furthermore, these courts ones have strong precautionary powers (art. 55 et seq. of the Code) that allow them to take a wide variety of precautionary measures in a very short time.

After the promulgation of the Code, all actions can be challenged before administrative courts, ranging from the traditional action for annulment of unlawful administrative measures to damage claims for unlawful administrative acts^[6].

The Code, in art. 34, also provides for an action aimed at obliging public administrations to perform in a specific way as well, but only when discretionary powers are not involved. This is a boundary that administrative courts must never cross, as they cannot replace public administrations' assessments of discretionary powers in compliance with the principle of separation of powers^[7], except in the very special case where administrative courts enforce the "*res*

judicata” in compliance with art. 112 and art. 114 of the Code.

Precisely for these reasons, in the Italian legal system, administrative courts have become the most important judges of economic litigations involving public interests, including those related to the activity of the independent authorities.

To better analyze the matter, it is preliminarily useful to give a very short overview of the Italian system of administrative justice.

2. A short Overview of the Italian Administrative Justice System

The Italian system is based on the principle of the separation of powers: therefore, the legislative, executive, and judicial powers are exercised by different independent bodies, although their actions are coordinated.

The judicial system is divided between ordinary jurisdictions (civil and criminal courts) and special jurisdictions (administrative courts, military courts, court of auditors and tax courts).

Italy has a two-tiered system of administrative courts: the Regional Administrative Courts (*Tribunali Amministrativi Regionali*, or TAR), established in each region^[8] and, in Rome, the Council of State (*Consiglio di Stato*), which serves as the second and final court of appeal.

Judgments of the Council of State (and those of the Court of Auditors as well) can be challenged before the Court of Cassation only for lack of jurisdiction of administrative courts, in accordance with art. 111 of the Constitution.

The nature of the legal interest infringed by an administrative measure is the criterion (*causa petendi*) for the allocation of jurisdiction between ordinary and administrative courts^[10] if the legislator does not establish the exclusive jurisdiction of administrative courts. In general terms, administrative courts are the “natural judge” of legitimate interests, while ordinary courts are the “natural judge” of the subjective rights.

It is the Court of Cassation that will take the final decision on the allocation of jurisdiction and, unfortunately, the constantly increasing number of conflicts has resulted in widespread legal uncertainty.

This is undoubtedly the weak point of our system, based on the elusive criterion of the “*causa petendi*”, as the concept of legitimate interest is not easy to define^[11].

As scholars have pointed out, in light of the case law of the Constitutional Court and of the Court of Cassation, a legitimate interest is a legal interest recognized for an individual. It consists of granting this individual the possibility to participate in the administrative procedure and to challenge the unlawful administrative measures before administrative courts^[12]. Therefore, legitimate interests are a dynamic legal position as they can influence the concrete exercise of administrative power. On the contrary, subjective rights represent a subjective legal position directly protected by law, correlating to an obligation, which does not require the concrete exercise of power by the public administration for their protection. This is a “static” position that does not allow the participation in the making of administrative action.

In any case, in compliance with art 30 of the Code, the compensation for infringed legitimate interests (for example, an unlawful refusal to issue a building permit) is considered an essential part of the “technique” for the protection of the legitimate interests and, therefore, falls within the jurisdiction of administrative courts.

In compliance with art. 7 of the Code, administrative courts have the general authority to quash unlawful administrative decisions (except political acts) because of: lack of jurisdiction/competence, abuse/excess of power and breach of the law.

In general terms, administrative courts review only the legality, not the advisability or merit, of administrative measures. Therefore, administrative discretionary choices and assessments fall outside their competence, in accordance with the principle of the separation of powers, except in special cases listed in art. 134 of the Code. In the review of administrative unlawful decisions, administrative courts make reference to the principles of reasonableness and proportionality^[13] and check if the decisions are taken in light of a complete investigation and representation of the factual situation previously conducted by public administrations.

Generally speaking, administrative courts cannot order the taking of a specific measure except in cases of bound competence, in compliance with art. 34 of the Code.

Ordinary courts, on the contrary, cannot quash or suspend unlawful administrative measures, but they can disapply them.

In Italy, as in France and most European countries, the bodies of administrative justice are separate from those of ordinary justice: administrative and ordinary judges belong to two different orders^[14], in compliance with our Constitution (art. 100, art. 103, art. 108, and art. 125).

It is, therefore, a system based on a jurisdictional dualism, which is currently strongly criticized by some scholars^[15] who suggest setting a monistic system where all administrative litigations would fall under the review of specialized sections of ordinary courts to better protect legal rights and avoid the conflicts of jurisdiction. But when the exercise of economic activities is subject to administrative discretionary measures, administrative courts seem “naturally” suited to match economic freedoms with the public interest.

The Italian Constitution, which came into force on January 1st, 1948, establishes in its art. 100 the dual role of the Council of State as both a consulting body and a court of second instance for judgements from Regional Administrative Courts. This duality of consultative and jurisdictional functions has never been challenged before the European Court of Human Rights^[16] as a possible infringement of art. 6 and art. 13, and therefore, of the judge’s independence and impartiality, especially when the Council of State General Assembly (*Adunanza Generale*) is involved. Anyway, this duality has strengthened the ability of administrative courts to maintain the balance between authority and freedom and has made them guardians of the rule of law principle, public freedoms, and increasingly of fundamental rights.

Administrative courts perform the essential function of clarifying the “rationale” behind different legal provisions by setting the legal reference framework. This aids public administrations in finding the correct interpretation^[17] to better fulfil their mission. Today, however, that function tends to expand to the point of supplanting the legislator^[18], due to the increasing numbers of sources of law intersecting at the various levels.

3. Administrative Courts and Services of General Economic Interest (SGEIs) of Local Relevance

In the Italian legal system, the organization, management and supply of services of general economic interest^[19] (SGEIs) are closely intertwined with the functions

of administrative courts. These courts mainly review the municipalities' discretionary choices concerning the management of SGEIs. In accordance with art. 133 of the Code, administrative courts assess the local administrations choice of the selected model for the service, after verifying if an economic activity can be classified as a public service and, more specifically, as a public service of economic interest.

The case law of administrative courts has been crucial in ensuring the correct implementation of EU law on SGEIs, especially the European competition rules, which remain on uncertain ground in Italy. Local entities have consistently shown a tendency to contract public services without conducting tender procedures in order to favor local businesses.

Before the promulgation of the Consolidated l. n. 201/2022 (hereafter, c.l. 201/2022)^[20], which provides the general framework for the provisions concerning SGEIs, administrative courts were always tasked with establishing clear guidelines for local governments. In light of previously imprecise and mutable legislation, these guidelines were necessary to ensure compliance with EU law and to properly select the different models provided by Italian law. Owing to the absence, until 2022, of a general framework law on SGEIs, administrative judgments gradually became the essential point of reference for creating a strong and complete system of rules and principles meant to be followed in the future, beyond the specific case at hand.

This has sometimes implied a request for a preliminary ruling before the European Court of Justice pursuant to art. 267 TFEU, and, in doing so, administrative courts have become guarantors of the link between European and national systems.

Administrative courts and the Council of State in particular, have often spurred the legislator to modify laws and regulations to implement European Court of justice judgments. This follows a sort of circular process: the (European) lawmakers issue a measure, the courts interpret it and adapt it to the case at hand, and their interpretation gradually leads the national legislator to modify the measure (if necessary), which is then freshly re-interpreted by the courts. In this process, administrative courts have been supported by decisions from the Constitutional Court^[21].

With regard to SGEIs, the European Court of Justice maintains an approach that

seeks economic criteria for their definition^[22]. The service must be compensated at source, and there must be a supply of such services in a market^[23]. If the service is deemed to be of economic interest, local administrations are obliged to apply the models strictly as outlined, in accordance with competition rules.

The framework for the supply of public services has always been rather fuzzy, consisting of general rules and provisions whose meanings have inevitably been left to the interpretation of administrative courts and legal literature as well. This synergy of efforts has been quite fruitful, since in most cases it is impossible to tell whether case law has influenced the literature or vice versa.

The promulgation of c.l. 201/2022 has partially changed this framework as Article 2 provides for the definition of SGEIs of local relevance and that of network SGEIs. This definition is the end point of the above combination.

3.1. The Notion of SGEIs Before and After the Enactment of Consolidated l. no. 201/2022

To better understand the impact of c.l. 201/2022 on the organization management of SGEIs, it is quite useful to analyze the situation before 2022.

In light of Constitutional Court's judgment no. 325/2010, SGEIs and "local public services of economic relevance" (*servizi pubblici locali di rilevanza economica*) have been treated as essentially one and the same.

The notion of SGEI derives from art. 14 and 106 (2) TFUE, Protocol 26 and art. 36 of the "Nice Charter", as well as from the case law of the European Court of Justice. It refers to a revenue-producing activity that public authorities wish to safeguard as being in the public interest as due to its connection to the socio-economic welfare of the population with its conditions of supply and management governed by the principles of continuity, transparency, and equal treatment. It is up to the State to specify when a given service qualifies as SGEI and is therefore distinct from a normal business activity^[24]. This determination is based on a broadly political decision, which also concerns the direct management (self-handling) or outsourcing of the service, with the aim of improving the socio-economic standing of the community^[25]. Public authorities are responsible for ensuring the regular provision of the service, even if they do not provide it directly. It is essential, therefore, that the service caters to undifferentiated users,

even when enjoyed individually; it must be subject to service obligations imposed by the public authority, including its pricing in the form of fees and tariffs.

Administrative courts have played a key role in establishing the distinctive traits of public services “with” and “without” economic relevance. In the former case, only two criteria apply: a) the service must be capable of joining or creating a significant market, even if it does not exist yet but has the potential to grow; b) the provision of the service must be economically viable, such that its costs, at least for a certain period of time, are covered by revenues in whatever form they may take (including government funding). These criteria, now transposed in c.l. 201/2022, had been applied on a case-by-case basis ^[26].

Only the management and supply of these services can influence the market and thus fall under competition law, coming within the exclusive legislative competence of the State (art. 117 Constitution), unlike those without economic relevance, which are, therefore, outside the scope of this essay.

Services without economic relevance can be organized by local governments at their own discretion, in accordance with the actual needs of the citizens. Nevertheless, a formally private-law model may be chosen and used to protect public interests and achieve greater efficiency. Unfortunately, the result is often the creation of hybrid entities governed by unclear provisions, which are source of legal uncertainty.

The promulgation of c.l. 201/2022 will not significantly alter the key role of administrative courts. The degree of discretionary power granted to local administrations to define an activity as SGEI will be reduced, as the legislator has given clear definitions and guidelines to manage it.

In addition to the SGEIs already listed and provided for by law (gas and electricity service, water service, etc.), every municipality, in order to better meet the socio-economic needs of the population, may decide to classify certain activities as SGEIs. This decision may also be guided by the principle of subsidiarity, as stated in Art. 118(4) of the Constitution. This is a sort of “political” decision with important consequences for the municipalities, involving a very high degree of discretion. It can be reviewed by administrative courts only if it is blatantly illogic or grossly disproportionate, without any substitution for public administration’s assessment. The administrative judge, as it is customary, will scrutinise the motivation behind the decision and the

procedure followed to make it.

In compliance with art. 4 of c.l. 201/2022, its general provisions on SGEIs, with some exceptions (such as the distribution of natural gas and electricity, municipal pharmacies, local public transportation) will complement insufficiently detailed provisions and will override any specific provisions that conflict with them for every SGEI.

In light of the key role of those general principles, administrative courts will perform the difficult task of reviewing how public administrations apply art. 4. The boundary line between provisions that are in contrast with, and those not totally compatible with article 4 is not well drawn, and not once and for all. The assessment of compatibility, or lack thereof, again requires comprehensive reasoning as it will impact the rationale of c.l. 201/2022, which aims to develop a homogeneous system to better facilitate economic growth.

Nowadays, the problem of distinguishing between services with or without economic importance is no longer topical, while a new one is at stake. Once again, administrative courts and legal doctrine will work together to find proper solutions. To solve this new problem, the judge, unlike in the past, will perform the role of guarantor mainly by scrutinising European and national principles. As a result, he becomes the “*dominus*” of their content, but with the risk of also becoming the new legislator.

3.2. Outsourcing and In House Provision of SGEIs

Administrative courts case law has always been fundamental in clarifying the ways to manage the SGEIs^[21].

The entry into force of c.l. 201/2022 will probably reduce the number of litigations, as it lists the different models of outsourcing and direct management (in house provision) of SGEIs, in compliance with the principles of European law.

These models are well known, having already been provided for in the previous legislation.

In compliance with art. 14 of c.l. 201/2022, local authorities can choose among different organizational models, all valid, in light of the European principle of “free administration of public authorities”. This means that the choice to

outsource the services is entirely equivalent to the in house provision of services. If outsourcing is chosen, local administrations may select a supplier in the open market through public tendering, governed by European law and principles, in compliance with the Italian public procurement code (legislative decree no. 36/2023 *Codice dei contratti pubblici*). Art. 15 of c.l. 201/2022 expresses a strong preference for concession over public procurement contracts, aiming to transfer all the risk of the service management to the supplier.

Art. 14 of c.l. 201/2022, supplemented by art. 17 of legislative decree no. 175/2016 (known as the “Consolidated law on public companies”, *Testo unico delle società pubbliche*) provides for a joint undertaking, an institutional public-private partnership by establishing a mixed company, which will award SGEIs only if the private partner had been previously chosen through a specific double-objective tendering process that considers both the partner’s capacity as partner and the specific tasks it is asked to perform, such as know-how.

Candidates must therefore demonstrate their suitability to become shareholders, as well as their technical ability to provide the service, along with any economic advantages arising from their bid. The public-private partnership, whose private partners have been selected via a double tender, is considered equivalent to a supplier chosen via competitive bidding^[28].

Thanks to the interpretative efforts of administrative courts^[29] the double tender procedure has prevented Italy from breaching European competition rules.

In compliance with art. 14 of c.l. 201/2022, supplemented by art. 17 of legislative decree no. 175/2016, local administrations may decide to establish an “in-house company” to manage the SGEIs directly. In this case, however, the company has to meet the conditions set by European and national law. First of all, the ownership is entirely public; in-house companies cannot have private investors, unless this is provided for by law but then only in a minority position, as they cannot exert any influence on the governance of the company. Additionally, the control exercised by the local authorities must be equivalent to that which they exert over their own departments and the company must carry out the essential part of its activities with those authorities^[30]. In short, the “in house” company is sort of a “*longa manus*” for the local administrations.

In light of art. 17 of c.l. 201/2022, the “in house company” will obtain the service based on a report published on the website of the local administration, which

explains and confirms the possession of the qualifications required by European law for managing SGEIs. The report must define the specific content of the public service and universal service obligations, indicating the economic compensations, if applicable. The decision not to outsource the SGEIs, “to escape from the market” and to establish an “in house company” must be strongly justified, clearly referencing all the benefits of that choice for users at local administrations as far as costs and quality are concerned. This choice will be constantly monitored to ensure that it remains the most advantageous option

In accordance with art. 17 of c.l. 201/2022, with the exception of network SGEIs, local administrations may decide to provide them using their own means and resources (*gestione in economia*), which is a form of self-provision. Alternatively, they can establish a special municipal undertake, entirely of a public law nature, a sort of subsidiarity body (*azienda speciale*) totally controlled by the local administrations. The difference with the “in house company” is that the latter is formally a private entity, as it has the form of a private company.

In short, the local authority can choose how the service will be managed, but its decision must be duly justified and, above all, publicised on the website of the local administration.

As we have mentioned, European law maintains a form of neutrality with regard to the different way to manage SGEIs; therefore, it does not require them to be outsourced. Nevertheless, Italian law actually provides a large number of incentives^[31] if the local authority decides to outsource rather than manage the service itself or by establishing a costly “in house” company. Furthermore, it is undeniable that the indiscriminate use of in house provision of SGEIs could create monopolies, which are prohibited under European law^[32].

Administrative courts have been playing a very important role in deciding whether local authorities have lawfully establish an “in house company”, especially in clarifying the concepts of “similar control” and “essential part of the performed activities”^[33]. Taking each case individually, courts first confirmed that the ownership is wholly public, then examine the articles of incorporation and by-laws to determine whether the “in-house company” is so tightly controlled by local authorities that it can be considered a sort of extension of the authorities themselves. To establish that the “essential part” of its activity serves local authorities^[34], courts will consider the company’s revenues, organization, resources

and personnel. The activity of the “in house company” must be perceived as beneficial by the population, which support the costs directly by paying an established fee.

The application of open-ended concepts such as “similar control” and “essential part” requires a creative effort by the courts. In so doing, they safeguard full compliance with European law, particularly with competition rules. Administrative courts determine how and when the power to choose the SGEIs supplying model is properly exercised ensuring it does not breach European competition rules and thereby guiding the administration’s future actions ^[35].

The Council of State has stressed that although the principle of exceptionality no longer applies to the “in-house” procurement of services of economic relevance, the fundamental choice between outsourcing or in house provision of the public services is not entirely free but must respect the established principles for discretionary decision-making ^[36]. This means that the administration, and subsequently the court, must ensure that a proper comparison of the public and private interests at play has been made; that, in light of the population’s needs, the most efficient and economical model has been chosen; and that the reasoning behind the decision is comprehensive. Thus, administrative courts could easily annul such a decision if it is clearly illogical, irrational, or breaches the principle of the sustainability of public debt (art. 97 Constitution) or distorts the facts. Both options – self-provision and outsourcing – must also be evaluated in terms of sustainability ^[37].

Administrative Courts have played a key role in defining the potential influence of art. 118(4) of the Constitution, which governs the principle of “horizontal” subsidiarity (*sussidiarietà orizzontale*), on the choice of how to manage SGEIs. In particular ^[38], administrative courts’ case law has firmly asserted that the principle of subsidiarity pursuant to art. 118(4) of the Constitution cannot be interpreted as a restriction on adopting the “in-house model” because it merely encourages, rather than require, the cultivation of independent private initiative.

Administrative courts perform yet another important task when they are called upon to rule on damage compensation from a party that has been erroneously excluded from the award of a public service, in accordance with art. 30 of the Code.

Administrative courts also play an equally important role when ruling on public-

private partnerships^[39], as this model is allowed only if the parties share mutual interests. Such partnerships are subject to the same degree of ambiguity as the “in-house model”.

3.3. Administrative Courts and Independent Authorities

Administrative courts have an even more important task when they rule on the measures taken by Independent authorities especially Italian Competition Authority (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*), the Telecommunications Authority (*Autorità delle Telecomunicazioni*) and the Italian Regulatory Authority for Energy, Networks and Environment (*Autorità di regolazione per l'energia, le reti e l'ambiente*).

Administrative courts, as guardians of legality at a predominantly formal level, initially exercised merely a “weak” review of these acts, in light of the principles of reasonableness and proportionality, in addition to the check concerning the complete representation of the factual situation.

Subsequently, the review has become more rigorous, particularly regarding sanctioning measures, to guarantee the full jurisdiction principle^[40].

Administrative courts can quash Independent Authorities measures only if there is proof of a completely irrational use of a general economic concepts or categories (e.g. “abuse of a dominant position”). Nevertheless, given the highly qualified knowledge of their judges, administrative courts can re-evaluate the economic assessment made, substituting their own interpretation of undefined economic concepts (e.g. the concept of a “competitive market”). This process does not imply a new exercise of the regulatory function, which is not allowed, but rather the straightforward application of technical evaluations. When sanctions are at issue, the administrative judicial review performed on acts goes beyond merely formal; the administrative courts are required to evaluate whether the principle of proportionality has been observed and whether the severity of the sanction is reasonable in relation to the infringement.

It is worth recalling that art. 21*bis* of l. no. 287/1990 granted the Antitrust authority the standing to challenge anti-competitive measures taken by public administrations before administrative courts. This is an exceptional standing meant to strengthen the Independent Authority’s role. As such, it can challenge,

for instance, non-compliance with the conditions for setting up an “in-house company” or the infringement of State aid regulations. Administrative courts thus become the fulcrum for the protection of competition^[4].

Art. 21 of l. no. 287/1990 has not provided for a jurisdiction of an “objective” nature that would contrast with the “subjective” nature of administrative jurisdiction as established in the Italian Constitution. This is because Authority’s standing aims to protect a qualified, differentiated position, in particular the proper functioning of the market, which is considered an essential condition for private economic freedom.

4. Conclusions

In light of the Code, administrative courts now ensure protection of legitimate interests and subjective rights that is equivalent to, if not stronger than that provided by ordinary courts, especially when exclusive jurisdiction is at stake.

The choice of the exclusive jurisdiction allows the administrative judge to balance economic freedoms with the public interest inherent in the organization and management of SGEIs.

The Code gives him precise legal tools to better review unlawful discretionary administrative measures, especially those taken by Independent Authorities. This is done in accordance with the principles of reasonableness and proportionality, in addition to a wide range of actions that can be brought before administrative courts, and help the judge in interpreting the general principles contained in c.l. 201/2022.

By ensuring the legality of local administrations’ acts in accordance with competition rules and principles, administrative courts play a key role as guarantors of the full implementation of European law provisions, together with the European institutions.

Therefore, the choice of exclusive administrative jurisdiction appears to be highly coherent with the special nature of SGEIs, which are strictly linked to the socio-economic development of citizen, and with the nature of the “meta-individual” interests involved. These interests, also protected by our Constitution, in art. 117, include the consolidation of competition rules and principles and market stability, which are undoubtedly of a public law nature.

1. This essay is dedicated to Prof. Michel Pâques (University of Liège) and will be published also in the "Liber Amicorum" du Professeur Michel Pâques.
2. The text in English can be read at www.giustizia-amministrativa.it.
3. See M. D'Alberti, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2008, pp. 51-ss., and M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, *passim*. See the important Constitutional Court judgment no. 204 of 2004 and no. 191 of 2006, available at www.cortecostituzionale.it.
4. One example could be the litigations concerning payments of tariffs between the provider and local authorities.
5. See A. Pioggia, *Administrative Citizenship and Public Services: is the Constitutional Project Still Possible in the Perspective of the Union* in D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza (a cura di), *The changing administrative Law of an EU Member State*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 114-120. The Author in her contribution aims at investigating if public services are still the tool for the establishment of an administrative citizenship. In her view public services should serve to "form" the community, shaping to the administrative citizenship of its members.
6. Note that, in accordance with art. 30 of the Code, the interested party can request compensation for damages without any prior annulment of the unlawful act. This is a development from the administrative courts' case law, formed before the Code. It should also be noted that, traditionally, damage compensation fell within the jurisdiction of ordinary courts.
7. See Council of State (*Adunanza Plenaria*), judgment no. 8 of 2021, at www.giustizia-amministrativa.it. In the literature, also for the bibliography, see A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 194-220. See also M.A. Sandulli (a cura di), *Giudizio Amministrativo. Principi e regole.*, Giuffrè, Milano, 2024.
8. Regional Administrative Courts were provided for in 1971 (l. no. 1034/1971, now repealed by the Code). There are 20 of them, with 8 detached branches. For the list, please see www.giustizia-amministrativa.it.
9. The Council of State was established in 1831 (by Carlo Alberto) with only advisory functions for the king. It was in 1889, with the creation of the IVth section, followed afterwards by the Vth and VIth, that the Council of State began to exercise the two functions (consultative and jurisdictional) as it does today. See V. Parisio, *Il Consiglio di Stato in Italia tra consulenza e giurisdizione alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. Parisio (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 237-258. See also P. Aimò, *Le origini della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1990.
10. This criterion and its historical development is well described by G. Treves, *Judicial review in Italian Administrative Law*, in *University of Chicago Law Review*, 26, 1958, p. 424. See also A. Travi, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Milano, 2024, pp. 119-

- seq. See M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2024, pp. 99-107.
11. On the notion of legitimate interests, and for a complete description of the historical developments of the administrative jurisdiction in Italy, see G. Treves, *Judicial review*, quot., pp. 422-425. See also A. Police, *Administrative Justice in Italy: Myths and reality*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. VII, 1, 2015, pp. 34-ss.
 12. See Constitutional Court's judgment no. 204/2004, available at www.cortecostituzionale.it.
 13. In compliance with the model stated by the Court of Justice of the EU. It involves an examination of the relationship between results and means used by the administration. These means must be the least constraining possible for the individual. Note that the lack of logic must be abnormal or macroscopic. See S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2010, and A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2019, pp. 903-927. For a critical approach to the way judicial review is performed by administrative courts, see G. Della Cananea, *Judicial Review of Administrative Action in Italy: beyond Deference?*, in G. Zhu Editor, *Deference to the Administration in Judicial Review*, Springer, 2019, pp. 271-293. See also D.U. Galetta, P. Provenzano, in G. Della Cananea, M. Andenas (a cura di), *Judicial Review of Administration in Europe. Procedural Fairness and Property*, Oxford University Press, 2021.
 14. There are about 9.000 judicial judges, spread across three levels, while there are less than 400 administrative judges, spread across two levels. See G. Comporti, *The administrative jurisdiction in Italy: The Path Towards a Specialty to serve Full Protection of Rights* in D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza (a cura di), *The changing administrative Law of an EU Member State*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 89-112. See also E. Silvestri, *Administrative justice in Italy*, in *BRICS Law Journal*, 3-2, 2016, pp. 67-79; R. Perna, *The Italian system of the Administrative Justice at a glance*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.
 15. See L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024.
 16. The importance of a continuous dialogue with the ECHR and the European Court of Justice is made evident by G.D. Comporti, *The administrative jurisdiction in Italy*, quot., pp. 91-98. In the author's opinion, this dialogue could lead to reinterpret and update the traditional specialty of the public administration and its judge in a critical way.
 17. F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.
 18. We should recall that, in compliance with art. 99 of the Code, the Council of State Plenary Assembly (*Adunanza plenaria*), determines the law true interpretation, which is strictly binding only for the section that asks for its ruling (not for the Regional Administrative Courts) as Italian legal system is not based on the principle of *stare decisis*. The *rationale* of

- art. 99 is to fully implement the principle of effective judicial protection by an homogenous interpretation of law.
19. For the notion of SGEIs, see, among others, S. Valaguzza and R. Villata, *Pubblici Servizi*, Giappichelli, Torino, 2022; A. Di Giovanni, *I servizi di interesse generale tra poteri di autoorganizzazione e concessione di servizi*, Giappichelli, Torino, 2018; D. Sorace, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale e europeo*, in E. Bruti liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 11-ss.; F. Trimarchi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 18-5, 2008, pp. 1073-ss.; R. Caranta, *Il diritto UE sui SIEG*, in *Le regioni*, 2011, pp. 1175-ss.
 20. You can read it (in italian) at www.normattiva.it, the consolidated l. no. 201/2022 has been commented in R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2023. See also, F. Fracchia, *Le società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici)*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2024, pp. 77-ss.
 21. The Constitutional Court has intervened several times on the matter of SGEIs and the protection of competition. See judgments 199/2014, 169/2014, 199/2012, 325/2010 and 272/2004, all available at www.giurcost.org.
 22. See A. Pioggia, *Administrative Citizenship and Public Services*: quot., pp. 114-120.
 23. See F. Trimarchi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. It. Dir pubbl. Com.*, 5, 2008, pp. 1070-ss.
 24. See General Court ruling of 12 February 2008, Case T- 289/03, at www.curia.europa.eu.
 25. See Constitutional Court judgments 229/2013 and 325/2010, available at www.cortecostituzionale.it, and TAR Lombardia (Brescia division) judgement no. 423/2014, available at www.giustizia-amministrativa.it.
 26. For the concept of public service of economic relevance, see Council of State (Session V) judgments 5409/2012, 6529/2010, 5620/2010 and 790/2010, all available at www.giustizia-amministrativa.it.
 27. G. Piperata, *I Servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e demunicipalizzazione*, in *Munus*, 1/2016, pp. 5-14; Id., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 71-ss.
 28. See CJEC, (3rd Chamber), 15 October 2009, *Acoset SpA v. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa and Others*, ECLI:EU:C:2009:628.
 29. See Council of State (*Adunanza Plenaria*) judgment 1/2008 and Council of State (Session II) 457/2007, available at www.giustizia-amministrativa.it. See S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modelli europei*, ESI, Napoli, 2017, pp. 224-252; M. Dugato, *La società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 3, 2016. See also M. Allena, and F. Goisis, *The 2016 Italian Consolidated Law on Public Entities Owned Companies: Towards a More Consistent Private Law Approach*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 533-ss.

30. On the conditions required of in-house companies, see, including for the relevant case law, G. Scarafiocca, *L'in-house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in *Federalismi*, 4, 2021, pp. 276-303; G. Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 1467-ss. C. Volpe, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *www.giustamm.it*, 2014. On the characteristics of judicial review, see V. Parisio, *Servizi pubblici. Giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. Soc.*, 3, 2007, pp. 367-ss. Id., *Services of General Economic Interest, Integrated Water Service "In house" Management in light of Directive 2014/23/EU: A General Overview*, in *Munus*, 4, 2018, pp. 1135-1162. See CJEU, 12 May 2022, *Comune di Lerici v. Provincia La Spezia*, Case C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372; Council of State, sec. VI, ord. 7.3.2022, n. 1620, available at www.giustizia-amministrativa.it; TAR Liguria, sec. II, 3.10. 2020 n. 683, available at www.giustizia-amministrativa.it.
31. F. Trimarchi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1073.
32. M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al partenariato pubblico-pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2013, pp. 1416-1420. The author explains that, in a true leap of logic, the idea has emerged that the "free" choice of self-provision extends to the free choice of maintaining a monopoly. See Council of State, VI, 11.2.2013 n. 762; Id. V, 27.5.2014 n. 2716, available at www.giustizia-amministrativa.it.
33. See CJEC, 18 November 1999, *Teckal Srl*, Case C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562. See also TAR Abruzzo/Pescara (I) judgment 165/2014 at www.giustizia-amministrativa.it.
34. Council of State (V) judgments 4832/2013 and 5082/2009, available at www.giustizia-amministrativa.it.
35. See Council of State (V) judgment 2716/2014, Council of State (V) judgement 552/2011 and TAR Toscana (I) judgement 7397/2011, available at www.giustizia-amministrativa.it.
36. See C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 1, 2011, pp. 143-158; S. Sorrentino, *La scelta del modello di gestione dei servizi*, in *Munus*, 2, 2016, pp. 489-ss.; Council of State, sec. V, 2256/2018; Council of State, sec. VI judgment 762/2013 available at www.giustizia-amministrativa.it.
37. See G. Bottino, *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2014, pp. 747-ss.
38. TAR Umbria judgment 987/2003; TAR Sardegna (I) judgment 2407/2007 and TAR Lombardia (IV) judgment 2842/2008, all available at www.giustizia-amministrativa.it. See, for an opposite perspective, S. D'Atena, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento 'in house'*, in *Giust. Cost.*, 6, 2008, p. 5009, who writes that art. 118(4) requires, rather than encourage, the cultivation of independent initiative.
39. For the concept of public-private partnership, see CJCE, 9 June 2009, *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, Case C-489/06, ECLI:EU:C:2009:165.

CERIDAP

40. See V. Parisio, *Contrôle juridictionnel des actes des Autorités indépendantes Italiennes: un bref aperçu*, in *Federalismi.it*, 19, 2018. Administrative courts as soon as they review the legality of measures taken by an Independent Authority become the forum for litigation of economic interest and therefore have a significant impact on Italy's economic life.
41. See V. Parisio, *Services of General Economic Interest, Integrated Water Service*, quot., pp. 1140-ss.

Template di nuova generazione per facilitare il passaggio dai documenti ai dati nel sistema giudiziario italiano

Amedeo Santosuosso, Stefano D'Ancona e Emanuela Furiosi

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-20

Il sistema giudiziario italiano potrebbe essere in procinto di compiere una transizione storica: dalla mera digitalizzazione dei propri documenti a un'attività giudiziaria plasmata dalle possibilità che il digitale offre, compreso l'utilizzo di tecniche di intelligenza artificiale nello svolgimento della funzione giurisdizionale. Il presente contributo offre una sintesi della ricerca svolta dagli Autori, come componenti del gruppo di ricerca dello IUSS Pavia, nell'ambito del progetto NEXT GEN UPP, lanciato nel 2021 dal Ministero della Giustizia italiano con l'obiettivo di potenziare la digitalizzazione delle attività giudiziarie, migliorare i processi organizzativi e promuovere l'applicazione degli strumenti di Legal Analytics (LA) ai testi giuridici. L'attività descritta nel saggio riguarda la progettazione di "template di nuova generazione" funzionali alla redazione degli atti di giudici e di avvocati: modelli in grado di massimizzare l'efficienza dell'attività giudiziaria e di creare un ambiente informatico adatto all'utilizzo delle più avanzate tecnologie di intelligenza artificiale.

Next-generation templates to ease the transition from documents to data in the Italian justice system

The Italian judicial system may be about to make a historic transition: from the mere digitalization of its documents to a judicial activity shaped by the possibilities that digital technology offers, including the use of artificial intelligence techniques in the performance of the judicial function. This contribution offers a summary of the research carried out by the Authors, as members of the research group of the IUSS Pavia, within the NEXT GEN UPP project, launched in 2021 by the Italian Ministry of Justice with the aim of enhancing the digitalization of judicial activities, improving organizational processes and promoting the application of Legal Analytics

(LA) tools to legal texts. The activity described in the essay concerns the design of “next-generation templates” functional for the drafting of acts by judges and lawyers: templates capable of maximizing the efficiency of judicial activities and creating an IT environment suitable for the use of the most advanced artificial intelligence technologies.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. Un cenno allo stato dell’arte della digitalizzazione nella giustizia.- 3. Lo stato dell’arte nell’uso dei template e presupposti teorici.- 4. Dai template concettuali ai template di nuova generazione.- 4.1. Template concettuali.- 4.2. Template di nuova generazione.- 5. Considerazioni finali. Obiettivi raggiunti e prospettive future.

1. Introduzione

Il sistema giudiziario italiano potrebbe essere in procinto di compiere il passaggio storico dalla mera digitalizzazione dei propri documenti a un’attività intrinsecamente plasmata dalle possibilità che le nuove tecnologie offrono. Dopo la riforma del processo telematico, sia in ambito civile che amministrativo, le nuove modalità di produzione dei documenti processuali non sembra abbiano rivoluzionato i rispettivi sistemi^[2]. La fase che sembra si stia per aprire per l’amministrazione della giustizia – intesa come plesso organizzativo che adempie la funzione giurisdizionale^[3] - è caratterizzata da una spinta verso una gestione diversa dei documenti processuali, ove i dati in essi contenuti possano essere direttamente esplorabili e utilizzabili con tecniche di intelligenza artificiale (*legal analytics*). Dalla centralità dei documenti si passerebbe dunque alla centralità dei dati, come ipotizzato a livello teorico^[4]. Si tratta di un passaggio che, in termini generali, è stato affrontato in questi ultimi anni da chi si è occupato, nell’ambito dello studio dell’amministrazione digitale^[5], del fondamentale rapporto tra svolgimento della funzione amministrativa e gestione dei dati pubblici^[6]. Nell’ambito dell’amministrazione della giustizia, come del resto nell’amministrazione in generale, l’effettivo passaggio ad un utilizzo proficuo dei dati comporterebbe un miglioramento in termini di efficienza amministrativa della funzione giurisdizionale, con la conseguenza di una «*sempre più accentuata*

attenzione alla funzione giurisdizionale come servizio»^[7].

Nell'ambito di questo orizzonte, dunque, si muove il presente lavoro, che descrive la ricerca svolta dagli autori nell'ambito del progetto *NEXT GEN UPP* (2021) promosso dal Ministero della Giustizia italiano con il coinvolgimento di diverse Istituzioni universitarie, tra cui IUSS Pavia^[8]. In particolare, l'attività svolta si è concentrata sullo sviluppo di modelli di atti giudiziari nel contesto del processo civile, con requisiti strutturali definiti che possano costituire "entità digitali" rappresentative di atti giudiziari, strutturalmente omogenee e pronte per l'utilizzo da parte di giudici e avvocati. La creazione di *template* di nuova generazione passa prima, come si avrà modo di descrivere, dalla progettazione di un "*template* concettuale" dell'atto processuale. La ricerca risulta importante perché inaugura una metodologia per la progettazione di modelli di atti giudiziari che, in quanto tale, può essere replicata per la redazione dei più svariati tipi di atto, sia nel contesto della giustizia civile che nel diverso ambito della giustizia amministrativa e penale.

I risultati raggiunti risultano coerenti con le finalità del progetto *NEXT GEN UPP*, che è stato promosso dal Ministero proprio con l'obiettivo di migliorare, mediante un potenziamento del processo di digitalizzazione delle attività giudiziarie, i processi organizzativi e i flussi di lavoro degli uffici giudiziari ma anche di creare un "ambiente" tecnico in cui possano essere utilizzabili strumenti di *Legal Analytics (LA)*. Un ambiente nel quale, in altre parole, possano convergere diverse discipline, quali la scienza dei dati, e tecniche quali l'intelligenza artificiale (*AI*), il *machine learning (ML)* e l'elaborazione del linguaggio naturale (*NLP*).

2. Un cenno allo stato dell'arte della digitalizzazione nella giustizia

Il tema dell'utilizzo delle nuove tecnologie nell'ambito della giustizia è stato trattato in termini assai ampi e variegati dalla dottrina sia in ambito civile e amministrativo che penale. Considerando la finalità del presente scritto, va tuttavia limitata la prospettiva precisando che rimane esclusa dall'indagine la questione inerente la c.d. decisione algoritmica. Si fa riferimento, in questo caso, a strumenti, sviluppati per lo più al di fuori del territorio nazionale, «*volti ad*

automatizzare la ricerca giurisprudenziale (qualcosa di più della mera costruzione di archivi informatici giurisprudenziali)^[9] o addirittura volti alla creazione di veri e propri robot-giudici, cioè di sistemi di IA «*volti a calcolare, sulla base delle precedenti statuizioni, attraverso meccanismi probabilistici, l'esito di una controversia*»^[10]. In Italia è stato osservato che la possibilità del giudice di svolgere la propria attività decisionale «*facendo uso di algoritmi o comunque a strumenti di intelligenza artificiale*»^[11] è un aspetto che appare per ora “futuribile”^[12] e che, a prescindere dallo specifico settore, è contraddistinto da diversi profili critici.

Per richiamarne due almeno, vi è innanzitutto il grosso scarto, in termini ontologici, tra decisione giudiziale e decisione della “macchina”. Mentre, infatti, la prima è fondata sull’interpretazione e valutazione di fatti, nonché su ragionamenti giuridici, la seconda trae origine da correlazioni statistiche e inferenze logiche e compie “predizioni” sulla base di elementi fattuali passati^[13]. Oltre a ciò, emergono in parallelo problemi legati all’opacità delle logiche di funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale *machine learning* (il fenomeno della c.d. *black box*) rispetto ai principi di trasparenza e di difesa^[14].

La seconda criticità per un utilizzo dell’*AI* nel settore della giustizia attiene senz’altro a profili tecnico-scientifici, a seconda che si tratti di sistemi ad apprendimento automatico e sistemi *rule-based*. Con riferimento ai primi è infatti noto che la macchina “impara”^[15] ad assumere decisioni autonome solamente a fronte di un’attività di *training* su ingenti quantità di dati che devono essere poste a disposizione dell’apprendimento^[16]. Per altre tipologie di sistemi esperti, programmati appunto sulla base di regole prefissate (*rule-based*), le difficoltà sono analoghe. Il c.d. *argument mining*, ad esempio, affina sistemi intelligenti in grado di recuperare, in maniera automatica, argomenti giuridici da *corpora* di grandi dimensioni, ma anche di predire le relazioni tra le diverse componenti, riassumere e classificare testi giuridici, nonché eseguire ragionamenti giuridici^[17]. Anche in questo caso il presupposto per la messa a punto di questi sistemi di *AI* è la predisposizione di una quantità adeguata di file di testo all’uopo annotati da utenti esperti, che rendano evidenti i passaggi logici e argomentativi delle decisioni giuridiche (es. frasi a supporto o a confutazione di una frase antecedente). Tale lavoro di predisposizione dei testi da parte degli annotatori permetterebbe ai programmatori il lavoro successivo di ricostruzione e

predisposizione di regole e modelli^[18].

In conclusione, l'utilizzo di sistemi di *AI* nell'ambito della giustizia non è, almeno per il momento, facilmente attuabile.

Tenendo conto di questo dato, il presente contributo prenderà in esame un ambito differente seppure in un certo senso complementare, rispetto a quello cui si è fatto cenno. Un ambito che attiene all'elaborazione di modelli *standard* (nel prosieguo anche *template*) che possano essere funzionali alla formazione delle decisioni giudiziali. Si tratta di un metodo, dunque, la cui finalità è la creazione di un oggetto informatico che passa attraverso l'omogeneizzazione dal punto di vista formale degli atti giudiziali (sentenze, ordinanze ma anche degli atti di parte). Tale omogeneizzazione può essere, a sua volta, funzionale allo sviluppo di sistemi intelligenti di composizione automatica delle decisioni.

Nell'ambito della giustizia amministrativa, non si ha notizia di alcuna sperimentazione in questo senso: dunque, il presente studio, che è stato svolto con riferimento alla modellazione nel processo civile, pare possa essere utilizzato per la progettazione di futuri *template* applicabili al processo amministrativo.

È un'idea sulla quale, in passato, aveva posto attenzione quella parte della dottrina più vicina alla pratica giudiziaria segnalando che, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, era stato avviato un processo di trasformazione delle modalità di redazione delle decisioni nel contesto della prassi giudiziaria^[19]. L'informatizzazione del processo amministrativo aveva comportato la predisposizione di modelli *standard* di provvedimenti da utilizzare da parte dei giudici. Questo riferimento tuttavia, per quanto noto, non sembra essersi evoluto in prassi consolidate di utilizzo di *template* di atti da parte dei decidenti nel contesto del processo amministrativo.

D'altra parte, già nel contributo richiamato, l'autrice faceva riferimento all'esistenza di diversi ostacoli al processo di modellizzazione degli atti, evidenziando che i singoli giudici «*pur potendo, in teoria, modificare i modelli predefiniti, finiscono, nella maggior parte dei casi, con l'utilizzare i modelli già predisposti*»^[20]. È stato proprio nel corso di tale processo che «*si sono predisposti i modelli con le parti fisse proprie di ciascuna tipologia di sentenza (es. sentenza di rito, sentenza di irricevibilità, difetto di giurisdizione, etc...)*»^[21]. Più recentemente è stato confermato che, fin dall'origine del processo di digitalizzazione, «*l'idea originaria era quello di trasferire in un ambiente digitale quei modelli cartacei*

che nel tempo erano stati elaborati. Questo sistema portava alla predisposizione di testi predefiniti a mo' di formulario da riempire, in cui fossero chiaramente indicati gli elementi fissi di un provvedimento giurisdizionale»^[22]. Sicchè l'idea di modellizzazione è stata da sempre al centro dell'attenzione delle riflessioni di chi operava nella giustizia amministrativa.

Ultimamente si è guardato ad un altro aspetto che, analogamente, conduce alla omogenizzazione e standardizzazione della struttura delle decisioni. Si tratta della possibilità che gli atti giudiziari possano richiamare altre fonti mediante *«hyperlink volti a rendere immediatamente fruibili – senza necessità di ricerca ad hoc su banche dati – agli utenti le norme e la giurisprudenza citata, nonché i documenti indicati negli atti»^[23]. La questione è ancor più interessante ove si ipotizzi l'integrazione dell'atto redatto dal giudice con i dati contenuti in altri atti, anche di parte, contenuti nel fascicolo d'ufficio (si pensi ad esempio alla parte di fatto del provvedimento giurisdizionale)^[24]. Si tratta, anche in questo caso, di fattori che contribuiscono a rendere uniforme i modelli decisionali nel processo amministrativo.*

Nell'ambito del dibattito sulla giustizia civile, in passato alcuni hanno mosso critiche verso la modellizzazione degli atti nel processo civile telematico. Si è sostenuto, a questo proposito, che *«i massimalisti sono coloro che vorrebbero una immediata applicazione delle stesse [cioè delle nuove tecnologie] a tutte le dimensioni del processo. Non solo quindi, ovviamente, registri informatizzati, banche dati e invio telematico di ogni atto ma anche modalità di redazione degli atti secondo schemi (maschere) che se da un lato prevedono (in automatico, e cioè in anticipo) la codificazione di ogni possibile fattispecie, dall'altro lato consentono (sempre in automatico) l'elaborazione degli stessi dati a fini, ad esempio, di calcolo e di produzione di statistiche»^[25]. Secondo questa impostazione, non condivisibile, «la ricchezza e sofisticazione linguistica del loro argomentare mal si presta ad essere incasellata in un numero necessariamente limitato e predefinito di schemi»^[26]. A parte la discutibilità di quest'ultima affermazione, posto che il linguaggio giuridico nella prassi è spesso tutt'altro che ricco e sofisticato, quanto piuttosto scorretto, dal punto di vista linguistico, e poco chiaro^[27], questa impostazione pare non cogliere la potenzialità della modellizzazione degli atti che si inseriscono nel processo. Sul punto, è stato evidenziato in maniera assai lucida come presupposto per l'utilizzo di strumenti *AI* nel contesto decisionale non*

possa che essere, oltre che la creazione di banche dati nelle quali contenere il complesso normativo e l'archivio giurisprudenziale dei precedenti, anche «*la predisposizione di modelli redazionali giudiziali, l'utilizzo di un linguaggio giuridico predeterminato e semanticamente vincolato, sistemazione, individuazione e indicizzazione dei passaggi argomentativi*»^[28].

Ad ogni modo, è proprio nel contesto del processo civile che il legislatore sembra aver voluto imprimere una spinta decisa verso la “modellizzazione” degli atti, nonché verso nuove modalità di redazione dell'atto giudiziario. In questo senso è andato sicuramente il D.lgs. n. 149/2022, c.d. Riforma Cartabia. L'art. 4 co. 3 lett. b) del decreto, modificando l'art. 46 delle Disposizioni Attuative del Codice di Procedura Civile, ha previsto infatti che il Ministro della Giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense, definisce con decreto gli «*schemi informatici degli atti giudiziari*» con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo. Per dotare la norma di particolare vigore, anche nei confronti degli operatori (*in primis*, chi esercita la funzione giurisdizionale), il legislatore ha disposto che «*il giudice redige gli atti e i provvedimenti nel rispetto dei criteri di cui al presente articolo*» (art. 46 cit., u.c.).

In attuazione della predetta norma il Ministero ha adottato il D.M. 7 agosto 2023 contenente il regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo.

Tuttavia, per come elaborato, il regolamento pare un'occasione persa. Oltre al rilievo che il testo normativo non compie alcun riferimento agli aspetti e ai mezzi tecnologici da mettere in campo per la progettazione di atti di nuova generazione – tema che sarebbe in realtà centrale – appare sorprendente che la maggior parte delle prescrizioni si concentri su aspetti meramente formali. Esemplare, a questo proposito, l'art. 3 sui limiti dimensionali degli atti. In questo quadro, si attendono dunque altri interventi normativi che possano avviare l'auspicata evoluzione del sistema.

3. Lo stato dell'arte nell'uso dei *template* e presupposti

teorici

In una recente rassegna delle pubblicazioni dedicate alla predizione giuridica, gli autori^[29] sottolineano l'importanza di una conoscenza sufficiente dell'esatto *set* di dati su cui si basano gli studi e della consapevolezza dei ricercatori del tipo di dati che stanno analizzando, e concludono «*sfortunatamente, questo non è spesso il caso*»^[30]. Questa rassegna mostra molto chiaramente, tra gli altri aspetti interessanti della previsione giuridica, l'importanza dell'omogeneità delle sentenze e del modo in cui sono suddivise in sezioni.

È interessante il caso delle sentenze della CEDU, la cui omogeneità strutturale deriva dall'articolo 74 del Regolamento della Corte, che appunto impone alla stessa obblighi specifici nella redazione delle sentenze^[31].

Nelle nostre Corti, come già accennato, non esistono fonti che impongano l'utilizzo di forme *standard* per la composizione degli atti, nonostante, come esposto, tale omogeneizzazione, da cui deriverebbe la creazione di *set* di dati coerenti, possa essere strumentale alla progettazione di strumenti di intelligenza artificiale utili per decisioni prevedibili ed eque^[32]. Nell'ottica poi di un approccio alla funzione giurisdizionale in termini di servizio al cittadino^[33], l'obbligo di utilizzare specifiche "forme" nello svolgimento della funzione giurisdizionale deriverebbe dalla necessità di attuazione del principio di efficienza^[34] e dall'esigenza di promuovere lo scambio di dati nell'ambito dello stesso sistema amministrativo della giustizia^[35]. Uno scambio di dati che, in un futuro, implementerebbe la qualità dei processi decisionali^[36].

È proprio a partire da queste conoscenze acquisite che gli Autori del presente lavoro si sono mossi nel tentativo di fornire, all'interno del sistema giudiziario italiano, un modello (*template*) di sentenza e di atto di parte (gli atti degli avvocati)^[37] che possa essere utilizzato dagli operatori del diritto nell'ambito dei giudizi civili.

L'assunto teorico è che la creazione di modelli di sentenza rende possibile una omogeneizzazione dei testi ed una maggiore affidabilità del *tagging* da parte di esperti del dominio^[38]. Studi in questo campo in Italia non sono ancora stati forniti, a meno che non ci sia sfuggita involontariamente qualche ricerca.

Nel paragrafo che segue verrà descritto il percorso bidirezionale da un semplice *template* concettuale verso un *template* di nuova generazione e viene progettata la

struttura di base di quest'ultimo in modo che possa essere lavorabile dai tecnici. Infine, nel paragrafo 5 verranno delineate ulteriori fasi di ricerca e applicazioni pratiche.

4. Dai *template* concettuali ai *template* di nuova generazione

La progettazione di “*template* di nuova generazione” degli atti del giudizio civile (di primo e secondo grado) è stata concepita come uno strumento dalla duplice natura: quale snodo fondamentale dei vari aspetti del procedimento e catalizzatore di un cambiamento più ampio nel passaggio dall'era analogica a quella completamente digitale.

Solo per fare qualche esempio, un processo concepito come flusso di dati e non come mero accumulo di documenti prodotti dai giudici e dagli avvocati delle parti implica un significativo supporto tecnologico, che si traduce concretamente in una reingegnerizzazione dell'attuale Processo Civile Telematico (PCT) italiano, per non parlare dei necessari cambiamenti negli strumenti che gli avvocati utilizzano nella loro attività giudiziale e non. Inoltre, sullo sfondo, sono ancora presenti diversi pregiudizi nei confronti della tecnologia, sia tra i giudici che tra gli avvocati, che devono essere affrontati.

Come spesso accade nelle tecnologie informatiche, le attività tecniche richiedono un chiarimento preliminare della logica e della sequenza del processo. Pertanto, il primo passo per la progettazione di “*template* di nuova generazione” è una chiara comprensione delle idee logiche e giuridiche su cui si basano i *template* attualmente utilizzati: un modello concettuale che riproduca in modo ordinato ciò che gli operatori del diritto assumono quando li utilizzano semplicemente attraverso un *word processor* (come *Word* o *Google Docs* e simili). Naturalmente, si tratta di un percorso bidirezionale, che parte da un mero *template* concettuale (che potrebbe anche essere totalmente analogico) e si dirige verso un *template* di nuova generazione (cioè un'entità completamente digitale), che poi può retroagire sulla stessa struttura concettuale di base se emergono modalità più adatte al contesto digitale e quindi più chiare ed efficienti. In un certo senso, i modelli di nuova generazione possono essere considerati come l'evoluzione tecnologica e concettuale dei modelli che già esistono all'interno della biblioteca

della *Console* del Giudice e dell'Assistente, accessibile attraverso il PCT. La differenza sta nella tecnologia e, soprattutto, nella mentalità: piuttosto che cercare di adattare l'ambiente digitale alla vecchia struttura analogica dei documenti, abbiamo ora la possibilità di modellare le regole procedurali in base a ciò che la digitalizzazione dell'ambiente giuridico rende possibile.

4.1. *Template* concettuali

Nel progettare i *template* concettuali per gli atti giudiziari e le memorie, sono stati considerati due aspetti. In primo luogo, si è tenuto conto del contenuto minimo richiesto dal Codice di procedura civile (articolo 132 per le sentenze e articoli 163 e 167 per le memorie). In secondo luogo, sono stati presi in considerazione anche gli *input* dei giudici e degli avvocati che hanno collaborato al progetto, comprese le loro *best practice* e le esigenze di volta in volta segnalate^[39]. Il lavoro è partito dalla concettualizzazione del modello di sentenza civile di primo grado. Sono state raccolte cinquanta sentenze di tribunali di primo grado, che coprono vari ambiti del diritto civile, selezionate per il loro interesse strutturale e la loro qualità espositiva.

Tali pronunce sono state attentamente analizzate e sottoposte ad un processo di schematizzazione, estrapolando gli elementi ritenuti essenziali e privandole del relativo contenuto semantico (cioè i concetti e gli argomenti giuridici). La Figura 1 mostra la transizione da una sentenza di 17 pagine (prima colonna a sinistra) a uno schema essenziale di una pagina in cui sono evidenziate solo le sezioni della sentenza (seconda colonna). La terza colonna mostra lo stesso schema di una pagina popolato con riferimenti incrociati ad altri documenti scambiati nel corso del processo, in conformità con le disposizioni dell'articolo 132 del Codice di procedura civile.

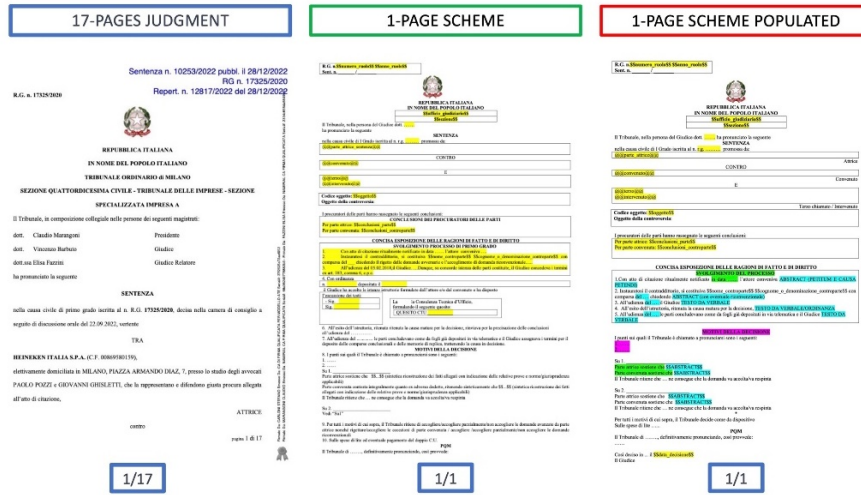


Fig. 1. Rappresentazione del processo di concettualizzazione: da una comune sentenza al modello concettuale. L'immagine ha lo scopo di mostrare lo sviluppo logico del processo di concettualizzazione e non di essere leggibile nel contenuto. Per quanto concerne l'aspetto tecnologico, i modelli concettuali sono oggetti informatici semplici, che utilizzano la tecnologia oggi a disposizione di tutti gli uffici giudiziari, che possono essere inseriti nella libreria dei modelli di *Console* e che tramite *place-holders* consentono l'auto-compilazione di alcune parti di atti con i dati presenti nei registri informatici delle cancellerie. Tale tecnologia è al momento sfruttata per porzioni molto limitate della sentenza, interessando essenzialmente l'intestazione, i dati identificativi del procedimento, i dati delle parti e dei difensori e, solo a fronte della corretta esecuzione della procedura di deposito della precisazione delle conclusioni tramite console, della precisazione delle conclusioni di parte.

I *template* concettuali hanno previsto un uso più significativo dei *place holders*, che comporti una maggiore interconnessione tra gli atti di parte e la sentenza, sul presupposto che anche gli atti di parte debbano essere redatti sulla base di *template*.

Pur essendovi indubbi profili di utilità che possono trarsi nell'immediato dell'utilizzo di tali *template* concettuali, sia da un punto di vista dell'organizzazione del lavoro degli uffici giudiziari, sia da un punto di vista contenutistico e concettuale delle pronunce e degli atti, che dovrebbero raggiungere un grado di chiarezza superiore, lo sviluppo degli stessi, come s'è

detto, è stato funzionale all'elaborazione dei più avanzati template di nuova generazione.

4.2. *Template di nuova generazione*

I template di nuova generazione sono stati concepiti come oggetti nativi digitali in grado di raccogliere dati strutturati e organizzarli in *repository* dedicati (come *data warehouse -DWH-* e *data lake -DL-*), che consentono di creare *dataset* interrogabili e rielaborabili con strumenti di *retrieval* e tecniche di intelligenza artificiale. La progettazione di *template* di nuova generazione presuppone un'adeguata digitalizzazione del processo e la centralità dei dati, in modo da modificare il modo in cui giudici e avvocati scrivono e strutturano i loro atti e da riprogettare il modo in cui dati e informazioni interagiscono tra loro.

Il presupposto alla base del *file*-modello di nuova generazione è, quindi, un cambiamento del riferimento: dal documento al dato.

In questo contesto, il giudice ha essenzialmente il compito di organizzare i dati e le informazioni all'interno della decisione quale espressione della propria posizione istituzionale di decisore. La Figura 2 rappresenta le fonti di dati e il posto che l'IA può occupare all'interno della sentenza (*document builder*).

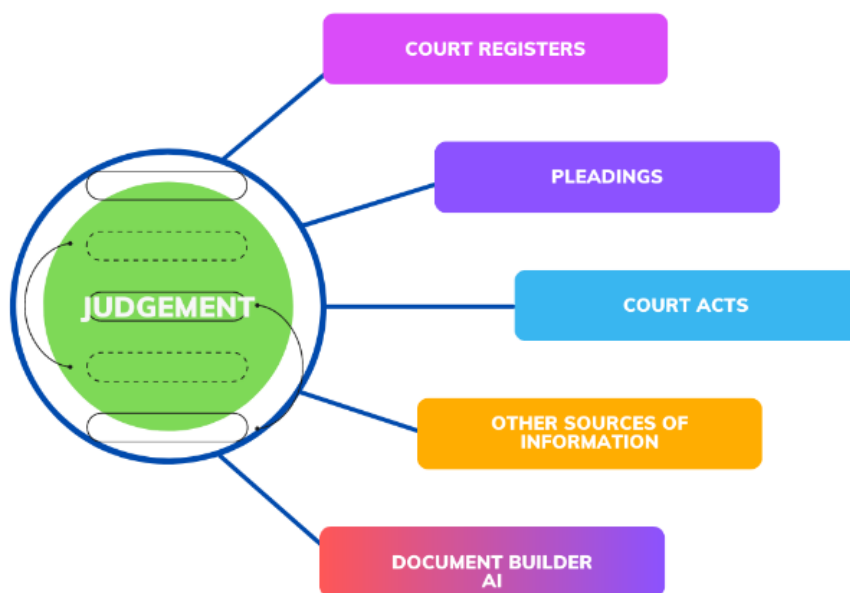


Fig. 2. Rappresentazione della sentenza come ambiente in cui sono organizzati informazioni e dati provenienti da più fonti.

I *template* di nuova generazione affondano le loro radici in ricerche ed esperienze precedenti che hanno subito una significativa accelerazione a causa delle innovazioni introdotte dalla cosiddetta Riforma Cartabia per la digitalizzazione dei processi civili^[40]. Questa riforma segue la direzione già intrapresa dalla sperimentazione affrontata in questo lavoro, imponendo esplicitamente il deposito elettronico dei documenti, l'uso di *file* nativi digitali, le firme elettroniche e l'adozione, appunto, di *template* informatizzati per i documenti legali. La riforma, per quanto qui maggiormente rileva, ha sostanzialmente introdotto il principio del *digital only* nel contesto del processo civile, rendendo il "digitale" da contesto tecnologico a elemento trasformativo della giustizia civile. La teorizzazione e progettazione del *template* di nuova generazione presuppone dunque la centralità dei dati e un concetto di digitalizzazione dell'attività del giudicare che modifica il modo in cui giudici e avvocati scrivono e strutturano i propri atti e che ripensa il modo in cui detti atti interagiscono tra loro.

Di seguito presentiamo i principali atti di parte e il modo in cui sono collegati alla sentenza finale. Nella Figura 3 sono mostrati l'atto di citazione e l'atto di costituzione e risposta: in verde le sezioni che vengono compilate automaticamente grazie alla tecnologia disponibile, in giallo gli estratti derivati dalle memorie dell'attore, in rosa gli estratti derivati dalle memorie del convenuto. La Figura 4 vuole dare un'idea della combinazione di dati di diversa origine e provenienza nella creazione della sentenza finale. In verde sono riportate le sezioni compilate automaticamente grazie alla tecnologia disponibile, in giallo le sezioni derivate dalle memorie dell'attore, in rosa le sezioni derivate dalle memorie del convenuto, in azzurro le sezioni derivate dai verbali del tribunale.

CERIDAP

§§jurisdiction office§§
WRIT OF SUMMONS

In the interest of:
 §§plaintiff§§, (tax code), residing in City, Street...
 Attorney(s): _____ e.f. _____ pac _____ fax _____

-plaintiff-

VERSUS

§§defendant§§, (tax code), residing in City, Street...
 Attorney(s): _____ e.f. _____ pac _____ fax _____

-defendant-

"SUBJECT OF THE CLAIM" (art. 163, c.3, n. 3 e.p.c.): ABSTRACT art. 163, c.3, n. 3 e.p.c.

FULFILLMENT OF THE REQUIREMENT AS A CONDITION OF PROCEDABILITY: it is declared that as per the attached document

FACT

(art. 163, c. 3, n. 4 e.p.c.: statement of facts)

- 1.
- 2.

LAW

Claim 1.
ABSTRACT art. 163, c. 3, n. 4 e.p.c. claim1
 (Clear and specific exposition of the law elements constituting the grounds for the claim).

Claim 2.
ABSTRACT art. 163, c. 3, n. 4 e.p.c. claim2
 (Clear and specific exposition of the law elements constituting the grounds for the claim).

CITES

§§defendant§§, CITES to appear in court, before §§judicial office§§, Section and Judge designated for the hearing of ____/____/____, trial hours, with an invitation to enter an appearance within the term of seventy days prior to the aforementioned hearing, pursuant to and in the forms established by Article 166 e.p.c., and to appear at the aforementioned hearing before the judge to be designated pursuant to Article 168-bis e.p.c. with the warning that construction beyond the aforementioned terms will result in the forfeitures referred to in Articles 38 and 167 e.p.c. and that, in the absence of construction, he will be proceeded in his declarando communicato, and also with the warning that the technical defense by lawyer is mandatory in all judgments before the court, except for the cases provided for in Article 86 or by special laws, and that the defendant, if the legal requirements exist, may apply for admission to legal aid.

CONCLUSIONS

May it please the Court, rejecting all contrary requests, exceptions, requests and deductions both on the merits and on the record, so rule:

- On the merits:
- 1.
 - 2.
- In investigation:
- 1.
 - 2.

The value of this case is ... and the unified contribution is €

The following documents are produced:

DATE:

DIGITAL SIGNATURE

CERIDAP

§§judicial_office§§
G.R. n. §§case_number§§ / §§year§§ §§Judge§§

APPEARANCE AND ANSWER WITH COUNTERCLAIM

§§defendant§§, (tax code), residing in City, Street...
Attorney(s): e.f. pot fax

-defendant-

IN THE ACTION BROUGHT BY

§§plaintiff§§, (tax code), residing in City, Street...
Attorney(s): e.f. pot fax

-plaintiff-

* * *

1. The plaintiff, by means of a summons served on _____, has brought an action before this Honorable Court, requesting: **ABSTRACT AVV, art. 163, c.3, n.3 c.p.c.**
The initial appearance hearing of the parties scheduled for _____, has been confirmed (or has been adjourned to _____).
* * *

Given all the foregoing, with this present filing, **§§defendant§§** enters appearance in the proceedings, submitting a counterclaim - as specified in detail below - and opposing all that has been alleged, objected, and submitted by the opposing party. It is requested that all claims made by the plaintiff be dismissed as inadmissible, unfounded, and otherwise without merit for the following factual reasons.

* * *

FACT

1.....
2.....

LAW

Procedural and substantive preliminary objections (art. 167, c.2, c.p.c.)
1. The opposing party's claim is inadmissible/unfounded because... **ABSTRACT art. 167 c. 2 c.p.c.** In particular...
2.

Against plaintiff's claim 1.
The plaintiff has sued Mr. **§§inventor§§**, claiming **ABSTRACT art. 163, c. 3, n. 4 c.p.c. claim1**.
The opposing party's claim is inadmissible/unfounded because **ABSTRACT art. 167 c. 1 c.p.c. claim1** In particular...
Against plaintiff's claim 2.
...
* * *

Counterclaims.
The defendant requests this Honorable Court to:

1. Counterclaim 1.
2. Counterclaim 2.

Counterclaim 1.
ABSTRACT art. 167 c. 2 c.p.c. count.c.1 (Exposition of the legal grounds for the claim).
Counterclaim 2.
ABSTRACT art. 167 c. 2 c.p.c. count.c.2 (Exposition of the legal grounds for the claim).
* * *

Based on the foregoing, the defendant, reserving any further arguments and evidence, submits the following

CONCLUSIONS

May the Honorable Court, after rejecting contrary arguments, render the following judgement:
As a preliminary matter: ...
On the merits: ...
Regarding evidence: ...
In relation to the counterclaim: ...

DATE DIGITAL SIGNATURE

Fig. 3. Confronto visivo tra i template di nuova generazione di un “atto di citazione” (a sinistra) e di una “comparsa e controricorso” (a destra). L’immagine non ha lo scopo di essere leggibile nel contenuto.

CERIDAP

G.R. n. `$$case_number$$` / `$$year$$`
Judg. n. _____ / _____

ITALIAN REPUBLIC
IN THE NAME OF THE ITALIAN PEOPLE
`$$judicial_office$$`
`$$section$$`

The Court, represented by Judge Dr. ..., has rendered the following
JUDGMENT

In the civil case of First Instance registered under number `$$case_number$$` / `$$year$$` brought by:
`$$defendant$$`
VERSUS
`$$plaintiff$$`

Case caption: `$$case_caption$$`

CONCLUSIONS OF THE PARTIES' ATTORNEYS
Plaintiff's: `$$plaintiff_conclusion-art. 189 c. 1, n. 1 cpc$$`
Defendant's: `$$defendant_conclusion-art. 189 c. 1, n. 1 cpc$$`

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

1. By writ of summons ritually served on the plaintiff sued `$$defendant$$` claiming that **ABSTRACT art. 163, c. 3, n. 4 c.p.c. claim1 + claim2 + claimn**
2. After the cross-examination was established, `$$defendant$$` constituted himself by appearance of ____ requesting **ABSTRACT**
With supplementary brief `$$plaintiff$$`: **ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 1**, `$$defendant$$` **ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 1**
With supplementary brief `$$plaintiff$$` **ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 2**, `$$defendant$$` **ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 2**
With supplementary brief `$$plaintiff$$` **ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 3**, `$$defendant$$` **ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 3**
3. At the hearing of, Judge **MINUTES ART. 183 cc. 1,2,3 c.p.c.**
4. By Order No. _____ filed on _____ the Judge **ORDER art. 183 co. 4 c.p.c.**
5. Considered the case ready for decision, **MINUTES ART. 189 c.p.c.**
6. The parties filed briefs: `$$plaintiff$$`: **ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 2** `$$defendant$$` **ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 2**
`$$plaintiff$$`: **ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 3** `$$defendant$$` **ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 3**
7. At the hearing of, Judge **MINUTES-189, c. 3 c.p.c.**

REASONS FOR DECISION

The issues on which the court is asked to rule are as follows:
`2`

About Issue 1.
The plaintiff argues that **\$\$ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2\$\$**.
The defendant argues that **\$\$ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2\$\$**.
The Court considers that ...REASONING... as a result, the claim is to be granted/dismissed.

About Issue 2.
The plaintiff argues that **\$\$ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2\$\$**.
The defendant argues that **\$\$ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2\$\$**.
The Court considers that ...REASONING... as a result, the claim is to be granted/dismissed.

For all the above reasons, the Court decides as follows

FTR

The Court, in final judgment, thus rules:
.....
Thus decided in ... on `$$date_decision$$`
The Judge

Fig. 4. Template di sentenza di nuova generazione. Schema leggibile solo per il codice colore, l'immagine non ha lo scopo di essere leggibile nel contenuto.

I *template* di nuova generazione operano su due fronti: da un lato, semplificano la stesura delle singole decisioni; dall'altro, contribuiscono alla creazione di

dataset, consentendo l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per aiutare ulteriormente il lavoro dei giudici.

Per quanto riguarda il primo aspetto, i *template* di nuova generazione sono stati progettati tenendo conto delle complesse connessioni strutturali e contenutistiche tra i documenti e gli atti scambiati nel corso del processo e la sentenza. L'attenzione si è concentrata sulla massimizzazione delle interconnessioni tra le informazioni e i dati contenuti nei documenti, organizzandoli in *database* interoperabili, che possono essere riorganizzati dal giudice all'interno della sentenza. La Figura 5 rappresenta la sezione della sentenza dedicata ai fatti e al loro fondamento giuridico.

1. By writ of summons ritually served on the plaintiff sued **SSdefendantSS** claiming that **ABSTRACT art. 163, c. 3, n. 4 c.p.c., claim1 + claim2 + claimn**

2. After the cross-examination was established, **SSdefendantSS** constituted himself by appearance of ___ requesting **ABSTRACT**
 With supplementary brief **SSplaintiffSS: ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 1, SSdefendantSS ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 1**
 With supplementary brief **SSplaintiffSS ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 2, SSdefendantSS ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 2**
 With supplementary brief **SSplaintiffSS ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 3, SSdefendantSS ABSTRACT ex art. 171-ter c.p.c. n. 3**

3. At the hearing of, Judge **MINUTES ART. 183 cc. 1,2,3 c.p.c.**

4. By Order No. _____ filed on _____ the Judge **ORDER art. 183 co. 4 c.p.c.**

5. Considered the case ready for decision, **MINUTES ART. 189 c.p.c.**

6. The parties filed briefs: **SSplaintiffSS: ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 2, SSdefendantSS ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 2; SSplaintiffSS: ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 3, SSdefendantSS ABSTRACT ART. 189, c.1, n. 3**

7. At the hearing of, Judge **MINUTES-189, c. 3 c.p.c.**

Fig. 5. Sezione del template di sentenza di nuova generazione relativa all'esposizione concisa dei fatti di causa. È evidenziata la stretta interconnessione della sentenza con le memorie. In verde sono indicate le sezioni che il sistema esistente compila automaticamente; in giallo le sezioni provenienti dalle memorie dell'attore; in rosa le sezioni provenienti dalle memorie del convenuto; in azzurro le sezioni provenienti dal verbale del tribunale.

Utilizzando i *template* di nuova generazione, la sentenza viene compilata quasi automaticamente nelle sezioni relative agli eventi e ai fatti (cfr. Fig. 5) e nelle sezioni in cui viene riassunto il dialogo tra le parti (cfr. Fig. 6). Ciò è reso possibile anche dall'elaborata strutturazione delle memorie, che prevede la stesura di specifici *abstract* destinati a essere trasposti (inalterati) nella sentenza.

Questa struttura riduce il faticoso compito di ricostruire i fatti processuali e fornisce al giudice un chiaro quadro sinottico in cui le posizioni processuali delle parti sono fedelmente riprodotte. Naturalmente, il giudice è ancora responsabile della parte decisionale della sentenza, determinando l'ordine delle questioni da

affrontare (cfr. Fig. 6), prendendo decisioni su singole questioni e redigendo la relativa motivazione (cfr. Fig. 7). Anche il contenuto delle memorie di parte redatte sulla base del modello dovrebbe raggiungere livelli apprezzabili di chiarezza.

REASONS FOR DECISION

The issues on which the court is asked to rule are as follows:

1.
2.

About Issue 1.
The plaintiff argues that **§§ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2§§**.
The defendant argues that **§§ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2§§**.
The Court considers that ...REASONING... as a result, the claim is to be granted/dismissed.

About Issue 2.
The plaintiff argues that **§§ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2§§**.
The defendant argues that **§§ABSTRACT ART. 189, c.1, nn. 1 e 2§§**.
The Court considers that ...REASONING... as a result, the claim is to be granted/dismissed.

Fig. 6. Estratto del modello di giudizio di nuova generazione relativo alla sezione di ragionamento.

Fig. 7. Una rappresentazione del dialogo processuale strutturato dal template di nuova generazione, che include il supporto dell'IA nella sezione "ragionamento". I *template* di nuova generazione sono sia un modello per la costruzione dei singoli atti giudiziari sia una guida alla loro stesura nelle varie fasi del processo. In ogni specifica sentenza, nuovi dati vengono inseriti e combinati con quelli esistenti, modellati in base alla diversa posizione processuale di chi li scrive (avvocato, giudice e altro). Ad esempio, un perito nominato scrive la sua relazione prendendo i dati forniti dalle parti, organizzandoli in modo funzionale al compito che è chiamato a svolgere e aggiungendo i dati tecnici. Alla fine del processo, il giudice procederà allo stesso modo aggiungendo le valutazioni proprie della sua funzione decisionale. E così via. Il procedimento come flusso in cui i dati vengono aggiunti lungo le varie fasi del processo è mostrato nella Fig. 8.

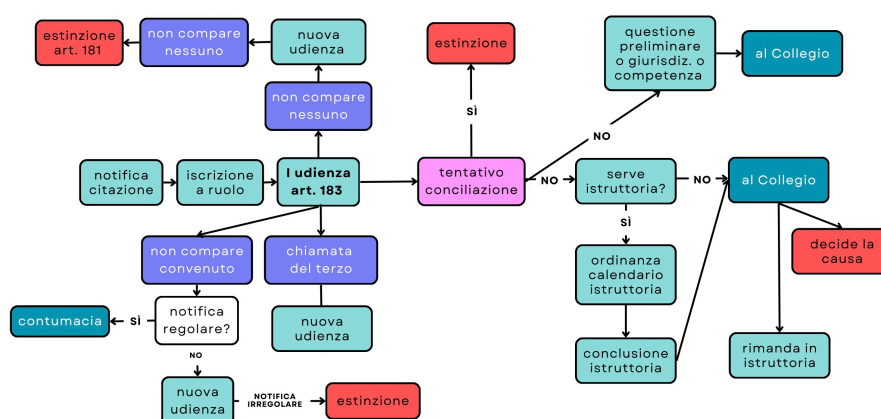


Fig. 8. Rappresentazione diacronica delle fasi di uno specifico giudizio e del relativo flusso di dati.

Da un altro punto di vista (e questo è il secondo aspetto), l'uso di modelli di nuova generazione, come già accennato, consente di raccogliere dati di buona qualità e di creare *dataset* che facilitano l'uso di tecnologie all'avanguardia per supportare ulteriormente le attività del giudice e degli avvocati.

Su questo *repository* può lavorare un sistema di IA, come, ad esempio, il *document builder*^[41]. In particolare, lo stesso *template* di nuova generazione ne include il contributo. Il *document builder* è una tecnologia evolutiva dell'IA, in grado di interrogare il *dataset* ben organizzato e alimentato con dati di buona qualità, creati e organizzati sulla base dei *template* di nuova generazione, assistendo il giudice nel prendere decisioni e nel motivarle, suggerendo i precedenti legali più rilevanti per il caso specifico in questione. Lo stesso *set* di dati può anche essere interrogato dall'intelligenza artificiale (*AI*) per rendere visibili quelle informazioni che potrebbero non essere immediatamente intellegibili al giudice.

5. Considerazioni finali. Obiettivi raggiunti e prospettive future

All'inizio della ricerca, gli Autori si sono posti l'obiettivo di progettare un *template* di nuova generazione da fornire alla magistratura per due scopi essenziali.

Il primo era quello di massimizzare l'efficienza del servizio giustizia. Il secondo, da raggiungere nel medio-lungo periodo, era quello di creare un oggetto informatico

abilitante per l'utilizzo delle più avanzate tecnologie di IA. A conclusione della ricerca, è necessario confrontare gli obiettivi con i risultati raggiunti, nonché con gli eventuali limiti individuati.

Da un punto di vista teorico, è possibile approfondire l'analisi delle *best practice* tra avvocati e giudici, cercando di ridurre i pregiudizi sull'uso della tecnologia in ambito legale. La potenziale introduzione di *template* di sentenza attraverso la *Consolle* del giudice e l'Assistente (soprattutto per le sentenze) implicherebbe che i giudici debbano adattarsi a nuovi metodi di lavoro. Attualmente, i giudici hanno piena discrezionalità nello strutturare la sentenza come ritengono più opportuno, compresa la fusione di sezioni che, come mostrato nel modello, sarebbe meglio mantenere distinte.

Da un punto di vista pratico, gli Autori propongono questo lavoro all'attenzione del Ministero della Giustizia, auspicando la decisione di avviare una stretta interazione con gli uffici tecnici e di sperimentare alcuni modelli nell'ambito del Processo Civile Telematico (PCT) italiano. Questa sarebbe anche l'occasione per superare le difficoltà e gli equivoci verificatisi nella prima fase di applicazione dell'art. 46 del Codice di procedura civile (Disposizioni di attuazione). Questa norma stabilisce che «*il Ministro della Giustizia, sentito il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Nazionale Forense, definisce con decreto i modelli informatici degli atti giudiziari con la struttura dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo*». Seguendo gli ultimi sviluppi, vale la pena dunque confrontare le finalità della ricerca presentata e approvata nell'ottobre 2021 e i risultati del lavoro successivamente svolto dal gruppo IUSS di Pavia, con i contenuti del recente Decreto del Ministero della Giustizia del 7 agosto 2023, già richiamato al par. 2 del presente contributo^[42].

Il decreto «*stabilisce i criteri per la redazione e disciplina gli schemi informatici degli atti del processo civile, con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni negli atti del processo. Stabilisce inoltre i limiti dimensionali degli atti del processo civile [...]*» (art. 1).

Considerando le riflessioni svolte e il lavoro di ricerca svolto dal gruppo IUSS di Pavia nell'ambito del progetto PON Giustizia, la domanda può essere posta in questi termini: il Decreto del Ministero della Giustizia si pone sulla stessa strada del passaggio da “documenti” a “dati”?

A prima vista la risposta sembra dover essere SI e NO.

NO, se si considerano alcune indicazioni stilistiche, come quelle del carattere e dell'altezza del corpo (articolo 6), che sembrano riferirsi principalmente all'atto come documento fisico piuttosto che ai dati in esso contenuti. Così come i limiti quantitativi degli atti, che non sembrano particolarmente utili ed efficaci.

SÌ se si considerano le disposizioni dell'articolo 2, che indicano le partizioni e le sezioni che ogni atto deve avere (cioè, parti, parole chiave, esposizione separata e specifica, in parti distinte dell'atto e rubricate, dei fatti e dei motivi di diritto, indicazione dei documenti offerti in comunicazione, elencati in ordine numerico sequenziale e denominati in modo corrispondente al loro contenuto, preferibilmente ricercabili tramite apposito collegamento ipertestuale).

Infine, va notato che la parte potenzialmente più interessante, quella che riguarda gli schemi informatici (articolo 8), è molto povera e si limita a un generico riferimento a un decreto ministeriale del 2011. La strada è questa, ma al momento sembra essere (quasi) tutta da percorrere. C'è la speranza che il lavoro svolto con il PON Giustizia possa essere utilizzato come contributo per avviare finalmente la trasformazione *dai documenti ai dati*.

1. Il presente contributo rappresenta – escluso il par. 2 che è stato aggiunto – il riadattamento in lingua italiana del contributo *New-Generation Templates Facilitating the Shift from Documents to Data in the Italian Judiciary*, pubblicato in T.P. Sales, J. Araújo, J. Borbinha, G. Guizzardi (a cura di), *Advances in Conceptual Modeling. ER 2023. Lecture Notes in Computer Science*, vol 14319. *42nd International Conference on Conceptual Modeling*, Lisbona, 2023, Springer, Cham, Switzerland, pp. 121-130 (https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-47112-4_11). Il lavoro è frutto della comune riflessione degli autori. Tuttavia, i paragrafi nn. 4 e 5 sono stati scritti da A. Santosuosso, i paragrafi nn. 1, 2 e 3 sono stati scritti da S. D'Ancona mentre i paragrafi nn. 4.1 e 4.2 sono stati scritti da E. Furiosi.
2. In dottrina B. Brunelli afferma come oggi l'informatica «non svolge più soltanto una funzione servente e la conversione delle modalità cartacee in quelle digitali non potrà lasciare invariato il sistema processuale» (B. Brunelli, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 511). Per un'impostazione più conservativa, in passato, si era affermato che il processo civile telematico non è un processo diverso da quello tradizionale-classico «ma è semplicemente supportato da tecnologie diverse da quella cartacea» (S. Zan, (Voce) *Processo civile telematico*, in *Enc. Dir., Annali I*, 2007, par. 2). In relazione al processo amministrativo telematico è stato evidenziato che l'uso degli strumenti informatici ha comportato una “dematerializzazione” totale degli atti processuali: tale evoluzione, tuttavia, ha avuto un valore meramente

formale, trasformando gli atti del processo da atti cartacei in atti «*in forma elettronica*» (l'espressione è mutuata da G. Duni, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunti per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. Amm.*, 1978, che l'ha utilizzata con riferimento agli atti e procedimento amministrativo). In generale sul PAT, cfr. F. Gaffuri, *Il processo amministrativo telematico*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, pp. 343 ss. Sulle regole tecniche che disciplinano la formazione degli atti nel processo amministrativo telematico, entrato in vigore il 1° gennaio 2017, si rinvia al decreto del Presidente del Consiglio di Stato in data 28 luglio 2021 ai relativi Allegati 1 e 2.

3. Una riflessione sull'utilizzo delle nuove tecnologie impone indubbiamente un cambio di prospettiva rispetto all'analisi dei profili organizzativi e di azione amministrativa riconducibili agli uffici giudiziari: la peculiarità della funzione giurisdizionale ha infatti portato la dottrina, in passato, a trascurare queste problematiche di diritto amministrativo con conseguente assorbimento delle stesse nella stessa funzione giurisdizionale. Sull'abbandono dello studio dell'organizzazione in questo ambito, si rinvia a G. De Giorgi Cezzi, (Voce) *Giustizia (Amministrazione della)*, [I Tematici, II Funzioni Amministrative], cit., che, in maniera acuta, aveva osservato che «*quella che potrebbe definirsi una sorta di minimizzazione delle tecniche organizzative sembra piuttosto esito della considerazione dei profili organizzativi come "questione interna" al corpo della magistratura e solo epidermicamente d'interesse per l'intera collettività nazionale*».
4. M.A. Livermore, D.N. Rockmore, *Law as Data: Computation, Text, & the Future of Legal Analysis*, Santa Fe Institute Press, 2018. Più di recente, S. Barona Vilar, *Efficient Justice digital ecosystem (From Document-oriented digital Justice to Data-oriented Justice)*, in *Actualidad Civil*, Vol 5, 2023.
5. Per questa terminologia, F. Martines, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Medialaws - Riv. dir. media*, 2018, p. 2. Si usa questo termine in senso ampio, nell'accezione di Pubblica Amministrazione che agisce mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie e non in senso stretto di Pubblica Amministrazione che adotta decisioni mediante l'utilizzo di algoritmi (su questo specifico tema, invece, D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019).
6. Si tratterebbe di «*governance dei dati*» cfr. G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018. Il «dato» è preso in considerazione quale vera e propria risorsa dell'Amministrazione dal legislatore nel Codice dell'Amministrazione digitale che vi fa riferimento in diverse disposizioni: «*il dato è... configurabile come l'elemento unitario che va a comporre una realtà strutturata e complessa: il dato è, in certo senso, come il "frammento" del documento informatico*» (S. D'Ancona, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2018, p. 590). E, ancora, si è

osservato che «lo scambio di “documenti”, o, in diversa accezione, di dati e informazioni, rappresenta un fenomeno che ha acquisito sempre maggiore importanza con l'introduzione della telematica da parte dell'Amministrazione nei processi decisionali e la dottrina ne ha osservato l'evoluzione in termini positivi rispetto all'azione amministrativa. La configurabilità di un obbligo di raccogliere, gestire e scambiare i dati da parte delle Amministrazioni e dunque di implementare l'elemento informativo è riconducibile al principio di buona amministrazione» (S. D'Ancona, *op. cit.*, p. 591, con rinvio a D.U. Galetta, *Attività e procedimento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per le Istituzioni, Organi e Organismi dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, pp. 391 ss.). In questo contesto, come evidenziato dalla dottrina, tema centrale è quello dei costi connessi a quell'attività di dematerializzazione dei documenti amministrativi, intesa come vero e proprio passaggio dal documento cartaceo al documento digitale, ossia un file pdf indicizzabile, che rappresenta il necessario presupposto dell'automazione dei processi. Così come è costosa, si è ricordato, la predisposizione di quelle condizioni generali di interoperabilità, e cioè la possibilità di scambiare i dati ed operare tra diverse pubbliche amministrazioni (D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., p. 13).

7. G. De Giorgi Cezzi, (Voce) *Giustizia (Amministrazione della)*, [I Tematici, II Funzioni Amministrative], in *Enc. Dir.*, 2022, p. 568, che ha notato come l'organizzazione della giustizia, in senso moderno, appare sempre più attratta verso le comuni regole di azioni dettate dalla l. n. 241/1990. Sul tema anche G.D. Comporti (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze University Press, Firenze, 2016; P. Carluccio, *L'amministrazione della giustizia*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 383 ss.
8. <https://www.iusspavia.it/it/ricerca/progetti-di-ricerca/progetto-pon-giustizia-next-generation-upp>.
9. Si fa riferimento, ad esempio, al noto algoritmo volto a predire l'esito finale del processo con riguardo alle violazioni dell'*European Convention on Human Right*; vi sono anche diversi esempi di applicazioni della robotica all'interno del giudizio o addirittura in sostituzione alla decisione c.d. umana. Nella prima direzione si pone l'applicativo *Compas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)* utilizzato per la determinazione del rischio di recidiva. Anche in Francia si assiste ad un importante sviluppo dell'intelligenza artificiale: in piena crisi sanitaria è stato adottato il *décret* n. 2020-356 del 27 marzo 2020, con il quale, per un periodo di due anni, è stato autorizzato un trattamento automatizzato di dati personali, denominato "*DataJust*", al fine di sviluppare un algoritmo incaricato di estrapolare in modo automatico e di sfruttare i dati a carattere personale contenuti nelle decisioni relative al risarcimento delle lesioni personali. Sul tema, E. Gabellini, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv.*

- trim. dir. proc. civ.*, 1, 2022, p. 59. In Argentina, grazie al lavoro svolto congiuntamente da un team di funzionari e magistrati della Procura della città di Buenos Aires e di esperti nel campo dell'Intelligenza Artificiale, è stato possibile sviluppare l'innovativo sistema di Intelligenza Artificiale Prometea, che si basa su «cinque livelli di innovazione principali: 1) la creazione di una interfaccia utente intuitiva, che può essere attivata con comando vocale (conversazione) o come chat; 2) la creazione di una interfaccia dello schermo unica e integrata, per ridurre i clic ed eliminare l'apertura di finestre digitali; 3) una migliore gestione dei dati e delle informazioni, automatizzando le attività finalizzate a creare documenti che fungono da base per l'adozione di decisioni maggiormente prevedibili; 4) lo sviluppo di molteplici funzioni di assistenza digitale, come la ricerca avanzata di eggi, documenti, reporting e statistiche, etc.; 5) la possibilità di fare previsioni sulla base dell'utilizzo di un sistema di apprendimento automatico supervisionato, con un tasso medio di successo del 96%» (D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., pp. 8-9; cfr. J.G. Corvalán, *La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea*, in *LA LEY*, 29 settembre 2017), pp. 1 ss. (<http://thomsonreuterslatam.com/2017/10/la-primera-inteligencia-artificial-predictiva-al-servicio-de-la-justicia-prometea/>, 7 gennaio 2019).
10. K. Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 107 ss. Cfr. E. Gabellini, *op. cit.*, pp. 59 ss.
11. Come evidenziato da E. Gabellini, *op. cit.*, il diffondersi di questi meccanismi, sebbene sia in grado di migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia, imporrebbe grande attenzione. A questo proposito l'Unione Europea ha prodotto diversi documenti in cui si auspica uno sviluppo responsabile dell'AI (linee guida redatte da un gruppo di esperti istituito dalla commissione europea, al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, libro Bianco al link <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>). Sul tema cfr. L. Torchia, *La giustizia amministrativa digitale*, in M. Ramajoli (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 51. In termini generali, T. Sourdin, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021. Per riferimento a questa prospettiva F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, agosto 2018. Il tema è d'interesse anche all'estero in Paesi dove, pur essendo la digitalizzazione dell'attività delle istituzioni una realtà, la dottrina ha posto l'accento sulle problematiche di introdurre l'intelligenza artificiale nei processi di decisione giudiziaria (oltre alla dottrina già richiamata, in nota n. 6, I. Pilving, *Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in Public Administration: the Estonian Perspective*, in *CERIDAP*, 1, 2023).
12. L. Torchia, *La giustizia amministrativa digitale*, cit.

13. Già il termine giustizia “predittiva” è in questo senso contestabile poiché si basa su dati di fatto già accaduti. In questo senso, L. Torchia, *op. cit.*, pp. 51-53. Sulla diversità dei due processi decisionali, B. Marchetti, *Giustizia amministrativa e transizione digitale. Spunti per riflettere su un future non troppo lontano*, in M. Ramajoli (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 70. Sulla diversità del ragionamento giuridico alla base delle decisioni giudiziarie e le decisioni “artificiali” cfr. L. Patelli, *Il processo amministrativo telematico nell’applicazione pratica*, in M. Ramajoli (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Il Mulino, Bologna 2023, p. 124, che rinvia alla Carta etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale adottata dalla *Cepej* nel corso della 31^a riunione plenaria (Strasburgo 3-4 dicembre 2018).
14. B. Marchetti, *op. cit.*, p. 61. L’Autrice sottolinea come nello sfondo l’ipotesi di un giudice robot «pone anzitutto un problema di compatibilità rispetto al dato costituzionale e ai principi dello stato di diritto sotto il profilo della motivazione e della pubblicità della pronuncia. La decisione giudiziaria deve essere pubblica e intellegibile e la motivazione serve a esplicitare i passaggi argomentativi che, dagli accertamenti in punto di fatto e le norme applicabili hanno condotto alla pronuncia. Inoltre la sentenza viene resa al termine di un contraddittorio tra le parti» (B. Marchetti, *op. cit.*, p. 66). Differente è il discorso per i meccanismi di *AI* basati su regole determinate: la struttura dell’algoritmo in questo caso consente una traduzione della regola tecnica in regola giuridica e le ragioni della decisione giudiziaria potrebbero essere intellegibili e spiegabili (sul punto, con riferimento alle decisioni amministrative, Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 881, cfr. nota n. 10 di B. Marchetti, *ibidem*). Il problema tuttavia è che risulta piuttosto difficile sussumere i diversi casi che possono emergere nella pratica secondo una logica deterministica (*if - then*). Il tema è amplissimo e non si può che rinviare alla nutrita dottrina tra cui G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informativi. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori, Milano, 2020; A. Pajno, *L’uso dell’intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *BioLaw Journal*, 2022, p. 1; A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.
15. L’uso del termine è metaforico, cfr. H. Surden, *Artificial Intelligence and Law: an Overview*, in *35 Ga. St. U. L. Rev.*, 2019, disponibile in <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8>: «one might assume that these systems are learning in the way that humans do. But that is not the case. Rather, the word learning is used only as a rough metaphor for human learning» (p. 1311).
16. Sul punto di rinvia a H. Surden, *op. cit.*, p. 1311: «in essence, most machine-learning methods work by detecting useful patterns in large amounts of data. These systems can then apply these patterns in various tasks, such as driving a car or detecting fraud, in ways that often produce useful, intelligent-seeming results». Cfr. P. Homoki, *Guide on the use of the Artificial intelligence based-tools by lawyers and law firms in the EU*, 2022, p. 10.
17. Su questo specifico tema, P. Santin, G. Grundler, A. Galassi, F. Galli, F. Lagioia, E.

- Palmieri, F. Ruggeri, G. Sartor, P. Torroni, *Argumentation Structure Prediction in CJEU Decisions on Fiscal State Aid*, in AA.VV., *ICAIL 2023: Nineteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law, Proceedings of the Conference Braga Portugal June 19 - 23*, New York, USA, 2023; P. Poudyal, *A Machine Learning Approach to Argument Mining in Legal Documents*, in U. Pagallo, M. Palmirani, P. Casanovas, G. Sartor, S. Villata, *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems. AICOL International Workshops 2015-2017: AICOL-VI@JURIX 2015, AICOL-VII@EKAW 2016, AICOL-VIII@JURIX 2016, AICOL-IX@ICAIL 2017, and AICOL-X@JURIX 2017, Revised Selected Papers*, Springer, Cham, Switzerland, 2018, p. 443.
18. Sul punto si rinvia al già citato scritto di H. Surden, il quale spiega in maniera piuttosto chiara la programmazione di questi sistemi di AI: «Often this involves programmers providing a computer with a series of rules that represent the underlying logic and knowledge of whatever activity the programmers are trying to model and automate Ed ancora: « In an expert system, programmers in conjunction with experts in some field.... aim to model that area of expertise in computer-understandable form. Typically, system designers try to translate the knowledge of experts into a series of formal rules and structures that a computer can process... (e.g., If patient has symptoms X and Y, the expert system... using its rules, determines that it is likely medical condition Z). A good example of a legal-expert system comes from tax-preparation software such as TurboTax To create such a system, software developers, in consultation with tax attorneys and others experts in the personal income tax laws, translate the meaning and logic of tax provisions into a set of comparable formal rules that a computer can process» (H. Surden, *op. cit.*, pp. 1316-1317). I sistemi di AI rule-based sono erroneamente sottovalutati rispetto ai sistemi *machine learning*; come notato, infatti: «Once rules are represented in a computer-programming language, a computer can manipulate these rules in deductive chains to come to nonobvious conclusions about the world» (H. Surden, *op. cit.*, p. 1318).
19. R. De Nictolis, *La tecnica di redazione delle decisioni del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.
20. R. De Nictolis, *op. cit.*, p. 36. Ed ancora, in una «prima fase dell'informatizzazione, non si è avuta una chiara consapevolezza del ruolo dell'informatica nella tecnica di redazione delle sentenze, per cui la redazione dei modelli è stata affidata a tecnici informatici senza una adeguata supervisione da parte di giuristi. Il che ha comportato che i primi modelli non erano stilisticamente adeguati, e hanno comportato notevole risentimento da parte dei magistrati, che si sono sentiti "scavalcati", nel loro stile personale, dallo "stile informatico" impersonale e poco elegante - successivamente - con il varo del c.p.a. nel settembre 2010, si è reso necessario anche un adeguamento dei modelli informatici dei provvedimenti del giudice, e in questa fase i modelli sono stati rielaborati da una commissione composta di magistrati. Tale commissione ha prestato maggiore attenzione ai problemi di stile della sentenza. Si è così avviato un processo di revisione dello stile dei modelli informatici, che non è ancora compiuto» (R. De Nictolis, *op. cit.* p. 36-37)
21. R. De Nictolis, *op. cit.* p. 37. In un altro scritto più recente, si segnala che il Consiglio di

- presidenza della Giustizia amministrativa, il 15 marzo 2018, ha deliberato di costituire una struttura preposta stabilmente alla correzione, all'aggiornamento, al miglioramento e all'ampliamento dei modelli dei provvedimenti giurisdizionali.
22. G. Adamo, *La redazione della sentenza nell'era del processo digitale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 15 gennaio 2019.
 23. L. Patelli, *Il processo amministrativo telematico nell'applicazione pratica*, cit., p. 123.
 24. R. De Nictolis, *op. cit.*, p. 27, in cui tuttavia si limita questa possibilità con riferimento alle c.d. sentenze brevi. Si osserva che, se si valorizza il solo ruolo endoprocessuale, la sintesi sul fatto e sui motivi si giustifica pienamente, perché la sentenza si rivolge a parti che conoscono i fatti e i motivi. E la sintesi consente di accelerare i tempi di redazione della decisione. Si evidenzia che per ora, in termini strettamente normativi, il rinvio è previsto solamente nel caso il giudice voglia far riferimento nella motivazione ad altro precedente giurisprudenziale (art. 88 co. 1 lett. d CPA). È perciò corretto ritenere che il legislatore sembra ispirarsi al modello anglosassone di common law del precedente conforme.
 25. S. Zan, (Voce) *Processo civile telematico*, cit., par. 2.
 26. *Ibidem*.
 27. Condivisibilmente si è osservato che «*il linguaggio giuridico in Italia (ma non solo) nasce ovviamente dal latino e dalle glosse del Corpus iuris, e in secoli di bilinguismo si «volgarizza» lentamente, a partire dalle leggi; acquisisce modernamente prestiti dal francese ed oggi dall'inglese. Di qui probabilmente una lunga tradizione di «involuzione» della prosa dei giuristi (nel senso che è involuta) a scapito della chiarezza, e a fronte di poche regole di grammatica e sintassi che invece dovrebbero orientarli nel senso opposto, valide in ogni campo dell'espressione scritta a partire dal linguaggio del legislatore. Così vanno ricordate l'opportunità di esprimersi con periodi brevi (20-25 parole), la preferenza delle coordinate sulle subordinate, l'assenza di incisi e di rimandi, l'indicativo presente con valore prescrittivo, l'uso ragionevole del congiuntivo e la limitazione del gerundio, del participio presente, dell'infinito; la limitazione di incisi e parentetiche, dei modi impersonali e passivi, la preferenza per quelli attivi dei verbi; le frasi in forma affermativa anziché la duplicazione o triplicazione delle negazioni» (M. Guernelli, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2017, p. 485 ss., par. 2).*
 28. R. Bichi, *Intelligenza artificiale e diritto- intelligenza artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 7, 2019, p. 1773; E. Battelli, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2, 2020, pp. 280 ss., par. 5.
 29. M. Medvedeva, M. Wieling, M. Vols, *Rethinking the field of automatic prediction of court decisions*, in *Artif. Intell. Law* 31, 195–212 (2023), p. 207. Disponibile in <https://doi.org/10.1007/s10506-021-09306-3>.
 30. M. Medvedeva, *op. cit.*, p. 207.
 31. N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preo, tiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European court of human rights: a natural language processing perspective*, in *PeerJ Comput. Sci.* 2, e93, 2016; M. Medvedeva, M. Vols, M. Wieling, *Using machine learning to*

- predict decisions of the European court of human rights*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2019, pp. 1-30; G. Pinotti, A. Santosuosso, F. Fazio, *A rule 74 for Italian judges and lawyers*, in R. Guizzardi, B. Neumayr (a cura di), *Advances in Conceptual Modeling: ER 2022 Workshops, CMLS, EmpER, and JUSMOD, Hyderabad, India, October 17–20, 2022*, Springer, Cham, Switzerland, pp. 112–121, disponibile in https://doi.org/10.1007/978-3-031-22036-4_11; Z. Liu, H. Chen, *A predictive performance comparison of machine learning models for judicial cases*, in AA.VV., *2017 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence (SSCI)*, IEEE, Honolulu, HI, USA, 2017, pp. 1-6; A. Visentin, A. Nardotto, B. O’Sullivan, *Predicting judicial decisions: a statistically rigorous approach and a new ensemble classifier*, in AA.VV., *IEEE 31st International Conference on Tools with Artificial Intelligence (ICTAI), 13 February 2020*, IEEE, Portland, OR, USA, 2019.
32. Da segnalarsi il recente disegno di legge n. 1146 recante disposizioni e delega al governo in materia di intelligenza artificiale, che all’art. 14 che sembra escludere comunque un contributo dell’intelligenza artificiale nel percorso decisionale del giudice: «*I sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati esclusivamente per l’organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale. Il Ministero della giustizia disciplina l’impiego dei sistemi di intelligenza artificiale da parte degli uffici giudiziari ordinari. Per le altre giurisdizioni l’impiego è disciplinato in conformità ai rispettivi Ordinali*» (https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/testi/58262_testi.htm). Il dibattito è stato sviluppato nel diritto amministrativo con riferimento all’utilizzo di dati per l’adozione di provvedimenti amministrativi è forse più maturo. Si è affermato che la creazione di set di dati coerenti e la possibilità di utilizzare strumenti di intelligenza artificiale comporta la sistematizzazione della complessità della realtà, potenzia l’analisi conoscitiva dell’amministrazione pubblica e «*favorisce sia la prevedibilità delle decisioni, sia l’agevole identificazione di “ingiustizie gravi e manifeste”*» (R. Cavallo Perin, *Ragionare come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2, 2020, p. 322).
33. *Supra* par. 1.
34. Sul punto oltre alla dottrina già richiamata, G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit., 2017, p. 33.
35. L’esigenza di sostituire a un universo amministrativo formato da monadi non comunicanti un unico sistema informativo pubblico fortemente interconnesso ha spinto ad aprire un dibattito sulla standardizzazione degli atti amministrativi. A questo proposito si rinvia alle regole contenute nella Direttiva sulla semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi del Ministero della Funzione pubblica, emanata nel maggio del 2002.
36. Sull’utilizzo dei dati come strumento di implementazione delle decisioni delle autorità amministrative, M. Tresca, *Lo Stato digitale. Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 546; M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 617; M. Maciejewski, *To do more, better, faster*,

- and cheaper: using big data in public administration*, in 81(1S) *International Review of Administrative Sciences* (2017), pp. 120 ss.; G. Carullo, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 23, numero speciale *Big Data e concorrenza* a cura di F. Di Porto, 2016.
37. In *Computer science*, *template* is: «*A document or file having a preset format, used as a starting point for a particular application so that the format does not have to be recreated each time it is used*». *American Heritage Dictionary of the English Language, Fifth Edition.*, 2016, *Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company*, at <https://www.thefreedictionary.com/template>.
38. Secondo il principio «*the more homogeneous the structure of the text, the more reliable the tagging can be*» (G. Pinotti, A. Santosuosso, F. Fazio, *A rule 74 for Italian judges and lawyers*, cit., par. 3. N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preo, tiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European court of human rights: a natural language processing perspective*, cit.). L. Zhong, Z. Zhong, Z. Zhao, S. Wang, K. Ashley, M. Grabmair, *Automatic summarization of legal decisions using iterative masking of predictive sentences*, in AA.VV., *ICAAIL '19: Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law, Association for Computing Machinery*, Montreal QC Canada, 17-21 June 2019, Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, pp. 163-172; A. Santosuosso, G. Pinotti, *Bottleneck or crossroad? problems of legal sources annotation and some theoretical thoughts*, in *Stats* 3(3), pp. 376-395, 2020, disponibile in <https://doi.org/10.3390/stats3030024> 10. A. Z. Wyner, *Towards annotating and extracting textual legal case elements*, in *Informatica e Diritto: special issue on legal ontologies and artificial intelligent techniques*, 19(1-2), 9-18, 2010; E. Zanoli, M. Barbini, D. Riva, S. Picascia, E. Furiosi, S. D'Ancona, C. Chesì, *Annotators-in-the-loop: testing a novel annotation procedure on Italian case law*, in AA.VV., *Proceedings of the 17th Linguistic Annotation Workshop (LAW-XVII)*, Association for Computational Linguistics, Toronto, Canada, 2023, pp. 118-128.
39. Sono stati coinvolti diversi giudici della Sezione Specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano e alcune sezioni civili del Tribunale di Monza. Per quanto riguarda l'avvocatura, sono stati organizzati incontri con gruppi di avvocati di studi legali altamente qualificati a Milano e a livello nazionale (con partecipazione sia di persona che a distanza da Roma, Parma, Verona, Treviso, Padova, Napoli, Bari e Torino).
40. Come ben evidenziato in A. Santosuosso, *From "documents" to "data": an epochal shift in Italian justice is possible*, in *JuLLA Handbook "Artificial Intelligence, Judicial Decision-Making and Fundamental Rights"*, in corso di pubblicazione, la Riforma Cartabia è intervenuta su tre articoli delle Disposizioni attuative del codice di procedura civile. In particolare: l'art. 196-*quater* ora impone l'obbligatorietà (ed esclusività) del deposito telematico degli atti e dei provvedimenti giudiziari; l'art. 196-*quinquies* dispone che gli atti del processo redatti in formato elettronico sono firmati digitalmente e depositati tramite modalità telematiche nel fascicolo; l'art. 46, dopo aver affermato che gli atti debbono essere scritti in carattere chiaro e facilmente leggibile, per quanto qui maggiormente interessa,

CERIDAP

prevede che «*il Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense, definisce con decreto gli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo*».

41. Lo sviluppo del *document builder* è stato curato dal Dipartimento di Informatica dell'Università degli Studi di Milano, con un gruppo di lavoro guidato dalla professoressa Silvana Castano, nell'ambito del medesimo progetto di ricerca *NEXT GEN UPP*.
42. Ministero della giustizia, Decreto n. 110/2023, Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell'articolo 46 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile (in G.U. n. 187 dell'11 agosto 2023).

La doppia legittimità democratica dell'Alta Autorità e della Commissione europea

Jacques Ziller

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-12

Fin dai primi anni della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, il sistema di governo delle Comunità e poi dell'Unione europea è stato a un sistema parlamentare dualistico. La Commissione europea ha bisogno di un rapporto di fiducia sia con il Consiglio (e il Consiglio europeo) che con il Parlamento europeo. Il saggio sostiene che, di conseguenza, in questa prospettiva sia decisivo riconoscere il ruolo peculiare affidato al Consiglio europeo e al Parlamento europeo nei confronti delle altre istituzioni dell'Unione per il buon funzionamento delle principali istituzioni dell'Unione.

The dual democratic legitimacy of the High Authority and the European Commission

Since the early years of the European Coal and Steel Community, the system of government of the Communities and then of the European Union has been comparable to a dual parliamentary system. The European Commission needs a relationship of trust with both the Council (or European Council) and the European Parliament. Neither the importance of the European Council nor that of the European Parliament should be underestimated if the Union's main institutions are to function smoothly.

Sommario: 1. Nota introduttiva.- 2. La doppia legittimità della Commissione, una forma particolare di parlamentarismo dualista?- 3. La legittimazione dovuta alla funzione di controllo politico della Commissione - L'esperienza della CEEA.- 4. La legittimazione dovuta alla funzione di controllo politico della Commissione, segue: l'esperienza delle Comunità europee e dell'Unione europea.- 5. La legittimazione derivante dal metodo di nomina della Commissione.

1. Nota introduttiva^[1]

Per quanto comprensibile dal punto di vista della comunicazione politica e dei media negli Stati membri, l'attenzione ai risultati delle elezioni del Parlamento europeo come fattore determinante per la legittimazione democratica della Commissione risulta problematica. Ciò rischia, infatti, di oscurare, da un lato, la duplice natura di questa legittimità e, dall'altro, il fatto che la legittimazione della Commissione nelle sue relazioni con il Parlamento discende esclusivamente dal ruolo affidato al Parlamento in relazione alla sua nomina.

2. La doppia legittimità della Commissione, una forma particolare di parlamentarismo dualista?

Fin dagli esordi della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (di seguito CECA), le cui istituzioni sono state create poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Parigi il 23 luglio 1952, il rapporto tra le tre istituzioni parte del c.d. "triangolo istituzionale" - per usare la formula di Jean-Louis Quermonne^[2] - poteva essere analizzato utilizzando le categorie relative al sistema parlamentare dualista.

Secondo Philippe Lauvaux^[3], «*la teoria classica o dualista [del parlamentarismo] si basa sul principio dell'uguaglianza e della collaborazione dei poteri, cioè sul postulato della parità tra il Parlamento e il Capo dello Stato, al quale deve rendere conto un governo che nasce prima da quest'ultimo. Sottolineo che l'organizzazione fondamentale delle istituzioni sulla base di un certo rapporto tra i poteri^[4] piuttosto che il criterio della responsabilità politica del governo*»^[5]. E inoltre, aggiunge Lauvaux: «*è vero che il sistema parlamentare dualista non è stato solo un concetto, ma che è stato attuato secondo l'analisi proposta dalla teoria, cioè sotto forma di collaborazione tra due poteri distinti, ad esempio nell'Inghilterra pre-vittoriana e nella Francia della Monarchia di Luglio*». Non si può negare che né la responsabilità né la dissoluzione hanno svolto il ruolo a loro riconosciuto a livello teorico. «*Ma il sistema è effettivamente dualista: implica che il governo goda della duplice fiducia del Capo dello Stato e del Parlamento*»^[6] (tondo è di chi scrive): di conseguenza, all'interno del sistema istituzionale delle Comunità, e, oggi dell'Unione, il Parlamento non può essere sciolto, e la responsabilità della

Commissione non ha avuto un peso rilevante, A tutt'oggi, l'esigenza di raggiungere la maggioranza dei due terzi per votare la mozione di censura ha finora funzionato solo come una spada di Damocle, come dimostrano, con tutta evidenza, le dimissioni della Commissione Santer il 15 marzo 1999^[7]. Dunque, in un sistema parlamentare dualista, la legittimazione parlamentare (o democratica indiretta) del governo non deriva tanto dalla sua responsabilità, che è solo potenziale, nei confronti dell'Assemblea eletta, quanto dalla sua collaborazione con il Capo dello Stato e con il Parlamento. Inoltre, in un sistema parlamentare, a differenza di un sistema congressuale-presidenziale come quello degli Stati Uniti d'America, la legittimazione parlamentare poggia su un dualismo interno all'Esecutivo, di solito con un Capo di Stato, eletto o ereditario, e un governo.

Nella forma di governo dell'Unione, le funzioni abituali di un Capo di Stato sono esercitate dagli Esecutivi degli Stati membri, attraverso il Consiglio, e - dal momento in cui il Consiglio europeo è stato incluso fra le istituzioni - dal Consiglio dei Ministri e dal Consiglio europeo. L'impatto del c.d. sdoppiamento funzionale, per usare la formula di Georges Scelle^[8], non va sopravvalutato: l'approccio teorico secondo la quale il Consiglio e il Consiglio europeo sono istituzioni dell'Unione e non degli Stati membri, viene infatti ampiamente contraddetto dalla prassi^[9].

La peculiarità della forma di governo dell'Unione sta in questo: la Commissione non risponde al Consiglio o al Consiglio europeo - tranne nel caso dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza - ciò, però non significa che non sia necessario un rapporto di fiducia tra la Commissione e il Consiglio se non si vuole correre il rischio che le istituzioni si blocchino. Proprio in questa prospettiva va ricordata la crisi della c.d. sedia vuota della seconda metà del 1965^[10]. La crisi fu innescata dalla proposta del Presidente della Commissione CEE Walter Hallstein riguardo il finanziamento della Politica agricola comune. La proposta della Commissione prevedeva di sviluppare le risorse proprie delle Comunità, con la conseguenza di aumentare i poteri di bilancio del Parlamento europeo. Il passaggio dall'unanimità alla maggioranza qualificata in seno al Consiglio CEE in diversi settori, prevista dai trattati per il primo gennaio 1966 rafforzava automaticamente i poteri della Commissione in caso di disaccordo con uno Stato membro. La crisi fu in gran parte dovuta al fatto che Charles de Gaulle, Presidente della Repubblica francese - Paese al quale spettava la presidenza del

Consiglio CEE fino al 30 giugno - criticò Hallstein per aver presentato una proposta senza consultare preventivamente gli Stati membri. La crisi, peraltro, risultava pure aggravata dal fatto che, da quando Konrad Adenauer era stato sostituito da Ludwig Erhard come Cancelliere della Repubblica Federale di Germania, il rapporto di fiducia tra il Capo di Stato francese e il Capo di Governo tedesco era venuta meno. Durante le discussioni in seno al Consiglio sulla proposta di Hallstein, il ministro degli Esteri tedesco, Gerhard Schröder, si soffermò proprio sulla la posizione del *Bundestag* adottata nel corso del dibattito sulla ratifica del Trattato di fusione, firmato l'8 aprile 1965, che avrebbe istituito una Commissione unica. In quell'occasione, il Parlamento tedesco aveva chiesto esplicitamente di aumentare i poteri del Parlamento europeo, proposta che de Gaulle vedeva con estremo sfavore, perché, fra l'altro, comportava maggiori poteri anche per una figura come Hallstein.

Nel luglio 1967 la scelta del belga Jean Rey come Presidente della Commissione rispondeva in gran parte al fatto che egli era stato considerato un mediatore utile e moderato durante la crisi della sedia vuota. I presidenti della Commissione che si sono succeduti nel corso del tempo hanno sempre cercato, durante il loro mandato, di mantenere, con i Governi degli Stati membri, una relazione basata sulla fiducia - in particolare con la Germania, Francia e Regno Unito da un lato, e con l'Italia e gli Stati membri più "piccoli" dall'altro, come hanno dimostrato le presidenze di Roy Jenkins (1967-1981), Jacques Delors (1981-1995) e Ursula von der Leyen sin dal 2019.

Per quanto riguarda i rapporti con il Parlamento europeo, la situazione è più complessa: è necessario distinguere tra la legittimità derivante dalle modalità di nomina della Commissione e quella dovuta alla funzione di controllo politico della Commissione. Poiché quest'ultimo aspetto è spesso trascurato, merita di essere approfondito in questo saggio.

3. La legittimazione dovuta alla funzione di controllo politico della Commissione - L'esperienza della CECA

Fin dai primi mesi di funzionamento delle istituzioni della CECA, le relazioni tra l'Alta Autorità e l'Assemblea comune hanno svolto un ruolo importante. L'art. 22 del Trattato CECA prevedeva un'unica sessione annuale, che di diritto, veniva

avviata dal secondo martedì di maggio e non poteva essere prorogata oltre la fine dell'anno finanziario, fatta eccezione per le sessioni straordinarie richieste dal Consiglio «*per esprimere un parere su questioni ad esso sottoposte dal Consiglio*» o dalla maggioranza dei membri dell'Assemblea stessa o dell'Alta Autorità. Ai sensi dell'art. 23, i membri dell'Alta Autorità potevano assistere a tutte le sedute dell'Assemblea ed essere ascoltati su loro richiesta (in particolare, del Presidente), e l'Alta Autorità era tenuta a rispondere oralmente o per iscritto alle domande che le venivano rivolte. L'articolo 24 prevedeva inoltre che l'Assemblea discutesse la relazione generale presentata dall'Alta Autorità durante una seduta pubblica, aggiungendo che, se necessario, era addirittura possibile adottare una mozione di censura sulla relazione. Per poter essere adottata, la mozione richiedeva «*la maggioranza dei due terzi dei voti espressi e la maggioranza dei membri dell'Assemblea*», nel qual caso i membri dell'Alta Autorità dovevano «*rinunciare collettivamente alle loro funzioni*». Queste disposizioni sono state riprodotte dai Trattati di Roma per le Commissioni CEE ed Euratom. L'unica differenza poteva essere presentata in qualsiasi momento «*sulla gestione*» della Commissione. Invece, con il sistema CECA poteva essere presentata solo in occasione della relazione annuale. Il Trattato CECA non attribuiva alcun ruolo all'Assemblea rispetto alla nomina dei membri dell'Alta Autorità, e lo stesso valeva per la Commissione secondo i Trattati di Roma.

La prima sessione dell'Assemblea si tenne a Strasburgo dal 10 al 13 gennaio 1953, sotto la presidenza di Paul Henri Spaak, politico belga di spicco e uno dei “padri fondatori” delle Comunità – insieme a Robert Schuman e Jean Monnet, Konrad Adenauer e Alcide de Gasperi. Monnet fece un resoconto orale dell'azione svolta fino a quel momento, dopodiché si aprì un dibattito su due documenti elaborati dall'Alta Autorità: la Dichiarazione della situazione comunitaria e lo Stato di previsione generale (inerente alla previsione di spesa amministrativa)^[1]. Il dibattito si concluse con i chiarimenti forniti dai membri dell'Alta Autorità. La composizione dell'Assemblea comune, in particolare la presenza di personalità con una significativa esperienza parlamentare come Spaak per il Belgio, Paul Reynaud e Pierre-Henri Teitgen per la Francia, Herbert Wehner e Franz-Josef Strauss per la Germania, de Gasperi e Ugo La Malfa per l'Italia - solo per citarne alcuni - spiega perché i rapporti tra le due istituzioni si siano instaurati fin dall'inizio con modalità paragonabili a si siano instaurati fin dall'inizio con

modalità. Per Monnet - che aveva avuto esperienza di audizioni davanti all'Assemblea nazionale francese come Commissario generale per la pianificazione - e per Enzo Giacchero - che era stato membro dell'Assemblea costituente e poi della Camera dei deputati, e aveva ricoperto il ruolo di vicepresidente del gruppo democristiano dal 1952 - era evidente che riuscire a mantenere buoni rapporti proprio per garantire la sua indipendenza dai governi degli Stati membri. Lo stesso valeva anche per René Mayer - che succedette a Monnet dopo le sue dimissioni nel giugno 1953 - data la sua esperienza come membro dell'Assemblea nazionale, come ministro e come Presidente del Consiglio.

Il 19 novembre 1954 venne presentata all'Assemblea paritetica una relazione sui poteri di controllo e sul loro esercizio^[12]. Il suo autore, Teitgen, non era solo un raffinato giurista, ma anche un politico esperto, più volte ministro sin dal 1945, e membro dell'Assemblea nazionale francese, nonché dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa - all'interno della quale aveva ricoperto il ruolo di relatore del progetto di Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - e dell'Assemblea comune della CECA. Teitgen ha descritto la prassi della CECA in righe che meritano di essere lette e rilette: in particolare, egli ha sottolineato che, nella sessione del giugno 1953, Monnet, Presidente dell'Alta Autorità, aveva dichiarato quanto la sua istituzione *«spera che ci venga data ogni opportunità di incontrarsi, in modo che il nostro lavoro comune possa essere svolto in costante cooperazione»*. Teitgen non manca di ricordare che, pochi giorni dopo, Monnet e l'Assemblea erano già riusciti a stabilire in che occasione fra le sessioni ordinarie, le sessioni straordinarie e le sessioni delle commissioni parlamentari si sarebbero dovute tenere delle riunioni congiunte. Lo scopo di tali riunioni non sarebbe stato quello di *«limitarsi a esporre o esaminare le azioni già intraprese, ma di offrire all'Alta Autorità l'opportunità di far conoscere le grandi linee delle sue azioni e dei suoi progetti e di raccogliere da voi le reazioni e le osservazioni che questi progetti suscitano»*. Nella riunione del 23 giugno, Monnet dichiarò: *«L'Alta Autorità informerà in tempo utile l'Assemblea o le commissioni competenti sui principi guida della sua azione e sulle grandi linee dei suoi progetti, riceverà le loro osservazioni e li informerà dei motivi delle decisioni infine prese»*. L'Assemblea aveva anzitutto deciso, con l'approvazione dell'Alta Autorità, che non solo avrebbe tenuto una sessione ordinaria ogni anno, *«ma anche una*

sessione costitutiva entro quattro mesi dall'inizio del nuovo anno finanziario e sessioni straordinarie, in linea di principio ogni sei mesi». Inoltre, aveva pure stabilito che le sue commissioni sarebbero state permanenti, in modo da permettere all'Assemblea «di esercitare un certo grado di controllo durante le inter-sessioni». L'esperienza parlamentare dei membri dell'Assemblea comune nei rispettivi Stati membri e la determinazione di Monnet e dei suoi colleghi, riuscirono ben presto a introdurre una forma significativa di controllo parlamentare.

Teitgen, esperto com'era, non tralasciava però di riflettere sui problemi da superare per rafforzare il ruolo dell'Assemblea. Diceva in particolare che *«essa avrà pieno successo solo quando i gruppi politici, ad esempio, avranno chiarito le loro tendenze, i loro principi e stabilito, per così dire, la loro dottrina di una politica generale del carbone e dell'acciaio e del ruolo e dei doveri della Comunità»*. Egli raccomandava inoltre all'Assemblea di chiedere all'Alta Autorità di accettare, se necessario, che gli osservatori nominati dalle commissioni dell'Assemblea potessero partecipare, in questa veste, alle riunioni del Comitato consultivo CECA, e che il Consiglio speciale dei ministri informi l'Assemblea e, se necessario, ne ascoltasse il parere. Teitgen precisava: *«Recentemente [il Consiglio] ha accettato di ascoltare una delegazione della Commissione Affari Sociali. Il precedente dovrebbe essere sviluppato, mentre i rappresentanti del Consiglio dovrebbero essere invitati più regolarmente a parlare all'Assemblea e alle sue commissioni»*. Infine, Teitgen chiedeva che l'Assemblea partecipasse a qualsiasi modifica del Trattato e concludeva sottolineando che il Comitato per gli Affari Politici e le Relazioni Esterne della Comunità aveva *«riconosciuto che l'elezione dei membri dell'Assemblea a suffragio universale avrebbe contribuito in modo singolare ad aumentare l'autorità e l'efficacia morale e politica della Comunità»*. Questo avveniva trent'anni prima che il Parlamento europeo adottasse il progetto di Trattato sull'Unione europea sulla base di una relazione di Altiero Spinelli. Il progetto di Comunità europea di difesa - che non fu ratificato a causa di un voto contrario dell'Assemblea nazionale francese il 30 agosto 1954 - nella stessa prospettiva, prevedeva un articolo 38 in tal senso, il cui contenuto fu poi ripreso dai Trattati di Roma nel 1958.

È decisivo comprendere pure che il rapporto Teitgen sottolinei che *«L'Assemblea, i gruppi politici e l'Ufficio di Presidenza sono stati unanimi nel*

ritenere che, sebbene il suo mandato si estenda a tre Comunità, la nuova Assemblea sia un'istituzione omogenea nella sua struttura e conformazione. La sua unità non deve essere contraddetta, nemmeno dalla sua organizzazione interna. Uno dei suoi primi compiti sarà quello di convincere le Comunità a non andare per la loro strada e ad allineare costantemente la loro politica e la loro organizzazione. I tre testi del Trattato devono quindi essere visti come mezzi diversi per un unico fine: un'integrazione europea armoniosa e omogenea»^[13].

4. La legittimazione dovuta alla funzione di controllo politico della Commissione, segue: l'esperienza delle Comunità europee e dell'Unione europea

Con il Trattato di fusione, entrato in vigore il 1° luglio 1967, l'Assemblea comune viene trasformata nell'Assemblea parlamentare europea, responsabile del controllo dei tre "esecutivi" - l'Alta Autorità della CECA, la Commissione della CEE e la Commissione dell'Euratom -. In realtà, si trattava di una novità solo formale, poiché esisteva già una sola Assemblea, che esercitava lo stesso controllo sui tre esecutivi, cosa che, di fatto, rafforzava il Parlamento nei confronti di questi ultimi.

Nella Relazione sull'attività dell'Assemblea per il periodo dal 1° luglio 1957 al 31 dicembre 1958 si legge: *«L'esperienza della CECA ha dimostrato che, se l'istituzione parlamentare si è sviluppata in modo così positivo, è anche perché l'Alta Autorità, interamente responsabile dell'applicazione del Trattato CECA, e l'Assemblea comune hanno avuto un costante scambio di opinioni, che ha permesso all'Assemblea di seguire passo dopo passo la politica dell'Alta Autorità e di influenzarla. L'Assemblea parlamentare - questo il nome attribuitole dai Trattati di Roma - ha adottato questo metodo di scambio di opinioni con gli esecutivi della C.E.E. e dell'Euratom senza alcuna restrizione. L'efficacia di questo metodo di lavoro è stata riconosciuta non solo dall'Assemblea, ma anche dagli esecutivi»^[14].*

Nella sessione costitutiva dell'Assemblea parlamentare europea del 19 marzo 1958, Walter Hallstein, parlando del ruolo dell'istituzione parlamentare e sottolineando la necessità di una cooperazione tra la Commissione e l'Assemblea, dichiarava addirittura: *«L'Assemblea non è solo il più forte elemento sovranazionale, politico e democratico della nostra Comunità; è anche il suo*

elemento più dinamico»^[15]. Durante questa sessione costituente, l'idea che i problemi di ciascun settore dovessero essere affrontati solo in un contesto generale è stata accettata dalle altre istituzioni delle Comunità, «*perché ogni atto di una Comunità ha ripercussioni dirette o indirette sugli interessi delle altre*». Né l'Ufficio di presidenza dell'Assemblea comune durante i lavori preparatori, né quello dell'Assemblea parlamentare europea, in seguito, hanno mai pensato di creare commissioni specializzate per ciascuna Comunità. L'intera area coperta dai tre trattati è stata suddivisa tra tredici commissioni. Le competenze di ciascuna si estendevano alle tre Comunità, con la sola eccezione di due, ossia la commissione per l'associazione dei Paesi e territori d'oltremare e la commissione per l'agricoltura, che rientravano entrambe nel solo trattato CEE.

Il 30 marzo 1962 l'Assemblea decise di adottare la denominazione di Parlamento europeo, cambiamento che fu formalmente sancito nel diritto primario 25 anni dopo con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo. Il Trattato di fusione dell'8 aprile 1965 entrò in vigore il 1° luglio 1967, un anno dopo che lo stallo causato dalla crisi della sedia vuota era stato superato dal Compromesso di Lussemburgo. L'unica modifica al rapporto tra commissione e parlamento riguardava la procedura di adozione del bilancio, che ampliava il potere dei rappresentanti eletti di presentare proposte. I poteri del Parlamento sono stati successivamente ampliati dai trattati del 22 aprile 1970 e del 22 luglio 1975, che hanno modificato alcune disposizioni inerenti al bilancio. Due anni dopo, l'Atto del 20 settembre 1976 relativo all'elezione dei rappresentanti all'Assemblea a suffragio universale diretto ha certamente rafforzato la legittimità politica del Parlamento come rappresentante dei popoli degli Stati membri, anche se non prevede alcuna disposizione specifica sul rapporto tra Parlamento e Commissione.

Questa prassi è stata rafforzata con la nomina di Roy Jenkins a Presidente della Commissione il 6 gennaio 1977. Come già discusso, dopo i conflitti tra de Gaulle e Hallstein, la scelta di Rey come presidente dell'esecutivo congiunto a partire dal luglio 1967 segnò un ripiegamento di quest'ultimo su un ruolo di mediazione. Successivamente, se Rey (presidente dal luglio 1967 al giugno 1970), Franco-Maria Malfatti (luglio 1970-marzo 1972) e Sicco Mansholt (marzo 1972-gennaio 1973) avevano maturato una significativa esperienza parlamentare, François-Xavier Ortoli (gennaio 1973-gennaio 1977) non ne aveva alcuna e interpretava il suo ruolo come quello di un alto funzionario - pur essendo perfettamente

consapevole dell'aspetto politico di molte decisioni.

Jenkins, «*the best Prime minister Britain never had*», come ha scritto la stampa^[16] aveva invece un'esperienza quasi trentennale come parlamentare e ministro di primo piano quando fu nominato Presidente della Commissione. Jenkins illustra perfettamente ciò che Monnet ha scritto nelle sue Memorie, pubblicate un anno prima della nomina di Jenkins: «*A differenza di molti, io non temevo che l'ingresso della Gran Bretagna avrebbe ostacolato il funzionamento della Comunità. Loro vogliono che le cose funzionino*», spiegava, «*e quando vedranno che l'Europa funziona solo attraverso le sue istituzioni, saranno i suoi migliori difensori, soprattutto le istituzioni parlamentari. Certo, anche gli europei hanno i parlamenti, ma nessuno può dire fino a che punto li abbiano integrati in sé. [...] L'azione parlamentare è penetrata nel midollo delle ossa dei cittadini britannici*»^[17]. Cinque giorni dopo il suo insediamento, Jenkins era a Strasburgo per prestare giuramento davanti alla Corte di giustizia e per pronunciare un discorso della durata di 32 minuti che aveva iniziato a scrivere durante il periodo natalizio; Emile Noël, segretario generale della Commissione CEE dal 1958 e poi della Commissione comune alle tre Comunità, gli disse che era stato un grande successo^[18]. L'8 febbraio Jenkins si trovava di nuovo dinanzi al Parlamento europeo per presentare il programma della Commissione; in questa occasione, pronunciò un discorso di quasi un'ora. Uno sguardo al suo diario, pubblicato nel 1988, mostra che Jenkins si occupava con particolare attenzione dei rapporti con il Parlamento, come ad esempio in occasione della mozione di censura presentata dal gruppo che riuniva i gollisti francesi e il Fianna Fáil irlandese, oltre ai comunisti francesi, dopo la decisione di bloccare la vendita delle eccedenze di burro della CEE all'Unione Sovietica; la mozione fu respinta con 95 voti contro 15^[19]. Da ciò si evince anche - sebbene non l'abbia scritto espressamente - che Jenkins era perfettamente consapevole che l'elezione a suffragio universale diretto avrebbe aumentato il potere del Parlamento e che sarebbe stato forse più difficile dialogare con i nuovi eletti alcuni dei quali non potevano contare su alcuna esperienza parlamentare.^[20] In questa luce, vale la pena di ricordare come David Marquand, che era uno dei suoi collaboratori a Bruxelles, sia stato uno dei promotori, insieme a Richard Corbett, dell'espressione "deficit democratico", utilizzata dai federalisti europei per promuovere la partecipazione all'elezione del Parlamento europeo a suffragio universale diretto.

Gaston Thorn, presidente della Commissione europea dal 1981 al 1985, ha cercato di innovare rispetto ai suoi predecessori per tenere conto dell'elezione universale, presentando al Parlamento europeo un «*programma generale di lavoro della Commissione per il 1981*» che non esitò a descrivere così: «*Si tratta del primo documento del genere. I miei colleghi ed io abbiamo infatti ritenuto che, tenendo conto dell'evoluzione e della natura del vostro ruolo, sia più utile indicarvi le nostre priorità in alcune pagine, sulle quali avrete modo di riflettere, piuttosto che fornirvi il tradizionale Memorandum, allegato al non meno tradizionale discorso programmatico, il quale di fatto non era che un catalogo di tutte le attività che la Commissione doveva intraprendere*»^[21].

Jacques Delors ha continuato e rafforzato questa cooperazione durante i dieci anni del suo mandato, durante i quali sono stati adottati e attuati l'Atto unico europeo, che ha introdotto la procedura di cooperazione, e il Trattato di Maastricht, che ha introdotto la procedura di codecisione e ha conferito maggiori poteri al Parlamento nella funzione legislativa. Da allora, sia i media che gran parte del mondo accademico hanno concentrato la loro attenzione sulle funzioni legislative del Parlamento europeo e sul suo potere di nomina della Commissione. Tuttavia, sarebbe un grave errore dimenticare gli altri elementi della funzione di controllo politico che hanno continuato a svilupparsi.

Come riassume Juan F. López Aguilar, parlamentare spagnolo ed europeo di grande esperienza, ex ministro della Giustizia e professore di diritto costituzionale, «*il controllo parlamentare si svolge [...] utilizzando una serie di strumenti ampiamente noti nella prassi parlamentare. Dibattiti sulle dichiarazioni della Commissione - tra cui l'annuale 'dibattito sullo stato dell'Unione' in occasione della prima riunione plenaria di settembre dopo la pausa estiva di agosto -, interrogazioni parlamentari (interrogazioni con risposte orali, seguite da un dibattito, una serie di tempi di parola e di oratori), dibattiti su relazioni di natura o contenuto politico specifico (relazione INI su questioni istituzionali), scambio di opinioni con la Commissione su questioni politiche (documenti politici, relazioni annuali delle agenzie su questioni di interesse parlamentare, come nel caso dell'Agenzia per i diritti fondamentali, di Europol, di Eurojust o di Frontex), o dibattiti a seguito della presentazione di un argomento specifico da parte di un'autorità europea (il Presidente della BCE) o di un funzionario europeo ('Mediatore europeo') ampliano l'ambito delle attività del PE*

sotto l'egida dei poteri di controllo. Le commissioni d'inchiesta [...] sono uno strumento molto specifico che consente al PE di svolgere il suo ruolo di istituzione abilitata a esercitare il controllo e la supervisione sulla Commissione e sull'amministrazione dell'UE»^[22].

Ad avviso di chi scrive, il rafforzamento di questi strumenti deve essere considerato, come uno degli elementi chiave della legittimazione politica della Commissione, che merita senza dubbio di essere ulteriormente approfondito in questo saggio. Fra le voci più critiche è importante ricordare quella della eurodeputata di lungo corso Sophie in t' Veld, che, nello scritto dal titolo più che eloquente «*Il Parlamento europeo: cane da guardia o cagnolino?* [*The European Parliament, watchdog or lapdog*]» non esita ad affermare che «*il Parlamento dovrebbe dare piena attuazione all'articolo 17, paragrafo 8, del TFUE e chiedere conto alla Commissione in modo significativo. Non si tratta di un'opzione, ma di un obbligo previsto dai Trattati. Si dovrebbe iniziare reintroducendo un vero e proprio 'Tempo delle interrogazioni' con il Presidente della Commissione, almeno due volte al mese. Dovrebbe essere molto diverso dall'attuale prassi che vede il Presidente della Commissione pronunciare un discorso in plenaria, seguito da una lunga serie di dichiarazioni di un minuto da parte degli eurodeputati. Deve basarsi su domande e risposte reali e su un esame rigoroso, senza lasciare spazio di manovra alla Commissione. Questo creerà un'arena politica e l'odore di animali selvatici. Attualmente il Parlamento tratta la Commissione con i guanti di velluto. La Commissione sa di non avere nulla da temere dal Parlamento. Una volta superato l'ostacolo del voto di conferma, la Commissione può fare praticamente quello che vuole per cinque anni*»^[23].

In ogni caso, la legittimità della Commissione deriva oggi in larga misura dalle modalità di nomina di certo non più frutto della scelta esclusiva del Consiglio, cioè dai governi degli Stati membri, ma di una valutazione rispetto alla quale il Parlamento europeo svolge un ruolo sempre più importante. Poiché la dottrina e i media dedicano molta attenzione a questo tema, ci si limita di seguito a sottolineare alcuni punti che riteniamo meritevoli di attenzione.

5. La legittimazione derivante dal metodo di nomina della

Commissione

È con il Trattato di Lisbona che la formula secondo cui il Parlamento europeo «*elegge il Presidente della Commissione*» compare per la prima volta nel diritto primario. Si tratta, infatti, di una delle innovazioni testuali proposte nel progetto di Trattato costituzionale approvato dalla Convenzione europea nella primavera del 2003. Al di là delle parole altisonanti utilizzate, che hanno ovviamente un peso simbolico e politico, a questa innovazione non si può attribuire un rilievo particolare. Solo il Trattato di Maastricht ha infatti disegnato un ruolo significativo per il Parlamento europeo nell'ambito del procedimento di nomina della Commissione: il nuovo articolo 158 da inserire nel Trattato CE recitava (evidenziazione aggiunta):

« 2. Previa consultazione del Parlamento europeo, i Governi degli *Stati membri designano*, di comune accordo, *la persona* che intendono nominare *Presidente della Commissione*.

I Governi degli Stati membri, in consultazione con il Presidente designato, designano le altre persone che intendono nominare membri della Commissione.

Il Presidente e gli altri membri della Commissione così designati sono soggetti, collettivamente, ad un voto di approvazione da parte del Parlamento europeo. Dopo l'approvazione del Parlamento europeo, il Presidente e gli altri membri della Commissione sono nominati, di comune accordo, dai Governi degli Stati membri.»,

Con il Trattato di Amsterdam, le parole «*previa consultazione del Parlamento europeo*» sono state eliminate dalla prima frase, ma sono state immediatamente aggiunte alla fine della prima frase; «*la nomina è approvata dal Parlamento europeo*». Il terzo paragrafo rimane invariato.

Il Trattato di Nizza ha fatto un ulteriore passo avanti nella descrizione formale della procedura:

«*Il Consiglio, riunito a livello di Capi di Stato o di governo e deliberando a maggioranza qualificata, designa la persona che intende nominare presidente della Commissione; tale designazione è approvata dal Parlamento europeo.*

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata e di comune accordo con il presidente designato, adotta l'elenco delle altre persone che intende nominare membri della Commissione, redatto conformemente alle proposte presentate da

ciascuno Stato membro.

Il presidente e gli altri membri della Commissione così designati sono soggetti, collettivamente, ad un voto di approvazione da parte del Parlamento europeo. Dopo l'approvazione del Parlamento europeo, il presidente e gli altri membri della Commissione sono nominati dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata».

Con il Trattato di Lisbona, l'art. 17, par. 6, 1° e 2° comma, TUE recita:

«Tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone al Parlamento europeo un candidato alla carica di presidente della Commissione. Tale candidato è eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei membri che lo compongono. Se il candidato non ottiene la maggioranza, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura.

Il Consiglio, di comune accordo con il presidente eletto, adotta l'elenco delle altre personalità che propone di nominare membri della Commissione. Dette personalità sono selezionate in base alle proposte presentate dagli Stati membri, conformemente ai criteri di cui al paragrafo 3, secondo comma e al paragrafo 5, secondo comma».

Una lettura attenta di queste disposizioni mette in evidenza che il cambiamento essenziale è dunque avvenuto con il Trattato di Maastricht, che ha introdotto la necessità di un voto di approvazione da parte del Parlamento europeo. Le modifiche ulteriori che hanno apportato novità decisive, al di là di quelle di natura simbolica sono state adottate con il Trattato di Nizza, che, al posto dell'accordo comune da raggiungere all'interno del Consiglio europeo - ossia, in altre parole, al diritto di veto di uno Stato membro - ha previsto il voto a maggioranza qualificata. Questi cambiamenti non hanno però avuto un impatto immediato, il che spiega perché molti commentatori tendono a sopravvalutare la riforma introdotta dal Trattato di Lisbona.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht il 1° ottobre 1993, la prima occasione utile in questa direzione si presenta nel giugno 1994. Al termine del mandato della Commissione Delors, il primo ministro belga Jean-Luc Dehaene, membro del partito democristiano fiammingo, noto per le sue idee a favore di

una maggiore integrazione europea, era stato contattato da qualche membro del Consiglio europeo per essere nuovo presidente della Commissione ed era sostenuto in particolare da Francia e Germania. La sua candidatura venne però ostacolata dal veto del Primo Ministro britannico John Major al Consiglio europeo di Corfù del 24 e 25 giugno 1994^[24], dodici giorni dopo l'elezione del Parlamento europeo. In quella occasione, il Parlamento avrebbe potuto provare almeno a mettere in luce il suo potere essenziale rispetto all'investitura del Presidente della Commissione, spingendosi fino a respingere Jacques Santer, proposto dal Consiglio europeo.

Di lì a poco, il corrispondente di un noto quotidiano francese scrisse dopo la nomina di Santer da parte del Consiglio europeo^[25], *«poiché la Comunità è composta da Stati quasi tutti favorevoli a una maggiore integrazione europea, la scelta di Jacques Santer è la migliore possibile, secondo Londra, o, più precisamente, la meno peggio. Tutti i candidati a succedere a Jacques Delors in questo secondo turno erano comunque molto lontani dalla posizione del governo di John Major sul futuro dell'Europa e, a maggior ragione, da quella degli 'euroscettici' del Partito Conservatore con cui il Primo Ministro deve costantemente confrontarsi. È questa constatazione realistica, più che l'entusiasmo per la personalità e le sue idee, a spiegare gli alti apprezzamenti di Londra per l'elezione di Jacques Santer, considerato dal governo il meno 'pericoloso' dei federalisti».*

È importante ricordare che, scadendo il mandato della Commissione Delors solo nel gennaio 1995, ci fu un intervallo di sei mesi tra la nomina di Santer da parte del Consiglio e il voto del Parlamento sulla Commissione che avrebbe dovuto presiedere. Nella seduta del 18 gennaio 1995, la proposta del Consiglio fu approvata con 416 voti su 578, 103 voti contrari e 59 astensioni. I presidenti dei due principali gruppi, dei Socialisti e del Partito Popolare Europeo, avevano chiesto un voto di fiducia nonostante le numerose critiche dei deputati dopo l'audizione dei candidati da parte del Parlamento; quest'ultima procedura, anche se non ancora disciplinata, era comunque stata imposta dalla maggioranza dei deputati. È chiaro che questi ultimi hanno preferito evitare uno scontro con il Consiglio europeo, che avrebbe sicuramente messo in evidenza il nuovo potere del Parlamento, rischiando però al tempo stesso di essere una vittoria di Pirro. Una vittoria che, in altre parole, avrebbe rallentato l'avanzamento della procedura di nomina avvenuta con il Trattato di Amsterdam firmato nel 1997 e il Trattato

di Nizza firmato nel 2001.

Non va poi dimenticato che nel 2014 era stato sperimentato per la prima volta il metodo dei cd. *Spitzenkandidaten* (candidati di vertice). Tale metodo era stato mutuato dalla prassi tedesca avviata negli anni Cinquanta del secolo scorso con l'accordo precedente alle elezioni al *Bundestag* i due partiti democristiani CDU e CSU che, nel caso avessero ottenuto la maggioranza al *Bundestag*, avrebbero votato a favore di Konrad Adenauer come futuro Cancelliere federale. L'accordo si discostava del parlamentarismo dualistico della Repubblica di Weimar e voleva imporre al Capo dello Stato di seguire la prassi del parlamentarismo britannico, dove il Sovrano nomina Primo ministro il leader del partito che ha vinto il maggior numero di seggi allo *House of Commons*.

Come giustamente osservato da Enzo Cannizzaro «*il Parlamento, fondandosi su un passaggio di incerta natura che impone al Consiglio europeo di 'tener conto' del risultato delle elezioni europee, ha pensato bene di promuovere un accordo politico fra i principali gruppi parlamentari, a termine del quale il Presidente dovrebbe essere il capolista del gruppo che ha riportato il maggior numero dei consensi nelle elezioni europee. Di fatto, un tale accordo, se effettivamente attuato, vincola il potere di proposta del Consiglio europeo. Questo banale meccanismo si fonda su un accordo informale, una sorta di patto di sindacato, non, quindi, difforme dall'art. 17, par. 7. Ma esso tende a sovvertirne l'ispirazione ideale; e, cioè, che la Commissione non possa essere figlia di un solo genitore. In effetti, il metodo degli Spitzenkandidaten mira ad alterare, l'equilibrio istituzionale che si rispecchia nell'art. 17, par. 7, TEU, e a fare della Commissione il braccio esecutivo del Parlamento*»^[26].

Nel 2014, il Consiglio Europeo, il 27 giugno - cioè cinque settimane dopo le elezioni del 22-25 maggio - ha nominato come Presidente della Commissione Jean-Claude Juncker, *Spitzenkandidat* del gruppo PPE, popolare di centro destra, in ragione dell'accordo raggiunto prima delle elezioni tra i tre principali gruppi parlamentare, PPE, Socialisti e democratici (centro sinistra) e liberali ALDE. I Primi ministri dell'Ungheria Viktor Orbán e del Regno Unito David Cameron si opposero - quest'ultimo dichiarando la sua opposizione di principio al sistema dei *Spitzenkandidaten*.

Nel 2019, invece, non si raggiunse alcun accordo paragonabile a quelli precedenti, poiché i liberali si rifiutarono di designare un solo candidato prima

delle elezioni del 23-26 maggio, e i gruppi non si misero d'accordo prima della riunione del Consiglio europeo per annunciare che voterebbero a favore di uno dei candidati dei tre gruppi. Il Presidente francese Macron, fra l'altro si oppose alla nomina dello *Spitzenkandidat* del PPE Manfred Weber – sostenuto dalla Cancelliere Angela Merkel. Data l'impossibilità di raggiungere una maggioranza qualificata al Consiglio europeo su questo nome, Macron riuscì a fare accettare ai suoi colleghi la candidatura di Ursula von der Leyen, Ministro della difesa tedesca e membro del partito CDU, ma che non era nemmeno stata candidata al Parlamento europeo. Si può di certo ritenere che la lettera dell'art. 17 TUE abbia avuto il sopravvento, poiché è, per l'appunto, il Consiglio europeo che nomina il Presidente proposto della Commissione europea. Nel caso di specie, fu tenuto conto dei risultati delle elezioni, nel senso che la CDU -CSU rappresentava il maggiore partito del gruppo PPE, il quale aveva avuto il maggior numero di voti. Se il Parlamento europeo avesse voluto imporre la candidatura di Weber, avrebbe potuto non votare a favore di von der Leyen; invece, la maggioranza del Parlamento scelse di evitare una crisi. In seguito, le commissioni più importanti del Parlamento rifiutarono l'audizione di due candidati commissari, la rumena Rovana Plumb e l'ungherese László Trócsányi in ragioni di conflitto d'interesse e votarono contro quella della francese Sylvie Goulard dato che era in corso un'inchiesta riguardo le possibili irregolarità relative alle sue attività per un *think tank* mentre era membro del Parlamento europeo. Fu così sottolineata la doppia legittimazione della Commissione, e quindi il carattere di dualistico del parlamentarismo dell'Unione europea.

Dopo l'elezione del 6-9 giugno 2024, le prime settimane hanno dimostrato non solo che la legittimazione della Commissione deriva, anzitutto e in prima battuta, dal Consiglio europeo, con la scelta a maggioranza qualificata di von der Leyen, *Spitzenkandidata* del PPE, e ancora più importante, Presidente uscente eletta nel 2019 con l'appoggio dei deputati PPE, Socialisti e democratici, Renew, nonché dai verdi e alcuni altri. È anche emersa la natura molto particolare del Consiglio europeo, che a differenza di un Capo dello Stato, non è carica monocratica ma è un collegio composto da Capi di Stato o di governo di ventisette paesi, tra cui alcuni hanno più peso di altri. Al tempo stesso, è diventata evidente anche la natura politica della scelta, alla quale il Primo Ministro ungherese Victor Orbán si è opposto formalmente alla nomina di von der Leyen con un voto contrario

mentre la presidente del Consiglio Giorgia Meloni si è astenuta. È da ricordare che formalmente l'astensione, in questo caso, ha valore di voto contrario, dato che se la decisione non raccoglie la maggioranza qualificata, equivale a una decisione negativa. È anche divenuta del tutto evidente la natura intergovernativa e politica della scelta del candidato presidente della Commissione, dato che, come già nel 2014 e nel 2019 è stato eletto il futuro Presidente del Consiglio europeo e designata la futura Altar rappresentante.

In ogni caso, resta il fatto che per la Presidenza della Commissione, sarà necessario ottenere un voto a maggioranza assoluta dei presenti. Soltanto successivamente sarà possibile avviare formalmente la procedura di nomina della Commissione, che necessita del triplice accordo tra Presidente eletto della Commissione, singoli governi degli Stati membri, e maggioranza del Parlamento europeo. Nel momento del presente scritto, nulla garantisce che si tratterà di un percorso facile.

1. Il presente contributo è la versione italiana aggiornata di un saggio pubblicato originariamente in lingua francese: J. Ziller, *La double légitimité démocratique de la Haute-Autorité et de la Commission depuis les Communautés européennes jusqu'à la Commission von der Leyen*, in *Revue de l'Union européenne*, n° 678, maggio 2024, pp. 276-282.
2. J.-L. Quermonne, *Le système politique de l'Union européenne*, Montchrestien, Parigi, 1992.
3. V. Ph. Lauvaux, *Le parlementarisme*, PUF, Parigi, 2002, pp. 25-26. La traduzione è mia.
4. Lauvaux cita G. Burdeau, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre*, Les Éditions internationales, Parigi, 1932, p. 84.
5. Lauvaux, *ibid.*
6. *Ibidem.*
7. V. CVCE, *La crise de la Commission Santer*, https://www.cvce.eu/obj/la_crise_de_la_commission_europeenne-fr-7380f95b-1fb2-484d-a262-d870a0d5d74d.html
8. V. G. Scelle, *Précis de droit des gens - Principes et systématique*, Sirey, Parigi, 1932 e 1934; e Id., *Règles générales du droit de la Paix*, in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, IV, 1933, pp. 358-359.
9. V. J. Ziller, *Sdoppiamento funzionale e trappola della decisione congiunta nell'Unione europea*, in *CERIDAP*, 3, 2022.
10. V. J. Ziller, *Defiance for European Influence - The Empty Chair and France*, in A. Jakab, D. Kochenov (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values - Ensuring Member State's Compliance*, OUP, Oxford, 2017, pp. 422-435.
11. Communauté européenne du charbon et de l'acier, *Annuaire- Manuel De l'Assemblée Commune*, Lussemburgo, 1956, p. 131, in <http://aei.pitt.edu/36318/1/A2466.pdf>.

12. Communauté européenne du charbon et de l'acier - Assemblée commune, Session extraordinaire novembre-décembre 1954. Novembre 1954, n° Document 5 ; 1954-1955. [s.l.]. "Rapport fait au nom de la Commission des Affaires politiques et des Relations extérieures de la Communauté, du 19 novembre 1954, sur les pouvoirs de contrôle de l'Assemblée Commune et leur exercice, par M. P.-H. Teitgen, Rapporteur", pp. 7-20, in http://www.cvce.eu/obj/rapport_teitgen_19_novembre_1954-fr-e5e7e6e8-035d-4c40-a04d-6d747a74b198.html.
13. *Ibidem*.
14. *Activité de l'Assemblée Commune du 1er juillet 1957 au 18 mars 1958 et de l'Assemblée Parlementaire Européenne du 19 mars au 31 décembre 1958*, in <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=1238&lang=FR>
15. *Ibidem*.
16. V. J. Campbell, *Roy Jenkins: A Well-Rounded Life*, Vintage Publishing, Londra, 2015, cap. 20, p. 1.
17. V. J. Monnet, *Mémoires*, Fayard, Parigi, 1976 (cap. 18, pag. 1 versione *e-book*).
18. R. Jenkins, *European Diary*, Collins, Londra, 1988, (Cap. 19. p. 158 versione *e-book*).
19. R. Jenkins, *European Diary*, cit.
20. Per una visione critica della presidenza della Commissione Jenkins, tuttavia, si veda N. Piers Ludlow, *Roy Jenkins and the European Commission Presidency, 1976-1980: At the Heart of Europe*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2016.
21. *Discorso al Parlamento europeo di Gaston Thorn, Presidente della Commissione delle Comunità europee. Presentazione della relazione generale 1980 e del programma della Commissione per il 1981*, Lussemburgo, 11 febbraio 1981, in <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/a80612ea-84cb-41c9-bc0c-a40362189f84f>.
22. J.F. López Aguilar, *Parliamentarianism and accountability of the executive power on a European scale : the experience of the European Parliament*, in M. Morabito, G. Tusseau (a cura di), *Regional Accountability and Executive Power in Europe*, Routledge, Londra, 2024, p. 137. La traduzione è mia.
23. S. in't Veld, *The Scent of Wild Animals*, in M. Morabito, G. Tusseau (a cura di), *Regional Accountability and Executive Power in Europe*, cit., p. 150. La traduzione è mia.
24. Per un resoconto del vertice di Corfù si veda: https://www.cvce.eu/de/collections/unit-content/-/unit/en/d5906df5-4f83-4603-85f7-0cab24b9fe1/3f235f67-f124-4667-996c-89c0e59a7566/Resourc#f4a1e698-1b5c-4b62-bc99-3a28b03489d7_en&overlay
25. *Le Monde*, 17 luglio 1994.
26. E. Cannizzaro, *Il metodo degli Spitzenkandidaten e la Costituzione materiale europea*, in *Eurojus*, 2, 2024.

Cosa dicono le corti statunitensi sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale?

Giulia Giusy Cusenza

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-34

Nell'ultimo decennio, le corti statunitensi sono state chiamate a decidere numerose controversie legate all'utilizzo di sistemi di Intelligenza Artificiale (IA) da parte delle pubbliche amministrazioni. Questo articolo contribuisce alla discussione sull'utilizzo governativo dell'IA fornendo una panoramica dei contenziosi ad esso correlati negli Stati Uniti. L'analisi conduce a una principale conclusione, ossia che le decisioni giudiziarie si basano quasi esclusivamente su presupposti procedurali, in particolare quelli riguardanti violazioni della "due process clause", suggerendo quindi che le problematiche sostanziali sono tipicamente affrontate attraverso soluzioni di tipo procedurale. A loro volta, questi elementi procedurali consistono in sei violazioni: mancanza di comunicazioni e motivazioni idonee, mancanza di rimedi di contestazione effettivi, indisponibilità delle informazioni, mancanza di meccanismi di supervisione umana, mancato rispetto delle procedure di notice-and-comment, e mancanza di idonee procedure di assessment. Rivelando questa tendenza e identificando le sei violazioni procedurali, l'analisi fornisce una tassonomia dei requisiti minimi che ogni ente governativo statunitense dovrebbe rispettare per far sì che l'utilizzo dei sistemi di IA superino il vaglio giurisprudenziale.

What do U.S. courts say about the use of AI?

In the last decade courts across the U.S. have decided cases related to the use of AI by governmental bodies. This paper provides a quantitative and qualitative study of how courts deal with litigation on the use of AI by governmental bodies. The analysis leads to an overarching conclusion, namely, that judicial decisions almost exclusively rely on procedural grounds – specifically those concerning due process infringements – thus suggesting that substantial issues are typically addressed through procedural solutions. In turn, these procedural issues consist of six violations: lack of adequate notice and explanation, lack of contestability, lack of human oversight, lack of notice and comment procedures, lack of assessment procedures, and denial of the right to access

information. By revealing this tendency and by identifying the six procedural violations, the analysis ultimately provides a taxonomy of the minimum requirements that any governmental body should comply with to shield their use of algorithmic systems from judicial review in the US.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. Note di metodo.- 3. Casi selezionati.- 3.1. Andamento delle controversie nel tempo.- 3.2. Aspetti processuali.- 4. Casi promossi contro la pubblica amministrazione.- 4.1. Mancanza di comunicazioni e motivazioni idonee.- 4.2. Mancanza di rimedi di contestazione effettivi.- 4.3. Indisponibilità delle informazioni.- 4.4. Mancanza di meccanismi di supervisione umana.- 4.5. Mancato rispetto delle procedure di notice-and-comment.- 4.6. Mancanza di idonee procedure di assessment.- 4.7. Implicazioni normative.- 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'avvento dell'intelligenza artificiale promette un aumento di efficienza, benefici organizzativi e una riduzione dei costi per le amministrazioni pubbliche^[1]. Gli enti governativi a livello globale si affidano sempre di più all'intelligenza artificiale (IA) per gestire funzioni pubbliche in un'ampia varietà di contesti^[2]. Oggi, negli Stati Uniti, i sistemi di IA aiutano le amministrazioni statali e federali ad erogare prestazioni e servizi, inclusa l'allocatione di benefici economici, alimentari e socioassistenziali, distribuire risorse pubbliche e supportare attività di *enforcement*. Tuttavia, l'IA nasconde una serie di rischi, tra cui discriminazioni di genere, razziali e socioeconomiche^[3].

Questi effetti potenzialmente dannosi non sono passati inosservati negli Stati Uniti, dove si sono registrati importanti progressi nel rispondere a queste preoccupazioni attraverso l'elaborazione di documenti di indirizzo volti a stabilire principi generali per lo sviluppo e l'utilizzo di sistemi di IA. Nel 2020, l'*Executive Order "Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government"* ha delineato nove principi finalizzati ad accrescere la fiducia pubblica sull'utilizzo dell'IA da parte delle agenzie federali nell'esercizio delle rispettive funzioni^[4]. Nel 2022, la Casa Bianca ha rilasciato il "*Blueprint for an AI*

Bill of Rights”, un documento di indirizzo volto a fornire indicazioni pratiche per mitigare i potenziali danni derivanti da alcuni utilizzi dell’IA, rivolto sia alle agenzie governative che alle società private operanti nel settore ^[5]. Da ultimo, nell’ottobre 2023 il Presidente Biden ha emanato l’*Executive Order 14,110 “Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence”*, che individua una serie di misure finalizzate alla protezione dei *civil rights* e alla promozione dell’eguaglianza nell’utilizzo dei sistemi di IA da parte del governo federale ^[6].

In attesa di un assestamento del quadro regolatorio, le corti statunitensi sono state chiamate a risolvere controversie riguardanti l’effettivo utilizzo dei sistemi algoritmici sia nel settore pubblico che privato. Negli ultimi anni, settori come l’erogazione di prestazioni e servizi pubblici, l’allocazione di benefici economici, l’istruzione, l’intermediazione immobiliare e la giustizia penale hanno visto un aumento dei contenziosi legati all’utilizzo di sistemi di IA ^[7]. Questo articolo contribuisce alla discussione sull’utilizzo governativo dell’IA fornendo una panoramica del contenzioso negli Stati Uniti. Attraverso un’analisi sistematica di come le corti statunitensi affrontano le controversie sull’uso dell’IA da parte degli enti governativi americani, questo contributo valuta la presenza di modelli e tendenze comuni nelle decisioni giurisdizionali e analizza l’approccio interpretativo utilizzato dalle corti statunitensi quando parte della controversia è una pubblica amministrazione. Nel fare ciò, l’articolo fornisce una tassonomia dei requisiti minimi che ogni ente governativo statunitense dovrebbe rispettare per far sì che l’utilizzo dei sistemi di IA superino il vaglio giurisprudenziale. In chiave comparata, l’approccio concreto e casistico delle corti statunitensi fornisce importanti indicazioni per il dibattito europeo sulla regolazione dell’IA ^[8].

Il contributo è diviso in due parti. Basandosi su un campione di 128 casi, la prima parte si sofferma sulle differenze tra controversie fra privati e controversie rivolte contro una pubblica amministrazione per mostrare il diverso andamento nel tempo, nonché alcuni aspetti processuali, tra cui il ruolo delle azioni collettive. La seconda parte procede quindi con un focus su 44 casi che coinvolgono le amministrazioni pubbliche, fornendo un’analisi ragionata degli orientamenti giurisprudenziali nelle principali aree di contenzioso, nonché delle implicazioni riguardanti il ruolo regolativo svolto dalle corti statunitensi con riguardo all’effettivo utilizzo dell’IA nel settore pubblico.

2. Note di metodo

Per indagare l'approccio interpretativo adottato dalle corti statunitensi per risolvere le controversie legate all'utilizzo dell'IA, ho analizzato una selezione di casi decisi dalle corti statali e federali a partire dal 2010. Il campione di casi è stato selezionato attraverso due principali banche dati: l'*AI Litigation Database*, sviluppato dalla George Washington University, che fornisce un campione di 91 casi^[9], e l'*AIAAIC Repository (AI, Algorithmic, and Automation Incidents and Controversies)*, che ha permesso di includere ulteriori 37 casi^[10]. Combinando i dati di entrambi i database, è stato possibile costruire un campione complessivo di 128 casi. Questi due database rappresentano attualmente la più estensiva raccolta di casi giudiziari riguardanti l'utilizzo dell'IA nel panorama statunitense^[11].

Prima di procedere, è utile precisare che il campione di dati utilizzato non è rappresentativo della totalità delle controversie legate all'utilizzo dell'IA negli Stati Uniti. La completezza dei database è limitata dall'assenza di un sistema di catalogazione automatizzato, essendo affidata ad un sistema di raccolta dei casi prevalentemente manuale. Inoltre, molte controversie legate all'utilizzo dell'IA trovano spesso soluzioni stragiudiziali o non sono oggetto di un'azione giudiziaria di fronte a una corte statale o federale. Nondimeno, il campione di casi consente di evidenziare gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti nelle principali aree di contenzioso, fornendo una base dati solida per l'analisi delle principali tendenze interpretative e delle implicazioni legali connesse all'uso dell'IA. In aggiunta, il campione include sia controversie concluse che in corso di svolgimento^[12]. Ne discende che per alcune controversie sono disponibili solo provvedimenti interinali, come *court orders* o *preliminary injunctions*. In altri casi, i dati raccolti si basano su decisioni non definitive e, per le controversie più recenti, le informazioni possono essere del tutto assenti. Infine, il campione include anche controversie giudiziarie concluse mediante la stipula di accordi transattivi (*settlement agreements*).

3. Casi selezionati

Il campione di dati può essere suddiviso in due macrocategorie: controversie tra soggetti privati e controversie rivolte contro una pubblica amministrazione.

CERIDAP

Tabella I: Divisione del campione di casi.

Casi Privati	84	Casi Pubblici	44
IA Generativa	18	Accesso a prestazioni	7
Dati biometrici	24	Identificazioni frodi	6
Veicoli autonomi	8	Attività di enforcement	27
Usi discriminatori	17	Altri usi	4
N/A	17	N/A	0

Le 84 controversie tra privati sono state classificate in quattro sub-categorie: (i) violazioni in materia di privacy o proprietà intellettuale connesse all'utilizzo dell'IA Generativa; (ii) raccolta ed utilizzo illegittimo di dati biometrici; (iii) richieste di risarcimento per incidenti causati da veicoli a guida autonoma; (iv) utilizzo dell'IA con effetti discriminatori nell'ambito di processi di assunzione dei lavoratori, selezione degli affittuari o nella gestione dei prodotti finanziari. I restanti 44 casi riguardano l'impiego dell'IA da parte di autorità governative federali, statali o locali per l'esercizio delle rispettive funzioni. Anche in questo caso è stato possibile raggruppare le controversie in quattro principali sub-categorie: (i) utilizzo dei sistemi di IA per l'allocazione di risorse pubbliche e l'erogazione di prestazioni e servizi; (ii) l'utilizzo di sistemi di IA per l'identificazione di frodi nella richiesta di sussidi pubblici e benefici economici; (iii) utilizzo di sistemi di IA a supporto delle attività di contrasto e polizia; (iv) altre tipologie di utilizzo, quali ad esempio, l'impiego di sistemi di IA per adottare decisioni riguardanti i rapporti di lavoro degli impiegati pubblici. Come anticipato nell'introduzione il contributo si concentra sui casi che coinvolgono la pubblica amministrazione. Da un lato, infatti, l'analisi mira a contribuire alla discussione sull'impiego di sistemi di IA da parte delle amministrazioni pubbliche fornendo una panoramica completa e sistematica degli orientamenti interpretativi adottati dalle corti statunitensi per risolvere le

controversie legate all'utilizzo dei sistemi di IA per l'esercizio di funzioni pubbliche. Dall'altro lato, i casi fra privati coinvolgono principalmente controversie legate a violazioni in materia di privacy o proprietà intellettuale, alla raccolta ed utilizzo illegittimo di dati biometrici o a richieste di risarcimento per incidenti causati da veicoli a guida autonoma. Di conseguenza, questo sottogruppo di casi non è strettamente correlato alla legittimità dell'uso dei sistemi di IA come strumenti di ausilio o supporto delle attività decisionali^[3], ma riguarda altre e diverse problematiche giuridiche connesse al rispetto della normativa in materia di privacy e utilizzo di dati biometrici, alla disciplina in materia di proprietà intellettuale e diritto d'autore, nonché alle disposizioni concernenti il settore della responsabilità civile^[4].

Inoltre, mentre le controversie contro la pubblica amministrazione incluse nel campione risultano già prevalentemente definite (80%), la maggioranza dei casi tra privati (51%) è ancora in corso di svolgimento, molte delle quali avviate solo di recente, determinando una base dati carente delle informazioni necessarie per poter analizzare gli approcci interpretativi impiegati dalle corti. A ciò si aggiunge, come meglio evidenziato di seguito, che una parte delle controversie fra privati è definita tramite accordi stragiudiziali coperti da clausole di riservatezza o non formalmente comunicati alle corti, limitando ulteriormente i margini per un'analisi delle tendenze giudiziarie nei casi fra privati.

Nondimeno, per evidenziare alcune differenze tra i casi che coinvolgono la pubblica amministrazione da quelli in cui le parti sono private, il paragrafo successivo offre una panoramica sull'andamento nel tempo delle controversie. La seconda parte approfondisce alcuni aspetti processuali, in particolare lo stato dei giudizi, distinguendo tra casi definiti con accordo transattivo, quelli conclusi, e quelli ancora in corso di svolgimento. Da ultimo, evidenzio alcune tendenze associate alle azioni collettive e al ruolo svolto da gruppi di *advocacy*.

3.1. Andamento delle controversie nel tempo

Figura 1 – Casi pubblici e privati (2010-2023).

La Figura 1 evidenzia che, mentre le controversie instaurate contro la pubblica amministrazione tendono a diminuire nel corso del tempo, le controversie fra i privati mostrano una crescita significativa a partire dal 2020, con un secondo

picco nel 2023. Il primo aumento (2020) è attribuibile alla crescente enfasi posta a livello statale e locale sull'introduzione di misure volte alla limitazione nella raccolta e conservazione dei dati biometrici. Questa ipotesi è supportata dai dati analizzati, con un totale di 12 giudizi presentati contro Clearview AI solamente nel corso del 2020^[15]. In tutte queste controversie, le parti ricorrenti allegano l'illegale acquisizione, conservazione, distribuzione di dati biometrici da parte di Clearview AI, in violazione del *Biometric Information Privacy Act* (BIPA) emanato dallo Stato dell'Illinois^[16]. Il BIPA, infatti, stabilisce che ogni ente privato prima di procedere alla scansione, raccolta o trasmissione di dati biometrici debba ottenere il preventivo rilascio del consenso informato da parte degli interessati. Nel frattempo, cause simili sono state intentate nei confronti di altre società come Amazon, Apple, Walgreens, e McDonald's^[17] – le controversie che allegano violazioni del BIPA, istaurate tra il 2020 ed il 2021, costituiscono il 23% del campione dei casi fra privati.

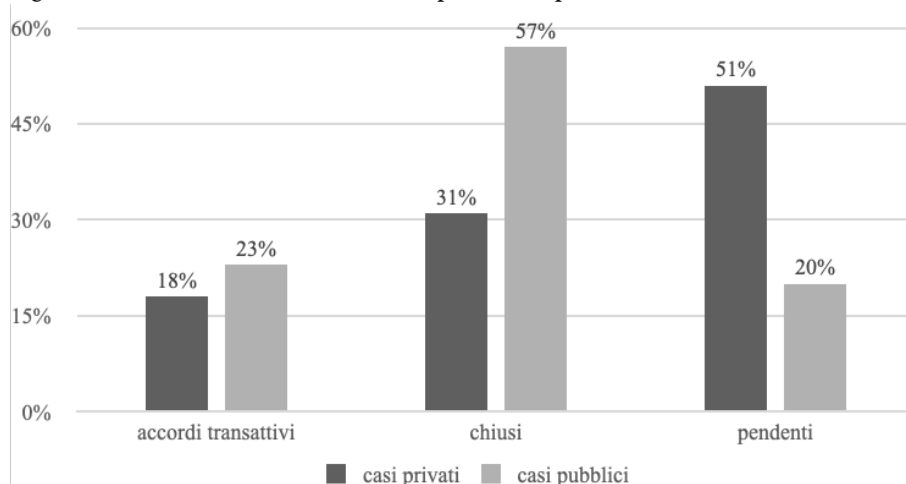
Il secondo picco di casi è attribuibile alla diffusione di forme di IA generativa nel corso del 2023. Solamente nel corso dell'anno sono state presentate 8 *class actions* nei confronti di OpenAI, allegando l'illegittima raccolta ed utilizzo di dati per lo sviluppo di tecnologie basate sulla IA generativa (ChatGPT 3.5. – 4.0)^[18]. Queste controversie, insieme ad altre contro Meta Platforms e Alphabet per la violazione del diritto d'autore^[19], costituiscono il 23% del campione dei casi privati nel 2023.

Una dimensione non pienamente catturata dalla Figura 1 è la frequenza con cui queste controversie vengono promosse in un medesimo arco temporale. Spesso i giudizi contro lo stesso sistema algoritmico impiegato da amministrazioni pubbliche o enti privati vengono avviate contemporaneamente. L'impatto mediatico, unito agli sforzi dei gruppi di *advocacy*, favorisce un effetto a catena, portando all'insorgere di controversie simili in tutto il Paese^[20]. Nel settore pubblico due esempi emblematici riguardano i giudizi promossi contro l'utilizzo del software EVAAS (*Education Value-Added Assessment System*) per la valutazione degli insegnanti impiegati presso istituti scolastici pubblici^[21], e l'utilizzo di *risk assessment systems* per determinare la pericolosità sociale o il rischio di recidiva, come COMPAS^[22]. Esempi simili sono rinvenibili anche nelle dispute fra privati, come nei casi già citati riguardanti Clearview AI e Open AI, così come nelle controversie legate alle selezioni di potenziali affittuari promosse contro società di intermediazione immobiliare come CoreLogic, SafeRent^[23] e

RealPage^[24].

3.2. Aspetti processuali

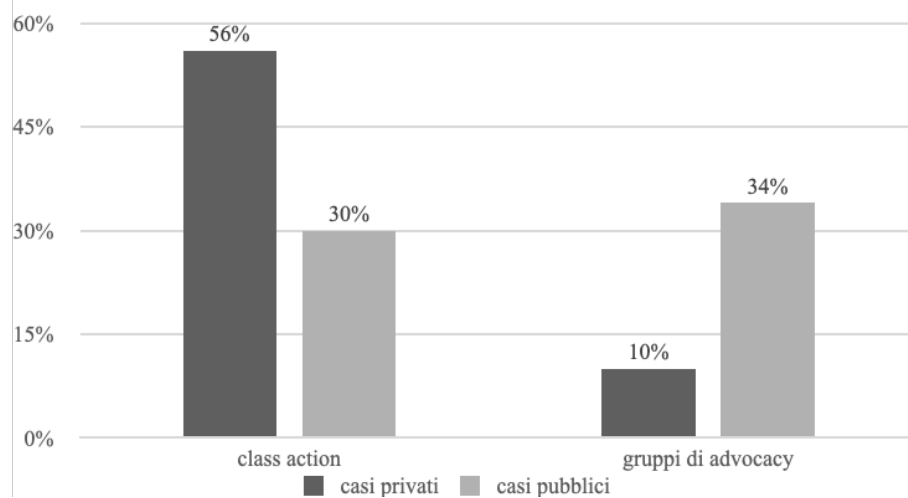
Figura 2 – Fase della controversia, casi pubblici e privati.



La Figura 2 mostra che più del 50% dei casi fra privati è in corso di svolgimento. Questo trend è principalmente influenzato da un effetto di composizione del campione, determinato dal crescente numero di controversie fra privati instaurate a partire dal 2020. Come visto, negli ultimi anni si è assistito ad un declino dei casi pubblici rispetto ai casi privati (Figura 1), tale da comportare la conseguente riduzione dei casi pubblici attualmente pendenti. Vi è una differenza anche nella proporzione di casi chiusi: i casi pubblici superano il 50%, mentre quelli privati si attestano intorno al 31%^[25]. Da ultimo, la Figura 2 mostra che le controversie definite con accordo transattivo sono poco più frequenti nei giudizi in cui è parte l'amministrazione pubblica (23%) rispetto a quelli fra privati (18%). Tuttavia, un'analisi più approfondita rivela che una parte delle controversie fra privati^[26] viene definita a seguito della presentazione da parte del ricorrente di una *notice of voluntary dismissal without prejudice* (rinuncia volontaria). Una spiegazione plausibile è che le parti hanno raggiunto un accordo stragiudiziale che non viene formalmente comunicato alla corte. Inoltre, mentre gli accordi stragiudiziali tra i privati non vengono di norma resi pubblici e sono spesso coperti da clausole di riservatezza^[27], gli accordi transattivi nei casi di cui è parte l'amministrazione sono generalmente pubblici e soggetti alla supervisione

dell'organo giurisdizionale per garantire il monitoraggio dello sviluppo di nuovi sistemi di IA emendati dalle violazioni riscontrate nel corso del giudizio, l'introduzione di parametri procedurali o criteri funzionali, e il coinvolgimento degli stakeholders.^[28] In questi casi, gli accordi transattivi prevedono frequentemente la revisione delle determinazioni raggiunte utilizzando il sistema algoritmico oggetto di contestazione, nonché il riconoscimento di un ristoro economico a fronte degli effetti avversi causati dall'utilizzo di tali sistemi^[29].

Figura 3 – Azioni collettive e gruppi di *advocacy*.



La Figura 3 evidenzia che oltre il 55% delle controversie tra privati sono promosse come *class actions*, mentre tale percentuale diminuisce al 30% per le controversie di cui è parte l'amministrazione^[30]. Di contro, tale tendenza è invertita quando si considera il supporto dei gruppi di *advocacy*: solo il 10% delle controversie tra privati beneficia di tale forma di supporto, mentre per i casi pubblici la percentuale supera la soglia del 34%. Quali fattori possono spiegare tali differenze?

La netta prevalenza delle *class actions* fra i casi tra privati rispetto a quelli pubblici potrebbe essere spiegata dalla natura delle controversie e da un particolare effetto di composizione del campione. La maggior parte dei casi che coinvolgono la pubblica amministrazione (61%) è associata a procedimenti penali o attività di *enforcement*, spesso connessi a posizioni individuali e quindi tendenzialmente incompatibili con la presentazione di una *class action*^[31]. Nei casi restanti, la

percentuale delle controversie promosse come *class action* si assesta al 50%, pertanto tendenzialmente in linea con i casi tra privati (56%).

Una possibile spiegazione per il diverso ruolo giocato da gruppi di *advocacy* è che i ricorrenti nei casi pubblici sono tendenzialmente membri vulnerabili della società: individui a basso reddito che necessitano di sostegno sociale o assistenza economica, che vivono in aree svantaggiate, minoranze o gruppi con disabilità psicofisiche. In questi casi, il ruolo e il supporto dei gruppi di *advocacy* nel promuovere azioni legali e nel sostenere i costi del contenzioso sono cruciali^[32]. Di contro, i ricorrenti nei casi privati sono solitamente società o soggetti con posizioni qualificate, come autori o sceneggiatori, oppure individui che sfruttano azioni specifiche, come quelle previste dal *Biometric Information Privacy Act*. Guardando più in dettaglio al 10% delle controversie fra privati promosse con il supporto dei gruppi di *advocacy*, infatti, si nota che questi casi vertono esclusivamente su utilizzi discriminatori dell'intelligenza artificiale, collegati a ricorrenti a basso reddito o gruppi tradizionalmente svantaggiati^[33].

Le controversie fra privati relative al mercato delle locazioni immobiliari sono un esempio. In *Louis et al. v. SafeRent*, un gruppo di *advocacy* ha supportato i ricorrenti nell'allegare in giudizio che l'impiego di un sistema di IA da parte di una società di intermediazione immobiliare per vagliare l'affidabilità creditizia degli aspiranti affittuari violasse il *Fair Housing Act*. Il software di screening, infatti, prendeva in considerazione fattori come la storia creditizia e i debiti non correlati all'affitto, penalizzando in modo sproporzionato specifici gruppi di potenziali affittuari^[34]. Sulla base di presupposti simili, nel caso *Conn. Fair Hous. v. CoreLogic Rental*, un gruppo di *advocacy* ha contestato in giudizio che il software di screening "CrimSAFE" effettuasse una valutazione dell'affidabilità dei potenziali affittuari sulla base dell'esistenza di precedenti penali, notificando l'esito dello screening ai proprietari degli immobili^[35].

Si osserva questa tendenza anche nelle attività di selezione e reclutamento del personale. Nel 2019, l'*Electronic Privacy Information Center* (EPIC) ha presentato un reclamo alla *Federal Trade Commission* (FTC) contro una società di reclutamento, allegando l'utilizzo di pratiche discriminatorie per la profilazione dei candidati mediante l'uso di sistemi di IA per il riconoscimento delle emozioni^[36]. Il reclamo evidenziava che l'impossibilità per i candidati di accedere ai dati ed ai fattori utilizzati per generare le loro valutazioni algoritmiche

gli impediva di comprendere ed eventualmente contestarne il contenuto^[37]. Allo stesso modo, la *US Equal Employment Opportunity Commission* ha contestato l'utilizzo di sistemi di IA per la selezione del personale, lamentando la produzione di effetti discriminatori su specifici gruppi di candidati, come l'esclusione automatica dei candidati più anziani sulla base della sola età anagrafica^[38].

4. Casi promossi contro la pubblica amministrazione

In questa seconda parte concentro l'attenzione sulle controversie rivolte contro le amministrazioni pubbliche statunitensi. L'analisi delle 44 controversie pubbliche mi ha permesso di evidenziare che la maggioranza delle sentenze che dichiarano illegittimità dell'uso dell'IA da parte delle amministrazioni pubbliche si basano su presupposti procedurali, in particolare quelli riguardanti violazioni della *due process clause*. Più nello specifico, ho rilevato che le decisioni giudiziali analizzate contestano sei principali tipologie di violazioni procedurali: i. Mancanza di comunicazioni e motivazioni idonee; ii. Mancanza di rimedi di contestazione effettivi; iii. Indisponibilità delle informazioni; iv. Mancanza di meccanismi di supervisione umana; v. Mancato rispetto delle procedure di *notice-and-comment*; vi. Mancanza di idonee procedure di assessment.

Di contro, l'analisi mostra che le corti federali e statali non contestano la complessiva legittimità dell'utilizzo dei sistemi di IA per lo svolgimento di funzioni pubbliche, e aspetti sostanziali legati all'arbitrarietà, alla mancanza di basi scientifiche o all'irragionevolezza delle decisioni algoritmiche raramente vengono presi in considerazione^[39]. A conferma di ciò, è opportuno evidenziare che nelle ipotesi in cui l'amministrazione resistente riesca a dimostrare in giudizio di aver superato le problematiche procedurali o legate alle garanzie imposte dalla *due process clause*, le corti tendono a dismettere il caso anche se permangono incertezze sul funzionamento e sull'effettiva affidabilità dei sistemi di IA^[40].

4.1. Mancanza di comunicazioni e motivazioni idonee

L'assenza di una comunicazione chiara a sostegno delle decisioni automatizzate, insieme alla mancanza di una motivazione comprensibile per i ricorrenti, è qualificata dalle corti statunitensi come una violazione del 5 e 14 emendamento della Costituzione, nonché una violazione dell'*Administrative Procedure Act*^[41].

Gli individui che vengono privati di interessi giuridicamente rilevanti (*property* o *liberty interests*) e protetti costituzionalmente hanno il diritto di ricevere una comunicazione che spieghi in maniera sufficientemente chiara le ragioni alla base di una decisione algoritmica sfavorevole^[42]. Tali comunicazioni devono fornire informazioni dettagliate, consentendo ai soggetti interessati di vagliare la sussistenza di potenziali errori e decidere se intraprendere un'azione correttiva^[43]. L'assenza di un'adeguata motivazione, infatti, non solo riduce la comprensibilità della decisione algoritmica, ma mette anche in discussione l'abilità di contestarla in giudizio, così costituendo un'autonoma violazione procedurale^[44]. Inoltre, le corti riscontrano l'esistenza di una violazione della *due process clause* quando le comunicazioni mancano di informazioni sufficientemente dettagliate sui dati e sui sistemi algoritmici impiegati nella generazione delle decisioni sfavorevoli^[45]. Questa carenza rende più difficile per gli interessati proporre appello o richiedere la correzione di decisioni erranee^[46]. Da ultimo, l'assenza di idonee forme di comunicazione ricomprende anche la mancata comunicazione agli utenti circa l'utilizzo di un nuovo sistema algoritmico. L'incapacità di fornire un'adeguata informativa sull'utilizzo di tali strumenti rende gli individui meno consapevoli dell'intervenuta modifica dei criteri decisionali utilizzati dai sistemi algoritmici e meno attenti all'esistenza di potenziali errori^[47]. L'assenza di idonee forme di comunicazione accresce fenomeni di allarme sociale, diminuisce la fiducia pubblica e riduce la possibilità per gli interessati di contribuire attivamente a procedure collaborative post-rilascio.

4.2. Mancanza di rimedi di contestazione effettivi

L'assenza di rimedi effettivi per la contestazione della decisione algoritmica è qualificata dalle corti come una violazione della *due process clause*^[48]. Questa violazione procedurale può assumere varie forme e gradi di intensità. L'ipotesi più grave è l'assenza di un modo efficace per contestare gli errori a valle delle decisioni algoritmiche e risolvere le relative controversie^[49].

L'incapacità di fornire ai soggetti interessati un'adeguata comunicazione sulla possibilità e le modalità di contestazione di una decisione algoritmica, così come un arco temporale adeguato alla proposizione dell'appello, costituiscono autonome forme di violazione della *due process clause*. Le informazioni relative

alle modalità di impugnazione dovrebbero essere facilmente accessibili e chiaramente esplicitate ai soggetti sottoposti a decisioni algoritmiche. Brevità, chiarezza, accessibilità di tali comunicazioni ed informazioni dovrebbero essere sottoposte ad una valutazione preventiva da parte delle pubbliche amministrazioni, possibilmente anche avvalendosi di studi che valorizzino la *user experience*. Più in generale, è essenziale garantire che coloro che sono impattati da una decisione algoritmica non siano semplicemente consapevoli della loro facoltà di contestare una decisione avversa, ma abbiano il supporto ed assistenza necessari nella proposizione della procedura di contestazione^[50]. Questa ricomprende anche la presenza di personale pubblico adeguatamente formato nell'assistere ed assicurare una guida effettiva agli interessati^[51].

Inoltre, alcune corti hanno enfatizzato il diritto dei soggetti interessati da decisioni algoritmiche avverse di essere messi nelle condizioni economiche necessarie per poter effettivamente contestare tali decisioni. Tale aspetto risulta cruciale nei casi associati all'erogazione prestazioni e servizi, o all'identificazione di frodi nella richiesta di sussidi pubblici e benefici economici, dove l'assenza di una continuazione automatica dei sussidi economici nelle more della procedura di appello è considerata un'implicita violazione delle garanzie procedurali. Ad esempio, in *Elder v. Gillespie*, la Corte suprema dell'Arkansas ha autorizzato un accordo transattivo focalizzato sullo sviluppo di un nuovo sistema algoritmico in linea con specifiche garanzie procedurali, come la continuazione automatica dei benefici economici nelle more dello svolgimento della procedura di appello^[52].

Infine, le corti hanno vagliato le ipotesi in cui il sistema algoritmico ha impattato negativamente gli interessati senza fornire specifici dettagli sui presupposti alla base della decisione algoritmica, sebbene tali informazioni risultino essere essenziali ai fini di una contestazione effettiva^[53]. Il soddisfacimento del diritto ad una procedura di appello effettiva è intrinsecamente legato alla presenza di una comunicazione adeguata circa le ragioni alla base della decisione algoritmica^[54]. Da ultimo, agli interessati è negata l'opportunità di un'effettiva contestazione della decisione algoritmica avversa se non sono adeguatamente informati circa l'utilizzo dei sistemi algoritmici, e ciò risulta particolarmente evidente nelle controversie connesse all'utilizzo di *risk assessment tools*, modelli di polizia predittiva o tecnologie di riconoscimento facciale utilizzati a supporto delle attività di *enforcement*^[55].

4.3. Indisponibilità delle informazioni

L'indisponibilità di informazioni riguardanti la tipologia di algoritmo, il codice sorgente, nonché di ulteriori informazioni tecniche (quali, ad esempio, dati di addestramento, dati di convalida, dati di input, elenco dei parametri ed iperparametri di ottimizzazione) utilizzate per prendere decisioni automatizzate è frequentemente qualificata dalle corti statunitensi come una violazione delle garanzie procedurali imposte dalla *due process clause*^[56]. Il mancato accesso a tali informazioni si riverbera sulla capacità degli interessati di avere una comprensione piena della decisione algoritmica e di fare una scelta consapevole circa l'eventuale contestazione tramite una procedura di appello o reclamo^[57]. Ciò nonostante, persistono controversie in cui i difensori non hanno avuto successo nel contestare il mancato accesso a tali informazione come una violazione della *due process clause*^[58]. Questo fenomeno è particolarmente evidente nell'ambito dei giudizi penali, soprattutto quando le parti processuali sono dei soggetti a basso reddito o gruppi di *advocacy* sottofinanziati^[59]. Gli errori difensivi nell'eccepire l'indisponibilità di informazioni relative al sistema algoritmico ed una maggiore tendenza per le società di settore ad invocare l'esistenza di segreti industriali, anche in assenza di valide ragioni, sembrano giocare un ruolo significativo in queste contestazioni infruttuose^[60].

L'approccio utilizzato dalle corti diverge riguardo alla tipologia e all'entità delle informazioni che dovrebbero essere rese disponibili agli interessati per comprendere ed eventualmente contestare una decisione algoritmica sfavorevole^[61]. Ad esempio, nel caso *K.W. v. Armstrong*, la corte distrettuale dell'Idaho ha sottolineato la necessità di garantire l'accesso ad un ampio volume di informazioni relative alla formula algoritmica e alla documentazione tecnica correlata. Senza un accesso completo a queste informazioni, infatti, l'algoritmo rimane una *black box* per i beneficiari, mettendo così in discussione l'effettività del loro diritto a contestare la decisione automatizzata^[62]. Di contro, in *Loomis v. Wisconsin*, la corte suprema del Wisconsin ha confermato che per soddisfare gli standard procedurali imposti dalla *due process clause* è sufficiente che l'imputato abbia avuto l'opportunità di verificare l'accuratezza delle proprie informazioni personali elaborate dall'algoritmo, ma non ha riconosciuto un corrispondente diritto a conoscere tutti i dettagli sul funzionamento del sistema algoritmico^[63].

Un aspetto cruciale connesso al diritto di accesso è il diritto delle aziende private di proteggere i propri segreti industriali, in relazione al quale gli approcci interpretativi mostrati dalle corti non sono univoci^[64]. In *Houston Federation of Teachers v. Houston Independent School District*, nonostante la prevalenza riconosciuta alla tutela del segreto commerciale, la corte distrettuale ha qualificato l'indisponibilità delle informazioni necessarie alla verifica dell'accuratezza del sistema algoritmico come una grave violazione delle garanzie minime richieste dalla *due process clause*. Di conseguenza, la corte ha emesso una sentenza sfavorevole all'amministrazione scolastica, vietando l'uso del sistema algoritmico da parte del distretto scolastico, al contempo non divulgando il segreto commerciale^[65].

In altri casi, le corti hanno considerato che un equilibrio tra la tutela degli interessi societari ed il diritto di accesso può essere raggiunto tramite il rilascio delle informazioni in subordine all'emanazione di *protective orders*, che insieme ai *nondisclosure orders*, garantiscono l'accesso documentale alle parti processuali, limitando il rischio di divulgazione^[66]. Nel caso *State v. Pickett*, un imputato accusato di omicidio ha richiesto l'accesso al codice sorgente del software di genotipizzazione probabilistica utilizzato per condannarlo. La Corte Suprema del New Jersey ha ordinato il rilascio del codice sorgente e della documentazione correlata attraverso un *protective order* per garantire il diritto dell'imputato di contestare l'affidabilità del software e delle relative risultanze^[67]. L'utilizzo dei *protective orders* mitiga il rischio che le imprese vedano divulgate informazioni confidenziali e previene possibili pregiudizi a danno delle parti processuali ricorrenti^[68]. L'obiettivo di impedire ai concorrenti commerciali di sottrarre informazioni proprietarie è un obiettivo centrale della normativa in materia di tutela della proprietà intellettuale, ma non dovrebbe giustificare la violazione dei diritti garantiti dalla *due process clause*, sottraendo dalla conoscenza delle parti informazioni indispensabili all'esercizio del diritto di difesa^[69].

Per superare la tensione tra la tutela dei segreti commerciali e la promozione del necessario accesso alle informazioni, le amministrazioni pubbliche dovrebbero sfruttare il proprio potere contrattuale, nonché altre forme di incentivi premiali^[70]. Un approccio potrebbe consistere nell'includere clausole contrattuali che obblighino i fornitori privati a rendere disponibili un numero di informazioni sufficienti per rispondere alle preoccupazioni dell'opinione pubblica, stabilendo

già in sede contrattuale una distinzione tra informazioni da mantenere riservate ed informazioni divulgabili^[71]. Inoltre, le pubbliche amministrazioni possono optare per l'acquisto esclusivo di sistemi algoritmici che garantiscano standard minimi di accessibilità^[72]. Tali scelte di policy potrebbero incoraggiare lo sviluppo di sistemi di qualità complessivamente superiore ed in grado di resistere allo scrutinio processuale^[73]. L'obiettivo finale non è una totale accessibilità, ma garantire l'accesso alle informazioni necessarie per garantire la tutela dei diritti coperti dalla *due process clause*^[74], fornendo così anche alle corti le informazioni necessarie per valutare la legittimità e il corretto funzionamento del sistema algoritmico^[75].

4.4. Mancanza di meccanismi di supervisione umana

L'assenza di meccanismi di supervisione umana (il c.d. "*human in the loop*") – qualificati da alcune corti come una violazione procedurale – si manifesta in due forme principali. Primo, l'esclusione di qualsivoglia intervento umano nel corso del procedimento decisionale automatizzato^[76]. Secondo, il diniego dell'opportunità per gli interessati di presentare il loro caso ad un impiegato pubblico o di ricevere una revisione umana prima dell'implementazione di una decisione automatizzata^[77].

Nella serie di controversie legate all'utilizzo del sistema MiDAS (*Michigan integrated Data Automated System*) implementato dalla *Unemployment Insurance Agency* dello Stato del Michigan per l'identificazione di frodi nella richiesta di sussidi economici, le corti hanno censurato i casi in cui i procedimenti decisionali automatizzati sono stati svolti senza il coinvolgimento di un supervisore umano. Il sistema automatizzato MIDAS accusava i beneficiari di frodi intenzionali, rifiutando l'assegnazione del caso ad un impiegato per approfondire le discrepanze nei casi più complessi o incerti. In *Zynda et al. v. Arwood*, la corte distrettuale ha ordinato di sospendere tutte le attività di recupero crediti, a meno che le decisioni automatizzate non fossero esaminate singolarmente dal personale dell'agenzia e confermate con una nuova comunicazione ai beneficiari richiedenti^[78]. A seguito del raggiungimento di un accordo transattivo, l'agenzia ha accettato di riesaminare tutte le determinazioni di frode effettuate dal sistema automatizzato MiDAS^[79]. Successivamente, lo Stato

del Michigan ha vietato l'identificazione di frodi basate esclusivamente su discrepanze individuate in modo automatico e ha disposto il coinvolgimento obbligatorio di un supervisore umano in ogni determinazione definitiva di frode, così da vigilare, identificare e correggere eventuali errori ascrivibili al sistema algoritmico^[80]. In *Barry v. Corrigan (Lyon)*, la corte distrettuale del Michigan ha censurato la mancanza di meccanismi di supervisione umana prima di escludere gruppi di beneficiari dall'accesso a forme di sussidi economici, così come l'assenza di personale pubblico a cui presentare incongruenze o potenziali errori del sistema algoritmico^[81]. Da ultimo, la corte distrettuale ha proibito al *Michigan Department of Health & Human Services* (MDHHS) di continuare ad escludere automaticamente i beneficiari dall'accesso ai sussidi economici senza condurre ulteriori verifiche e approfondimenti sotto la supervisione di un impiegato umano.

In sostanza, le garanzie imposte dalla *due process clause* richiedono l'attivazione di meccanismi di supervisione umana in una fase antecedente o successiva al processo di privazione degli interessati. Tuttavia, è importante notare che quando un supervisore umano è coinvolto nel processo decisionale automatizzato, anche se non vi è un'effettiva garanzia sulla qualità dell'attività di supervisione svolta^[82], le corti sembrano essere più inclini a limitare il proprio sindacato circa l'utilizzo dei sistemi di IA^[83], con una riduzione proporzionale dell'attenzione circa l'accuratezza di tali sistemi^[84]. Nonostante gli sforzi sottesi all'implementazione di politiche di supervisione umana, queste spesso si dimostrano incapaci di garantire l'eliminazione di errori e forme di discriminazione, piuttosto legittimando una riduzione del livello istituzionale di scrutinio sull'utilizzo dei sistemi di IA^[85].

4.5. Mancato rispetto delle procedure di *notice-and-comment*

Non ci sono regole procedurali specificamente applicabili all'utilizzo dei sistemi di IA da parte della pubblica amministrazione. Tuttavia, parte della letteratura statunitense ritiene che se l'algoritmo è analogo ad una *rule*^[86], allora le procedure di *informal rulemaking* di cui all'*Administrative Procedure Act* Federale o Statale saranno applicabili^[87].

Determinare se l'adozione di un sistema algoritmico corrisponda all'adozione di una *legislative rule*, pertanto sottoposta alle procedure di *notice-and-comment* è spesso sfidante^[88]. Tuttavia, quando i sistemi di IA privano un'agenzia e il suo personale dell'esercizio sostanziale della propria discrezionalità amministrativa, specialmente attraverso l'introduzione di scelte numeriche o metodologiche vincolate, l'introduzione di tali sistemi dovrebbe essere tendenzialmente considerata al pari di una *legislative rule* e quindi sottoposta alle procedure di *notice-and-comment*. Gli algoritmi che portano a decisioni sull'allocazione di benefici economici o supportano decisioni riguardanti i rapporti di lavoro possono essere considerati *legislative rule*, così come l'utilizzo di algoritmi che influenzano le priorità delle attività di enforcement o polizia^[89].

In *Ark. Dep t of Human Servs. v. Ledgerwood*, la corte suprema dell'Arkansas ha confermato che l'adozione e l'implementazione di una *policy* ad applicabilità generale ed effetti futuri – il sistema di IA – senza fornire una adeguata comunicazione (*notice*) ed una significativa opportunità di partecipazione degli interessati (*public comment*), violava l'*Administrative Procedure Act* statale^[90]. Pertanto, tramite l'emanazione di una *injunction*, la corte suprema dell'Arkansas ha vietato l'utilizzo del sistema algoritmico fino a quando non fosse stata garantita la conformità alle garanzie minime imposte dalla *due process clause*^[91]. Allo stesso modo, in *Valesaca v. Decker*, la corte distrettuale di New York ha stabilito che l'introduzione di una nuova *No-Release Policy* – mediante l'uso di uno nuovo strumento di valutazione del rischio che sostanzialmente privava gli agenti dell'immigrazione della loro discrezionalità decisionale – senza rispettare i requisiti imposti dalla procedura di *informal rulemaking* fosse illegittima^[92]. In questi casi, le corti statunitensi hanno censurato la mancanza di trasparenza nell'informare il pubblico sull'utilizzo di nuovi criteri decisionali o sulla modifica delle metodologie di valutazione, così come l'assenza di un'opportunità per i soggetti interessati di fornire commenti e partecipare al processo decisionale^[93].

In definitiva, se l'utilizzo del sistema algoritmico ricade nella definizione di *legislative rule* il mancato rispetto della procedura di *informal rulemaking* prescritta dall'APA statale o federale può essere qualificato dalle corti come una violazione procedurale^[94]. Il mancato rispetto della procedura di *notice-and-comment* produce effetti sul mancato coinvolgimento del pubblico nello sviluppo di sistemi di IA. L'assenza di un'ampia partecipazione nell'adozione e

sviluppo di sistemi algoritmici pone diverse sfide – la partecipazione pubblica è essenziale per la legittimazione dell'attività decisionale automatizzata, per promuovere maggiore consapevolezza fra gli utenti e per aumentare la fiducia nell'utilizzo dei sistemi basati sull'IA^[96].

4.6. Mancanza di idonee procedure di assessment

La mancanza di un'appropriata procedura di assessment riguardante l'introduzione ed il funzionamento di un sistema algoritmico è stata qualificata da alcune corti statunitensi come una violazione procedurale. In *K.W. v. Armstrong*, la corte distrettuale dell'Idaho ha censurato la mancanza di test e verifiche regolari sul corretto funzionamento della formula algoritmica da parte della pubblica amministrazione per garantire che gli outputs prodotti dal sistema di IA non riducessero arbitrariamente i budgets assistenziali dei beneficiari^[96]. Più in generale, diversi autori, come Kaminski e Urban, suggeriscono che le amministrazioni pubbliche dovrebbero periodicamente assicurare lo svolgimento di attività indipendenti di audit per monitorare la presenza di forme di discriminazioni non intenzionali, allucinazioni o risultati erronei dovuti al malfunzionamento della formula algoritmica^[97], e ciò anche tramite l'introduzione di specifiche clausole contrattuali in accordo con i fornitori privati^[98].

Un altro aspetto rilevante legato alle procedure di assesment è l'adeguato coinvolgimento di utenti e stakeholders. Sempre in *K.W. v. Armstrong* – una *class action* intentata contro lo Stato dell'Idaho per un'illegitima riduzione dei sussidi assistenziali a seguito dell'introduzione di un nuovo sistema algoritmico – l'accordo transattivo autorizzato dalla corte ha imposto all'agenzia statale di garantire un canale continuativo di dialogo con la popolazione interessata durante lo sviluppo del nuovo sistema algoritmico^[99]. Più nel dettaglio, l'agenzia è stata onerata di fornire adeguate informazioni e aggiornamenti agli utenti e gruppi di stakeholders, sollecitare attivamente il loro feedback ed incorporarlo nello sviluppo del nuovo sistema algoritmico^[100]. Le pubbliche amministrazioni possono solo beneficiare dalle prospettive e competenze degli stakeholders coinvolti nello sviluppo ed implementazione dei sistemi di IA^[101]. Promuovendo il coinvolgimento degli utenti e la comprensione dei modelli e relative risultanze, i sistemi algoritmici possono sfruttare questo coinvolgimento per verificare e

correggere progressivamente gli outputs del sistema^[102]. In breve, il coinvolgimento degli stakeholders nel processo di progettazione e sviluppo di sistemi di IA potrebbe aiutare a riconoscere le problematiche più rapidamente e in modo più sistematico^[103]. Ancora una volta, fare leva sul potere contrattuale delle pubbliche amministrazioni può portare alla negoziazione di clausole contrattuali che impongono ai fornitori privati di attivare procedure di coinvolgimento di gruppi di utenti e stakeholders^[104]. Come suggerito da Coglianesi e Lampmann, i contratti d'appalto possono imporre agli operatori economici di partecipare attivamente nelle attività di *public engagement* e collaborare con le amministrazioni pubbliche nel garantire l'attivazione di apposite procedure di consultazione circa lo sviluppo del sistema algoritmico, sulla falsa riga delle procedure di “*notice-and-comment*”^[105].

4.7. Implicazioni normative

L'analisi conduce a una principale conclusione: da un lato, le corti statunitensi non contestano la complessiva legittimità dell'utilizzo dei sistemi di IA come strumento di ausilio o supporto delle attività decisionali per lo svolgimento di funzioni pubbliche; dall'altro, le decisioni giudiziarie che dichiarano l'illegittimità dell'uso dell'IA da parte delle amministrazioni pubbliche si basano principalmente su ragioni di tipo procedurale. L'analisi ha permesso di individuare le sei principali violazioni procedurali rilevate dalle corti, in particolare connesse alle violazioni della *due process clause*. Di contro, gli aspetti sostanziali legati all'arbitrarietà, alla mancanza di basi scientifiche o all'irragionevolezza delle decisioni algoritmiche sono raramente prese in considerazione dalle corti.

Questa evidenza ha rilevanti implicazioni normative, sia di portata generale, relative alle ragioni che spingono le corti statunitensi a privilegiare ragioni procedurali piuttosto che sostanziali, sia specifiche, relative alle modalità di effettiva implementazione delle descritte garanzie procedurali da parte delle amministrazioni pubbliche statunitensi.

Una possibile spiegazione per la tendenza delle corti a privilegiare aspetti procedurali è che tali eccezioni sono più facilmente allegabili in giudizio^[106]. Le istanze connesse a violazioni della *due process clause* si concentrano principalmente sull'effettivo rispetto delle regole procedurali, piuttosto che sulla

ragionevolezza o sull'effettivo impatto delle decisioni algoritmiche su diversi gruppi di cittadini. Ciò rende più agevole la raccolta di elementi probatori o la formulazione di argomentazioni relative a violazione procedurali del processo decisionale automatizzato, piuttosto che dimostrarne l'impatto negativo in termini di uguaglianza o ragionevolezza. A ciò si aggiunge l'assenza di sufficienti competenze specialistiche da parte delle corti per sindacare questioni più strettamente sostanziali, nonché i maggiori costi connessi alla nomina di esperti forensi per le attività di analisi e test dei sistemi di IA sottoposti al vaglio giurisdizionale. Inoltre, l'assenza di modalità efficaci per contestare alcuni tipi di sistemi di IA, in particolare in settori come la polizia predittiva e le attività di enforcement, contribuisce alla limitata esplorazione nelle decisioni giudiziarie di aspetti sostanziali più ampi, come quelli legati all'arbitrarietà, alla mancanza di basi scientifiche o all'irragionevolezza^[107].

In sostanza, le istanze connesse alla violazione di regole procedurali risultano complessivamente più agevoli da allegare in giudizio per i difensori e più facilmente sindacabili dalle corti. Tuttavia, il fatto che le decisioni giudiziarie relative all'uso di sistemi di IA si concentrino principalmente su presupposti procedurali non implica l'assenza di aspetti sostanziali. Anzi, suggerisce il contrario: le questioni sostanziali vengono tipicamente affrontate attraverso soluzioni procedurali, che consentono alle corti di affrontare indirettamente problematiche più ampie. L'effettivo impiego di garanzie procedurali può agevolare le pubbliche amministrazioni nell'affrontare problematiche sostanziali legate alla ragionevolezza ed uguaglianza delle decisioni algoritmiche. A sua volta, ciò può mitigare gli effetti negativi derivanti dall'uso di sistemi di IA e rafforzare la fiducia dell'opinione pubblica. D'altro canto, nelle ipotesi in cui l'amministrazione resistente riesca a dimostrare in giudizio di aver superato le problematiche procedurali o legate alle garanzie imposte dalla *due process clause*, le corti tendono a dismettere il caso anche se permangono incertezze sul funzionamento e sull'effettiva affidabilità dei sistemi di IA, evidenziandosi tutti i limiti intrinseci ad un sindacato che si limita a valorizzare esclusivamente violazioni di tipo procedurale piuttosto che sostanziale.

Sotto diverso profilo, l'identificazione delle sei violazioni procedurali non ha una valenza meramente classificatoria, ma fornisce indicazioni pratiche su come le amministrazioni pubbliche statunitensi debbano dare concreta implementazione

alle garanzie procedurali necessarie a superare il vaglio giurisdizionale. In tal senso, è opportuno evidenziare che le sei violazioni procedurali risultano essere complessivamente allineate con le misure procedurali previste dal recente *Executive Order 14,100 “Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence”* per la protezione dei *civil rights* e la promozione dell’eguaglianza nell’utilizzo dei sistemi di IA da parte del governo federale. L’*Executive Order* individua una serie di garanzie procedurali correlate all’utilizzo dei sistemi di IA da parte del governo federale, ed in particolare: l’esistenza di informative adeguate circa l’utilizzo di sistemi di IA; l’introduzione di sistemi di audit e di verifica delle decisioni algoritmiche avverse; il mantenimento di appropriati livelli di discrezionalità decisionale in capo agli impiegati pubblici; l’implementazione di appropriate procedure di appello e assistenza da parte del personale impiegato presso le amministrazioni governative^[108]. La tassonomia proposta, attraverso i casi decisi dalle corti, riempie di contenuto le indicazioni di policy elaborate a livello federale e statale, fornendo alle amministrazioni pubbliche concrete indicazioni per conformarsi al quadro regolatorio delineato dal *Executive Order* e da future iniziative legislative, garantendo l’esercizio di un’azione amministrativa coerente con i livelli minimi di tutela fissati a livello governativo^[109].

5. Conclusioni

Le discussioni nel dibattito accademico e pubblico statunitense hanno sollevato preoccupazioni legate alle discriminazioni di genere, razziali e socioeconomiche dovute all’utilizzo di sistemi di IA da parte delle amministrazioni pubbliche^[110]. Negli Stati Uniti, l’analisi di 44 controversie che coinvolgono le pubbliche amministrazioni rivela che la maggioranza delle sentenze che dichiarano illegittimità dell’uso dei sistemi di IA si basano quasi esclusivamente su presupposti procedurali. Le sei violazioni procedurali individuate e discusse in questo contributo forniscono una tassonomia dei requisiti minimi che qualsiasi ente governativo statunitense dovrebbe rispettare per far sì che l’utilizzo dei sistemi di IA superino il vaglio giurisprudenziale. Sebbene il contributo sia incentrato sugli Stati Uniti, l’approccio concreto e casistico delle corti statunitensi fornisce indicazioni utili per capire in che direzione le corti

potrebbero muoversi anche in Europa e in Italia, pur alla luce di un quadro regolatorio differente. In ultima analisi, l'articolo sottolinea il ruolo cruciale che i giudici possono svolgere nel plasmare documenti politici e nel guidare gli enti governativi nel complesso panorama dello sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale^[11].

1. In tal senso, C. Coglianesi, *Administrative Law in the Automated State*, in *Daedalus*, 2021, pp. 106-107; D.K. Citron, *Technological Due Process*, in *Washington University Law Review*, 2008, pp. 1251-1252.
2. Cfr. C. Coglianesi, L. M. Ben Dor, *AI in Adjudication and Administration*, in *Brooklyn Law Review*, 2020, p. 814.
3. In argomento, si veda D.K. Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington University Law Review*, 2014, pp. 13-16; K. Crawford, J. Schultz, *Big Data and Due Process: Toward A Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Law Review*, 2014, pp. 99-101; S. Barocas, A.D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, pp. 673-674; R. Calo, D.K. Citron, *The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy*, in *Emory Law Journal*, 2021, p. 800. Nell'ambito della letteratura italiana, tra gli altri, si veda A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, pp. 63 ss.; F. Costantino, *Rischi o opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, pp. 43 ss.; N. Rangone, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal*, 2022, pp. 472 ss. Per un recente lavoro monografico, in argomento si veda E. Falletti, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Giappichelli, Torino, 2022.
4. Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government, Exec. Order No. 13,960, 85 Fed. Reg. 78,939 (Dec. 3, 2020).
5. The White House, *Blueprint for an AI Bill of Rights: Making Automated Systems Work for the American People*, (Oct. 4, 2022), <https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights/> (Il white paper identifica cinque principi non vincolanti per minimizzare i potenziali danni derivanti da alcuni utilizzi dell'IA: «*save and effective systems; algorithmic discrimination protections; data privacy; notice and explanation; human alternatives, consideration, and fallback*»). In argomento, cfr. E. Hine, L. Floridi, *The Blueprint for an AI Bill of Rights: In Search of Enaction, at Risk of Inaction*, in *Minds and Machines*, 2023, pp. 285 ss.
6. *Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*, Exec. Order No. 14,110, 88 Fed. Reg. 75,191 (Oct. 30, 2023). Più di recente, la Casa Bianca ha rilasciato un memorandum che individua una serie obblighi a carico delle agenzie federali per fronteggiare i rischi derivanti dall'impiego governativo dell'IA. Cfr. Executive Office of the President, *Advancing Governance, Innovation, and Risk Management for Agency Use of*

- Artificial Intelligence*, (Mar. 28, 2024), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/03/M-24-10-Advancing-Governance-Innovation-and-Risk-Management-for-Agency-Use-of-Artificial-Intelligence.pdf>.
7. E. K. Cortez, N. Maslej, *Adjudication of Artificial Intelligence and Automated Decision-Making Cases in Europe and the USA*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, pp. 457-458; R. Calo, D.K. Citron, *The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy*, cit., pp. 818-832; C. Coglianese, L.M. Ben Dor, *AI in Adjudication and Administration*, cit., pp. 833; H. Bloch-Wehba, *Access to Algorithms*, in *Fordham Law Review*, 2020, p. 1267; A. Z. Huq, *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, in *Cornell Law Review*, 2020, pp. 1895-1897; R. Richardson, J. M. Schultz, V. M. Southerland, *Litigating Algorithms 2019 US Report: New Challenges to Government Use of Algorithmic Decision Systems*, AI Now Institute, 2019, consultabile alla pagina <https://ainowinstitute.org/wp-content/uploads/2023/04/litigatingalgorithms-2019-us.pdf>; *Litigating Algorithms: challenging government use of algorithmic decision systems*, AI Now Institute, 2018, consultabile alla pagina <https://ainowinstitute.org/publication/litigating-algorithms-3>.
 8. L'Unione Europea, come noto, ha posto l'attenzione sullo sviluppo di un'agenda politica (focalizzata sull'approvazione di un quadro regolatorio uniforme sull'Intelligenza Artificiale) finalizzata a mitigare gli effetti negativi legati all'utilizzo dei sistemi di IA. In tal senso, si veda il recente Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, pubblicato in GUUE il 12 luglio 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (il c.d. "Artificial Intelligence Act"). Con riferimento alla diversità degli approcci adottati dall'Unione Europea e dagli Stati Uniti per la regolazione dell'IA si veda, E. Chiti, B. Marchetti, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, pp. 29 ss. In argomento, anche A. Simoncini, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, p. 413; S. Aceto di Capriglia, *Intelligenza artificiale: una sfida globale tra rischi, prospettive e responsabilità. Le soluzioni assunte dai governi unionale, statunitense e sinico. Uno studio comparato*, in *Federalismi.it*, 2024, pp. 22 ss..
 9. L'ultimo accesso al database è avvenuto in data 01/12/2023, per un totale di 100 casi. Tuttavia, nove casi sono stati esclusi poiché riguardavano controversie non istaurate negli Stati Uniti, controversie antecedenti al 2010 o controversie valutate come non rilevanti per lo scopo della presente analisi. I dati sono accessibili alla pagina <https://blogs.gwu.edu/law-eti/ai-litigation-database-search>.
 10. L'ultimo accesso al database è avvenuto il 01/12/2023. La selezione degli ulteriori 37 casi è stata effettuata tramite l'iniziale utilizzo del filtro di ricerca "*lawsuit filing/litigation*", seguita da un'analisi puntuale dei casi così individuati. I dati sono accessibili alla pagina <https://www.aiaaic.org/aiaaic-repository>.
 11. In via esemplificativa, l'*AI Index Report 2023*, promosso dalla Stanford University, identifica nel 2022 un totale di 110 casi giudiziari correlati all'utilizzo dell'IA. Tuttavia, lo

studio riconosce che alcune delle controversie conteggiate potrebbero non affrontare direttamente questioni legate all'effettivo impiego dell'IA, basandosi solo su un filtro di ricerca per parole chiave, come “*artificial intelligence*”, “*machine learning*”, e “*automated decision-making*”. Cfr. N. Maslej et al., *The AI Index 2023 Annual Report*, AI Index Steering Committee, Institute for human-centered AI, Stanford University, 2023, pp. 291-295, consultabile alla pagina https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2023/04/HAI_AI-Index-Report_2023.pdf.

12. Sono stati classificati come “conclusi” tutti i contenziosi con almeno una decisione di primo grado e non attualmente sottoposti ad un giudizio di appello. Sono stati considerati come “accordi transattivi” i contenziosi conclusi con un accordo transattivo autorizzato dalla corte, oppure quelli in cui l'accordo stragiudiziale è richiamato dalla corte per dichiarare la cessazione della materia del contendere. Infine, sono stati classificati come “pendenti” i giudizi ancora in corso di svolgimento.
13. Nel panorama italiana, con specifico riguardo all'uso di algoritmi e intelligenza artificiale nell'assunzione delle decisioni amministrative, fra gli altri, si veda M. Macchia, A. Mascolo, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, pp. 556 ss.; P. Otranto, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa algoritmica, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021, pp. 187 ss.; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 305 ss.; S. Civitaresse Matteucci, «*Umano troppo umano*». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 5 ss.; E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. It.*, 2019, pp. 1761 ss.; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
14. I casi legati all'uso discriminatorio dell'IA nei processi di reclutamento dei lavoratori, nell'intermediazione immobiliari o nella vendita di prodotti finanziari per i consumatori, e che spesso comportano l'assegnazione di punteggi più bassi a gruppi tradizionalmente più svantaggiati, costituiscono un'eccezione.
15. *American civil liberties v. Clearview AI, Inc.*, No. 2020-CH-04353 (Ill. Cir. Ct. May 28, 2020); *Calderon v. Clearview AI, Inc.*, No. 1:20-cv-01296, (S.D.N.Y. Feb 13, 2020); *Broccolino v. Clearview AI, Inc.*, No. 1:20-cv-02222, (S.D.N.Y. Mar 12, 2020); *Burke et al. v. Clearview AI, Inc. et al.*, No. 1:20-cv-03104 (S.D.N.Y. Apr 17, 2020); *Hall v. CDW Government LLC et al.*, No. 1:20-cv-00846 (N.D. Ill. Feb 05, 2020); *John et al v. Clearview AI, Inc.*, No. 1:20-cv-03481, (S.D.N.Y. May 04, 2020); *Marron et al v. Clearview AI, Inc.*, No. 1:20-cv-02989, (N.D. Ill. May 20, 2020); *McPherson v. Clearview AI, Inc. et al.*, No. 1:20-cv-03053, (S.D.N.Y. Apr 15, 2020); *Mutnick v. Clearview AI, Inc.*, No. 1:20-cv-00512, (N.D. Ill. Jan 22, 2020); *Carmean v. Macy's Retail Holdings, Inc.*, No. 1:20-cv-04589, (N.D. Ill. Aug 05, 2020); *Roberson v Clearview AI, Inc.*, No. 1:20-cv-00111, (E.D. Va. Feb 02, 2020); *Thornley v. Clearview AI, Inc.*, No. 1:20-cv-03843, (N.D. Ill. Jun 30, 2020); *State v. Clearview AI, Inc.*, No. 226-3-20 (Vt. Super. Ct. Mar 10, 2020).

16. A differenza di altre legislazioni sulla privacy, il BIPA riconosce ai titolari dei dati il diritto ad agire in giudizio quando i propri dati biometrici siano scansionati e raccolti in violazione del BIPA, con una liquidazione dei danni che va da \$1.000 per violazioni dovute a negligenza a \$5.000 per violazioni intenzionali. Nel 2019, l'Illinois Supreme Court, nel caso *Rosenbach v. Six Flags Entertainment Corp.*, ha stabilito che la parte ricorrente può essere automaticamente qualificata come «*aggrieved person*» (soggetto danneggiato), ai sensi del BIPA, senza la necessità di provare in giudizio l'esistenza di un danno effettivo, determinando così un aumento delle relative controversie. Cfr. Bloomberg Law, *Is biometric information protected by Privacy Laws?*, (2023), <https://pro.bloomberglaw.com/insights/privacy/biometric-data-privacy-laws/>; J.M. Schultz, *The Right of Publicity: A New Framework for Regulating Facial Recognition*, in *Brooklyn Law Review*, 2023, p. 1039; W. Hartzog, *BIPA: The Most Important Biometric Privacy Law in the US?*, in A. Kak (a cura di), *Regulating biometrics: global approaches and urgent questions*, AI Now Institute, September 2020, pp. 96-100.
17. *Carpenter v. McDonald's Corporation*, No. 1:21-cv-02906 (N.D. Ill. May 28, 2021); *Rodriguez Perez v. Amazon.com, Inc.*, No. 1:23-cv-02251 (S.D.N.Y. Mar 16, 2023); *McCall v. Amazon.com Services LLC*, No. 1:23-cv-00901 (S.D.N.Y. Feb 02, 2023); *Bah v. Apple Inc. et al*, No. 2:20-cv-15018 (D.N.J. Oct 27, 2020); *Bah v. Apple Inc. et al*, No. 1:19-cv-03539 (S.D.N.Y. Apr 22, 2019).
18. Cfr. *T. et al v. OpenAI, LP et al*, No. 3:23-cv-04557 (N.D. Cal. Sep 05, 2023); *Authors Guild et al v. OpenAI, Inc. et al*, No. 1:23-cv-08292 (S.D.N.Y. Sep 19, 2023); *Chabon et al v. OpenAI, Inc. et al*, No. 3:23-cv-04625 (N.D. Cal. Sep. 08 2023); *P.M. et al v. OpenAI LP et al*, No. 3:23-cv-03199, (N.D. Cal. Jun 28, 2023); *Silverman et al v. OpenAI, Inc. et al*, No. 3:23-cv-03416, (N.D. Cal. Jul 07, 2023); *Tremblay et al v. OpenAI, Inc. et al*, No. 3:23-cv-03223, (N.D. Cal. Jul 28, 2023); *Walters v. OpenAI, L.L.C.*, No. 1:23-cv-03122, (N.D. Ga. Jul 14, 2023); *DOE 1 et al v. GitHub, Inc.*, No. 4:22-cv-06823 (N.D. Cal. Nov 03, 2022). Per una sommaria descrizione dei casi e delle principali questioni giuridiche, si veda J. Gillham, *OpenAI ang ChatGPT lawsuit list*, in *Originality.AI*, 2024, consultabile alla pagina <https://originality.ai/blog/openai-chatgpt-lawsuit-list>.
19. *Chabon et al v. Meta Platforms Inc.*, No. 3:23-cv-04663, (N.D. Cal. Sep 12, 2023); *Concord Music Group, Inc. et al v. Anthropic PBC*, No. 3:23-cv-01092, (M.D. Tenn. Oct 18, 2023); *Getty Images (US), Inc. v. Stability AI, Inc.*, No. 1:23-cv-00135, (D. Del. Feb 03, 2023); *Huckabee et al v. Meta Platforms Inc. et al*, No. 1:23-cv-09152, (S.D.N.Y. Oct 17, 2023); *Kadrey et al v. Meta Platforms, Inc.*, No. 3:23-cv-03417 (N.D. Cal. Jul 07, 2023); *L. et al v. Alphabet Inc. et al*, No. 3:23-cv-03440, (N.D. Cal. Jul 11, 2023).
20. A. Z. Huq, *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, cit., p. 1940.
21. *Hous. Fed'n of Teachers v. Hous. Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168, (S.D. Tex. 2017); *Matter of Lederman v. King*, 47 N.Y.S.3d 838 (Sup. Ct. 2016); si veda, R. Richardson, J. M. Schultz, V. M. Southerland, *Litigating Algorithms 2019 US Report*, cit., pp. 10-12; *State of N.M. ex rel. Stewart, et al. v. Public Education Department*, No. D-101-cv-2015-00409, (N.M. Ct. App.); cfr. anche, EducationWeek, *Teacher Evaluation Heads*

- to the Courts, 2023, in <https://www.edweek.org/policy-politics/teacher-evaluation-heads-to-the-courts>.
22. *State v. Loomis*, 2016 WI 68, 371 Wis. 2d 235, 881 N.W.2d 749; *Flores v. Stanford*, No. 7:18-cv-02468, (S.D.N.Y. Mar 20, 2018); *Henderson v. Stensberg*, No. 3:18-cv-00555 (W.D. Wis. Jul 16, 2018), Complaint; *People v. Younglove*, No. 341901, (Mich. Ct. App. Jan. 11, 2018). In argomento, si veda D. Kehl, P. Guo, S. Kessler, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing*, in *Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School*, 2017, consultabile alla pagina <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:3374604>; S.B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, in *Stanford Law Review*, 2014, p. 812; A.L. Washington, *How to argue with an algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica debate*, in *Colorado Technology Law Journal*, 2018, p. 131; A. G. Ferguson, *Policing Predictive Policing*, in *Washington University Law Review*, 2017, pp. 1120-1223; A. Z. Huq, *Racial equity in algorithmic criminal justice*, in *Duke Law Journal*, 2019, p. 1081.
23. *Fernandez v. CoreLogic Credco, LLC*, No. 3:20-cv-01262, (S.D. Cal. Jul 06, 2020); *Brown v. CoreLogic Rental Property Solutions, LLC*, No. 3:20-cv-00363, (E.D. Va. May 21, 2020); *Feliciano v. CoreLogic SafeRent, LLC*, No. 1:17-cv-05507, (S.D.N.Y. Jul 19, 2017); *Chris Robinson v. TransUnion Rental Screening Solutions, Inc.*, No. 8:19-cv-01994, (C.D. Cal. Oct 18, 2019); *In Re: TransUnion Rental Screening Solutions FCRA Litigation*, No. 1:20-md-02933 (N.D. Ga. Apr 27, 2020); *Conn. Fair Hous. Ctr. v. CoreLogic Rental Prop. Sols., LLC*, No. 3:18-cv-705, 2023 BL 248295, (D. Conn. July 20, 2023); *Louis et al v. SafeRent Solutions, LLC et al*, No. 1:22-cv-10800 (D. Mass. May 25, 2022). In argomento, si veda K. Johnson, *Algorithms Allegedly Penalized Black Renters. The US Government Is Watching*, in *Wired*, 2023, consultabile alla pagina <https://www.wired.com/story/algorithms-allegedly-penalized-black-renters-the-us-government-is-watching/>; R. Burns, *Artificial Intelligence Is Making The Housing Crisis Worse*, in *The Lever*, 2023, consultabile alla pagina <https://www.levernews.com/artificial-intelligence-is-making-the-housing-crisis-worse/>; E. Smith, H. Vogell, *How Your Shadow Credit Score Could Decide Whether You Get an Apartment*, in *Propublica*, 2022, consultabile alla pagina <https://www.propublica.org/article/how-your-shadow-credit-score-could-decide-whether-you-get-an-apartment>.
24. *District of Columbia v. RealPage, Inc.*, et al., No. 2023-CAB-006762 (D.C. Super. Ct. Nov 01, 2023); *Bason et al v. RealPage, Inc. et al.*, No. 3:22-cv-01611, (S.D. Cal. Oct 18, 2022). In argomento, cfr. G. Bortolotti, *Algorithmic Collusion in the Housing Market*, in *Promarket*, 2023, consultabile alla pagina <https://www.promarket.org/2023/05/30/algorithmic-collusion-in-the-housing-market/>; H. Vogell, *Rent Going Up? One Company's Algorithm Could Be Why*, in *Propublica*, 2023, consultabile alla pagina

CERIDAP

- <https://www.propublica.org/article/yieldstar-rent-increase-realpage-rent>.
25. Entrambe queste proporzioni riflettono l'andamento temporale delle controversie nel tempo.
 26. *Carmean v. Macy's Retail Holdings, Inc.*, No. 1:20-cv-04589, (N.D. Ill. Mar. 16, 2021), Notice of voluntary dismissal without prejudice; *McCall v. Amazon.com Services LLC*, No. 1:23-cv-00901 (S.D.N.Y. Apr 24, 2023), Notice of voluntary dismissal without prejudice; *Rodriguez Perez v. Amazon.com, Inc.*, No. 1:23-cv-02251 (S.D.N.Y. Jun 09, 2023), Notice of voluntary dismissal without prejudice; *Jacobs Leroy v. Walgreen Company*, No. 2020-CH-06118 (Ill. Cir. Ct. Aug. 17, 2021), Notice of voluntary dismissal; *Van Pelt v. Cigna Group et al*, No. 3:23-cv-01135, (D. Conn. Nov 7, 2023), Notice of voluntary dismissal without prejudice; *Hudson, Shawn v. Tesla, Inc et al.*, No. 2018-CA-011812-O (Fla. 9th Jud. Cir., Apr 29, 2021), Notice of voluntary dismissal without prejudice.
 27. *Carpenter v. McDonald's Corporation*, No. 1:21-cv-02906 (N.D. Ill. Jul 12, 2023); *Nilsson v. General Motors LLC*, No. 4:18-cv-00471, (N.D. Cal. Jun 26, 2018), Stipulation of voluntary dismissal with prejudice; *Bab v. Apple Inc. et al*, No. 2:20-cv-15018 (D.N.J. Dec 27, 2021), Stipulation of voluntary dismissal with prejudice; See also, *Bab v. Apple Inc. et al*, No. 1:19-cv-03539 (S.D.N.Y. Dec 17, 2021), Stipulation of voluntary dismissal with prejudice.
 28. *K.W. v. Armstrong*, No. 1:12-cv-00022 (D. Idaho Jan. 12, 2017), Settlement agreement; *C.S. et al v. Saiki et al*, No. 6:17-cv-00564 (D. Or. Jun 2, 2017), Joint Report to the Court; *Elder v. Gillespie*, No. 3:19-cv-00155 (E.D. Ark. Jul 18, 2023), Settlement agreement.
 29. *Zynda et al v. Arwood et al*, No. 2:15-cv-11449 (E.D. Mich. Feb 02, 2017), Settlement agreement; *Berliner Eric vs. Nassau County*, No. 605904/2019 (N.Y. Sup Ct. Oct 14, 2020), Settlement agreement; *Velesaca v. Decker*, No. 1:20-cv-01803 (S.D.N.Y. Oct 03, 2022), Settlement agreement; *Houston Federation of Teachers Local 2415 et al v. Houston Independent School District*, No. 4:14-cv-01189 (S.D. Tex. Oct 10, 2017), Settlement agreement.
 30. Sono state classificati come *class actions* sia i giudizi già certificati come tali dalle corti, sia i giudizi che sono stati instaurati come *class actions* ma che rimangono in attesa di una certificazione da parte della corte.
 31. A.S. Zimmerman, D.M. Jaros, *The criminal class action*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, p. 1390 (laddove evidenzia che «*Criminal procedure does not have a class action rule, like Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, in part because of the due process concerns that aggregating criminal cases generally raises. For example, each criminal defendant enjoys a personal right to decide whether to enter a plea, testify, or cross-examine witnesses*»).
 32. In tal senso, J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence, due process, and criminal sentencing*, in *Michigan State Law Review*, 2020, p. 345; C.H. Brown, *How an algorithm kicks small businesses out of the food stamps program on dubious fraud charges*, in *The Intercept*, 2018, consultabile alla pagina

- <https://theintercept.com/2018/10/08/food-stamps-snap-program-usda/>.
33. L'aumento dell'uso di sistemi di IA nel settore dell'intermediazione immobiliare, nelle procedure di reclutamento del personale o nel settore dei prodotti finanziari per i consumatori ha dato origine a diverse controversie giudiziarie fondate sull'esistenza di pratiche discriminatorie contro ricorrenti a basso reddito e gruppi tradizionalmente svantaggiati. In tal senso, D.K. Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, cit., pp. 13-16; K. Crawford, J. Schultz, *Big Data and Due Process: Toward A Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, cit., pp. 99-101; S. Barocas, A.D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, cit., pp. 673-674.
 34. *Louis et al. v. SafeRent Solutions LLC*, No. Case 1:22-cv-10800-AK (Mass. Dist. Ct. Jan. 9, 2023). In argomento, cfr. Department of Justice, Press Release, *Justice Department Files Statement of Interest in Fair Housing Act Case Alleging Unlawful Algorithm-Based Tenant Screening Practices*, 2023, consultabile alla pagina <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-statement-interest-fair-housing-act-case-alleging-unlawful-algorithm>; Cathy O'Neil, Holli Sargeant, Jacob Appel, *Explainable Fairness in Regulatory Algorithmic Auditing*, 2023, consultabile alla pagina <https://ssrn.com/abstract=4598305>.
 35. Cfr. *Conn. Fair Hous. Ctr. v. Corelogic Rental Prop. Sols., LLC*, No. 3:18-cv-705-VLB, 2023 BL 248295 (D. Conn. July 20, 2023); *National Fair Housing Alliance et al v. Facebook*, No. 1:18-cv-02689, (S.D.N.Y. Mar 27, 2018). In tal senso, si veda C. Lecher, *Automated background checks are deciding who's fit for a home*, in *Verge*, 2019, consultabile alla pagina <https://www.theverge.com/2019/2/1/18205174/automation-background-check-criminal-records-corelogic>.
 36. The Electronic Privacy Information Center, In the Matter of HireVue Inc. (2019), https://epic.org/privacy/ftc/hirevue/EPIC_FTC_HireVue_Complaint.pdf. Cfr. anche *Baker v. CVS Health Corp.*, No. 23-11483, 2024 BL 51726, (D. Mass. Feb. 16, 2024); *Mobley v. Workday, Inc.*, No. 3:23-cv-00770 (N.D. Cal. Feb 21, 2023).
 37. D. Harwell, *A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job*, in *The Washington Post*, 2019, consultabile alla pagina <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>; R. Abraham, *Business Lobby Tries to Weaken Law Regulating Bias in Hiring Algorithms*, in *Vice*, 2023, consultabile alla pagina <https://www.vice.com/en/article/n7ejn8/business-lobby-tries-to-weaken-law-regulating-bias-in-hiring-algorithms>; M. Varner, *Public Agencies Are Buying Up AI-Driven Hiring Tools and "Bossware"*, in *The Markup*, 2021, consultabile alla pagina <https://themarkup.org/news/2021/12/23/public-agencies-are-buying-up-ai-driven-hiring-tools-and-bossware>.
 38. *Equal Employment Opportunity Commission v. iTutorGroup, Inc. et al*, No. 1:22-cv-02565, (E.D.N.Y May 05, 2022). Cfr. U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Press Release, *EEOC Sues iTutorGroup for Age Discrimination*, 2022,

consultabile alla pagina
<https://www.eeoc.gov/newsroom/eeoc-sues-itorgroup-age-discrimination>.

39. Nel corso dell'analisi, sono stati rintracciati solo pochi casi in cui le corti hanno approfondito aspetti sostanziali riguardanti l'utilizzo dei sistemi algoritmici; tuttavia, queste argomentazioni non risultano mai fondanti nel determinare l'esito della controversia. In tal senso, ad esempio, si veda *Hous. Fed'n of Teachers v. Hous. Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168, 1182 (S.D. Tex. 2017) («*plaintiffs offer up numerous other ways in which EVAAS falls short. Even accepting plaintiffs' criticisms at face value, the loose constitutional standard of rationality allows governments to use blunt tools which may produce only marginal results*»); *People v. Wakefield*, 107 N.Y.S.3d 487, 499 (App. Div. 3d Dep't 2019) (pur respingendo l'eccezione circa l'intervenuta violazione della *due process clause* sulla base di specifici elementi fattuali, la corte ha riconosciuto che l'utilizzo del sistema algoritmico solleva valide preoccupazioni in merito al rapporto tra giusto procedimento e intelligenza artificiale).
40. *Michael T. v. Bowling*, No. 2:15-cv-09655, 2018 BL 103935, at *11-15 (S.D.W. Va. Mar. 26, 2018) («*A review of the new authorization system reveals that the proposal does not appear to suffer from similar due process infirmities and, therefore, does not promote the injustices that this Court's injunction was designed to remedy (...). Thus, Plaintiffs' argument that the new authorization system will decrease their I/DD Waiver Program budgets across the board, cannot be the focus – regardless of its truth – in deciding whether to modify or vacate the current injunction, which was based in part on a finding that Plaintiffs were likely to succeed on their claim under procedural due process*»). In tal senso, si veda anche *Ark. Dep't of Human Servs. v. Ledgerwood*, 2019 Ark. 121, 571 S.W.3d 911, 915.
41. In tal senso, D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., pp. 1281-1282; D.K. Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, cit., pp. 27-28; K. Crawford, J. Schultz, *Big Data and Due Process*, cit., pp. 111-117; C. Coglianese, D. Lehr, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *Georgetown Law Journal*, 2017, pp. 1185-1186.
42. *K.W. ex rel. D.W. v. Armstrong*, 180 F. Supp. 3d 703, 715 (D. Idaho 2016); *Cahoo v. Fast Enters. LLC*, 528 F. Supp. 3d 719, 759 (E.D. Mich. 2021); *Bauserman v. Unemployment Ins. Agency*, No. 333181, 2017 BL 248603, *8 (Mich. Ct. App. July 18, 2017); *Perdue v. Gargano*, 964 N.E.2d 825, 845 (Ind. 2012).
43. *Perdue v. Gargano*, 964 N.E.2d 825, 838 (Ind. 2012); *Barry v. Corrigan* (Lyon), 79 F. Supp. 3d 712, 743-744 (E.D. Mich. 2015). Cfr. anche, D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., p. 1305. In argomento, cfr. Anche D.U. Galetta, J. G. Corvalàn, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 20-21; G. Carullo, *Decisioni amministrative e intelligenza artificiale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 3, 2021, pp. 431-461.
44. *Michael T. v. Bowling*, No. 2:15-cv-09655, 2016 BL 298070, *11 (S.D.W. Va. Sept. 13, 2016); *Cahoo v. Fast Enters. LLC*, 528 F. Supp. 3d 719, 758 - 760 (E.D. Mich. 2021); *Elder v. Gillespie*, 54 F.4th 1055, 1065 (8th Cir. 2022). Cfr. anche *C.S. et al v. Saiki et al*, *Docket*

CERIDAP

- No. 6:17-cv-00564 (D. Or. Apr 10, 2017).
45. *Hous. Fed'n of Teachers Local 2415 v. Hous. Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168, 1180 (S.D. Tex. 2017). *Michael T. v. Bowling*, No. 2:15-cv-09655, 2016 BL 298070, *11 (S.D.W. Va. Sept. 13, 2016).
46. M.E. Kaminski, J.M. Urban, *The Right to Contest AI*, in *Columbia Law Review*, 2021, p. 2035; H. Bloch-Wehba, *Access to Algorithms*, cit., p. 1290.
47. R. Richardson, J. M. Schultz, V. M. Southerland, *Litigating Algorithms 2019 US Report*, cit., p. 7; K. Crawford, J. Schultz, *AI Systems as State Actors*, in *Columbia Law Review*, 2019, pp. 1949-1950; D.F. Engstrom, D.E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, in *Yale Journal on Regulation*, 2020, pp. 841-842.
48. M.E. Kaminski, J.M. Urban, *The Right to Contest AI*, cit., p. 1988.
49. *Barry v. Corrigan (Lyon)*, 79 F. Supp. 3d 712, 744 (E.D. Mich. 2015).
50. *K.W. ex rel. D.W. v. Armstrong*, 180 F. Supp. 3d 703, 716 (D. Idaho 2016).
51. *Barry v. Corrigan (Lyon)*, 79 F. Supp. 3d 712, 743 (E.D. Mich. 2015). Si veda anche K. Crawford, J. Schultz, *AI Systems as State Actors*, cit., pp. 1848-1949.
52. *Elder v. Gillespie*, No. 3:19-cv-00155, 2021 BL 117809, *21 (E.D. Ark. Mar. 31, 2021). In argomento, M. Ly, *Arkans DHS agrees to pay \$460,000 to settle case over in-home care cuts, 2023*, consultabile alla pagina <https://arlegalaid.org/news-events/newsroom.html/article/2023/08/09/arkansas-dhs-agrees-to-pay-460-000-to-settle-case-over-in-home-care-cuts>. Cfr. anche, *Cahoo v. SAS Analytics Inc.*, 912 F.3d 887, 903 (6th Cir. 2019).
53. *Barry v. Corrigan (Lyon)*, 79 F. Supp. 3d 712, (E.D. Mich. 2015); *Elder v. Gillespie*, 54 F.4th 1055, 1065 (8th Cir. 2022); *K.W. v. Armstrong*, No. 1:12-cv-00022, 2023 BL 294664, *8 (D. Idaho Aug. 23, 2023); *Michael T. v. Bowling*, No. 2:15-cv-09655, 2016 BL 298070, *11 (S.D.W. Va. Sept. 13, 2016); *Hous. Fed'n of Teachers v. Hous. Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168, 1176 (S.D. Tex. 2017).
54. M.E. Kaminski, J.M. Urban, *The Right to Contest AI*, cit., p. 1961 (laddove evidenziano che se le garanzie connesse alla “*due process clause*”, come il diritto ad un’adeguata comunicazione o all’accessibilità delle informazioni, non sono correttamente implementate o non sono affatto garantite, non sarà possibile assicurare il diritto ad una contestazione effettiva).
55. *Vclesaca v. Decker*, 458 F. Supp. 3d 224 (S.D.N.Y. 2020); *Talley v. USA et al*, No. 1:16-cv-02327 (D. Colo. Sep 14, 2016); *United States v. Curry*, No. 3:17-cr-00130, 2018 BL 93136, (E.D. Va. Mar. 19, 2018); *State v. Hickerson*, 312 So. 3d 1124 (La. Ct. App. 4th Cir. 2020); *Lynch v. State*, 260 So. 3d 1166 (Fla. Dist. Ct. App. 2018). In argomento, cfr. K. Crawford, J. Schultz, *Big Data and Due Process*, cit., pp. 103-105; A.G. Ferguson, *Predictive Policing and Reasonable Suspicion*, in *Emory Law Journal*, 2012, pp. 319-320; N. Ram, *Innovating Criminal Justice*, in *Northwestern University Law Review*, 2018, p. 692.
56. In tal senso, cfr. *Berliner Eric vs. Nassau County*, No. 605904/2019 (N.Y. Sup Ct. Jan 28, 2020), Court Order; *State v. Pickett*, 246 A.3d 311 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2021); *Hous.*

- Fed'n of Teachers v. Hous. Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168, 1176 (S.D. Tex. 2017); *Flores v. Stanford*, No. 18 Civ. 02468, 2022 BL 40564, *7 (S.D.N.Y. Feb. 7, 2022); *State of Washington v. Flanigan*, No. 5303A 15D, *9 (S.C.D.C. Nov. 17, 2015), Memorandum Opinion; *K.W. v. Armstrong*, No. 1:12-cv-00022, 2023 BL 294664, *8 (D. Idaho Aug. 23, 2023).
57. In argomento, si veda D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., p. 1284 (laddove evidenzia che l'accesso al codice sorgente può fornire informazioni essenziali per un'effettiva contestazione della decisione algoritmica); N. Ram, *Innovating Criminal Justice*, cit., p. 664 (laddove nota che l'accesso al codice sorgente e alle relative informazioni tecniche è spesso essenziale per esaminare e contestare il sistema algoritmico che ha contribuito all'arresto o alla sentenza di condanna degli imputati); J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence, due process, and criminal sentencing*, cit., pp. 346-347 (laddove afferma che è difficile comprendere come possano essere assicurate le garanzie di “*due process*” quando a un imputato viene negato l'accesso al codice sorgente e alle regole di funzionamento dell'algoritmo).
58. *People v. Superior Court (Martell Chubbs)*, No. B258569, 2015 BL 4669, *10 (Cal. Ct. App. 2d Dist. Jan. 9, 2015); *People v. Wakefield*, 107 N.Y.S.3d 487, 499 (App. Div. 3d Dep't 2019); *Lynch v. State*, 260 So. 3d 1166, 1170 (Fla. Dist. Ct. App. 2018). In argomento, si veda R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, in *Stanford Law Review*, 2028, pp. 1356.
59. Cfr. H. Bloch-Wehba, *Access to Algorithms*, cit., p. 1310.
60. *People v. Wakefield*, 107 N.Y.S.3d 487, 500 (App. Div. 3d Dep't 2019). Cfr. anche R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, cit., 1397.
61. C. Coglianesi, E. Lampmann, *Contracting for algorithmic accountability*, in *Administrative Law Review Accord*, 2020, p. 188; H. Bloch-Wehba, *Access to Algorithms*, cit., p. 1291.
62. *K.W. v. Armstrong*, No. 1:12-cv-00022, 2023 BL 294664, *8 (D. Idaho Aug. 23, 2023).
63. *State v. Loomis*, 2016 WI 68, 371 Wis. 2d 235, 260, 881 N.W.2d 749, 762.
64. R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, cit., pp. 1356-1357; K. Crawford, J. Schultz, *AI Systems as State Actors*, cit., p. 1951.
65. *Hous. Fed'n of Teachers v. Hous. Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168, 1179 (S.D. Tex. 2017). Per una discussione della controversia, si veda H. Bloch-Wehba, *Access to Algorithms*, cit., pp. 1279-1283.
66. *K.W. ex rel. D.W. v. Armstrong*, 180 F. Supp. 3d 703, 717 (D. Idaho 2016); *State v. Pickett*, 246 A.3d 279, 284 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2021); *Flores v. Stanford*, No. 18 Civ. 02468, 2022 BL 40564, *7 (S.D.N.Y. Feb. 7, 2022); *State of Washington v. Flanigan*, No. 5303A 15D, (S.C.D.C. Nov. 17, 2015).
67. *State v. Pickett*, 246 A.3d 279, 284 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2021). Per una discussione della controversia, E.A. Rowe, N. Prior, *Procuring Algorithmic Transparency*, in *Alabama Law Review*, 2022, pp. 330-333. In tal senso cfr. anche, *State of Washington v. Flanigan*, No. 5303A 15D, (S.C.D.C. Nov. 17, 2015).

68. R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, cit., pp. 1409-1410; J. Villasenor, V. Foggo, *Artificial Intelligence, due process, and criminal sentencing*, cit., p. 344. Si veda anche A.Z. Huq *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, cit., p. 1948.
69. R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, cit., p. 1412.
70. N. Ram, *Innovating Criminal Justice*, cit., pp. 701-714 (suggerendo l'utilizzo di meccanismi premiali, come brevetti, premi, sovvenzioni, accordi di esclusiva o incentivi fiscali, quali forme alternative per incentivare e promuovere l'accessibilità del codice sorgente e delle relative informazioni); R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, cit., p. 1423.
71. C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and algorithmic governance*, in *Administrative Law Review*, 2019, p. 49; L. M. Ben Dor, C. Coglianese, *Procurement as AI governance*, in *IEEE Transactions on Technology and Society*, 2021, pp. 194; C. Coglianese, E. Lampmann, *Contracting for algorithmic accountability*, cit., pp. 184-189; H. Bloch-Wehba, *Access to Algorithms*, cit., p. 1308; N. Ram, *Innovating Criminal Justice*, cit., pp. 715-716; C. Coglianese, *Procurement and Artificial Intelligence*, in *University of Pennsylvania Law School*, Public Law Research Paper No. 23-33, 2023, p. 9; R. Brauneis, E.P. Goodman, *Algorithmic Transparency for the Smart City*, in *Yale Journal of Law, Technology*, 2018, pp. 164-167; E.A. Rowe, N. Prior, *Procuring Algorithmic Transparency*, cit., p. 350; D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., p. 1308.
72. E.A. Rowe, N. Prior, *Procuring Algorithmic Transparency*, cit., p. 362.
73. R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, cit., p. 1422.
74. S.M. Appel, C. Coglianese, *Algorithmic Administrative Justice*, in Marc Hertogh, et al. (a cura di), *The Oxford Handbook of Administrative Justice*, 2021, p. 489; C. Coglianese, E. Lampmann, *Contracting for algorithmic accountability*, cit., 187; R. Wexler, *Life, Liberty, and Trade Secrets*, cit., p. 1376; E.A. Rowe, N. Prior, *Procuring Algorithmic Transparency*, cit., p. 352.
75. C. Coglianese, *Procurement and Artificial Intelligence*, cit., 9. In argomento, si veda anche S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 2023, pp. 515 ss.; F. Bravo, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2020, pp. 693 ss..
76. R. Crootof, M.E. Kaminski, N.W. Price, *Humans in the Loop*, in *Vanderbilt Law Review*, 2023, p. 475 (laddove evidenziano che il supervisore umano può svolgere un ruolo fondamentale nel correggere gli outputs del sistema algoritmico, mediante l'individuazione e la correzione di errori, discriminazioni o distorsioni interne al sistema); in tal senso, cfr. pure C. Coglianese, K. Hefter, *From Negative to Positive Algorithm Rights*, in *William, Mary Bill of Rights Journal*, 2021, pp. 918-919.
77. R. Crootof, M.E. Kaminski, N.W. Price, *Humans in the Loop*, cit., p. 475 (laddove notano che il coinvolgimento del supervisore umano può anche accrescere la complessiva legittimazione del sistema algoritmico, fornendo un'ulteriore motivazione a supporto della decisione automatizzata).
78. *Zynda et al v. Arwood et al*, No. 2:15-cv-11449 (E.D. Mich. Jan. 11, 2017), Preliminary

- injunction. In argomento, si veda anche R. Calo, D.K. Citron, *The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy*, cit., pp. 827-829.
79. *Zynda et al v. Arwood et al*, No. 2:15-cv-11449 (E.D. Mich. Feb 02, 2017), Settlement agreement.
80. *Zynda v. Arwood*, 175 F. Supp. 3d 791, 798 (E.D. Mich. 2016).
81. *Barry v. Corrigan (Lyon)*, 79 F. Supp. 3d 712, 746 (E.D. Mich. 2015).
82. Si veda A.Z. Huq, *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, cit., pp. 1908-1910 (evidenziando che l'introduzione di meccanismi di supervisione umana non sempre permette di superare le preoccupazioni legate alla qualità delle decisioni algoritmiche, poiché tale forma di supervisione non sempre garantisce l'effettiva riduzione del numero di falsi positivi o negativi); A.Z. Huq, *A Right to a Human Decision*, in *Virginia Law Review*, 2020, p. 682; K. Brennan-Marquez, K. Levy, D. Susser, *Strange Loops: Apparent Versus Actual Human Involvement in Automated Decision Making*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, p. 754.
83. *People v. Wakefield*, 107 N.Y.S.3d 487, 499 (App. Div. 3d Dep't 2019); *State v. Loomis*, 2016 WI 68, 371 Wis. 2d 235, 241, 881 N.W.2d 749, 761; *Lynch v. State*, 260 So. 3d 1166, 1170 (Fla. Dist. Ct. App. 2018).
84. In argomento, si veda H. Bloch-Wehba, *Access to Algorithms*, cit., p. 1292; R. Crotofo, M.E. Kaminski, N.W. Price, *Humans in the Loop*, cit., p. 438; L.M. Ben Dor, C. Coglianesi, *AI in Adjudication and Administration*, cit., p. 811.
85. B. Green, *The flaws of policies requiring human oversight of government algorithms*, in *Computer Law, Security Review*, 2022, p. 1 (l'Autore propone «a shift from human to institutional oversight for regulating governmental algorithms»). In argomento, nella letteratura italiana si veda anche B. Marchetti, *La garanzia dello Human in the Loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2021, p. 2; S. Civitarese Matteucci, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., pp. 5 ss.; S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, cit., pp. 529 ss.
86. 5 U.S.C. § 551(4) (2000).
87. D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., pp. 1288-1289; F. Bignami, *Artificial Intelligence Accountability of Public Administration*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2022, pp. 341-343; D.K. Mulligan, K.A. Bamberger, *Procurement as policy: Administrative process for machine learning*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, pp. 814-815; Si veda anche Office of Mgmt., Budget, Exec. Office of the President, *OMB Memorandum M-21-06, app. A*, 2020, pp. 12-13.
88. D.F. Engstrom, D.E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, in *Yale Journal on Regulation*, 2020, p. 806 (evidenziando l'esistenza di incertezze interpretative nel classificare l'implementazione di un nuovo sistema algoritmico come una *legislative rule*); D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., p. 1290 (laddove sottolinea le difficoltà interpretative nel qualificare l'introduzione di un nuovo sistema algoritmico come una «new rule» e quindi sottoposta alla procedura di *notice-and-comment* o come una

- «*interpretative rule*» e quindi esente da tale procedura formale); D.K. Mulligan, K.A. Bamberger, *Procurement as policy: Administrative process for machine learning*, cit., pp. 814-817; F. Bignami, *Artificial Intelligence Accountability of Public Administration*, cit., p. 342.
89. D.F. Engstrom, D.E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, cit., pp. 845-846; F. Bignami, *Artificial Intelligence Accountability of Public Administration*, cit., p. 342 (l'Autrice propone un elenco di fattori che possono guidare le corti e le agenzie governative nella valutazione se l'introduzione di un nuovo sistema algoritmico debba essere sottoposta o meno alla procedura di *notice-and-comment*).
90. Ark. Code Ann. § 25-15-204 (2020).
91. *Ark. Dep't of Human Servs. v. Ledgerwood*, 2017 Ark. 308, 530 S.W.3d 336, 344-345; Colin Lecher, *What Happens When an Algorithm Cuts Your Health Care*, in *The Verge*, 2018, consultabile alla pagina <https://www.theverge.com/2018/3/21/17144260/healthcare-medicaidalgorithm-arkansas-cerebral-palsy>.
92. Cfr. *Velesaca v. Decker*, 458 F. Supp. 3d 224, 242 (S.D.N.Y. 2020). Si veda, anche D.K. Mulligan, K.A. Bamberger, *Procurement as policy: Administrative process for machine learning*, cit., pp. 815-817 (laddove fornisce ulteriori esempi di casi giurisprudenziali).
93. D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., p. 1290.
94. *Supra* nota 85.
95. D.K. Mulligan, K.A. Bamberger, *Procurement as policy: Administrative process for machine learning*, cit., p. 846; Cfr. *infra* nota 101.
96. *K.W. ex rel. D.W. v. Armstrong*, 180 F. Supp. 3d 703, 712 (D. Idaho 2016).
97. L.M. Ben Dor, C. Coglianese, *Procurement as AI governance*, cit., p. 195; D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., pp. 1310-1312 (laddove suggerisce che le agenzie governative statunitensi dovrebbero eseguire regolarmente test sui sistemi algoritmici utilizzati per identificare ed eliminare errori e bias interni ai sistemi basati sull'Intelligenza Artificiale); M.E. Kaminski, J.M. Urban, *The Right to Contest AI*, cit., p. 2003 (che evidenziano l'importanza di implementare e garantire «*systemic solutions, such as testing, audits, algorithmic impact assessments, and documentation requirements*»); A.G. Ferguson, *Policing Predictive Policing*, cit., p. 1167 (suggerisce che le attività di audit per i sistemi di IA impiegati per attività di polizia predittiva dovrebbero includere test condotti da terze parti e essere sottoposti a processi peer review); D. Lehr, P. Ohm, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, in *UC Davis Law Review*, 2017, pp. 698-700 (2017); C. Coglianese, K. Hefter, *From Negative to Positive Algorithm Rights*, cit., p. 915.
98. L.M. Ben Dor, C. Coglianese, *Procurement as AI governance*, cit., p. 195 (suggerisce l'opportunità di introdurre clausole contrattuali che prevedano la sottoposizione periodica dei sistemi di IA ad un'attività di audit indipendente per monitorare l'eventuale emersione di risultati errati o di bias legati ai fattori socioeconomici, etnici o di genere nelle decisioni algoritmiche); D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., pp. 1310-1312 (laddove

- propone che «le gare d'appalto per gli acquisti a livello federale dovrebbero imporre l'utilizzo di clausole contrattuali che specifichino che prima che gli Stati possano accettare sistemi decisionali basati sull'IA dal fornitore, tali sistemi debbano necessariamente superare un certo numero di test obbligatori»); C. Coglianese, E. Lampmann, *Contracting for algorithmic accountability*, cit., p. 194.
99. *K.W. v. Armstrong*, No. 1:12-cv-00022-BLW (D. Idaho Jan. 12, 2017), Settlement Agreement. In argomento, *The Testimony of Ritchie Eppink, Artificial Intelligence in Government: Hearing before the S. Comm. on Homeland Security, Gov't Affairs*, 117th Cong., 2023, consultabile alla pagina <https://www.hsgac.senate.gov/wp-content/uploads/Testimony-Eppink-2023-05-16-1.pdf>.
 100. *C.S. et al v. Saiki et al*, No. 6:17-cv-00564 (D. Or. Jun 2, 2017), Joint Report to the Court.
 101. D.K. Citron, *Technological Due Process*, cit., pp. 1310-1312; F. Bignami, *Artificial Intelligence Accountability of Public Administration*, cit., p. 31.
 102. D.K. Mulligan, K.A. Bamberger, *Procurement as policy: Administrative process for machine learning*, cit., 850-851.
 103. M.E. Kaminski, J.M. Urban, *The Right to Contest AI*, cit., p. 2042. Si veda anche, C. Coglianese, K. Hefter, *From Negative to Positive Algorithm Rights*, cit., p. 920; E.P. Goodman, *The Challenge of Equitable Algorithmic Change*, in *The Regulatory Review, Rutgers Law School Research Paper*, 2019, consultabile alla pagine <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3333212>.
 104. C. Coglianese, E. Lampmann, *Contracting for algorithmic accountability*, cit., 194. In argomento, con riferimento al contesto europeo, si veda il recente contributo di G.F. Licata, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *CERIDAP*, 2, 2024, pp. 30 ss..
 105. C. Coglianese, E. Lampmann, *Contracting for algorithmic accountability*, cit., p. 195 (laddove nota che attraverso processi di partecipazione pubblica, le agenzie governative possono contribuire a garantire che i sistemi di IA godano di una maggiore accettazione da parte dell'opinione pubblica).
 106. A.Z. Huq, *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, cit., p. 1897.
 107. *Op. ult. cit.*, 1903 (laddove l'Autore evidenzia che «when it comes to policing, for example, it would be difficult for an individual litigant to challenge the use of a machine-learning tool to allocate policing resources so long the legal basis for his or her encounter with the police was constitutionally sufficient»).
 108. Cfr. *Executive Office of the President, Advancing Governance, Innovation, and Risk Management for Agency Use of Artificial Intelligence*, (Mar. 28, 2024), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/03/M-24-10-Advancing-Governance-Innovation-and-Risk-Management-for-Agency-Use-of-Artificial-Intelligence.pdf>. In tal senso, si veda anche il recente memorandum governativo “*Advancing Governance, Innovation, and Risk Management for Agency Use of Artificial Intelligence*”, finalizzato a dare attuazione agli obiettivi di policy precedentemente individuati nell'*Executive Order*

14,000. Più nel dettaglio, in via esemplificativa, il memorandum impone alle agenzie federali: la comunicazione agli interessati delle decisioni algoritmiche avverse, garantendo modalità di comunicazione appropriate, motivazioni sufficientemente esaurienti ed indicazioni circa le modalità di esercizio del diritto di appello; l'implementazione di strumenti continuativi di monitoraggio e verifica dell'impatto delle decisioni automatizzate sui diritti fondamentali, al fine di mitigare l'emersione di decisioni irragionevoli o discriminatorie; il mantenimento di un coinvolgimento umano in fase decisionale, quanto meno ai fini della revisione delle decisioni algoritmiche avverse, o lo sviluppo di forme alternative di supervisione umana.

109. In argomento, di recente, si veda N. Rangone, *Regolare con intelligenza artificiale?*, in *Dir. amm.*, 2023, pp. 749 ss..
110. Cfr. *supra* nota 3.
111. A. Deeks, *The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence*, in *Columbia Law Review*, 2019, p. 1841; C. Coglianesi, K. Hefter, *From Negative to Positive Algorithm Rights*, cit., pp. 922-923. In argomento, sul ruolo della giurisprudenza amministrativa nell'individuazione di limiti e criteri per la gestione automatizzata dei procedimenti amministrativi, si veda D. Marongiu, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti. Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 1507 ss.; F. Costantino, *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti - Algoritmi, intelligenza artificiale e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 1507; D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. pubbl. comun.*, 2020, pp. 2205.

Tutela del benessere animale ed interessi economici tra diritto nazionale ed eurounitario

Micaela Lottini

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-17

La III Sezione del Consiglio di Stato, in una ordinanza del luglio 2023, afferma che l'articolo 9 della Costituzione, come novellato, ha di fatto inserito la tutela degli animali tra i cosiddetti 'principi supremi'; conseguentemente, la compromissione dell'interesse dell'animale (ed in particolare la perdita della vita) può avvenire solo a seguito di una rigorosa valutazione sulla necessità e proporzionalità della misura da adottarsi, questo in particolare quando l'interesse umano che rileva è un interesse meramente economico.

Protection of animal welfare and economic interests between national and EU law

Section III of the Council of State, in an order of July 2023, states that article 9 of the Constitution, as amended, has effectively included the protection of animals among the so-called 'supreme principles'; consequently, animal's interests (and in particular their loss of life) can be affected only following a rigorous evaluation of the necessity and proportionality of the measure to be adopted, in particular when the human interest at stake is purely economic.

Sommario: 1. Premessa.- 2. L'ordinanza n. 5473 del 2023: la tutela degli animali come 'principio supremo'.- 3. Tutela del 'singolo animale' come interesse autonomo: articolo 13 TFUE e relative interpretazioni giurisprudenziali.- 4. Gli animali tra 'tutela rafforzata' ed interessi economici.- 5. Conclusioni.

1. Premessa

In una ordinanza del luglio 2023^[1], la III Sezione del Consiglio di Stato afferma che l'articolo 9 della Costituzione, come novellato^[2], ha di fatto inserito la tutela degli animali tra i cosiddetti 'principi supremi'; conseguentemente, la compromissione dell'interesse dell'animale (ed in particolare la perdita della vita) può avvenire solo a seguito di una rigorosa valutazione sulla necessità e proporzionalità della misura da adottarsi.

Questa conclusione si pone perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia interpretativa dell'articolo 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)^[3], nonché con precedenti pronunce dello stesso giudice amministrativo, nell'ambito della quali è stato più volte chiarito che il benessere degli animali è riconosciuto come un valore da tutelare ed un interesse pubblico che non può essere sacrificato *sic et simpliciter*, ma solo a seguito di una adeguata ponderazione con gli altri interessi in gioco.

Questo significa che gli interessi umani non possono prevalere in linea di principio su quelli 'animali', soprattutto se si tratta nel primo caso di interessi economici che, come sottolinea la III Sezione, non devono acquisire un peso preponderante nella valutazione sulla proporzionalità della misura che lede il benessere dell'animale.

È interessante evidenziare come a questa conclusione fosse già pervenuta la Corte di giustizia in una pronuncia del 2018^[4], riguardante il tema delle macellazioni rituali, nell'ambito della quale si chiarisce che il sacrificio dell'interesse dell'animale può e deve essere comparato con l'interesse alla tutela della libertà religiosa (entro certi limiti) o della sicurezza pubblica, ma non con interessi puramente economici.

Nell'ambito del presente lavoro, partendo da alcune statuizioni della succitata ordinanza, si vuole proporre una riflessione più generale riguardante il valore giuridico della tutela degli animali nell'ambito dell'ordinamento nazionale ed eurounitario soprattutto alla luce delle recenti novità costituzionali.

2. L'ordinanza n. 5473 del 2023: la tutela degli animali

come ‘principio supremo’

Con l’ordinanza del 14 luglio 2023 n. 5473^[5], la III Sezione del Consiglio di Stato è chiamata a pronunciarsi sull’ordinanza cautelare del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento che negava la sospensione dell’impugnato decreto del Presidente della Provincia autonoma, con il quale era stato autorizzato (ai sensi dell’art. 1^[6] della legge provinciale 11 luglio 2018, n. 9^[7]) l’abbattimento di un esemplare di orso bruno, al fine di garantire l’interesse alla salute e alla sicurezza pubblica, a seguito di attacchi avvenuti contro escursionisti. In adesione alle richieste dei ricorrenti (varie associazioni di tutela degli animali), la III Sezione annulla l’ordinanza impugnata e dispone la sospensione del decreto presidenziale.

In primis, il Collegio ricorda come, a livello sovranazionale, l’orso bruno sia protetto dalla Convenzione di ‘Berna’ del 1979, sulla conservazione della flora e fauna selvatica europea e dei suoi habitat naturali^[8], essendo inserito nell’Allegato n. II che individua le specie animali ‘strettamente protette’.

In questo senso, l’art. 6 della Convenzione stabilisce che le Parti contraenti debbano prendere i provvedimenti legislativi regolamentari appropriati e necessari per assicurare la conservazione delle specie di fauna selvatica enumerate nell’allegato II. In particolare, è vietata qualsiasi forma intenzionale di cattura di detenzione e di uccisione.

L’abbattimento è consentito solo per prevenire importanti danni a colture, bestiame, zone boschive, riserve di pesca, acque e altre forme di proprietà, nonché, nell’interesse della salute e della sicurezza pubblica (art. 9).

L’orso è ‘specie da proteggere’ anche ai sensi della CITES, ovvero della Convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e di fauna selvatiche minacciate di estinzione, firmata nel 1975^[9].

Ancora.

L’orso bruno è una specie protetta ai sensi della legge n. 157 dell’11 febbraio 1992, Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio (art. 2, 1 A); della Direttiva 92/43/CEE, Conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (Direttiva ‘Habitat’)^[10] e del DPR n. 357 dell’8 settembre 1997, attuativo di tale Direttiva.

Sulla base di questa normativa, in linea con le Convenzioni internazionali

succitate, la cattura e l'uccisione di esemplari di orso è vietata e la possibilità di derogare al divieto è circoscritta ad ipotesi limitate. In questo senso, l'art. 16 della Direttiva 92/43/CEE indica una serie di interessi pubblici^[11] che possono giustificare tale deroga, ma specifica che questa può essere applicata a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale.

In altre parole, il sacrificio della vita dell'animale deve essere l'*extrema ratio* ed è ammesso solo dopo un rigoroso giudizio di necessità e proporzionalità.

Il Collegio ricorda come la Corte di Giustizia abbia avuto modo di pronunciarsi sull'interpretazione della Direttiva Habitat in svariate pronunce. In particolare, i giudici europei hanno chiarito che la Direttiva ha come obiettivo quello di garantire una rigorosa tutela delle specie animali^[12] e, in questo senso, impone agli Stati membri, sia l'adozione di un quadro normativo generale, che l'attuazione di specifiche misure di tutela anche a carattere preventivo^[13], in modo da consentire di evitare la cattura o l'uccisione deliberata nell'ambiente naturale di esemplari delle specie protette^[14]; in questo senso, la deroga prevista all'art. 16 è sottoposta a rigide condizioni e deve essere interpretata restrittivamente^[15].

A livello nazionale, il potere di autorizzare la deroga al divieto di cattura o uccisione delle specie protette è attribuito, dall'art. 11, comma 1, del D.P.R. n. 357 del 1997, al Ministero dell'Ambiente, sentiti per quanto di competenza il Ministro per le Politiche Agricole e l'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), in linea con l'art. 16 della Direttiva, ove non esista un'altra soluzione valida e non si pregiudichi il mantenimento dello stato di conservazione della specie.

Sempre in Italia, il PACOBACE, ossia il Piano d'azione interregionale per la conservazione dell'orso bruno sulle Alpi centro-orientali^[16] prevede l'adozione di alcune azioni per affrontare delle situazioni di criticità, tra cui, la cattura con rilascio allo scopo di spostamento e/o radiomarcaggio, la cattura per captivazione permanente, nonché, l'abbattimento, ma solo nel caso di elevati gradi di pericolosità dell'orso e con il coinvolgimento del Ministero dell'Ambiente e dell'ISPRA.

Inoltre, la Provincia di Trento ha dato attuazione all'art. 16 della Direttiva 92/43/CEE, con la succitata legge provinciale 11 luglio 2018, n. 9; quest'ultima,

da una parte, attribuisce al Presidente della Provincia, previo parere dell'ISPRA, il potere di autorizzare il prelievo, la cattura o l'uccisione di esemplari della specie 'orso bruno', dall'altra, circoscrive l'esercizio di tale potere al sussistere di motivi imperativi di rilevante interesse pubblico e alla mancanza di un'altra soluzione valida, da valutarsi, attraverso l'ausilio di documenti tecnici, quali le Linee guida per l'attuazione della legge provinciale n. 9/2018 e dell'articolo 16 della direttiva Habitat che, in coerenza con le previsioni del PACOBACE, operano delle classificazioni degli attacchi e del comportamento degli esemplari (problematici). Secondo il giudice di prime cure, la domanda cautelare presentata dalle associazioni ricorrenti non poteva essere accolta, in quanto il Presidente della Provincia aveva correttamente interpretato la succitata complessa normativa in materia e aveva ritenuto di ascrivere la condotta dell'orso al parametro di massima pericolosità previsto dai documenti tecnici, adottando quindi una misura drastica proporzionata a questa valutazione, ossia l'abbattimento; in linea, peraltro, con il parere espresso dall'ISPRA; quest'ultimo specifica, inoltre, che l'abbattimento del singolo esemplare non ha un significativo impatto sulla popolazione di orsi bruni delle Alpi centro orientali.

Ancora, secondo il Collegio, questa conclusione è avvalorata dal fatto che non sussistono, nel territorio della Provincia di Trento, strutture idonee alla captivazione permanente dell'animale; in altre parole, si ritiene che la captivazione non sia una soluzione sostenibile per la gestione degli orsi problematici a medio e lungo termine, data la scarsità di spazi e risorse, e le evidenti difficoltà nel garantire il benessere degli animali.

Secondo la III Sezione del Consiglio di Stato, questa conclusione non può essere accolta. Infatti, la protezione della vita degli animali, anche alla luce delle novità costituzionali, nazionali ed europee (art. 9 Cost. e art. 13 TFUE) ha una tutela rafforzata, a cui si può derogare solo in presenza di condizioni che sono da interpretarsi in maniera rigorosa e restrittiva, secondo una logica graduata che risponda, quindi, al canone di proporzionalità^[17].

In questa chiave, come è noto, in termini generali, la misura adottata deve essere idonea a perseguire il fine, nonché deve essere l'unica possibile tale da non rappresentare un sacrificio eccessivo per il bene ritenuto recessivo all'esito del bilanciamento tra contrapposti interessi.

Venendo alla valutazione delle misure che possono essere adottate ai sensi dell'art.

1 della legge provinciale summenzionata, è possibile ricorrere a quella più grave solo ove sia provata l'impossibilità di adottare la misura meno cruenta e, quindi, a condizione che non esista un'altra soluzione valida.

Peraltro, questa interpretazione è, oggi, l'unica compatibile con l'articolo 9 comma 2 della Costituzione, in base al quale la legge dello Stato deve disciplinare i modi e le forme di tutela degli animali. In questo contesto, la tutela degli animali, essendo stata collocata tra i principi fondamentali della Repubblica, appartiene ai cosiddetti «*principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana*»^[18].

Sicché, la norma primaria e quella secondaria, se non interpretate sulla scorta di tali canoni ermeneutici, sono inevitabilmente illegittime.

In conclusione, sulla base dell'impianto normativo e giurisprudenziale summenzionato, i giudici concludono che può ricorrersi all'abbattimento dell'animale solo nell'ipotesi (estrema e di rara verifica) di impossibilità oggettiva, non solo temporanea e soggettiva, da valutarsi secondo i criteri generali dell'ordinamento giuridico, di ricorrere ad azioni meno cruente.

Nel caso di specie poi, deve concludersi che il provvedimento impugnato in primo grado esorbita dal suddetto perimetro in quanto delibera l'abbattimento dell'animale senza avere adeguatamente valutato l'efficacia di misure intermedie idonee a salvaguardare l'incolumità pubblica senza sacrificare la vita dell'animale, bene giuridico oggi costituzionalmente protetto.

Inoltre, lo stesso provvedimento secondo la III Sezione presenta un vizio logico.

Infatti, la mancanza di adeguate strutture per l'accoglimento e la gestione di animali 'problematici' non può legittimare una misura che viola il principio di proporzionalità e che rischia di autorizzare un uso indiscriminato della soluzione estrema e più cruenta che invece deve costituire l'*extrema ratio*. Questa mancanza, peraltro, non può incidere sulle valutazioni dell'amministrazione che deve sempre cercare il punto di equilibrio tra le esigenze contrapposte sulla base

del principio di proporzionalità.

In questo senso, date le carenze strutturali sarebbe stato compito dell'amministrazione quello di valutare ogni misura intermedia tra la libertà e l'abbattimento dell'animale e, quindi, anche l'ipotesi del trasferimento in una struttura diversa da quelle di proprietà della Provincia, eventualmente anche fuori dal territorio nazionale, ossia di una forma di captivazione realizzata mediante esternalizzazione.

Conclusivamente, la Sezione prevede che, poiché il provvedimento che dispone l'abbattimento dell'animale appare sproporzionato e non coerente con le normative sovranazionali e nazionali che impongono l'adeguata valutazione di misure intermedie, venga sospeso l'ordine di abbattimento dell'animale.

3. Tutela del 'singolo animale' come interesse autonomo: articolo 13 TFUE e relative interpretazioni giurisprudenziali

Con l'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, introdotto con la modifica di Lisbona (2010), si impone ad Unione e Stati membri di considerare le esigenze degli esseri senzienti animali, nella duplice attività di formulazione ed attuazione delle politiche di integrazione.

La dottrina, chiamata a fornire dei chiarimenti sulla portata giuridica del nuovo articolo, ne individua dei limiti, specificando, in particolare, come lo stesso non attribuisca una competenza all'Unione^[19] e si caratterizzi per una formulazione alquanto generica, poiché non viene chiarito cosa debba intendersi per 'benessere degli animali'^[20], per 'essere senziente'^[21], ovvero se la tutela del benessere degli animali debba prevalere su altri obiettivi ed interessi che con la stessa possano entrare in conflitto.

Ancora, l'art. 13 sembrerebbe prevedere dei limiti di applicabilità poiché riguarda solo alcune politiche ed il secondo alinea richiede il rispetto delle «*disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale*».

Non deve dimenticarsi, però, che la politica del 'mercato interno' (appunto uno degli ambiti considerati) ha, di fatto, una portata generale, dato che rappresenta,

come è noto, il cuore della costruzione europea^[22].

In effetti, la dottrina, pur evidenziandone i limiti, sottolinea però l'importanza dell'art. 13 che rappresenta, in realtà, più che un punto di arrivo «*una vera e propria base di partenza per dare impulso alla costituzionalizzazione del diritto degli animali*»^[23].

A ben vedere, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sul valore dell'art. 13 nell'ambito dell'ordinamento europeo, da una parte, ha qualificato la tutela del benessere animale come un «*obiettivo legittimo di interesse generale*» (sia dell'Unione che degli Stati membri), dall'altra, ha utilizzato il disposto dello stesso articolo come base giuridica per giustificare delle interpretazioni della normativa europea volte al favorire la protezione degli animali nel bilanciamento con altri interessi^[24].

Sicché, secondo la Corte, il benessere animale è un interesse o meglio un valore^[25] che deve essere considerato e non può essere sacrificato, in linea di principio, ad ogni interesse umano^[26], la ponderazione tra i vari interessi deve avvenire sulla base del principio di proporzionalità.

Particolarmente interessanti, in questo senso, sono una serie di sentenze riguardanti il rapporto tra la pratica religiosa delle macellazioni rituali (senza stordimento) e la normativa europea che tutela gli animali al momento dell'abbattimento, secondo la quale, l'animale deve essere preventivamente stordito.

La Corte nel dicembre 2020 (sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* e altri)^[27], esclude, per esempio, che una norma nazionale che impone uno stordimento reversibile sia da considerarsi contraria alla libertà religiosa, almeno nella sua dimensione esteriore (*forum externum*); la Corte, di fatto mettendo sullo stesso piano il valore/interesse alla tutela del benessere degli animali, ovvero più nello specifico alla limitazione della loro sofferenza con quello della libertà religiosa (in particolare il *forum externum*, ossia le manifestazioni esterne e non il credo individuale), ne opera un bilanciamento, attraverso il principio di proporzionalità. La stessa ritiene, quindi, che lo stordimento momentaneo sia un compromesso accettabile (adeguato, necessario e proporzionato) al fine di contemperare la libertà religiosa in senso estrinseco e la tutela degli esseri senzienti non umani.

Sicché, con l'art. 13 si individua un nuovo interesse pubblico: la tutela del

benessere del singolo animale.

Viene fatto obbligo sia all'Unione che agli Stati membri di tenerne conto non solo nella formulazione delle relative politiche, ma anche a livello di attuazione delle stesse.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto si ricordi che l'attuazione del diritto europeo^[28] è un processo complesso che coinvolge gli Stati membri, in primis, non solo a livello normativo, anche amministrativo, nonché l'Unione con i propri apparati, ove questo sia previsto.

Sulla linea della summenzionata tendenza giurisprudenziale si è posto il giudice amministrativo italiano in alcune pronunce degli ultimi tempi; a titolo d'esempio, la Sezione III del Consiglio di Stato^[29], nell'ambito di una causa riguardante la richiesta di annullamento di un provvedimento *extra ordinem*, con cui il Presidente della provincia di Trento e Bolzano aveva disposto la cattivazione permanente di un orso bruno, conclude appunto che l'interesse alla tutela della pubblica incolumità e la tutela dell'interesse dell'animale ad una vita piena e dignitosa debbano essere adeguatamente bilanciati, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Ancora. Nell'ambito di una causa in cui veniva richiesto l'annullamento dei provvedimenti mediante i quali l'amministrazione competente aveva ordinato l'abbattimento di alcuni capi bufalini, al fine di tutelare l'interesse pubblico al contenimento del contagio e all'eradicazione della brucellosi, la Sezione III del Consiglio di Stato^[30] ritiene di non condividere la posizione del TAR, in base alla quale gli unici due interessi in gioco sarebbero stati quello della salute pubblica e quello dell'operatore economico proprietario dei capi di bestiame, ma al contrario debba essere considerato anche l'interesse dell'animale.

In maniera diretta ed esplicita, il Collegio ricorda come il benessere degli animali sia protetto a livello nazionale ed eurounitario ove, in particolare, è inteso come un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione ovvero un valore condiviso nell'Unione europea sancito ora dall'art. 13. Argomenta, quindi, come il valore della vita degli animali non possa essere sacrificato senza adeguata ponderazione e che, nel bilanciamento tra il diritto al benessere dell'animale (da intendersi come valore fondamentale *in re ipsa*) e il bene supremo della salute pubblica, nel caso di specie, questa non possa prevalere *ex se*, ma appunto debba essere bilanciata con siffatto valore.

4. Gli animali tra ‘tutela rafforzata’ ed interessi economici

Con l’ordinanza del luglio 2023, viene ancora messo in evidenza come gli animali, nell’ambito dell’ordinamento nazionale ed eurounitario, dopo le riforme costituzionali, godano di una ‘tutela rafforzata’.

In realtà, il rafforzamento della tutela degli animali, ad opinione di chi scrive, trova le sue radici non solo nel novellato articolo 9 della Costituzione italiana^[31], ma nell’art. 13 del TFUE che ha esplicitato un dato abbastanza intuitivo, ossia che gli animali sono esseri senzienti.

La ratio di questa specificazione deriva dal fatto che gli animali (a differenza ovviamente degli esseri umani) possono avere un valore economico ed essere oggetto di transazioni commerciali, ossia possono essere delle ‘merci’^[32], secondo la tradizionale definizione del concetto fornita dalla sentenza della Corte di giustizia (Commissione c. Repubblica italiana)^[33]; ancora, nel nostro ordinamento gli animali selvatici sono patrimonio indisponibile dello Stato^[34] e, sulla base della normativa civilistica, sono considerati beni mobili^[35].

Ad ogni modo, qualunque sia il legame giuridico che lega un animale ad un essere umano, la relativa disciplina non può che tenere conto del fatto che gli animali non sono ‘cose’, ma esseri senzienti e per questo motivo, devono godere di una particolare tutela.

Naturalmente, questa conclusione ha, come abbiamo detto, una base normativa (art. 13 TFUE), ma deriva anche dal mutato sentire collettivo che mal tollera comportamenti lesivi del benessere e della dignità degli animali (almeno che questo non sia strettamente necessario).

Non per niente il giudice amministrativo chiarisce che la tutela degli animali è da considerarsi ormai un ‘valore fondante del nostro vivere civile’, cosa che ovviamente non può essere solo la conseguenza della novella costituzionale, ma dell’evoluzione in termini etici del rapporto uomo/animale e di una sempre maggiore sensibilità nei confronti di quest’ultimo, che è cresciuta nel corso degli ultimi decenni per ragioni varie e profonde la cui investigazione esula dai limiti di questo lavoro.

Proprio il rilievo che gli animali devono godere di una tutela rafforzata, porta poi al passo successivo, ossia al fatto che l’interesse al benessere animale (riconosciuto a livello costituzionale, sia nazionale che eurounitario) non può considerarsi di

rango *ex se* inferiore ad un qualunque interesse umano, in particolare quando trattasi di interessi economici.

Gli interessi umani ed animali devono essere ponderati attraverso il principio di proporzionalità.

Nell'ambito di questa ponderazione, deve essere valutata la tipologia di interessi in gioco. Nel caso di specie, vengono in rilievo l'interesse alla vita e alla sicurezza umana e quello alla vita e al benessere dell'animale che può essere compromesso, ma solo se la misura adottata sia necessaria e proporzionata all'obiettivo da raggiungere.

Viene, ancora, chiarito dal giudice amministrativo che la misura proposta, volta a tutelare la sicurezza e la vita umana, non debba essere, in realtà, una misura scelta per motivi economici, motivi che non possono essere posti a fondamento di un sacrificio incondizionato dell'interesse dell'animale.

Sulla stessa linea, peraltro, si era già espresso il Consiglio di Stato (Sez. VII), in una ordinanza del 2019^[36], in cui negava un provvedimento cautelare, nell'ambito di una causa riguardante la legittimità di una disposizione del Decreto del Ministro dell'ambiente del 20 dicembre 2017 di modifica del decreto legislativo 21 marzo 2005, n. 73, (Attuazione della direttiva 1999/22/CE relativa alla custodia degli animali selvatici nei giardini zoologici) che introduceva la possibilità del nuoto in vasca con i delfini da parte del pubblico, e che vedeva contrapposti il gestore di un parco acquatico ed alcune associazioni animaliste relative.

La VII Sezione chiarisce, infatti, che: «*nel bilanciamento d'interessi, in relazione al principio di precauzione, deve attribuirsi prevalenza al benessere, salute e sicurezza degli animali e degli stessi destinatari dell'attività in vasca a contatto con gli esemplari di tursiops truncatus, rispetto ai pregiudizi di natura economica allegati dall'appellante*».

La causa verrà, poi, risolta in senso favorevole alle associazioni animaliste, dato che la VII Sezione con la sentenza n. 157 del 15 dicembre 2023, ha respinto l'appello presentato avverso la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, n. 5892 del 10 maggio 2019, con la quale era stata ritenuta illegittima l'impugnata disposizione.

È interessante notare come alle stesse conclusioni fosse già pervenuta la Corte di giustizia, in una sentenza *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*

Provincie Antwerpen, VZW e altri^[37], del 29 maggio 2018, riguardante la questione delle macellazioni rituali.

Nell'ambito di questa causa, la Corte di giustizia è chiamata a pronunciarsi sul rapporto tra la normativa europea che tutela e promuove il benessere degli animali, ed in particolare le disposizioni del Regolamento (CE) n. 1099/2009^[38] (volto a tutelare gli animali al momento dell'abbattimento), secondo cui gli animali devono essere storditi prima di essere macellati e la pratica imposta da diversi credo religiosi della macellazione senza previo stordimento (c.d. macellazione rituale)^[39].

La macellazione rituale è stata riconosciuta dalla legislazione UE e dalla giurisprudenza^[40] come corollario della libertà religiosa e, di conseguenza, è accettata e protetta^[41]; proprio il Regolamento n. 1099/2009 all'articolo 4, paragrafo 4, prevede che le disposizioni che impongono il previo stordimento non si applicano agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi, a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello che soddisfi tutti i requisiti prescritti e che sia autorizzato dalle autorità nazionali competenti (articolo 4, paragrafo 4 e articolo 2, k).

Nella sua pronuncia, la Corte è chiamata a valutare la legittimità, in relazione al diritto fondamentale alla libertà di religione, proprio di questa disposizione del Regolamento n. 1099/2009.

La causa nasce nel contesto di una controversia tra alcune associazioni musulmane e la regione fiamminga del Belgio. L'oggetto della contesa è una decisione ministeriale di non autorizzare (come era avvenuto in passato), durante la festa islamica del sacrificio, la macellazione rituale di animali senza stordimento in macelli 'temporanei', anche se la capacità dei macelli autorizzati risulti insufficiente per soddisfare l'aumento della domanda registrato in quello specifico periodo.

In breve, ciò che la Corte deve determinare è se il requisito che la macellazione venga eseguita solo in macelli autorizzati violi la libertà religiosa, ove il numero di questi macelli non soddisfi la richiesta con la conseguenza di un ingente onere finanziario posto a carico delle comunità musulmane per aumentare il numero complessivo di macelli autorizzati nella regione.

I giudici concludono che gli articoli in questione del Regolamento 1099/2009 non limitano di, per sé, il diritto alla libertà di religione. Infatti, gli stessi,

imponendo l'obbligo di eseguire macellazioni rituali in macelli riconosciuti che soddisfano requisiti specifici, intendono «*esclusivamente organizzare e regolamentare, da un punto di vista tecnico, il libero esercizio della macellazione senza previo stordimento a fini religiosi*»^[42].

Con queste regole tecniche, il legislatore europeo concilia il rispetto delle specifiche modalità di macellazione prescritte dai riti religiosi con le norme sulla tutela del benessere degli animali al momento dell'abbattimento. Infatti, al fine di evitare sofferenze eccessive ed inutili degli animali uccisi senza prima essere storditi, tutte le macellazioni rituali devono essere eseguite in appositi macelli dove è possibile, tra l'altro, trattenere individualmente e meccanicamente quegli animali e prendere tutte le misure necessarie per ridurre al minimo la loro sofferenza.

La mancanza di capacità di macellazione in una regione di uno Stato membro che si verifica temporaneamente (da imputare all'aumento della domanda di macellazione rituale per diversi giorni durante la festa), deriva da una combinazione di circostanze interne che non possono inficiare la validità della regola in questione.

In conclusione, per poter invocare la deroga alle norme sulla protezione degli animali (in particolare quelle che prescrivono che la loro sofferenza debba essere ridotta al minimo), a tutela della libertà religiosa, il legame con la prescrizione o il rito religioso deve essere diretto. Inoltre, tale deroga deve essere necessaria e proporzionata per garantire la libertà di religione ovvero, ove necessario, per tutelare altri interessi o diritti fondamentali, come, in particolare, la salute umana, ma non può essere invocata al solo scopo di tutelare interessi economici, come nel caso di specie.

Ancora di interesse è, poi, una sentenza (*Association One Voice*)^[43] in cui la Corte, chiamata ad interpretare alcune disposizioni della Direttiva sulla conservazione degli uccelli selvatici, con riguardo all'autorizzazione da parte della autorità francesi della caccia con il vischio, conclude che l'esigenza nazionale di mantenere in vita usi tradizionali a scopo ricreativo (e di tutelare, quindi, anche gli interessi economici sottesi), non può giustificare di per sé, l'utilizzo di un metodo di caccia particolarmente crudele, ricordando che la tutela del benessere degli animali (oltre che naturalmente la tutela ambientale e della biodiversità) possono essere compromessi solo ove ciò strettamente necessario e nel rispetto di rigide

condizioni.

Questa conclusione è vieppiù significativa, perché in realtà le disposizioni francesi sulla caccia con l'impiego di vischio, erano già state oggetto di una pronuncia della Corte^[44], nel 1988, ed erano state ritenute legittime. Nel 2021, i giudici europei ritengono di dover cambiare la propria posizione tenendo in considerazione l'evoluzione della normativa, della giurisprudenza e del sentire collettivo in materia di tutela degli animali.

5. Conclusioni

Il tema della tutela del benessere animale, soprattutto nel rapporto con la tutela di confliggenti interessi umani, ha assunto nel corso degli ultimi decenni, un'importanza sempre maggiore, sia in virtù delle rilevanti novità normative intervenute a livello europeo e nazionale (anche di ordine costituzionale), sia in virtù del mutato sentire collettivo.

Appare evidente come sia ormai acquisito a livello giurisprudenziale, che la tutela dell'animale, quale essere senziente (ossia, a grandi linee, capace di provare dolore e piacere e quindi distinto dalle 'cose'), non può essere considerata un valore o un interesse sussidiario, ma anzi rappresenta, nelle stesse parole del Consiglio di Stato, un valore fondante del nostro sistema costituzionale^[45].

In effetti, come potrebbe, però, un sistema costituzionale democratico e moderno rimanere indifferente alla sorte di esseri che, come è stato evidenziato dalle scienze etologiche^[46], provano sofferenza fisica e morale?

Non si tratta di una logica paternalistica cieca alle esigenze del mercato, ma di una nuova consapevolezza che vede un legame inscindibile tra lo sviluppo della società umana e l'ambiente che lo circonda, nonché con gli esseri senzienti che lo popolano.

In questo senso, si pongono, peraltro, le nuove proposte di riforma dei Trattati europei, approvate dall'europarlamento il 22 novembre 2023^[47], che si caratterizzano per una sempre maggiore attenzione alla tutela degli animali quali esseri senzienti e parti di un sistema che interessa l'ambiente, la salute umana e appunto gli animali in una prospettiva 'one health'^[48]; ossia, nella prospettiva del nuovo approccio integrato ed interdisciplinare dei Manhattan principles - one world, one health del 2004^[49], che vede un'inscindibile connessione tra la

promozione della salute umana intesa in senso generale e onnicomprensivo (contrasto alle malattie, ma anche mantenimento della sostenibilità economica e sociale), la preservazione dell'ambiente e degli ecosistemi, nonché la salute ed il benessere degli animali, non solo come parte della biodiversità, ma anche come singoli 'individui', seppure da una prospettiva antropocentrica (es. gli animali allevati senza uso di antibiotici, ed in buone condizioni rappresentano una migliore fonte di cibo).

Queste nuove disposizioni, ma più in generale la nuova attenzione al benessere degli animali sollevata dalla prospettiva 'one health' (anche in relazione alla recente pandemia) devono, però, essere inscindibilmente legate e interpretate alla luce dell'art. 13 TFUE che, come è noto, pone l'accento sull'animale, per se, come essere senziente, come titolare di interessi propri, la cui tutela prescinde dalla tutela di interessi umani. In questo senso, sembra porsi anche il nostro articolo 9 della Costituzione che, in maniera (ad avviso di chi scrive appropriata), pone una netta distinzione tra tutela dell'ambiente e della biodiversità da una parte e tutela degli animali dall'altra.

Ancora.

Le nuove interpretazioni giurisprudenziali e l'art. 9 riformato^[50] (che non prevede in effetti, come l'art. 13 TFUE, il limite della tutela dei riti religiosi, delle tradizioni culturali e del patrimonio regionale), sembrano fare un passo in avanti rispetto alla prima fase della tutela giuridica degli animali, in cui il tema era di fatto il riconoscimento dell'animale quale essere senziente e la relativa tutela quale interesse che necessariamente deve essere considerato.

In questa seconda fase, sembra emergere invece una graduazione degli interessi umani che entrano (o che possono entrare) in conflitto con il benessere animale, individuandosi una categoria di questi interessi, quelli meramente economici (ma anche quelli ludico/ricreativi e legati ad usi e tradizioni) che non possono prevalere nel bilanciamento.

In questo senso, peraltro, parte della dottrina aveva già sottolineato come: *«le esigenze attinenti al funzionamento del mercato e all'iniziativa economica privata non potranno mai essere invocate per giustificare arretramenti nella tutela degli animali da parte della legge. Infatti, il disposto dell'art. 41, secondo comma, Cost., nel testo introdotto dalla stessa riforma costituzionale del 2022, annovera l'ambiente, che comprende come si è detto anche gli animali non umani, tra i beni*

capaci di limitare l'iniziativa economica privata (ai sensi di tale articolo, l'iniziativa economica privata [...] non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»^[51].

Ancora, nella già citata pronuncia^[52], riguardante la possibilità di nuoto in vasca con i delfini, la VII Sezione del Consiglio di Stato prevede che il 'rischio' accertato (dagli organi tecnici) di compromissione del benessere animale (nonché dell'incolumità pubblica) senza che sia stato opportunamente valutato dall'amministrazione (ma meramente ignorato) determina una violazione del principio di precauzione. In altre parole, ove sussista il rischio di lesione del benessere degli animali e della sicurezza delle persone, l'amministrazione avrebbe dovuto o escluderlo, tramite i necessari ulteriori accertamenti istruttori di tipo tecnico o compararlo attraverso il canone della proporzionalità agli interessi umani in gioco (che in questo caso sono solo di tipo economico e ludico). Di fatto, quindi, non solo viene proposta una indiretta graduazione degli interessi, ma viene fatto anche un ulteriore passo in avanti, poiché, utilizzando il canone della precauzione, si va a ponderare, non l'effettiva lesione del benessere animale, ma il mero rischio di questa lesione.

Partendo, poi, dal presupposto che anche una libertà fondamentale quale quella religiosa può incontrare dei limiti nel rapporto con la tutela degli animali, come ha chiaramente previsto la Corte di giustizia, interpretando la normativa europea in materia anche alla luce dell'art. 13 TFUE (già utilizzato dalla Corte^[53] per giustificare delle interpretazioni della normativa europea volta al favorire la protezione degli animali nel bilanciamento con altri interessi); che la riforma dell'art. 9 Cost. ha indicato la tutela degli animali quale compito della Repubblica^[54], e che la più recente giurisprudenza nazionale ed eurounitaria sembra, non solo indicare la tutela degli animali come un interesse da ponderare con gli interessi umani, ma sembra operare una graduazione di rilevanza di questi ultimi interessi in sede di ponderazione, è lecito, quindi, sollevare dei dubbi sulla compatibilità costituzionale (combinato disposto dell'art. 9 Cost. e art. 13 TFUE, nonché *ad adiuvandum* con la normativa europea secondaria in materia di tutela degli animali) di una serie di normative nazionali (come, ad esempio, quella che regola il prelievo venatorio) che appunto tutelano interessi umani di secondo piano (quali gli usi tradizionali ovvero esigenze meramente economiche)

in rapporto invece al più fondamentale degli interessi animali: quello alla vita.

1. Cons. St., Sez. III, ord., 14 luglio 2023, n. 5473.
2. In argomento, cfr. M.S. D'Alessandro, *La tutela degli animali nel dibattito parlamentare sulle proposte di modifica della Costituzione nella XVIII legislatura*, in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma Tre Press, 2022, p. 83.
3. Secondo cui: «*Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale*». Per una più ampia trattazione, cfr., *infra*, paragrafo n. 3.
4. Sentenza 29 maggio 2018, C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen, VZW e altri*, EU:C:2018:335, su cui, cfr., il paragrafo, n. 4.
5. Cons. St., Sez. III, ord. del 14 luglio 2023, n. 5473. In argomento, ancora, cfr., Cons. St., Sez. III, ord. del 9 dicembre 2021, n. 6625; Cons. St., Sez. III, ord., 14 luglio 2023, n. 2920.
6. In base al quale: «*(...) per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, il Presidente della Provincia può, acquisito il parere dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, limitatamente alle specie Ursus arctos e Canis lupus, autorizzare il prelievo, la cattura o l'uccisione, a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che il prelievo non pregiudichi il mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente della popolazione della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale*».
7. Legge provinciale 11 luglio 2018, n. 9 (Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche: tutela del sistema alpico).
8. Ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 5 agosto 1981, n. 503. Per maggiori informazioni, cfr., il sito <https://www.coe.int/en/web/bern-convention>.
9. Attuata, a livello europeo, attraverso diversi atti normativi, tra cui in particolare il Regolamento (CE) n. 338/97, del 9 dicembre 1996, relativo alla protezione di specie della flora e fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio, GU L 61 del 3.3.1997. Per maggiori informazioni sulla CITES, cfr., il sito: <https://www.mase.gov.it/pagina/cites-convenzione-di-washington-sul-commercio-internazionale-delle-specie-di-fauna-e-flora>.
10. Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, GU L 206 del 22.7.1992.
11. «*(...) gli Stati membri possono derogare alle disposizioni previste dagli articoli 12, 13, 14 e 15, lettere a) e b): a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali; b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi,*

al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà; c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente; d) per finalità didattiche e di ricerca, di ripopolamento e di reintroduzione di tali specie e per operazioni di riproduzione necessarie a tal fine, compresa la riproduzione artificiale delle piante; e) per consentire, in condizioni rigorosamente controllate, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un numero limitato di taluni esemplari delle specie di cui all'allegato IV, specificato dalle autorità nazionali competenti».

12. Sentenza 20 ottobre 2005, *Commissione c. Regno Unito*, C-6/04, EU:C:2005:626.
13. Sentenza 11 giugno 2020, C-88/19, *Asociația «Alianța pentru combaterea abuzurilor»*, ECLI:EU:C:2020:93.
14. In questo senso, sentenze 17 aprile 2018, *Commissione c. Polonia*, C-441/17, EU:C:2018:255, e 10 ottobre 2019, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, C-674/17, EU:C:2019:851.
15. Sentenze 10 maggio 2007, *Commissione c. Austria*, C-508/04, EU:C:2007:274; 15 marzo 2012, *Commissione c. Polonia*, C-46/11, EU:C:2012:146.
16. Che rappresenta appunto il documento di riferimento per la gestione dell'orso bruno nelle Regioni e Province autonome delle Alpi centro-orientali, approvato dal Ministero dell'Ambiente con D.M. 5 novembre 2008 n. 1810 e integrato con D.M. 31 luglio 2015 n. 15300, di concerto tra le regioni dell'arco alpino italiano e l'ISPRA; reperibile sul sito: <https://www.mite.gov.it/pagina/piano-dazione-interregionale-la-conservazione-dellorso-bruno-ulle-alpi-centro-orientali>.
17. Sul principio di proporzionalità, cfr., *inter alia*, D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2019, p. 907.
18. Corte Costituzionale, sent. 15 dicembre 1988 n. 1146.
19. T.M. Moschetta, *La sperimentazione sugli animali nel mercato interno dell'Unione europea*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, p. 121.
20. A questo proposito, si noti come la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, del 13 novembre 1987, indichi (art. 3) i principi di base per il benessere degli animali: «1 Nessuno deve causare ad un animale da compagnia dolore, sofferenza o angoscia. 2 Nessuno deve abbandonare un animale da compagnia». Sul concetto di benessere degli animali, cfr., D. Fraser, *Understanding animal welfare. The science in its cultural context*, Blackwell, Chichester, 2008.
21. In questo senso, ad avviso di chi scrive il Trattato si inserisce nell'ambito di un antico dibattito filosofico – giuridico sulla possibilità di qualificare gli animali come esseri senzienti e non ‘cose’, quindi portatori di specifici interessi (o addirittura titolari di diritti), dibattito le cui radici risalgono al pensiero greco. Nota è, infatti, la contrapposizione teorica tra Pitagora (che afferma l'affinità anche “giuridica” tra tutti gli esseri animati) e

Aristotele (che, al contrario, partendo da una visione antropocentrica, afferma una radicale differenza tra uomini e animali) ; ma sul tema, si sono pronunciati anche i fondatori del pensiero moderno, come Cartesio e Voltaire, il primo che paragona gli animali alle macchine e agli orologi, ed il secondo, invece, che si pronuncia a favore della qualificazione degli animali come esseri senzienti e potenzialmente titolari di diritti.

22. Articolo 26, n. 1 TFUE.
23. F. Barzanti, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1, 13, 49, p. 72.
24. Sentenza 3 dicembre 2015, C-301/14, *Pfotenhilfe Ungarn*, EU:C:2015:793.
25. Come viene chiarito dall'Avvocato Generale M. Bobek «*nel diritto dell'Unione, sia a livello di diritto primario che di diritto derivato, è presente una manifesta dichiarazione di valore da parte dell'Unione, che può essere intesa nel senso che fornisce un orientamento interpretativo. Tuttavia, come avviene per altri valori, il benessere degli animali non è assoluto (...), ma deve essere ponderato con altri obiettivi (...)*», Conclusioni relative alla causa *European Federation for Cosmetic Ingredients*, C-592/14, presentate il 17 marzo 2016, EU:C:2016:179, par. 21.
26. La posizione della Corte, secondo cui l'interesse al benessere animale non possa essere *ex se* sottordinato all'interesse umano sembra essere perfettamente in linea con il disposto dell'art. 36 TFUE, che individua gli interessi che possono giustificare dei limiti all'applicazione della normativa in materia di libera circolazione delle merci. Infatti, le disposizioni in materia di libera circolazione delle merci devono lasciare impregiudicati «*i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali (...)*». In altre parole, l'interesse economico alla libera circolazione può trovare un limite non solo fondato sulla tutela di altri interessi umani (compreso quello alla preservazione dei vegetali, ossia la tutela della flora e della biodiversità), ma anche sulla vita e salute degli animali (sentenza 1° aprile 1982, *Holdijk*, C-141/81, EU:C:1982:122).
27. Sentenza 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*, C-336/19, EU:C:2020:1031. Per un commento, ci sia consentito rinviare a M. Lottini, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità 'salvano' gli animali fiamminghi da una morte lenta e dolorosa. La macellazione rituale senza stordimento ed il diritto UE*, in *Federalismi.it*, 7, 2021, p. 140.
28. Sul tema dell'attuazione del diritto europeo come fenomeno complesso, ci sia consentito rinviare a, M. Lottini, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 65 e ss.; nonché dottrina ivi citata.
29. Cons. St., Sez. III, 3 novembre 2021, n. 7366.
30. Cons. St., Sez. III, ord. del 9 dicembre 2021, n. 6625.
31. G. Alpa, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contratto e impresa*, 2, 2022, p. 362.

32. Cfr., in argomento, K. Sowery, *Sentient beings and tradable products: the curious constitutional status of animals under Union law*, in *Common market law review*, 55, 1 2018, p. 55. C. Fossà, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del “pet” da bene (di consumo) a “tertium genus” tra “res” e “personae”?*, in *Contratto e impresa*, 1, 2020, p. 527.
33. Sentenza della Corte 1° luglio 1969, *Commissione c. Repubblica italiana*, C- 24/68, EU:C:1969:29.
34. Art. 1 della legge n. 157 del 1992, (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio). In argomento, cfr., N. Lucifero, *La fauna selvatica come patrimonio indisponibile dello Stato: evoluzione storica, fonti normative e configurazione giuridica del patrimonio faunistico tra bilanciamento degli interessi e tutele differenziate*, in N. Lucifero (a cura di), *I danni all'agricoltura dalla fauna selvatica prevenzione e responsabilità*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 50.
35. In argomento, cfr., E. Battelli, *La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, p. 35.
36. Cons. St., Sez. VII, ord., 25 luglio 2019, n. 3821.
37. Sentenza 29 maggio 2018, C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen, VZW e altri*, EU:C:2018:335.
38. Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, GUE L 303 del 18.11.2009.
39. Definita dal Regolamento n. 1099/2009 come: «una serie di atti correlati alla macellazione di animali prescritti da una religione». Art. 2, g).
40. Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen, VZW e altri*, EU:C:2017:926, par. 1.
41. Per i limiti a questa protezione, cfr., la più recente sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*, C-336/19, EU:C:2020:1031.
42. Par. 58.
43. Sentenza della Corte del 17 marzo 2021, *Association One Voice*, C-900/19, EU:C:2021:211.
44. Sentenza della Corte del 27 aprile 1988, *Commissione c. Francia*, C-252/85, EU:C:1988:202.
45. Anche se in realtà, parte della dottrina, commentando la riforma dell'art. 9, al contrario, conclude che con essa «si sancisce la tutela degli animali senza, però, attribuirle diretta rilevanza costituzionale, ma rinviandone l'attuazione alla legge ordinaria». M.A. Sandulli, *Introduzione: riflessioni sull'approccio One Health alla luce delle recenti modifiche al dettato costituzionale*, in F. Aperia Bella (a cura di), *One health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 21, 34.
46. D. Griffin, *The question of animal awareness: evolutionary continuity of mental experience*, RUP, New York, 1976; inoltre, la *Cambridge Declaration on consciousness*. Proceedings of the Francis Crick Memorial Conference, Churchill College, Cambridge University, 7

luglio 2012.

47. Per tutte le informazioni, cfr., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0337_IT.html.
48. In argomento, cfr., F. Aperio Bella (a cura di), *One health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.
49. Per tutte le informazioni, cfr., <https://oneworldonehealth.wcs.org/About-Us/Mission/The-Manhattan-Principles.aspx>.
50. F. Rescigno, *Animali e Costituzione: prodromi della soggettività giuridica?*, in D. Buzzelli (a cura di), *Animali e diritto. Modi e forme di tutela*, Pacini, Pisa, 2023, p. 13; C. De Angelis, *Il letto di Procuste. Note a margine sul diritto degli animali in Costituzione*, *Ibid.*, p. 35; C. Cupelli, *La salvaguardia degli animali in Costituzione: le ricadute sul sistema penale della legge costituzionale n. 1 del 2022*, *Ibid.*, p. 61.
51. D. Cerini e E. Lamarque, *La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 24, 2023, 32, p. 64.
52. Cons. St., Sez. VII di Stato, 15 dicembre 2023, n.157/2024.
53. Sentenza della Corte, 23 aprile 2015, *Zuchtvieh Export*, C 424/13, EU:C:2015:259, sentenza della Corte, 14 giugno 2012, *Brouwer*, C-355/11, EU:C:2012:353.
54. Ci sia, ancora, consentito rinviare a, M. Lottini, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, in *Questa Rivista*, 3, 2022, p. 56.

Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti: tra democrazia partecipativa, tempo e risultati

Benedetto Marsili

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-21

Il dibattito pubblico ha vissuto in Italia una storia complessa: dagli esperimenti compiuti in assenza di una disciplina normativa si è passati a una prima regolazione a livello regionale e poi al definitivo assesto nel codice dei contratti pubblici. Di conseguenza, la disciplina dell'istituto è stata oggetto di modifiche in virtù dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti introdotto con il d.lgs. 36/2023. Il presente lavoro si occupa di analizzare l'evoluzione del dibattito pubblico. Dalle origini della partecipazione in materia ambientale nelle convenzioni internazionali, al modello francese che ha ispirato il nostro ordinamento, per arrivare alla disciplina attuale e ai suoi tanti aspetti problematici, con un'attenzione particolare al ruolo che in generale possono svolgere gli strumenti partecipativi nel settore delle opere pubbliche.

Public Debate and the new Public Procurement Code: the Intersection of Participatory Democracy, Time Issues, and Results

The history of public debate in Italy is multifaceted: it began with initiatives conducted in the absence of a regulatory framework, progressed to a preliminary regulation at the regional level, and ultimately culminated in the new public contracts Code. Legislative Decree no. 36/2023 implemented modifications to the regulatory framework. This paper deals with the evolution of public debate. From the origins of participation in environmental matters in international conventions, to the French model that inspired our legal system, to the current discipline and its many problematic aspects, with a particular emphasis on the potential of participatory tools in the public works sector.

Sommario: 1. Dibattito pubblico e appalti.- 2. Le origini della partecipazione nelle

grandi opere: la convenzione di Aarhus.- 2.1. Il dibattito pubblico in Francia e in Europa.- 2.2. Il dibattito pubblico in Italia e le leggi regionali.- 3. Il dibattito pubblico nell'articolo 22 del d.lgs. n. 50/2016.- 4. Dibattito pubblico e PNRR.- 5. L'articolo 40 del nuovo codice dei contratti pubblici.- 5.1. Due aspetti critici: l'opzione zero e la commissione nazionale.- 5.2. Il responsabile del dibattito pubblico, e le differenze rispetto al coordinatore del dibattito pubblico.- 5.3. I soggetti partecipanti.- 5.4. La legittimazione ad agire degli enti portatori di interessi diffusi e l'oggetto del sindacato giurisdizionale in caso di violazione della disciplina del dibattito pubblico.- 6. Conclusioni.

1. Dibattito pubblico e appalti

Il dibattito pubblico, la cui disciplina è stata recentemente modificata dal nuovo codice dei contratti pubblici, può essere assunto come riferimento per saggiare il rapporto tra cittadini e amministrazione nella declinazione della partecipazione dei privati all'attività amministrativa^[1]. Lo strumento in questione, infatti, nasce per permettere agli abitanti dei territori individuati per la realizzazione di grandi infrastrutture^[2], di essere informati e coinvolti attivamente nella progettazione dell'opera^[3].

La scarsa fiducia nell'attuale assetto politico-amministrativo^[4], d'altronde, ha fatto inevitabilmente crescere nei cittadini la volontà di essere maggiormente partecipi dei processi decisionali della pubblica amministrazione.

Si è di conseguenza assistito ad una larga diffusione delle tecniche di “democrazia partecipativa”^[5], di cui il dibattito pubblico è un esempio. Queste tecniche consistono in forme di intervento dei privati nelle decisioni pubbliche secondo prospettive invero diverse dalla “partecipazione procedimentale” della l. n. 241/1990. Infatti, il modulo partecipativo tradizionale permette ai soggetti privati, titolari di una situazione giuridica qualificata e differenziata, di intervenire in un procedimento che tale situazione possa pregiudicare, al fine di garantire la legittimità della decisione e salvaguardare la propria sfera giuridica^[6].

La democrazia partecipativa, invece, ha il diverso obbiettivo di «*sondare gli umori diffusi nella società in ordine ad una scelta pubblica*»^[7], così da creare un'interazione tra gli *ordinaries citizen* e le istituzioni chiamate alla decisione

pubblica, con lo scopo di maturare una decisione quanto più possibile vicina ai cittadini e dagli stessi accettabile. In questi casi, dunque, l'amministrazione «*fa entrare il privato nel suo processo di decisione*»^[8], rinunciando alla esclusività dei suoi poteri, ovvero al modello DAD, decidi, annuncia, difendi, che ha storicamente caratterizzato la sua azione.

Per questa via, quindi, si tenta di instaurare un dialogo che prescinde da una situazione giuridica soggettiva da tutelare e che si innesta, invece, sulla necessità di condividere con il “pubblico” una determinata scelta^[9].

Tuttavia, gli entusiasmi verso questi modelli di democrazia partecipativa spesso si scontrano con la loro scarsa applicazione e i modesti risultati ottenuti^[10]. È il caso anche del dibattito pubblico. La nuova disciplina dell'istituto, in conseguenza dell'avvicendamento dei due codici degli appalti del 2016 e del 2023^[11], alimenta gli interrogativi sulla sua capacità di realizzare un'armoniosa sintesi tra interessi dei cittadini e amministrazione. Prima di affrontarne gli aspetti più problematici, per meglio comprendere i fini e la natura del dibattito pubblico, può essere utile ripercorrere le tappe che hanno portato alla sua nascita.

2. Le origini della partecipazione nelle grandi opere: la convenzione di Aarhus

Il tema della partecipazione nelle procedure di realizzazione delle grandi opere si sviluppa in materia ambientale e fuori dai confini italiani.

È la dichiarazione di Rio, nel 1992, ad enunciare il principio della partecipazione pubblica nelle decisioni impattanti sull'ambiente^[12], con l'idea che solo con il coinvolgimento delle comunità locali è possibile attuare davvero uno sviluppo sostenibile^[13].

Tale principio assume ancor più rilievo, poi, nel 1998 con la Convenzione di Aarhus. Adottata dalla Commissione Nazioni Unite per l'Europa (Unece), coinvolge attualmente 47 parti tra cui l'Italia e l'Unione europea^[14].

L'articolo 6 della convenzione fissa l'obbligo per gli stati di garantire ai soggetti interessati l'informazione e la partecipazione nei procedimenti volti ad adottare decisioni impattanti sull'ambiente. L'obiettivo di questa disposizione, come specificato nelle linee guida^[15], è realizzare una partecipazione effettiva che permetta ai soggetti interessati di incidere con un contributo concreto sulla scelta

finale, dotandola quindi di una maggiore legittimazione democratica^[16].

Nonostante il dibattito pubblico non sia espressamente nominato nel testo di Aarhus, è qui che l'istituto trova la sua origine e il suo scopo.

Infatti, gli strumenti partecipativi come il dibattito pubblico sono nati proprio dallo sviluppo del principio di partecipazione effettiva come descritto dalla convenzione e hanno come principale funzione quella di garantirne la piena attuazione^[17].

2.1. Il dibattito pubblico in Francia e in Europa

Il dibattito pubblico è stato introdotto e ha avuto una prima compiuta disciplina in Francia. Nel 1995, la legge «*relative au renforcement de la protection de l'environnement*», più comunemente nota come “*Loi Barnier*”, ha disciplinato proprio il rapporto tra la realizzazione delle grandi opere e la tutela dell'ambiente, nell'ottica di garantire un intervento dei cittadini nel processo decisionale con uno strumento, il *débat public*, che permette la partecipazione nella fase iniziale della procedura di progettazione di un'opera pubblica^[18].

L'intera organizzazione del dibattito è affidata alla *Commission nationale du débat public*^[19], alla quale, nel 2002, è stata riconosciuta la natura di Autorità amministrativa indipendente^[20].

La scelta sul se procedere o meno al *débat public*, infatti, spetta proprio alla *Commission nationale*. Qualora venga indetto il dibattito, è la stessa autorità a nominare un'ulteriore speciale sotto-commissione che ha il compito di curarne interamente lo svolgimento, fissando un calendario di incontri e indicando le modalità di partecipazione. Terminati i lavori, in un tempo massimo di due mesi, il presidente della commissione nazionale rende noti i risultati del dibattito con un resoconto finale. A questo punto, il committente dell'opera, entro tre mesi dalla pubblicazione del resoconto finale, deve prendere la sua decisione e, qualora confermi il progetto iniziale, è tenuto a chiarire nella motivazione, perché i rilievi emersi con il dibattito non hanno portato a modifiche^[21].

L'esperienza francese è rimasta isolata per un ampio lasso di tempo.

Il legislatore comunitario, infatti, ha adottato un approccio più generale per garantire la partecipazione dei cittadini nei progetti di interventi impattanti sull'ambiente. Così, partendo dalle coordinate di Aarhus, sono state emanate due

direttive e un regolamento: la direttiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, e la direttiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 maggio 2003, rispettivamente sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e sulla partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale. Con il regolamento 1367/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006, invece, sono stati disciplinati l'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia nei confronti delle istituzioni e degli organi comunitari^[22].

La normativa europea, quindi, non disciplina in nessun modo il dibattito pubblico né dispone alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere nella normativa interna tale strumento, lasciando grande spazio e discrezionalità agli stessi^[23], che restano liberi di decidere se dotarsene o meno.

2.2. Il dibattito pubblico in Italia e le leggi regionali

Prima della codificazione del dibattito pubblico da parte del codice dei contratti pubblici del 2016, in assenza quindi di una disciplina generale, non sono mancati in Italia casi di coinvolgimento dei cittadini per la progettazione di grandi opere^[24]. Ad esempio, nel 2009 per la realizzazione del tratto autostradale tra Voltri e Genova, la cosiddetta gronda di ponente, i contributi dei partecipanti riuscirono ad incidere sulla decisione finale di Autostrade per l'Italia, che per la realizzazione della gronda individuò una soluzione difforme rispetto a quella originaria, tenendo conto proprio delle osservazioni presentate dai cittadini^[25].

Le prime forme di regolazione dell'istituto si rinvengono in leggi regionali^[26].

La regione più veloce a dotarsi di una normativa è stata la Toscana, con la l. n. 69/2007, «*Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*»^[27]. È stato poi il turno, tra le altre, dell'Emilia-Romagna, con la l. n. 3/2010^[28], dell'Umbria, con la l. n. 14/2010^[29]. La stessa regione Toscana è poi intervenuta nuovamente in materia con la l. n. 46/2013, «*Dibattito pubblico regionale e promozione delle partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*».

Le leggi appena elencate costruiscono modelli diversi di partecipazione, alcune di esse si concentrano maggiormente sull'integrità dei soggetti responsabili della

procedura del dibattito, alcune si sforzano di ampliare in misura massima il novero dei soggetti partecipanti, altre ancora puntano sull'effettività della partecipazione, disegnando strumenti che vadano oltre la mera consultazione e obblighino l'amministrazione a tenere conto delle risultanze emerse^[30]. Al di là delle scelte proprie di ogni regione, senza dubbio le leggi regionali hanno offerto e offrono un importante laboratorio di analisi e sviluppo dell'istituto in questione.

3. Il dibattito pubblico nell'articolo 22 del d.lgs. n. 50/2016

Come anticipato, e come è noto, la prima regolazione a livello nazionale della disciplina del dibattito pubblico è stata introdotta dal codice dei contratti pubblici del 2016^[31], sul modello della normativa d'oltralpe ma con profonde differenze.

La legge delega n. 11/2016 all'articolo 1, co. I, lettera qqq, prevedeva espressamente l'obbligo per il legislatore delegato di introdurre una disciplina dedicata al dibattito pubblico che veniva quindi disciplinato dall'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016. Al momento della sua introduzione l'istituto venne accolto con particolare favore.

Il Consiglio di Stato, con il parere n. 855/2016, ebbe modo di definire il dibattito come uno «*strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere*»^[32]. Ugualmente la Corte costituzionale lo ha ritenuto un «*prezioso strumento della democrazia partecipativa*» e una «*fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione*»^[33].

Nella realtà applicativa, però, questo strumento partecipativo non ha avuto il successo auspicato.

La vecchia disciplina del dibattito pubblico è stata oggetto di numerose analisi^[34], tuttavia occorre operare una veloce disamina delle sue principali caratteristiche al fine di evidenziare, in seguito, differenze e analogie con le nuove disposizioni che regolano l'istituto nel nuovo codice dei contratti pubblici.

Dunque, in base all'articolo 22 del d.lgs. n. 50/2016, i committenti erano tenuti a pubblicare nel proprio profilo «*i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della*

consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse».

Inoltre, al fine di monitorare l'applicazione dell'istituto, era stata istituita una Commissione Nazionale del dibattito pubblico, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con il compito di raccogliere e pubblicare informazioni sui dibattiti pubblici in corso di svolgimento o conclusi, e di proporre raccomandazioni per lo svolgimento del dibattito pubblico sulla base dell'esperienza maturata.

Era stato emanato poi, anche se con ritardo, un regolamento attuativo: il d.P.C.M. n. 76/2018^[35].

Tale decreto prevedeva l'obbligatorietà dell'indizione del dibattito pubblico soltanto per la realizzazione di opere a grande impatto sul territorio che superassero determinate soglie dimensionali^[36]. Invece, nei casi di opere comprese tra la soglia del dibattito obbligatorio e i due terzi della stessa, la procedura poteva essere richiesta solo da soggetti qualificati^[37]. Negli altri casi il dibattito era facoltativo e la decisione ricadeva sull'amministrazione precedente.

Con l'avvio della procedura spettava alla stazione appaltante trasmettere alla commissione il progetto di fattibilità, con gli obiettivi e le caratteristiche dello stesso, ed un dossier motivato.

Il compito di curare in concreto lo svolgimento del dibattito, invece, era affidato alla figura del coordinatore del dibattito pubblico^[38], il quale doveva indicare in un documento di progetto i temi, il calendario degli incontri e le modalità di partecipazione.

Il dibattito pubblico iniziava con la pubblicazione del dossier ad opera del soggetto aggiudicatore e si concludeva nei quattro mesi successivi. Entro 30 giorni dalla scadenza di detto termine il coordinatore inviava all'amministrazione una relazione conclusiva.

A questo punto, entro i successivi due mesi, l'amministrazione aggiudicatrice elaborava un dossier finale che veniva pubblicato sul proprio sito e sul sito della commissione.

Del dossier finale e delle considerazioni emerse in sede di dibattito pubblico l'amministrazione aggiudicatrice era obbligata a tenere conto nella decisione finale sulla predisposizione del progetto definitivo e le stesse dovevano essere discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera da realizzare^[39].

4. Dibattito pubblico e PNRR

Nel fermento legislativo della pandemia, con il d.l. n. 76/2020, «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*»^[40], il dibattito pubblico ha subito una serie di modifiche. Precisamente, al fine di semplificare e velocizzare la realizzazione di opere di elevata rilevanza sociale, le nuove disposizioni permettevano alle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici di richiedere alle Regioni direttamente l'autorizzazione a procedere agli studi di prefattibilità tecnico-economica e alle successive fasi progettuali, previo parere favorevole delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, evitando così il dibattito pubblico^[41].

Come spesso accade con le norme contingenti e di emergenza, i risultati sperati sono stati disattesi^[42]. Per cui, il legislatore ha avvertito l'esigenza di intervenire nuovamente sul dibattito pubblico con il d.l. n. 77/2021, nel più ampio contesto della disciplina per le opere finanziate dal PNRR.

La scelta è stata quella di recuperare il momento del dibattito pubblico. Infatti, il decreto ha introdotto prescrizioni volte ad individuare le soglie dimensionali che rendono obbligatorio il dibattito in misura addirittura inferiore a quella prevista dal regolamento attuativo del 2018^[43], ampliando i casi in cui è doveroso attivare la procedura.

Ciò nonostante, le innovazioni introdotte sembrano sottolineare come il principale obiettivo del legislatore sia stato quello di ridurre drasticamente i tempi.

Nello specifico è stato stabilito che, per le opere finanziate in tutto o in parte dal PNRR, il dibattito abbia la durata massima di 45 giorni e tutti i termini siano ridotti alla metà^[44].

Non si è voluto rinunciare dunque all'applicazione dell'istituto, ma i tempi strettissimi in cui bisogna svolgere e concludere la procedura rischiano di sacrificarne l'utilità.

Tale problematica è di assoluta attualità in quanto non è stata superata dalle disposizioni del nuovo codice degli appalti che, infatti, fa espressamente salve le disposizioni speciali relative al dibattito pubblico per le opere finanziate dal PNRR.

5. L'articolo 40 del nuovo codice dei contratti pubblici

La ricostruzione dell'evoluzione normativa dell'istituto rende possibile ora analizzare la nuova disciplina del dibattito pubblico contenuta nel codice degli appalti del 2023.

Nello specifico, la legge delega ha richiesto la «*Revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di [...] dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, nonché di rendere più celeri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell'intesa fra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte stesse*»^[45].

In attuazione di tali disposizioni, l'art. 40 del d.lgs. n. 36/2023 disciplina l'istituto del dibattito pubblico.

Nella nuova disciplina si specifica per prima cosa che la stazione appaltante o l'ente concedente possono indire il dibattito, ove lo ritengano opportuno, in ragione della particolare rilevanza sociale dell'intervento e del suo impatto sull'ambiente e sul territorio. La regola generale, dunque, è la facoltatività della procedura.

Quindi, è disposto che il dibattito inizi con la pubblicazione, sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente, di una relazione sul progetto dell'opera e l'analisi di fattibilità delle alternative progettuali^[46].

Il comma 4, invece, indica tutti i soggetti che possono presentare osservazioni e proposte: le amministrazioni statali che sono interessate alla realizzazione dell'intervento, le Regioni e gli altri enti territoriali interessati all'opera e, infine, i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati che in ragione degli scopi statuari siano interessati all'intervento.

Le proposte e le osservazioni devono essere presentate in un termine di sessanta giorni dalla pubblicazione della relazione iniziale, secondo le modalità individuate dal responsabile del dibattito pubblico.

È il responsabile stesso, poi, a redigere una relazione contenente la sintetica descrizione delle proposte e delle osservazioni con l'eventuale indicazione di quelle ritenute meritevoli di accoglimento.

Il procedimento deve concludersi in tempi brevi, l'articolo 40 stabilisce che la durata del dibattito deve essere compatibile con le esigenze di celerità, comunque non superiore a centoventi giorni dall'inizio della procedura^[47].

La relazione conclusiva^[48] viene redatta dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e pubblicata, sul proprio sito, entro due mesi dalla relazione del responsabile.

Gli esiti del dibattito sono valutati dalla stazione appaltante o dall'ente concedente ai fini dell'elaborazione del successivo livello di progettazione.

Il nuovo codice dei contratti, poi, completa la disciplina del dibattito pubblico con alcune disposizioni attuative contenute nell'allegato I.6, in cui si indicano le soglie dimensionali oltre cui il dibattito è obbligatorio per alcune tipologie di opere: le autostrade, strade ferroviarie di importante grandezza, aeroporti, interporti, opere per il trasferimento e il trattenimento delle acque. Queste soglie di riferimento sono ridotte del 50 per cento se gli interventi ricadono sul patrimonio culturale o naturale dell'UNESCO o nei parchi nazionali e regionali e nelle aree marine protette. Invece, per le opere che si collocano tra la soglia indicata come obbligatoria e i due terzi della stessa il dibattito è indetto solo su richiesta di alcuni soggetti come la Presidenza del Consiglio dei Ministri, i ministeri direttamente interessati alla realizzazione dell'opera, i consigli regionali e i consigli comunali, se rappresentativi di almeno centomila abitanti, o almeno cinquantamila elettori nei territori in cui è previsto l'intervento^[49].

Sempre nell'allegato sono poi indicate le modalità di partecipazione e di svolgimento del dibattito pubblico, le modalità di individuazione e i compiti del responsabile del procedimento e, infine, gli ulteriori contenuti della relazione iniziale e conclusiva^[50].

5.1. Due aspetti critici: l'opzione zero e la commissione nazionale

La nuova disciplina presenta molti profili di criticità.

In primo luogo, sembra non esserci spazio per la cosiddetta "opzione zero", ovvero per la possibilità che in sede di partecipazione si discuta anche dell'eventualità che l'opera non sia realizzata affatto.

L'"opzione zero" è stato uno dei pilastri che ha portato, anche in Francia, alla nascita dell'istituto in questione^[51]. Sarebbe, d'altronde, «*impossibile discutere del come costruire un'opera senza prima affrontare il problema del se realizzarla*»^[52].

La dottrina ha evidenziato come la partecipazione dei privati, nei procedimenti in

generale^[53], nel dibattito pubblico in particolare, sia sensata solo nel momento in cui sia anche effettiva, traducendosi, altrimenti, solo in un aggravio e appesantimento del percorso decisorio, con il rischio di un utilizzo della stessa come semplice fonte di legittimazione dal basso di decisioni «*progettate, se non direttamente pre-definite dall'alto*»^[54], e il pericolo di logorare ancor di più il rapporto tra p.a. e cittadini, nei quali la sensazione di essere inerti rispetto alle scelte dell'amministrazione non fa che aumentare^[55].

La formulazione della vecchia disciplina non escludeva la possibilità di discutere in sede di dibattito pubblico dell'«opzione zero». Infatti, l'art. 22 disponeva che le osservazioni dei privati fossero «*valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo*» e «*discusse in sede di conferenza di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito pubblico*».

L'art. 40, invece, al comma sesto, nel precisare gli effetti del dibattito, indica che siano valutate dalla stazione appaltante le osservazioni proposte, ivi comprese le proposte di variazione dell'intervento, ai fini del successivo livello di progettazione.

Per come formulata la norma, sembra non esista spazio per discutere sull'abbandono del progetto di costruzione dell'opera^[56]. Infatti, la misura massima di incisività che possono avere le osservazioni di chi partecipa al dibattito si ferma alla possibilità di proporre «variazioni dell'intervento».

Altro aspetto di particolare problematicità è l'assenza nell'art. 40 di qualsiasi riferimento alla commissione nazionale del dibattito pubblico. Molti, infatti, sono i dubbi sull'opportunità di questa soluzione.

La scelta di rinunciarvi è di per sé legittima, vista anche la già rilevata assenza di imparzialità che rendeva la commissione per alcuni aspetti poco utile. Meno conveniente sembra, invece, non affidare a qualche altro soggetto le sue funzioni. Alla commissione erano assegnati una serie di compiti non privi di rilevanza: proporre raccomandazioni al fine di consentire la massima partecipazione, assicurare idonee ed effettive forme di pubblicità, organizzare e raccogliere contributi e osservazioni dei cittadini e presentare ogni due anni una relazione al governo e alle camere indicando criticità ed eventuali misure correttive.

Per cui, si sarebbe potuta valutare una soluzione diversa per evitare il rischio di un vuoto nella *governance*. Ad esempio, i compiti della commissione si sarebbero potuti trasferire all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Infatti, benché all'ANAC sia attribuito già un elevato numero di poteri^[57], essa rimane l'autorità indipendente preposta alla vigilanza e alla regolazione nel settore dei contratti pubblici e, dunque, il soggetto più adatto a cui affidare il compito di monitorare il dibattito pubblico al fine di promuovere pratiche virtuose.

5.2. Il responsabile del dibattito pubblico, e le differenze rispetto al coordinatore del dibattito pubblico

Ulteriore cambiamento nella nuova disciplina è la modifica della denominazione del coordinatore del dibattito, ora diventato “responsabile del dibattito pubblico”.

Dunque, occorre verificare se a questa modifica formale corrispondano anche effettive diversità sul piano sostanziale tra le due figure. La risposta sembra dover essere negativa sia guardando ai compiti sia ai requisiti di nomina.

L'unica differenza di rilievo si registra apparentemente nei meccanismi di nomina.

Il coordinatore doveva essere nominato dal Ministero competente per materia tra i propri dirigenti e, in via eccezionale, se la stazione appaltante fosse stata un ministero, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, tra i dirigenti di un dicastero estraneo alla procedura. Questi meccanismi di nomina garantivano un certo livello di indipendenza al coordinatore del dibattito pubblico^[58].

Il responsabile del dibattito, invece, viene nominato dal «*responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa*», tra i «*dipendenti della stessa*». Solo eventualmente ed eccezionalmente, su richiesta della stazione o dell'ente concedente, la nomina avviene da parte del Ministero competente tra i suoi dirigenti o, se l'aggiudicatore è un Ministero, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri tra i dirigenti delle pubbliche amministrazioni estranei al Ministero interessato. La disposizione non brilla per chiarezza.

È necessario, infatti, chiarire cosa la norma intenda per «*responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa*». È noto che, per ogni procedimento, l'articolo 4 della l. n. 241/1990^[59] imponga alla p.a. di individuare il responsabile del procedimento cui spetta «*la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente al singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale*»^[60].

Per cui, o si ritiene che «*il responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa*» di cui parla l'articolo 40 sia il dirigente che, nel nominare il responsabile del dibattito pubblico, nomina sostanzialmente un RUP, oppure si deve concludere che «*il responsabile dell'unità titolare del potere di spesa*» sia il RUP della procedura di evidenza pubblica, il quale nomina un dipendente della sua stessa unità come responsabile del dibattito. In entrambe le circostanze, è evidente che non sussista alcuna separazione tra l'amministrazione e il responsabile del dibattito, con conseguente significativa riduzione dell'indipendenza di quest'ultimo dalla prima^[61].

Infatti, mentre i meccanismi di nomina della vecchia disciplina permettevano al coordinatore di essere in qualche modo un mediatore terzo e imparziale, il responsabile del dibattito sembra essere una figura più vicina (se non coincidente) a quella di un RUP.

5.3. I soggetti partecipanti

Altra riflessione necessaria riguarda i soggetti che hanno diritto di partecipare e presentare osservazioni^[62], poiché anche su questo punto la disciplina è stata oggetto di radicali modifiche nel passaggio tra vecchio e nuovo codice degli appalti.

Nell'articolo 22 del d.lgs. n. 50/2016 si faceva un generico riferimento ai «*portatori di interessi*», senza alcuna altra specificazione. Nemmeno il regolamento attuativo del 2018 forniva ulteriori indicazioni, limitandosi ad indicare in che modo potesse essere avviata la procedura e quali fossero i soggetti che potessero richiederla nei casi di dibattito facoltativo.

Se per un verso risultava complesso capire chi effettivamente fosse legittimato ad intervenire e presentare osservazioni in sede di dibattito^[63], la formulazione dell'articolo 22 offriva però un novero dei potenziali partecipanti sicuramente ampio^[64]. Potevano certamente partecipare i singoli cittadini^[65] ed anche le associazioni e i comitati. Questi soggetti collettivi, per giunta, non necessariamente dovevano essere in possesso dei requisiti di stabilità e rappresentatività richiesti per intervenire nel procedimento amministrativo in base all'articolo 9 della l. n. 241/1990. Infatti, per la partecipazione al dibattito pubblico era sufficiente che si trattasse di una pluralità di individui organizzati in

forma lecita, così che potevano partecipare perfino associazioni o comitati “occasionalisti”^[66].

Il nuovo codice, invece, all’art. 40 elenca precisamente i soggetti legittimati a presentare proposte e osservazioni. Si tratta delle amministrazioni statali interessate alla realizzazione dell’intervento, delle Regioni e degli altri enti territoriali interessati dall’opera, nonché dei portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, che, in ragione degli scopi statutari, sono interessati dall’intervento.

Rispetto alla vecchia disciplina, quindi, il legislatore ha voluto indicare in maniera chiara i soggetti legittimati a partecipare. Lo ha fatto, però, restringendone estremamente il novero. I singoli cittadini sono sicuramente esclusi, così come non possono partecipare le associazioni o i comitati “occasionalisti”, di cui si diceva prima.

Gli unici soggetti ammessi, oltre ad alcune amministrazioni, quindi, sono i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni, se in possesso dei requisiti di rappresentatività enucleati dalla giurisprudenza^[67]. La scelta di diminuire in maniera così drastica il numero dei partecipanti rivela l’obiettivo del legislatore: anteporre all’ampiezza della partecipazione la velocità nello svolgimento del dibattito. D’altronde nel corpo dell’articolo 40 sono ben due i richiami alla celerità. È sicuramente vero che una partecipazione troppo estesa e indiscriminata, oltre ad aggravare in maniera inaccettabile il procedimento, non è nemmeno funzionale, rischiando di non dare adeguata considerazione alle osservazioni presentate dai partecipanti. Tuttavia, negare *ab origine* qualsiasi intervento dei singoli cittadini vuol dire contraddire la *ratio* degli strumenti di democrazia partecipativa, di cui è espressione il dibattito pubblico, che per definizione devono tendere all’inclusione al fine di garantire l’emersione di interessi deboli^[68]. Il pericolo, ancora una volta, è svuotare di significato il momento partecipativo del dibattito.

Un’opzione intermedia e più felice poteva essere adottata prendendo spunto dalla legge regionale toscana sul dibattito pubblico, in cui è centrale il ruolo del responsabile del dibattito, essendogli attribuiti ampi poteri nell’individuare, in base al caso concreto, quali soggetti ammettere a partecipare^[69]. Tale disciplina consente, infatti, di modulare la partecipazione secondo le esigenze specifiche della situazione e permette ogni volta un corretto bilanciamento tra esigenze di

celerità e garanzie partecipative.

5.4. La legittimazione ad agire degli enti portatori di interessi diffusi e l'oggetto del sindacato giurisdizionale in caso di violazione della disciplina del dibattito pubblico

Connesso al tema dei soggetti legittimati a partecipare è quello della legittimazione ad agire^[70] in caso di violazione della disciplina del dibattito pubblico.

Infatti, si è sottolineato in precedenza che, tolte alcune amministrazioni, possono partecipare al dibattito solo gli enti portatori di interessi diffusi, ma la loro legittimazione ad agire è da sempre una questione spinosa^[70]. D'altronde, il processo amministrativo nasce storicamente per la tutela di interessi legittimi o diritti soggettivi e, quindi, per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli^[71]. Nel corso degli anni, tuttavia, si è ampliata sempre di più la possibilità di far valere gli interessi diffusi in giudizio^[72], sulla spinta anche dell'importanza assunta da alcuni di essi che sono stati elevati a veri e propri principi di rango costituzionale^[73]. Ciò nonostante, la questione resta molto complessa. Si pensi, ad esempio, che la sesta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 21 luglio 2016, n. 3303, aveva addirittura ritenuto che i casi di legittimazione processuale degli enti portatori di interessi diffusi fossero tipici, necessariamente previsti in maniera espressa dalla legge, in quanto forma eccezionale di sostituzione processuale.

Questa conclusione è stata poi smentita dalla sentenza dell'Adunanza plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6^[74], che ha, per ora, fornito degli elementi più certi.

Secondo l'Adunanza plenaria affinché l'ente esponenziale possa effettivamente agire in giudizio non è per forza necessaria una previsione di legge, ma è sufficiente che sussistano tre requisiti elaborati dalla giurisprudenza^[75]: a) il perseguimento non occasionale di obiettivi corrispondenti all'interesse oggetto del processo; b) la presenza di un adeguato grado di rappresentatività e stabilità; c) la presenza di un'“area di afferenza” ricollegabile alla zona in cui è situato l'interesse che si assume leso, la cosiddetta “*vicinitas*”^[76].

In realtà questi tre requisiti erano già stati considerati necessari ai fini della

legittimazione a partecipare al procedimento di enti e associazioni portatori di interessi diffusi ex art.9 della l. n. 241/1990^[77].

E allora, è necessario chiarire un ulteriore possibile equivoco: la legittimazione procedimentale e quella processuale non coincidono.

La giurisprudenza è chiara nell'affermare che le due cose debbano essere valutate separatamente^[78]: la possibilità di intervenire nel procedimento non implica necessariamente la sussistenza della legittimazione processuale, così come la valutazione dell'amministrazione di escludere la partecipazione di un ente non vincola la decisione del giudice che può considerare sussistente la sua legittimazione ad agire^[79].

Tutto ciò premesso, occorre indagare, nel caso di illegittimità della procedura di dibattito pubblico, in che modo e per quali vizi gli enti portatori di interessi diffusi possano agire in giudizio. In particolare, è da verificare l'esistenza della legittimazione ad agire di tali soggetti nel caso di omissione del dibattito pubblico obbligatorio, o nel caso in cui sia loro negata la partecipazione al dibattito.

Per questa seconda ipotesi una qualche indicazione si ricava dalla giurisprudenza. Infatti, il Consiglio di Stato, nel decidere sul momento partecipativo delle procedure di VAS e VIA^[80], si è orientato nel senso di ritenere non necessaria, per riconoscere la legittimazione ad agire^[81], la dimostrazione di una effettiva lesione dell'interesse ambientale come conseguenza della mancata partecipazione, che anzi sarebbe da considerarsi una *probatio diabolica*^[82], e ha giudicato sufficiente la sussistenza del requisito della *vicinitas*^[83] con l'interesse oggetto del giudizio^[84].

Allora, si potrebbe sostenere che, anche nel dibattito, la sola lesione dell'interesse a partecipare di enti e associazioni possa fondare la legittimazione processuale di questi ultimi, senza dover imporre loro di dimostrare ogni volta che dalla mancata partecipazione si sia verificata una effettiva lesione dell'interesse diffuso di cui sono portatori.

Se questo fosse vero, a maggior ragione dovrebbe riconoscersi la legittimazione di enti e associazioni portatori di interessi diffusi nell'ipotesi di illegittima omissione del dibattito obbligatorio, verificandosi, in tal caso, un totale troncamento del momento partecipativo e, dunque, una completa assenza di considerazione delle loro posizioni^[85].

In definitiva, sembra doversi concludere che enti e associazioni possano impugnare la decisione finale anche semplicemente perché è stato omesso il

dibattito pubblico obbligatorio o sia stata loro negata la partecipazione.

Per quanto riguarda l'oggetto del sindacato giurisdizionale, invece, non esiste in Italia alcuna specifica prescrizione, a differenza della disciplina francese dove ne sono definiti precisamente i confini. In particolare, in Francia può essere impugnata dinanzi al giudice la sola decisione sul se aprire o meno il dibattito pubblico^[86]. Ciò in virtù della natura di autorità amministrativa indipendente e terza della "*commission nationale*" che cura lo svolgimento del dibattito, garanzia di terzietà ed equidistanza rispetto agli interessi in gioco. Questo anche perché nel solco della tradizione costituzionale, dove il potere esecutivo è centrale, incombe perpetuamente il timore che le decisioni dei giudici possano invadere le sfere di competenza della pubblica amministrazione.

La scelta del legislatore italiano di non prevedere invece alcun limite oggettivo al sindacato del giudice sulla procedura di dibattito pubblico pone il pericolo di un eccessivo aumento del contenzioso nei procedimenti di realizzazione delle opere^[87]. Infatti, il dibattito pubblico è costruito come un sub-procedimento i cui esiti sono discussi in sede di conferenza di servizi, la cui determinazione finale è ormai sostituiva degli atti di assenso di tutte le amministrazioni^[88] ed è immediatamente impugnabile, avendo la natura di atto esoprocedimentale. Per questo motivo, la semplice presenza di una illegittimità nella procedura del dibattito potrebbe determinare a cascata l'illegittimità della determinazione finale della conferenza di servizi sulla realizzazione dell'opera e, dunque, la sua annullabilità in sede giurisdizionale.

6. Conclusioni

L'analisi che precede evidenzia una certa difficoltà del legislatore italiano a strutturare una efficace disciplina del dibattito pubblico.

Ciò che emerge dall'articolo 40 del nuovo codice dei contratti è un ulteriore arretramento degli spazi di partecipazione dei cittadini nelle decisioni sulla realizzazione di grandi opere.

Si è sottolineata l'abrogazione della commissione nazionale che, seppur priva del requisito dell'indipendenza, svolgeva importanti funzioni di *advocacy* e di promozione di buone pratiche di partecipazione.

Anche la disciplina sul responsabile del dibattito sembra aver fatto passi indietro

in termini di indipendenza rispetto all'amministrazione precedente.

Il dibattito pubblico ha dovuto fare spazio ad altre esigenze più importanti come la velocità nella realizzazione di opere e infrastrutture^[89]. Infatti, pur nella concisa formulazione dell'articolo 40, il legislatore ha precisato per due volte (comma 1 e 5) la necessità di garantire un termine "celere" per la conclusione della procedura. Quando si parla di grandi opere, infatti, non bisogna dimenticare che servono spesso a tutelare interessi costituzionalmente protetti e diritti sociali irrinunciabili^[90]. È il caso, ad esempio, dei collegamenti nell'Italia meridionale che sempre di più viene tagliata fuori dal resto d'Europa^[91], o ancora, della necessità di sviluppare e utilizzare energie alternative^[92] al fine di rispettare i livelli essenziali di sostenibilità ambientale^[93].

Le esperienze di partecipazione, però, non devono essere viste come un ostacolo alla realizzazione delle opere: al contrario, potrebbero portare frutti preziosi nella definizione dei progetti. Il contributo di chi abita i luoghi coinvolti permetterebbe di costruire infrastrutture funzionali, nel rispetto del patrimonio paesaggistico, artistico e culturale^[94].

Se ne può ricavare la conclusione per cui il confine tra i benefici e i costi di una partecipazione estesa, nella specie quella offerta dal dibattito pubblico, deve passare per un bilanciamento tra la necessità di realizzare determinate opere e il coinvolgimento nella decisione dei soggetti interessati. Una disciplina del dibattito pubblico che conferisse all'amministrazione il potere di operare questo bilanciamento e, quindi, di tenere adeguatamente conto di queste due esigenze, tra l'altro, sarebbe perfettamente coerente con i principi del risultato e della fiducia di cui si parla negli articoli 1 e 2 del codice dei contratti.

Infatti, il principio del risultato impone la stipula del contratto con il miglior impiego delle risorse e nel più breve tempo possibile.

In base al principio della fiducia, invece, l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore degli appalti deve fondarsi sulla reciproca fiducia nell'azione dell'amministrazione^[95], dei suoi funzionari e degli operatori economici. La relazione al codice dei contratti definisce il principio in esame come una svolta rispetto alla logica del "sospetto" che la stratificazione normativa ha creato in questi anni^[96]. L'elemento della fiducia, insomma, si ritiene risolutivo rispetto ai problemi della burocrazia difensiva^[97] e della paura della firma^[98] e, quindi, vero motore per un corretto e pieno esercizio dei poteri discrezionali da parte del

funzionario^[99] .

La sfida per la creazione di un reale clima di fiducia, però, si gioca inevitabilmente sul piano culturale. Oltre all'affermazione del principio, presupposto necessario ma non sufficiente, è indispensabile uno spazio concreto di manovra in cui l'amministrazione per il tramite del funzionario possa esercitare il suo potere discrezionale^[100] .

Ciò posto, allora, come si è detto, il dibattito pubblico, se costruito adeguatamente, può essere utile strumento di attuazione di questi due principi. Nello specifico, l'amministrazione andrebbe dotata di un dibattito pubblico che sia uno strumento flessibile e da usare con elevata discrezionalità in base alle necessità delle contingenze^[101] , permettendo, ad esempio, di estendere il novero dei partecipanti se nel caso concreto risulti utile^[102] .

Infatti, la partecipazione dei soggetti interessati dall'opera potrebbe garantire maggiore completezza alle valutazioni dell'amministrazione al fine di individuare la soluzione migliore, e quindi il raggiungimento del risultato come inteso dal principio di cui all'articolo 1, con la realizzazione dell'opera in tempi rapidi, senza incontrare l'opposizione di chi abita i luoghi, e il miglior impiego possibile delle risorse. D'altro canto, una adeguata partecipazione nella fase di progettazione dell'opera potrebbe portare ad una soluzione condivisa che servirebbe all'amministrazione per decidere più serenamente, con maggiore certezza e consapevolezza sugli interessi pubblici e privati, davvero numerosi, che entrano in gioco quando si tratta di grandi infrastrutture.

A dispetto di ciò, il legislatore non si sia sentito di "fidarsi" dell'amministrazione ed ha creato un modello rigido di dibattito pubblico in cui l'interesse a guadagnare tempo sembra essere l'unico meritevole di tutela.

I difetti di costruzione normativa dell'istituto sono poi accentuati anche dal contesto estremamente difficile in cui si inserisce il dibattito pubblico.

Infatti, in Italia manca una disciplina organica sul *lobbying* tale da garantire un rapporto funzionale tra potere pubblico e potere economico^[103] . Il dibattito pubblico, allora, se strutturato adeguatamente, poteva rappresentare una possibilità per un dialogo chiaro e trasparente tra pubblica amministrazione, poteri privati e cittadini. La scelta del legislatore di ridurre in modo netto il peso del dibattito si è tradotta nella rinuncia ad un confronto potenzialmente molto positivo, anche nell'ottica, ad esempio, di vincere quel sospetto per cui le scelte

sulle grandi opere sono sempre indebitamente condizionate dagli interessi economici di grandi gruppi privati.

Non solo, è vero che decisioni di estrema complessità tecnico-scientifica, come quelle sulle grandi opere, sono ontologicamente poco aperte alla partecipazione dei cittadini poiché questi non sono dotati delle giuste competenze. Tuttavia, eliminando qualsiasi contributo dei singoli individui, la decisione non può che ritornare interamente all'amministrazione, la quale però si caratterizza ormai da tempo per l'estrema debolezza dei suoi corpi tecnici^[104]. L'assenza di formazione e specializzazione dei dipendenti è causa di procedimenti amministrativi governati da decisori non dotati delle necessarie competenze per ponderare correttamente gli interessi in gioco. In questo quadro, il dibattito pubblico poteva diventare un efficace strumento di individuazione e composizione degli interessi nelle situazioni più complesse e, dunque, snodo cruciale per le decisioni sulle grandi opere.

Probabilmente una scelta orientata più nel senso di dare effettivo peso al momento partecipativo avrebbe consentito di non confondere la "celerità" con la fretta.

1. Sul rapporto tra amministrazione e privati e la sua evoluzione: M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 259 e ss.; S. Cassese, *Il privato e il processo amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1-2, 1970, pp. 25 e ss.; A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo negli anni '80*, Giuffrè, Milano, 1987; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in M. Nigro, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, pp. 1412 e ss.; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016; P. Chirulli, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 613 e ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 100 e ss.
2. Sulle problematiche relative alla realizzazione di infrastrutture A. Macchiati, G. Napolitano, *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Il Mulino, Bologna, 2009.
3. Sulle ragioni della nascita dell'istituto e in generale sul ruolo dei privati nelle scelte sulle grandi infrastrutture: A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, pp. 129 e ss.
4. A. Morelli, *La democrazia rappresentativa: declino di un modello*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1 e ss.
5. A. Averardi, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2015, p. 1173.
6. Sulla partecipazione: R. Villata, G. Sala, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*,

- vol. XI, Torino, 1996, pp. 576 e ss.; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996; P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 399.
7. Così M. Timo, *Gli attori del "dibattito pubblico"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3, 2019, pp. 301 e ss.
 8. Così S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2017, p. 2.
 9. Sulla democrazia partecipativa in questi termini: U. Allegretti, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, 2010, p. 13.
 10. A. Valastro, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, pp. 59 e ss.
 11. I codici che si sono susseguiti dal 2006 sono tre: il d.lgs. n. 163/2006, il d.lgs. n. 50/2016 e il d.lgs. n. 36/2023.
 12. F. Cappelli, *Ambiente e democrazia: un'integrazione al dibattito*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2011, p. 41.
 13. *United Nations Declaration on Environment and Development*, 13 giugno 1992, principio 10: «Il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli. A livello nazionale, ciascun individuo avrà adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso delle pubbliche autorità, comprese le informazioni relative alle sostanze ed attività pericolose nelle comunità, ed avrà la possibilità di partecipare ai processi decisionali. Gli Stati faciliteranno ed incoraggeranno la sensibilizzazione e la partecipazione del pubblico rendendo ampiamente disponibili le informazioni. Sarà assicurato un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, compresi i mezzi di ricorso e di indennizzo».
 14. R. Ionta, *Il paradigma di Aarhus, Interesse meta-individuale, potere diffuso e processo*, in *giustamm.it*, 5, 2015; M. Prieur, *La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale*, in *Revue Juridique de l'Environnement, numéro thématique: La Convention d'Aarhus*, 1999, p. 9-29.
 15. Unece, *The Aarhus Convention: an implementation guide*, II ed., Ginevra, 2014, pp. 119 e ss.
 16. Sul punto E. Fasoli, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 331.
 17. E. Orlando, *Il dibattito pubblico nella Convenzione di Aarhus e nella legislazione europea*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2020, p. 583.
 18. Riguardo il *débat public* si veda D. Amirante, *Codificazione e norme tecniche nel diritto ambientale. Riflessioni sull'esperienza francese*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 1, 2002, pp. 9 e ss.; Y. Mansillon, *L'esperienza del Débat Public in Francia*, in *Democrazia e Diritto*,

- 3, 2006, pp. 101-114.
19. C. Leyrit, *Remettre le citoyen au coeur de la décision publique*, in *La Démocratie participative, Pouvoirs*, 4, 2020, p. 224.
 20. J.F. Beraud, *Il caso della Francia: la Commission National du débat public*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 387 e ss.
 21. Per un'analisi completa del dibattito e in generale della partecipazione in Francia si veda C. Bova, *Gli istituti del débat public e dell'enquête public*, in G.C. De Martin, D. Bolognino (a cura di), *Democrazia Partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Cedam, Padova, 2010, p. 235.
 22. Per ambiente, pubblica amministrazione e diritto europeo si veda M. Delsignore, *Ambiente*, in *Enciclopedia del diritto, Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 54.
 23. L. Ferrara, *Programmazione economica e pianificazione territoriale. Brevi riflessioni sulla rigenerazione urbana a partire dagli scritti di G. Abbamonte*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 634-635.
 24. Sono davvero molti i conflitti di questo tipo: «*Il gasdotto trans-adriatico nel Salento; gli impianti di estrazione di idrocarburi in Val d'Agri; i siti di stoccaggio di scorie nucleari a Scansano Ionico; le centrali a biomassa in provincia di Bologna; la superstrada Bergamo-Treviso; il parco eolico di Orvieto; il co-generatore di energia elettrica a Oristano; l'elettrodotto italo-albanese sulle coste pugliesi dell'adriatico; la linea ferroviaria Torino-Lione in Val di Susa. Tutte queste infrastrutture, diverse per categoria e per collocazione geografica, condividono il fatto di essere state e, nella maggior parte dei casi, di essere ancora soggette a una intensa opposizione locale rivolta prima nei confronti della loro progettazione e poi della successiva costruzione*» così A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del "dibattito pubblico"*, cit., p. 129.
 25. L. Bobbio, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere, il caso dell'autostrada di Genova*, in *Riv. It. di Pol. Pubb.*, 1, 2010, pp. 119-146.
 26. M. Brunazzo, *Istituzionalizzare la partecipazione? Le leggi sulla partecipazione in Italia*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2017, pp. 837 e ss.
 27. L. Torchia, *Il principio di inclusione nei nuovi processi deliberativi. Il caso della legge n. 69/2007 della Regione Toscana*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 4, 2011, p. 79.
 28. A. Menegozzi, *Prove di democrazia partecipativa: la legge sulla partecipazione dell'Emilia-Romagna*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1, 2011, pp. 33 e ss.
 29. G. Sgueo, *La democrazia partecipativa nelle Regioni. La legge n.14 del 2010 della Regione Umbria*, in *Quaderni regionali*, 2, 2011, pp. 559 e ss.
 30. Sul punto ancora M. Brunazzo, *Istituzionalizzare la partecipazione?*, op. cit., in particolare a p. 857 si fa riferimento alla dichiarazione di Brisbane che propone quattro criteri di valutazione della partecipazione. Integrità: presenza di chiarezza e onestà circa l'obiettivo e la portata del processo partecipativo. Inclusione: garanzia che sia attribuita l'opportunità di

esprimersi liberamente e di essere ascoltati a un'ampia gamma di valori e prospettive. Deliberazione: garanzia che sia fornita un'informazione sufficiente e credibile per il dialogo e la scelta oltre che margini di manovra per soppesare diverse opzioni, sviluppare una comprensione comune e apprezzare i rispettivi ruoli e responsabilità. Influenza: possibilità che hanno le persone di contribuire a progettare il modo in cui parteciperanno e la possibilità di influenza sulle politiche e i servizi. L' autore analizza, poi, nelle pagine che seguono, le diverse leggi regionali italiane sul dibattito pubblico in base a questi criteri.

31. Sul codice del 2016, ex multis: M. Clarich, *Commentario al codice degli appalti*, Giappichelli, Torino, 2019.
32. Sulle leggi regionali e sulla sentenza in questione si veda P. Vipiana, *La legislazione regionale sul dibattito pubblico, anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 235/2018*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2020, p. 679.
33. Corte Cost., sent. 14 dicembre 2018, n. 235. In tale Sentenza la Corte dichiarò l'illegittimità della legge della Regione Puglia n. 28/2017, sul dibattito pubblico, nella parte in cui indicava come oggetto del dibattito pubblico regionale le «tipologie di opere nazionali» in ordine a cui la regione è chiamata ad esprimersi e nella parte in cui prevedeva che il dibattito pubblico regionale si svolgesse anche sulle opere nazionali.
34. Sui problemi che il dibattito pubblico evidenziava dalla sua nascita: A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4, 2016, pp. 505-551; A. Di Martino, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2017, pp. 531 e ss.; G. Pepe, *Dibattito pubblico e infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 5, 2019, pp. 26 e ss.; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, cit.; V. Manzetti, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti*, in *Federalismi.it*, 5, 2018, pp. 15 e ss.
35. V. Molaschi, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 3, 2018, pp. 386 e ss.
36. P. Vipiana, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del codice degli appalti tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *Federalismi.it*, 2, 2019, p. 20.
37. a) Presidenza del Consiglio dei Ministri o Ministeri direttamente interessati alla realizzazione dell'opera; b) un Consiglio regionale o una Provincia o una Città metropolitana o un Comune capoluogo di provincia territorialmente interessati dall'intervento; c) uno o più consigli comunali o unioni di comuni territorialmente interessati dall'intervento, se complessivamente rappresentativi di almeno 100.000 abitanti; d) almeno 50.000 cittadini elettori nei territori in cui è previsto l'intervento; e) almeno un terzo dei cittadini elettori per gli interventi che interessano le isole con non più di 100.000 abitanti e per il territorio di comuni di montagna.
38. Figura introdotta con il regolamento attuativo, d.P.C.M n. 76/2018.
39. Dubbi sulla formulazione del comma in questione sono evidenziati da G. Di Gaspare, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione In Cammino*, 30 settembre 2017, pp. 1-8.

40. Sugli aspetti problematici del decreto si veda F. Liguori, *Il problema amministrativo, aspetti di una trasformazione tentata*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.
41. F. Costantino, *Dibattito pubblico e d.l. semplificazioni*, in *Apertacontrada*, 30 giugno 2021.
42. Sull'importanza di prospettive chiare e di lungo periodo: «*se la normalità cessa di essere emergenza diventa allora possibile individuare una chiara direttrice di crescita, stabile e non limitata a settori di intervento o dettata dalla necessità di risolvere crisi, che restituisca fiducia, vero indispensabile vettore di rilancio sociale e di attrazione di capitali ed investimenti*». Così R. Spagnuolo Vigorita, *Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto legge n.76/2020*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo, aspetti di una trasformazione tentata, cit.*, pp. 37 e ss.
43. «*Pnrr: aumentano le opere sottoposte a dibattito pubblico per un maggior coinvolgimento delle comunità locali*», in *www.mit.gov.it*, 12 novembre 2021.
44. R. Fabbri, *Pnrr e dibattito pubblico. Prospettive di applicazione per uno strumento di democrazia deliberativa*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1, 2022, pp. 99-113.
45. Art. 1, comma 1, n. 2, lettera o), l. n. 78/2022.
46. Art. 40, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
47. Che l'articolo fissa nella pubblicazione di cui al comma 3 e, dunque, il termine decorre dalla pubblicazione sul sito istituzionale della relazione contenente il progetto dell'opera e l'analisi di fattibilità delle alternative progettuali.
48. «*La stazione appaltante o l'ente concedente, entro due mesi successivi dalla ricezione della relazione di cui al comma 1, adotta il proprio documento conclusivo, di cui all'articolo 5, comma 1, lettera f), del quale viene data comunicazione mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale e sui siti istituzionali delle amministrazioni locali interessate dall'intervento, nonché al Dipartimento di cui all'articolo 5, comma 1, lettera c)*» (art. 7, co. 2, allegato I.6, d.lgs. n. 36/2023,).
49. Il dibattito è invece escluso, per il settore della difesa e sicurezza, in caso di procedure di somma urgenza e protezione civile, per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, restauri, adeguamenti tecnologici e completamenti, per le opere già sottoposte a procedure preliminari di consultazione pubblica sulla base di norme europee.
50. Il comma secondo dell'articolo 40, però, stabilisce una valenza limitata nel tempo dell'allegato I.6 che, infatti, dovrebbe essere abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un regolamento integralmente sostitutivo, da adottare ai sensi dell'articolo 17, co. 3, l. n. 400/1988, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministero della cultura.
51. «*il débat consente una consultazione a monte, idonea, nel caso, a impedire la stessa realizzazione di opere pubbliche a elevato rischio ambientale*» così F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 73.
52. Così A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del*

- dibattito pubblico, cit.*, p. 138.
53. C.E. Gallo, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 55-95; S. Cassese, *Burocrazia, democrazia, e partecipazione*, in *Jus*, 1, 1958, pp. 81 ss.; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1952, pp. 18 ss.; P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa, cit.*; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo, cit.*
 54. Così M. Della Morte, *Potere e partecipazione*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *Enciclopedia del diritto, i Tematici, Potere e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2021, in cui si sottolinea l'utilizzo della partecipazione come velo per coprire deficit democratici ed il suo essere «*formidabile risorsa narrativa per la composizione delle contraddizioni del processo di neo-liberalizzazione*». Non solo, si evidenzia anche l'utilizzo della partecipazione per «*de-politicizzare determinate tematiche perché sensibili o potenzialmente produttive di tensioni*».
 55. R. Spagnuolo Vigorita, *Il conflitto tra pubblica amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 153.
 56. A. Di Martino, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti pubblici: prime considerazioni rispetto ad alcune aporie di sistema*, in *Passaggi costituzionali*, 2, 2023, pp. 248 e ss.
 57. Anche se i poteri dell'ANAC, rispetto al codice del 2016, sembrano aver subito un importante ridimensionamento nel d.lgs. n. 36/2023. Sui poteri dell'ANAC nel codice del 2016 si vedano E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: «post fata resurgam»*, in *Gior. Dir. Amm.*, 6, 2015, p. 758; F. Di Cristina, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 11, 2014, p. 1023; F. Di Lascio, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 805.
 58. Detta indipendenza era garantita in particolar modo nei procedimenti delle amministrazioni periferiche poiché la nomina del coordinatore avveniva da parte del Ministero, o in seguito ad una gara di appalto indetta dall'amministrazione stessa. L'indipendenza del coordinatore dall'amministrazione era più attenuata, ma comunque garantita, qualora il dibattito pubblico si fosse inserito in una procedura in cui la stazione appaltante fosse stata un Ministero. In tal caso, infatti, la nomina del coordinatore spettava alla presidenza del Consiglio dei Ministri che sceglieva il coordinatore tra i dirigenti di un dicastero estraneo alla procedura.
 59. Su RUP e unità organizzativa si veda R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 559-561.
 60. Art. 5, l. n. 241/1990.
 61. A. Scognamiglio, *I contratti della pubblica amministrazione: ascesa e declino del dibattito pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4, 2023, pp. 777 e ss.

62. Sulla partecipazione si vedano T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna University Press, Bologna, 2022; P. Chirulli, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa, cit.*, pp. 613 ss.; M. De Benedetto, *Partecipazione (Dir. amm.)*, Treccani, diritto on line, 2015; A. Zito, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 215 e ss.; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo, cit.*; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione, op. cit.*; M.P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pacini, Pisa, 1977; M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2000, p. 1 e ss.; R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Sulla partecipazione in materia ambientale M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale, Il caso ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004.
63. Così N. Posteraro, *Grandi opere partecipazione democratica: alcune riflessioni sul dibattito pubblico italiano "à la française"*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2020, p. 618.
64. G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2015, pp. 604 e ss.
65. L'articolo 8 del regolamento attuativo dichiarava: «*il dibattito pubblico [...] consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni*». La raccolta di proposte e posizioni dei singoli individui era limitata perciò ai soli cittadini.
66. M. Briccarello, *Art. 40. Dibattito pubblico*, in F. Caringella (diretto da), *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023.
67. Sulla legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste si veda F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, p. 413; M.C. Romano, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 6, 2012, p. 1691.
68. M. Timo, *Gli attori del dibattito, op. cit.*, p. 6.
69. Nella legge regionale Toscana è previsto che possano partecipare sia i soggetti residenti nel territorio su cui insiste l'opera, sia «*le persone che lavorano, studiano o soggiornano nel territorio le quali hanno interesse al territorio stesso o all'oggetto del processo partecipativo*». In questo secondo caso, però, la partecipazione non è indiscriminata, spetta al responsabile del dibattito individuare nel caso concreto quali soggetti ammettere al dibattito.
70. Sulla legittimazione ad agire G. Tropea, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, p. 447.
71. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 180 e ss.
72. C. Tonola, *L'interesse diffuso e la legittimazione ad agire degli enti collettivi*, in *njus*, 2022.
73. Si pensi alla protezione dell'ambiente e del paesaggio di cui all'art.9 della Costituzione.
74. In tema di tutela dell'ambiente la giurisprudenza già qualche anno prima era giunta alla

- conclusione per cui la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste prescindesse da un'espressa previsione di legge, il riferimento è in particolare alle sentenze Cons. St., 31 luglio 2013, n. 4034 e Cons. St., 16 aprile 2013, n. 2095.
75. Cons. St., 16 febbraio 2010, n. 885.
76. Per una ricostruzione più completa della vicenda si veda R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, pp. 155-160.
77. M. Ramajoli, *Art. 9 della legge n. 241 del 1990*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa, cit.*, pp. 598-612.
78. Cons. St., 4 settembre 1992, n. 724.
79. Cons. St., 11 aprile 2023, n. 3639.
80. Per i rapporti tra partecipazione nelle procedure di valutazione di impatto ambientale e dibattito pubblico si veda E. Frediani, *Le garanzie partecipative nella valutazione di impatto ambientale: strumenti tradizionali e dibattito pubblico*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2020, pp. 657 e ss.
81. F. Cortese, *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2010, pp. 458 e ss.
82. Cons. St., 31 maggio 2012, n. 3254; Cons. St., 16 settembre 2011, n. 5193.
83. Cons. St., 9 novembre 2020, n. 6862.
84. R. Leonardi, *La legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste: alcune questioni ancora giurisprudenziali*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2011, p. 3.
85. L'omissione del dibattito pubblico obbligatorio, d'altronde, è considerata anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione come una circostanza particolarmente grave. Infatti, la delibera ANAC n. 268 del 20 giugno 2023, al Capo III, art. 6, co.2, lettera d), ha ricompreso il mancato svolgimento del dibattito pubblico obbligatorio tra le gravi violazioni del codice dei contratti pubblici. In queste ipotesi di gravi violazioni al codice l'Autorità può emettere, ai sensi dell'art. 220, comma 3, d.lgs. 33/2023, un parere motivato con cui chiede alla stazione appaltante di porre rimedio alla violazione. In caso di mancata conformazione della stazione appaltante al parere motivato, all'ANAC è riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio per contestare la grave violazione al codice. L'ANAC, dunque, potrebbe essere legittimata ad agire in giudizio anche per l'omesso svolgimento del dibattito pubblico obbligatorio.
86. *Conseil d'Etat*, 17 maggio 2002, n. 236202 e *Conseil d'Etat*, 25 aprile 2004, n. 254774.
87. In questo senso A. Averardi, *L'incerto ingresso, cit.*, p. 510.
88. S. Tranquilli, G.B. Conte, *La conferenza di servizi*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa, cit.*, pp. 512 e ss.
89. G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5479 ss.
90. Sull'importanza della costruzione di grandi opere: M.A. Venchi Carnevale, *Diritto pubblico dell'economia*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXIX, I, Cedam, Padova, 1999, pp. 5 e ss.
91. S. Screpanti, *Le politiche infrastrutturali*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione*

- economica*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 35 e ss.; S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, pp. 579 ss.
92. A. Clo, *Energia e clima*, Il Mulino, Bologna, 2017.
93. «*la tutela del paesaggio, e più in generale del patrimonio culturale, è stata considerata, per alcuni anni, dal Consiglio di Stato, "totalizzante" rispetto a tutti gli altri interessi pubblici, ivi compresa la tutela dell'ambiente*» così S. Amorosino, *La "compressione" del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2023, p. 430.
94. Sull'importanza della partecipazione già dalla pianificazione territoriale F. Borriello, *Motivata, partecipata, integrata. Le nuove frontiere della pianificazione urbanistica*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1, 2023, pp. 72 e ss.
95. Sulla burocrazia difensiva, in particolare nei contratti pubblici, M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, pp. 625-657.
96. F. Cintoli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020.
97. Su burocrazia difensiva e paura di amministrare: S. Tuccillo, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in *Nuove autonomie*, 3, 2020, pp. 725 e ss.; A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini, V. Bontempi, M. Pilade Chiti, F. Decarolis, S. Mento, A. Pincini, A. Pirri Valentini, E.G. Sabato, *"Burocrazia difensiva": cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021, pp. 1295-1316; S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 1 e ss.
98. La giurisprudenza parla di fuga dalla decisione, Cons. St., parere del 24 febbraio 2016, n. 515.
99. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sul nuovo schema dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.
100. In questo senso R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, pp. 271 e ss.
101. C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 135.
102. Come nel modello di dibattito pubblico della legge regionale toscana, analizzato nel paragrafo 5.3.
103. In argomento: R. Spagnuolo Vigorita, *Potere amministrativo, poteri e interessi privati*, in *CERIDAP*, 2, 2024; E. Carloni, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2017, p. 371. Sul progetto di legge in materia N. Cottone, *Progetto di legge sulle lobby, ecco le novità: dal registro dei rappresentanti all'agenda degli incontri*, in *Sole 24 ore*, 10 gennaio 2022.
104. L. Fiorentino, *I corpi tecnici nelle amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2013, pp. 479 e ss.

All'alba di un orientamento del giudice amministrativo sul difetto di interoperabilità?

Carlo Pezzullo

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-45

Nell'ambito di una procedura per la concessione di finanziamenti pubblici indetta dal Ministero dell'istruzione, il progetto candidato dalla Provincia di Viterbo è stato escluso in quanto riferito a un immobile scolastico provinciale che – pur presente nell'Anagrafe regionale – non era censito nel Sistema Nazionale dell'edilizia scolastica ed era pertanto carente del relativo requisito richiesto dall'avviso pubblico. Pronunciandosi nel merito sul ricorso proposto dalla Provincia avverso il provvedimento di esclusione, il giudice amministrativo si trova dinanzi a una questione che richiede una prima definizione del difetto di interoperabilità, in quanto ritenuta strumentale alla decisione sulla controversia stessa.

Dawn of an Administrative case-law orientation on the interoperability lack?

As part of a procedure for the granting of public funding by the Italian Ministry of Education, the Province of Viterbo project was excluded because it referred to a provincial school building that was not registered in the National School Building System – although present in the Regional registry – and it was therefore lacking the relevant requirement of the public notice. Ruling on the merits of the appeal brought by the Province against the exclusion decision, the Administrative judge is faced with a question that requires an initial definition of the interoperability lack, as it is instrumental to the decision on the dispute itself.

Sommario: 1. Premessa.- 2. L'esclusione dalla procedura e l'asserito difetto di interoperabilità.- 3. Due livelli di analisi.- 3.1. Nozione e natura dell'interoperabilità.- 3.2. Difetto di interoperabilità, discrezionalità tecnica e vizi di legittimità: un primo orientamento del giudice amministrativo?- 4. Note e considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il presente contributo intende offrire un commento ragionato alla sentenza del 4 aprile 2023, n. 6875, del T.A.R. Lazio-Roma (sezione III-*bis*) dalla quale sembra potersi ricavare – nei termini di cui si dirà – un primo orientamento del giudice amministrativo sul difetto di interoperabilità.

Il fatto posto all’attenzione del T.A.R. Lazio-Roma riguarda l’esclusione da una procedura per la concessione di finanziamenti pubblici, svoltasi a seguito di un avviso pubblico indetto dal Ministero dell’istruzione (di seguito Ministero) nell’ambito della Missione 4 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr)^[1], per asserito difetto di interoperabilità tra le due banche dati di riferimento: il Sistema Nazionale Anagrafe dell’edilizia scolastica (Snaes) e l’Anagrafe Regionale dell’edilizia scolastica (Ares).

In particolare, la Provincia di Viterbo, interessata al finanziamento, ha presentato ricorso per l’annullamento^[2] dei provvedimenti adottati dal Ministero con i quali è stato escluso il progetto da essa candidato^[3], in quanto riferito a un immobile scolastico provinciale non censito nello Snaes e, quindi, carente del requisito di cui all’art. 5, comma 2, lett. b), dell’avviso pubblico. Secondo la ricorrente tali provvedimenti sono illegittimi per violazione di legge, ossia – oltre che dell’art. 7 della l. n. 23/1996 recante norme per l’edilizia scolastica, anche – dell’Accordo quadro sull’edilizia scolastica^[4] approvato nella seduta della Conferenza Unificata del 6 settembre 2018, secondo cui i sistemi Snaes e Ares dovrebbero operare «*in un quadro di integrazione e condivisione delle informazioni con i sistemi informativi degli enti locali stessi*»^[5].

2. L’esclusione dalla procedura e l’asserito difetto di interoperabilità

Nel primo motivo di ricorso, la Provincia lamenta il difetto di «*interoperabilità*»^[6] tra i due sistemi, vale a dire il mancato aggiornamento della banca dati ministeriale che avrebbe dovuto automaticamente acquisire i dati della banca dati regionale. Il secondo motivo di ricorso, connesso al primo, è per eccesso di potere «*nella forma sintomatica della mancata o insufficiente motivazione, difetto di istruttoria e manifesta illogicità*», avendo il Ministero

omesso di verificare che l'edificio aveva un codice identificativo Ares. Inoltre, qui il terzo e ultimo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, per avere il Ministero adottato il provvedimento di esclusione in assenza di preavviso di rigetto e senza alcuna forma di contraddittorio.

Quel che finora non si è detto – ma che «*non appare punto controverso*»^[7] –, è che il progetto presentato dalla Provincia è stato escluso in quanto prevedeva la riqualificazione della palestra di un immobile scolastico provinciale diverso da quello per il quale è stata presentata la domanda. E ciò perché, secondo quanto la stessa amministrazione provinciale chiarisce in corso di istruttoria procedimentale^[8], il codice identificativo dell'immobile scolastico oggetto di intervento risultava censito solo nell'Anagrafe Regionale^[9], non anche in quella nazionale, per cui il sistema di presentazione delle candidature non consentiva di compilare la domanda. All'esito delle verifiche effettuate sulla veridicità delle dichiarazioni rese in fase di candidatura e sulla documentazione caricata, è emersa la carenza del requisito di cui all'art. 5, comma 2, lett. b), dell'avviso pubblico, «*in quanto l'edificio-palestra oggetto d'intervento non risulta[va] censito*» nell'Anagrafe Nazionale alla data di presentazione della candidatura.

Il ricorso non è stato accolto in quanto ritenuto infondato.

Quanto al primo motivo di ricorso, al T.A.R. Lazio-Roma appaiono infondate le argomentazioni in ordine all'asserito difetto di interoperabilità tra i due sistemi regionale e nazionale e «*sulle presunte modalità e tempistiche di pubblicazione dei dati raccolti*» nel sistema Ares in quello Snaes «*tenuto conto che parte ricorrente non ha dato prova di aver adeguatamente alimentato il sistema dopo aver ottenuto l'attribuzione del codice Ares identificativo dell'edificio*»^[10]. Infondato è anche il connesso secondo motivo di ricorso, in quanto, da un lato, il Ministero avrebbe svolto l'istruttoria (nella quale la difformità è stata chiarita dalla Provincia stessa), e, dall'altro, ci sarebbe la vincolatività della clausola espressa all'art. 5, comma 2, lett. b), dell'avviso pubblico, di non ammissibilità a finanziamento delle candidature riferite a edifici non censiti nello Snaes^[11].

Infine, il giudice amministrativo ritiene infondato il terzo motivo di ricorso inerente al preavviso di rigetto, richiamando precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato^[12] secondo cui la norma di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, non trova applicazione nelle procedure per la concessione di finanziamenti pubblici.

Di quest'ultimo motivo, infatti, non si tratterà nel prosieguo, in quanto la questione – anche se per certi aspetti legata alla mancata interoperabilità – richiederebbe, a monte, un'analisi della giurisprudenza da ultimo richiamata.

3. Due livelli di analisi

Il primo motivo di ricorso rappresenta il cuore di questo contributo, in quanto fondato sul difetto di interoperabilità tra due banche dati.

Prima di esprimerne le relative osservazioni, è opportuno sciogliere alcuni nodi non soltanto concettuali, anche per scongiurare il rischio di una trattazione del tema poco consapevole. Mentre lo studio dell'interoperabilità *ex se* è tutt'altro che nuovo, infatti, il suo studio nel diritto amministrativo può considerarsi relativamente nuovo e abbastanza recente^[13]: ancora non esistono lavori ampi e sistematici sul tema, a fronte, invece, di un modesto numero di contributi in volume e articoli scientifici, autorevoli e rilevanti, sulla sua disciplina e alcuni specifici profili.

In questo scritto, i livelli di analisi sono dunque due e tra loro strettamente legati: il primo, sulla nozione di interoperabilità e la sua natura, che funge da base per le argomentazioni successive; nel secondo, a partire dalla pronuncia del T.A.R. Lazio-Roma, si proverà a riflettere dal particolare al generale.

3.1. Nozione e natura dell'interoperabilità

Senza potersi in questa sede soffermare sulle definizioni fornite dai dizionari e glossari, italiani e stranieri, giuridici e di linguistica^[14], la prima fonte da considerare in questa sede è la comunicazione della Commissione europea del 2005 sull'incremento dell'interoperabilità e delle sinergie tra le banche dati europee nel settore giustizia e affari interni^[15], che definisce l'interoperabilità come «*capacità dei sistemi informatici [...] di scambiare dati e consentire la condivisione di informazioni e conoscenze*», riprendendo la medesima definizione fornita nel primo *European Interoperability Framework* (Eif 1.0)^[16]. Si tratterebbe, tuttavia, di una nozione che alcuni autori hanno definito «*semplificistica*»^[17], in quanto avrebbe aperto la strada a una visione più tecnica che politica dell'interoperabilità, scollegandone la dimensione tecnica dalle altre sue dimensioni.

A ben vedere, la prima nozione giuridica è fornita dalla raccomandazione (2003)¹⁴ formulata dal Consiglio dei ministri del Consiglio d'Europa che, anche se con specifico riguardo all'ambito della giustizia, definisce l'interoperabilità come «*scambio efficiente e sicuro di dati e informazioni tra i sistemi informativi delle organizzazioni del settore della giustizia*»^[18]. Una tale definizione, però, sembra confliggere con la lettura che negli anni successivi viene data dalla dottrina prevalente, oltre che con altre fonti di livello europeo^[19]. Tra gli altri, secondo alcuni autori^[20], può essere definita come «*la capacità di due o più entità, eterogenee e operanti in modo autonomo, di scambiarsi e utilizzare informazioni o funzionalità reciproche, in modo corretto, conveniente e senza uno sforzo significativo, al fine di contribuire al raggiungimento di uno scopo specifico*». Assumendo una prospettiva diversa, altra dottrina, più recente, ritiene che l'interoperabilità sia «*una forma di coordinamento naturale tra amministrazioni, fondata su un ribaltamento rispetto all'approccio organizzativo tradizionale, quello della messa in comune dei dati a disposizione e, soprattutto, del cloud nazionale e della costruzione di banche dati comuni*»^[21]. Quel che si può notare è che le ricostruzioni dottrinali, pur se non unanimemente dirette nel senso dell'interoperabilità come 'capacità', propongono chiavi di lettura che si rinvencono anche in altre fonti e che sono utili ai fini della sistematizzazione delle sue stesse caratteristiche.

Quanto al quadro normativo dell'ordinamento italiano, a intervenire sull'interoperabilità è il d.lgs. n. 179/2016 recante modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale (Cad), in attuazione della delega contenuta nell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche^[22]. Per quanto qui di interesse, tale decreto introduce all'art. 1, comma 1, del Cad, la lettera dd) contenente la nozione di interoperabilità, quale «*caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi*». Probabilmente prendendo atto dell'esistenza di un dibattito pressoché aperto sulla sua natura tecnica o politica, nel definirla come «*caratteristica*»^[23], sembra quasi voler tentare un compromesso tra i sostenitori dell'uno e dell'altro orientamento.

La riforma operata al Cad nel 2016 non si è limitata a introdurre la nozione.

L'articolo 15 del d. lgs. n. 179/2016, oltre a sostituire la rubrica dell'art. 17 del Cad, al comma 1 ne integra la lettera j), prevedendo tra i compiti del responsabile per la transizione digitale anche quello di favorire l'interoperabilità tra i sistemi dell'amministrazione e il punto di accesso telematico attivato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di cui all'art. 64-*bis*^[24]. Nella relazione illustrativa del Governo si legge che una delle linee portanti di tale intervento normativo è anche quella di «*promuovere integrazione e interoperabilità tra i servizi pubblici erogati dalle diverse amministrazioni in modo da garantire a cittadini e imprese il diritto a fruirne in maniera semplice e moderna anche grazie all'opportunità di gestire i diversi strumenti informatico-giuridici di dialogo con le amministrazioni attraverso un'unica interfaccia*»^[25].

Il contesto finora descritto vede un principio che lo governa: il *once-only*. L'interoperabilità nel settore pubblico, di cui in parte si è già detto, consisterebbe infatti «*nella piena interazione e nella massima condivisione dei dati da esse detenuti, volta a facilitare anche i rapporti con i cittadini, sulla base del principio once only*»^[26]. Tale ultimo principio, che si regge sul principio *digital by default* – in forza del quale le pubbliche amministrazioni «*dovrebbero erogare i servizi in primo luogo in formato digitale, comprese le informazioni leggibili dalle macchine*»^[27] – non gode ancora di una nozione positiva. Ed è stato osservato da alcuni^[28] che, in virtù di una tale assenza a livello europeo, gli Stati membri dell'Unione interpretano questo principio in modi diversi. Secondo questi stessi studiosi, la *ratio* su cui il *once-only principle* si fonda sarebbe quella di «*ridurre l'onere amministrativo degli utenti e delle imprese mediante la riorganizzazione dei processi interni del settore pubblico*»^[29].

3.2. Difetto di interoperabilità, discrezionalità tecnica e vizi di legittimità: un primo orientamento del giudice amministrativo?

Pur non avendo trovato accoglimento il ricorso in esame, sono tre i punti da verificare nel commentare questa sentenza: il primo è se, a fronte dell'inserimento nell'Anagrafe Regionale del codice identificativo dell'edificio destinato al finanziamento, tale registrazione avrebbe dovuto comportare il censimento automatico nello Snaes, come richiesto dall'avviso pubblico; il secondo, legato in

modo dipendente al primo, è se l'interoperabilità tra banche dati sia da considerarsi, allo stato dell'arte, un onere dell'amministrazione che bandisce la gara, oppure, all'opposto, se siano i partecipanti alla procedura a dover compiere quanto necessario per la condivisione automatica dei propri dati, rischiando altrimenti di essere esclusi dalla procedura; il terzo, non per importanza ma seguendo un preciso ordine logico, riguarda la riconducibilità del difetto di interoperabilità ai tradizionali vizi di legittimità^[30], tentando di individuare se tale difetto configuri una violazione di legge oppure un eccesso di potere, potendo escludersi nella fattispecie il vizio dell'incompetenza.

Partendo dal primo punto, il T.A.R. Lazio-Roma rileva che l'interoperabilità tra i sistemi nazionale e regionale dell'edilizia scolastica «*appare essere data dal fatto che, una volta compilate tutte le sezioni presenti nel sistema Ares (e dunque non solo la prima parte relativa all'attribuzione del codice identificativo dell'edificio) e validati i dati, il censimento può ritenersi effettuato con successo e l'edificio viene ad essere inserito nello Snaes*»^[31]. Vale a dire, in termini più generali, che se il soggetto partecipante ha inserito i dati richiesti in uno dei sistemi utilizzati per la procedura, allora, in virtù dell'interoperabilità, tali dati sono automaticamente presenti anche nell'altro sistema. Una tale lettura risulta essere in linea con il pensiero giuridico e con le fonti nazionali ed europee sull'interoperabilità di cui sopra si è detto.

Venendo ora al secondo punto, nel prosieguo della sentenza, il medesimo giudice amministrativo ritiene che «*quello di censire l'edificio scolastico nello Snaes era un compito che avrebbe dovuto essere adempiuto dalla ricorrente, al pari di quanto fatto dagli altri enti che hanno partecipato all'avviso*», anche al fine di consentire il rispetto della «*par condicio con gli altri enti concorrenti nella medesima procedura selettiva*»^[32]. Quella che può sembrare, *prima facie*, quasi una deviazione dal percorso logico seguito finora, ne è in realtà una conferma. Il T.A.R. Lazio-Roma, infatti, procede con il verificare quali sono gli elementi richiesti ai fini dell'interoperabilità tra i due sistemi, guardando alle indicazioni contenute nel Manuale Utente Ente locale Ares^[33], «*che è rivolto agli enti locali gestori o proprietari degli immobili scolastici, al fine di consentire agli stessi la consultazione, l'aggiornamento e il censimento delle schede degli edifici scolastici di loro competenza presenti nel sistema Ares*»^[34]. Secondo tale Manuale, all'ente locale interessato spetta compilare tutte le schede richieste dal sistema informatico (tra

cui, ad esempio, quella che dimostra che l'edificio scolastico è funzionante e attivo e non meramente in costruzione) e procedere poi alla loro validazione: è solo la compilazione completa delle schede, e quindi l'adeguata alimentazione del sistema, a renderlo interoperabile.

Il riferimento al Manuale Utente solleva alcune questioni su cui merita soffermarsi. La prima attiene al suo utilizzo da parte del giudice amministrativo come parametro di legalità. La seconda riguarda la sua natura giuridica e le conseguenze che da ciò potrebbero derivare anche a valle nel giudizio di legittimità.

Quanto alla prima, un tale approccio da parte del giudice potrebbe trovare la sua ragione nella necessità di garantire il rispetto della *par condicio*, principio cardine dei procedimenti selettivi e concorsuali. Il giudice, cioè, trovandosi dinanzi a un ricorso avente a oggetto un fatto per lo più nuovo nella giurisprudenza (e non solo) – la cui novità è dettata quasi esclusivamente dalla componente tecnologica –, sembra non aver potuto fare altro che assumere come parametro di legalità il Manuale Utente Ente locale Ares, quale unico documento recante le modalità di funzionamento di quelle banche dati e contenente le regole per le amministrazioni locali. Quale possa essere il valore di tali regole rappresenta il nodo da sciogliere per risolvere la seconda questione.

Non essendosi il T.A.R. Lazio-Roma ulteriormente soffermato sul punto, bisogna tentarne una lettura che guardi ai tradizionali istituti del diritto amministrativo.

Quello che, per sue stesse caratteristiche, si ritiene di poter richiamare riguarda l'esercizio della discrezionalità tecnica intesa, come noto, nella sua «alterità»^[35] rispetto alla discrezionalità amministrativa. Come da giurisprudenza del Consiglio di Stato^[36] sulla discrezionalità tecnica, infatti, il giudice amministrativo – diversamente da quanto avveniva in passato – giunge a compiere una valutazione, sia pur «estranea alla considerazione dell'interesse pubblico»^[37], che attiene alla correttezza dei criteri tecnici utilizzati (vizi di illogicità, incongruenza, contraddittorietà, irragionevolezza), senza esprimere un giudizio sulla condivisibilità dei risultati raggiunti. È in questi termini che può intendersi l'utilizzo del Manuale Utente.

Se ciò è vero, il terzo punto di cui si è detto all'inizio di questo paragrafo – ossia quello sulla riconducibilità del difetto di interoperabilità ai tradizionali vizi di

legittimità –, troverebbe più immediata risoluzione. Il giudice amministrativo, trovandosi dinanzi a una fattispecie in cui un'amministrazione pubblica abbia un documento tecnico di riferimento, come ad esempio un manuale utente, sull'utilizzo delle banche dati e i requisiti per la loro interoperabilità, potrebbe – laddove valutasse la scorrettezza nell'applicazione dei criteri tecnici previsti – riscontrare il vizio di legittimità dell'eccesso di potere.

4. Note e considerazioni conclusive

Gli spunti di riflessione offerti da questa pronuncia non sono di poco conto e consentono di procedere, con la dovuta cautela, dal particolare al generale.

Innanzitutto, il primo motivo di ricorso verte sul difetto di interoperabilità tra i due sistemi: secondo la ricorrente, solo per ricordarlo, è per la mancata interoperabilità tra Snaes e Ares che il Ministero ha adottato il provvedimento di esclusione dalla procedura. E a rilevare qui non sono soltanto le ragioni che hanno portato l'amministrazione provinciale a rivolgersi al giudice amministrativo, ma anche che quest'ultimo, trovandosi dinanzi a un ricorso incentrato sul difetto di interoperabilità, non ne ha dichiarato l'inammissibilità^[39] bensì, pur non accogliendolo, si è pronunciato nel merito.

In secondo luogo, per quanto 'interoperabilità' stia a significare "capacità di un sistema informativo di comunicare automaticamente dati e informazioni con un altro sistema informativo" – e in tale direzione si può dire proceda ormai anche questa modesta giurisprudenza^[39] –, è anche vero che, affinché il sistema sia interoperabile, esso deve essere adeguatamente alimentato dal soggetto interessato. Graverrebbe, cioè, su quest'ultimo l'onere di inserire quanto richiesto dal sistema per la sua stessa interoperabilità.

Il Manuale Utente, e il suo utilizzo da parte del giudice come parametro di legalità, solleva non pochi dubbi sulla sua natura giuridica e sulle conseguenze che ne derivano, e richiede una complessa interpretazione che, allo stato dell'arte, consideri l'esercizio della discrezionalità tecnica e – in caso di difetto di interoperabilità e dunque di scorrettezza nell'applicazione dei criteri tecnici da parte dell'amministrazione – la configurabilità del vizio di legittimità dell'eccesso di potere.

Il quadro che si è disegnato finora nel tentativo di trarre ulteriori elementi di

conoscenza sui risvolti dell'interoperabilità nel diritto amministrativo, anche processuale, è destinato ad ampliarsi con l'adozione, a livello europeo, di una normativa unitaria sull'interoperabilità.

Il 21 novembre 2022 la Commissione europea ha adottato la proposta di *Interoperable Europe Act* volto a rafforzare la cooperazione transfrontaliera tra amministrazioni nazionali e la cooperazione tra queste e le istituzioni europee in materia di scambio di dati e soluzioni informatiche quali software *open-source*, linee guida e quadri di riferimento, con conseguenze positive anche in termini di economicità dell'azione amministrativa^[40].

In realtà, è da tempo che il Parlamento europeo sostiene l'interoperabilità dei servizi pubblici digitali^[41]. Già nella sua risoluzione del 16 maggio 2017, il Parlamento aveva sottolineato l'importanza dell'interoperabilità e della standardizzazione nell'attuazione delle strutture di *e-government* e aveva accolto con favore il piano di revisione dell'*European Interoperability Framework*, cui prima si è fatto cenno. Dopo la risoluzione del 20 maggio 2021 – in cui il Parlamento chiedeva alla Commissione europea di rafforzare «*il sostegno finanziario e istituzionale all'economia digitale europea [...] attraverso misure come fornire un accesso più ampio e più facile a dati industriali e pubblici di alta qualità facilmente leggibili e interoperabili*» –, più di recente, nella risoluzione del 3 maggio 2022, il Parlamento invita gli Stati membri a fornire «*servizi pubblici digitali senza confini, interoperabili, personalizzati, user-friendly e end-to-end basati sull'intelligenza artificiale a tutti i cittadini a tutti i livelli dell'amministrazione pubblica*».

Dalla proposta di *Interoperable Europe Act*, e dalla conseguente adozione del regolamento (Ue) 2024/903 «*che stabilisce misure per un livello elevato di interoperabilità del settore pubblico nell'Unione*», deriverebbe una conferma dell'esigenza di unitarietà della disciplina in tema di interoperabilità, prendendo atto sì dell'esistenza dei regolamenti (Ue) 2019/817 e 818 che istituiscono i due quadri per l'interoperabilità tra i sistemi d'informazione dell'Ue in materia di sicurezza e frontiere^[42], ma che di per sé non riguardano tutti i settori e non sono pertanto volti – né sufficienti – a garantire l'interoperabilità intersettoriale, anche transfrontaliera^[43].

1. Avviso pubblico del 2 dicembre 2021, prot. 48040, «*per la presentazione di proposte per la*

CERIDAP

messa in sicurezza e/o realizzazione di palestre scolastiche», da finanziare nell'ambito del Pnrr, Missione 4 «Istruzione e Ricerca», Componente 1 «Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università», Investimento 1.3 «Piano per le infrastrutture per lo sport nelle scuole».

2. L'atto introduttivo è stato notificato il 21 ottobre 2022 e depositato il 2 novembre 2022.
3. I provvedimenti in questione sono i seguenti: la comunicazione del Ministero dell'istruzione del 25 luglio 2022, prot. 64868, di esclusione dalla procedura di cui all'avviso pubblico; il decreto direttoriale R000005 del 4 agosto 2022 del Ministero dell'istruzione con cui sono state approvate le graduatorie di cui agli allegati 1 e 2, definite applicando i criteri automatici di cui all'articolo 9, comma 1, dell'avviso pubblico per ciascuna candidatura sulla base delle dichiarazioni rese dagli enti locali sul sistema informativo; la graduatoria approvata e relativa alla messa in sicurezza nella parte in cui non ammette la Provincia di Viterbo; il decreto del Ministro dell'istruzione del 2 dicembre 2021, n. 343, e del relativo avviso pubblico nella parte in cui non ravvisa la interoperabilità tra i due sistemi.
4. Si tratta dell'accordo finalizzato a snellire le procedure e velocizzare la erogazione dei finanziamenti per la realizzazione degli interventi nel settore dell'edilizia scolastica.
5. Il testo è reperibile al seguente link: <https://anci.lombardia.it/documenti/7975-accordo%20edilizia%20scolastica%206%20settembre%202018.pdf>.
6. Dell'interoperabilità si legge espressamente al punto 2.2.
7. In questi termini, il T.A.R. Lazio-Roma (sezione III-bis), sentenza del 4 aprile 2023, p.to 2.1.
8. Nota di chiarimenti del 1° giugno 2022.
9. Dal 7 febbraio 2022.
10. T.A.R. Lazio-Roma n. 6875/2023, p.to 2.9.
11. T.A.R. Lazio-Roma n. 6875/2023, p.ti 2.5 e 2.10.
12. Tra le altre, Cons. St., 22 febbraio 2019, n. 1236.
13. Tra i primi contributi sull'interoperabilità nel diritto amministrativo italiano, v. G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 129-153. Nel tempo, gli studiosi hanno posto maggiore attenzione al tema, analizzandolo da prospettive anche diverse e fornendo spunti di riflessione sempre nuovi. Di alcuni di essi si dirà nei paragrafi successivi.
14. Di seguito se ne riportano alcune. Secondo la versione consolidata dell'*International Organization for Standardization* (Iso), l'interoperabilità è «*la capacità di condividere e scambiare informazioni, utilizzando sintassi e semantica comuni, per soddisfare una relazione funzionale specifica dell'applicazione attraverso l'uso di un'interfaccia comune*». Il riferimento è, in particolare, a Iso 16100-1:2009, *Industrial automation systems and integration – Manufacturing software capability profiling for interoperability – Part. 1: Framework*, e la traduzione è nostra. Stando alla definizione fornita dall'*Interoperability Glossary* (R. Poler, J. Tomás, P. Velardi, *Interoperability Glossary*, INTEROP NoE,

- Version 1B, 2005), l'interoperabilità è «*la capacità dei sistemi informativi di operare in combinazione tra loro, comprendendo protocolli di comunicazione, hardware, software, applicazioni e livelli di compatibilità dei dati*». Secondo il *Dicionário da Língua Portuguesa*, edizione del 2004, l'interoperabilità è una «*caratteristica che consente la connessione e il collegamento di più computer*». Nello stesso senso, anche il dizionario italiano Garzanti Linguistica nella versione online che viene costantemente aggiornata.
15. Si tratta della comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio sul miglioramento dell'efficienza e l'incremento dell'interoperabilità e delle sinergie tra le banche dati europee nel settore giustizia e affari interni, 24 novembre 2005, COM(2005) 597 definitivo.
 16. *European Interoperability Framework for Pan-European eGovernment Services*, Version 1.0, 2004, p. 5.
 17. P. De Hert, S. Gutwirth, *Interoperability of police databases within the EU: An accountable political choice?*, in *Int. Rev. Law Comput. Technol.*, vol. 20, 1-2, 2006, p. 23, secondo i quali tale definizione fornita dalla comunicazione della Commissione, vedendo l'interoperabilità come un «*concetto tecnico più che politico*», ne riduce il campo di applicazione alle questioni tecniche, «*ponendo l'accento sul raggiungimento dell'obiettivo di una connessione accurata ed efficiente dei sistemi esistenti e dei dati disponibili*». Tali autori risultano essere i primi ad aver affrontato il tema dell'interoperabilità in ambito scientifico da una prospettiva non esclusivamente tecnico-informatica.
 18. La definizione è contenuta all'art. 1 della Raccomandazione Rec(2003)14 «*The interoperability of information systems in the Justice sector*» adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 9 settembre 2003.
 19. Il riferimento è alla comunicazione della Commissione europea sul ruolo dell'*eGovernment* per il futuro dell'Europa, 26 settembre 2003, COM(2003) 567, p. 21.
 20. D. Soares, L. Amaral, *Reflections on the Concept of Interoperability in Information Systems*, in *Proceedings on the 16th International Conference on Enterprise Information Systems (ICEIS)*, 2014, p. 333. Nello stesso senso, si veda anche United Nations Office of Counter-Terrorism, *Ensuring Effective Interagency Interoperability and Coordinated Communication in Case of Chemical and/or Biological Attacks*, New York, 2017, p. 34, che la definisce come «*la capacità di sistemi e organizzazioni diverse di lavorare insieme (interoperare)*». In senso analogo, v. G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 210, nella parte in cui, riconoscendone la natura tecnica, definisce l'interoperabilità come «*modo di essere dei sistemi informatici, essenziale al fine di garantire che i vari sistemi si possano interfacciare tra loro, nell'ambito di reti interconnesse*».
 21. A. Sandulli, *Potere e procedimento amministrativo*, in *Enc. dir. I tematici*, vol. V – Potere e Costituzione, Giuffrè, Milano, 2023, p. 560. Nell'ambito di una riflessione sulla digitalizzazione e l'interoperabilità, B. Ponti, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione*

- praticata, in *Ist. Fed.*, 3, 2023, p. 618, riconoscendo la «concreta praticabilità» di una «digitalizzazione complessa (quella che attiene alla integrazione tendenzialmente automatizzata delle operazioni di back office) [...] non più solo predicata» grazie al quadro normativo e alle novità del Pnrr, ritiene che vada «sottolineato che l'adeguamento al paradigma della standardizzazione e dell'interoperabilità non è per le amministrazioni “a costo zero”; esso implica non solo costi diretti (investimenti per infrastrutture, sistemi, software e aggiornamento/adattamento del personale) ma anche una sfida culturale».
22. Per un'analisi dei profili generali della riforma, v. B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 81-113.
 23. La definizione fornita dal legislatore italiano sembra essere condivisa dalla dottrina italiana. Si vedano: G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici*, cit., p. 210; ancora G. Carullo, *Interoperabilità dei dati e riflessi organizzativi: il caso della conservazione digitale*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, in *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 2021, p. 254; M. Falcone, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 101.
 24. Tale ultima disposizione viene modificata dall'art. 54 del decreto che, tra l'altro, aggiunge il comma 1-bis, ai sensi del quale «i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, i fornitori di identità digitali e i prestatori dei servizi fiduciari qualificati, in sede di evoluzione, sono tenuti a progettare e sviluppare i propri sistemi e servizi in modo da garantirne l'integrazione e l'interoperabilità, nonché a esporre per ogni servizio le relative interfacce applicative».
 25. Il riferimento è alle pp. 1 e 2 della Relazione illustrativa del Governo al d.lgs. n. 179/2016, reperibile al seguente link: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/RELAZIONE_DIGITALE.pdf.
 26. A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 514.
 27. G.M. Racca, *Le piattaforme digitali per i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici*, in J.-B. Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Federico II, Napoli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 131.
 28. Il riferimento è a R. Krimmer, T. Kalvet, M. Toots, A. Cepilovs, E. Tambouris, *Exploring and Demonstrating the Once-Only Principle: A European Perspective*, in *Proceedings of the 18th Annual International Conference on Digital Government Research*, 2017, p. 547.
 29. Id., p. 546. La traduzione è nostra.
 30. Preme ricordare che, nella fattispecie, il giudice amministrativo ritiene non fondate le argomentazioni sull'asserito difetto di interoperabilità.
 31. T.A.R. Lazio-Roma n. 6875/2023, p.to 2.7.
 32. T.A.R. Lazio-Roma n. 6875/2023, p.to 2.5.
 33. Manuale Utente Ente locale Ares, Versione 1.3 del 2021, pp. 12-13.

34. Id., p. 4.
35. La tesi dell'alterità della discrezionalità tecnica è di Errico Presutti. Si veda, su tale tesi, lo scritto di F. Liguori, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Nomos*, 1, 2022, pp. 2-4. La dottrina sulla discrezionalità amministrativa e tecnica è ampia e autorevole e in tale sede non potrebbe essere esaustiva. Si segnala comunque M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, FrancoAngeli, Milano, 2020, e la recensione di G. Bottino, *Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, pp. 273-285.
36. Cons. St., 25 febbraio 2019, n.1321; Cons. St., 19 luglio 2019, n. 4990.
37. F. Liguori, *La discrezionalità tecnica*, cit., p. 4.
38. Di cui all'art. 35, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 104/2010, cd. Codice del processo amministrativo. Per alcune riflessioni sull'inammissibilità, si veda F. Ancora, *Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo*, in Aa.Vv., *Studi Economico-Giuridici, Annali 2022 – II Tomi indivisibili*, vol. LXIII, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, paragrafo 2, secondo cui «ricorrendo alla etimologia latina, la condizione negativa e passiva del non essere suscettibile di essere ammesso e, cioè, la inammissibilità, non è la condizione di ciò cui non può darsi ingresso, ma è la condizione di ciò che non può essere inviato, con questo designando, non la inadeguatezza di una cosa ad essere presa in consegna da qualcuno, ma la inadeguatezza in partenza di una cosa, per quello che essa è».
39. Il riferimento è alla pronuncia in esame. La giurisprudenza sull'interoperabilità era, fino a qualche tempo fa, pressoché assente. Nel senso dell'interoperabilità come 'mezzo' per garantire i flussi informativi, si vedano: T.A.R. Lazio-Roma (sezione I), sentenza del 18 luglio 2022, n. 10147, e T.A.R. Umbria-Perugia (sezione I), sentenza del 18 ottobre 2023, n. 570.
40. Secondo le stime della Commissione, l'interoperabilità transfrontaliera potrebbe portare a un risparmio di costi per i cittadini tra i 5,5 e i 6,3 milioni di euro e per le imprese che hanno a che fare con le pubbliche amministrazioni tra i 5,7 e i 19,2 miliardi di euro. Per perseguire tali fini, la proposta prevede l'istituzione del Comitato per l'Europa interoperabile che sarebbe composto da rappresentanti degli Stati membri dell'Ue, della Commissione, del Comitato europeo delle Regioni e del Comitato economico e sociale europeo. Il compito sarebbe quello di 'guidare' il quadro di cooperazione per l'interoperabilità, definendo risorse comuni riutilizzabili e la fornitura di misure di sostegno e innovazione e l'aggiornamento dell'Eif.
41. M. Niestadt, *Interoperable Europe act*, EPRS – European Parliamentary Research Service, ottobre 2023, p. 3. Anche il Consiglio europeo e gli Stati membri hanno sottolineato l'importanza dei servizi pubblici digitali interoperabili: nelle conclusioni del Consiglio «*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*» del 9 giugno 2020 (reperibili al seguente link: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8711-2020-INIT/it/pdf>), il Consiglio indica la necessità di garantire l'interoperabilità e gli standard comuni per assicurare flussi di dati e servizi del settore pubblico sicuri e senza confini. Nella medesima

CERIDAP

direzione vanno anche le conclusioni del Consiglio europeo del 22 ottobre 2021.

42. Tali due regolamenti (Ue) sono stati adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 20 maggio 2019: il regolamento (Ue) 2019/817 istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'Ue nel settore delle frontiere e dei visti e che modifica alcuni precedenti regolamenti e decisioni; il regolamento (Ue) 2019/818 istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'Ue nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione. Il procedimento di adozione di tali regolamenti origina dalla comunicazione della Commissione europea del 6 aprile 2016, dal titolo «*Sistemi d'informazione più solidi e intelligenti per le frontiere e la sicurezza*», in cui viene sottolineata la necessità di migliorare l'architettura di gestione dei dati dell'Unione (e quindi i sistemi d'informazione) per la gestione della sicurezza e le frontiere, «allo scopo di colmare le carenze strutturali di tali sistemi che ostacolano il lavoro delle autorità nazionali».
43. Secondo M. Niestadt, *Interoperable Europe act*, cit., p. 2, il problema della frammentazione della normativa persiste malgrado l'entrata in vigore dei due regolamenti europei del 2019, probabilmente per la loro settorialità, e richiede una soluzione normativa che si potrebbe rinvenire nell'adozione dell'*Interoperable Europe act*.

Corte costituzionale, 4 giugno 2024, n. 98

Riccardo Cabazzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-24

La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli art. 1, comma 2, lettera f) e 7, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 39/2013, nella parte in cui non consentono di conferire l'incarico di amministratore di ente di diritto privato – che si trovi sottoposto a controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a quindicimila abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione – in favore di coloro che, nell'anno precedente, abbiano ricoperto la carica di presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato controllati da amministrazioni locali.

The Court has ruled that the provisions of articles 1, paragraph 2, letter f) and 7, paragraph 2, letter d), of Legislative decree n. 39/2013 are unconstitutional, in so far as they do not allow the appointment of director of a private-law entity - which is subject to public control by a province, a municipality with a population of more than 15000 inhabitants or a form of association between municipalities with the same population - in favour of those who, in the previous year, have held the office of Chairman or Chief Executive Officer of private-law entities controlled by local government.

La Corte costituzionale, con la sentenza in commento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni normative [artt. 1, comma 2, lettera f), e 7, comma 2, lettera d) del d.lgs. n. 39/2013] che prevedevano il divieto di conferire incarichi di amministratore di enti privati sottoposti a controllo pubblico, da parte degli enti locali (province o comuni), a coloro i quali, nell'anno precedente, avessero svolto analoghi incarichi presso altre società.

Il giudice rimettente, ovvero il T.A.R. Lazio, era stato chiamato a decidere sulla legittimità della impugnata deliberazione dell'ANAC del 3 marzo 2021, n. 207

con la quale l'Autorità aveva dichiarato l'inconferibilità ad un manager dell'incarico di amministratore delegato presso una società controllata da un comune per aver ricoperto, nell'anno precedente, il medesimo incarico presso altra società partecipata.

Così succintamente ricostruiti i fatti, giova notare che la *ratio* della disciplina di cui al d.lgs. n. 39/2013 è quella di scongiurare il rischio di condizionamenti impropri dell'attività pubblicistica in grado di favorire interessi di natura privatistica o di alterare i principi di imparzialità. Tale disegno è da attuarsi mediante gli strumenti previsti nella legge delega (n. 190/2012). Più in particolare, nell'ipotesi di cui all'art. 7, comma 2, l'obiettivo è quello di evitare che un soggetto strumentalizzi un proprio potere/una propria funzione per ottenere un'altra carica, nell'ottica della prevenzione di potenziali scambi di favori illeciti. A tal fine, quindi, il legislatore delegato ha precisato quali sono gli incarichi di origine e di destinazione suscettibili di minare l'efficienza e l'imparzialità della PA. Tra questi rientra la fattispecie di cui all'art. 7, comma 2, lettera d), sottoposta allo scrutinio della Corte mediante quattro ordinanze di identico tenore, con riferimento agli artt. 3, 4, 5, 51, 76, 97, 114 e 118 della Costituzione.

Con riferimento a questa, elemento dirimente è consistito nel fatto che le situazioni di provenienza impeditive del conferimento di nuovi incarichi si caratterizzassero per la connotazione non politica. Veniva infatti in rilievo lo svolgimento – nel corso del tempo – da parte del manager, di funzioni gestionali. Pertanto, la disposizione in esame si distingueva nettamente dall'ipotesi di cui all'art. 7, comma 2, primo periodo, del citato decreto secondo cui non possono essere conferiti incarichi in società private a controllo pubblico a coloro che nei due anni precedenti abbiano rivestito le cariche politiche descritte dalla disposizione.

Si consideri – al riguardo – che, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 165/2001, gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, così definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare, oltre a verificare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione a quanto impartito. Diversamente, i manager pubblici sono preposti alla gestione e all'attuazione degli indirizzi ricevuti, a presidio – secondo costante giurisprudenza della Corte – dell'imparzialità dell'azione amministrativa (*ex*

plurimis, Corte cost., n. 70/2022, e n. 304/2010). In particolare, la loro funzione si sostanzia nell'adozione degli atti e dei provvedimenti, nonché nella gestione finanziaria, tecnica e amministrativa.

Al contrario, il legislatore delegato avrebbe impropriamente utilizzato – secondo il Giudice delle Leggi – la locuzione «*componenti di organi di indirizzo politico*» riferendola anche a quei soggetti che hanno preso parte ad organi privi di rilevanza politica all'interno di enti di diritto privato in controllo pubblico. In tal modo avrebbe così operato una commistione tra incarichi politici e di mera gestione, venendo meno ad una separazione funzionale presente anche nello stesso T.U.E.L. (art. 107).

Ciò posto, la Corte ha altresì rilevato che il legislatore delegato, nell'adottare la disciplina oggetto di scrutinio di costituzionalità, è incorso in un eccesso di delega. Invero, gli artt. 49 e 50 della l. n. 190/2012 si sono limitati ad indicare, quali incarichi di provenienza ostativi per il conferimento di altri incarichi in società private a controllo pubblico, solo quelli di natura politica, con esclusione di quelli amministrativo-gestionali. Tale scelta legislativa trova giustificazione nel fatto che la precedente posizione politica ricoperta minerebbe l'imparzialità dell'azione del manager di una società a controllo pubblico. Almeno in apparenza, infatti, si potrebbe creare una interferenza tra le pregresse funzioni svolte da questo (di indirizzo e controllo politico amministrativo) – tali da precostituire le condizioni finalizzate a garantire/perpetuare una continuità di potere sotto altre "spoglie" (c.d. *revolving doors*) – e quelle (di gestione) successive al conferito incarico.

Il Governo, nell'esercitare la delega, non può invero – ai sensi dell'art. 76 Cost. – introdurre ipotesi limitative che non siano quelle previste dal legislatore delegante. E tra queste non rientra l'incarico di amministratore di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, posto che la l. n. 190/2012 non ha incluso tale fattispecie tra le "posizioni di provenienza" ostative.

Peraltro, il legislatore delegante – mediante le richiamate disposizioni – ha operato un bilanciamento in cui ha sacrificato l'accesso al lavoro di professionisti per tutelare l'imparzialità nella gestione degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico (e, quindi, i valori costituzionalmente protetti dall'art. 97 della Cost.). Tuttavia, un'ulteriore estensione di questa garanzia, priva di qualsivoglia collegamento con cariche o incarichi politici, è apparsa alla Corte

CERIDAP

contraria all'obiettivo della legge delega, così finendo per pregiudicarlo, data anche l'interpretazione estensiva (e non restrittiva) delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 39/2013.

Inoltre, sotto altro profilo, il non coerente sviluppo delle scelte di delegazione comportava rilevanti limitazioni all'accesso al lavoro, il quale costituisce – secondo i costanti insegnamenti della giurisprudenza costituzionale (da ultimo, significativa la Corte cost., sent. n. 7/2024, oltre a quelle citate nella stessa decisione) – un fondamentale diritto di libertà della persona umana.

La Corte ha quindi dichiarato illegittima la normativa in esame per contrasto con l'art. 76 della Carta. Ha altresì ritenuto assorbiti gli ulteriori parametri di legittimità costituzionale di cui alle ordinanze di rimessione del T.A.R. Lazio.

R.-Cabazzi_Corte-Cost_98_2024_CERIDAP-3-2024-1 [PDF sentenza](#)

Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 11 giugno 2024,
n. 5235

Riccardo Di Stefano

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-26

Con l'ordinanza segnalata, il Consiglio di Stato solleva due questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia relative all'ambito d'applicazione soggettivo e oggettivo del regime di responsabilità "agevolato" degli hosting provider ex art. 14 Direttiva c.d. E-Commerce (Direttiva 2000/31/CE), in rapporto ad una sanzione amministrativa comminata a Google per pubblicità di gioco d'azzardo su YouTube.

In relation to an administrative sanction imposed on Google for gambling advertisements on YouTube, the Council of State raises two preliminary questions to the Court of Justice with the reported ordinance, pertaining to the subjective and objective scope of the 'facilitated' liability regime for hosting providers under Article 14 of the so-called E-Commerce Directive (Directive 2000/31/EC).

L'oggetto della controversia sottoposta al Consiglio di Stato riguarda la legittimità della sanzione pecuniaria comminata dall'AGCOM a Google per avere violato l'art. 9 d.l. n. 87/2018 (c.d. Decreto dignità), e cioè il divieto di «realizzare qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo».

Nel caso di specie, a Google viene contestata la diffusione "indiretta", sulla propria piattaforma Youtube, di pubblicità di siti che svolgono attività di gioco e scommesse a pagamento, mediante un contratto di *partnership* commerciale con un *content creator*. Quest'ultimo, che veniva sponsorizzato da Google in cambio

di una quota dei ricavi provenienti dagli abbonamenti “digitali” sottoscritti dagli utenti, aveva infatti caricato sui propri canali Youtube alcuni video «*idonei a pubblicizzare il gioco d'azzardo e siti web ove è possibile giocare a pagamento*».

A fronte dell'impugnazione del provvedimento sanzionatorio da parte di Google, il T.A.R. Lazio ha accolto il ricorso, ritenendo applicabile al ricorrente il regime «*agevolato*» di responsabilità previsto per gli *hosting provider*, quale Google, dall'art. 16 d.lgs. n. 70/2003, di attuazione dell'art. 14 della c.d. Direttiva *E-Commerce* (Direttiva 2000/31/CE). Le norme in questione prevedono un esonero di responsabilità – nell'attività di memorizzazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio (il *content creator*), se queste sono illecite – quando l'*hosting provider* non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità della relativa attività od informazione.

Come conseguenza del quadro normativo individuato, il giudice di primo grado non ha ritenuto sufficiente «*la mera valorizzazione degli indici presenti nel provvedimento impugnato [...] a fondare, nel caso di specie, la responsabilità del gestore della piattaforma per la violazione del “Decreto Dignità”*».

Devoluta la questione al Consiglio di Stato, il Collegio riconosce anzitutto come l'obiettivo sotteso alla normativa nazionale – e cioè il contrasto alla c.d. ludopatia – sia radicato anche nel diritto eurounitario, che promuove la realizzazione di un «*livello elevato di protezione per i consumatori, gli utenti e i minori grazie all'adozione di principi relativi ai servizi di gioco d'azzardo on-line e alla correlata attività di pubblicità e sponsorizzazione*» (Raccomandazione della Commissione europea 2014/478/UE).

Data l'incertezza in merito all'ambito d'applicazione oggettivo e soggettivo del regime di responsabilità degli *hosting provider* disciplinato dall'art. 14 Direttiva *E-Commerce*, il Consiglio di Stato decide di devolvere alla Corte di Giustizia UE due questioni interpretative, pregiudiziali alla decisione nel merito della controversia.

Con la prima questione, da un punto di vista oggettivo, viene chiesto ai giudici di Lussemburgo se il regime di responsabilità agevolato «*sia applicabile alle attività relative alla pubblicizzazione online di giochi o scommesse con vincite di denaro nonché alla pubblicizzazione del gioco d'azzardo*».

A tal riguardo, l'art. 1 par. 5 lett. d) Direttiva *E-Commerce* esclude dall'ambito d'applicazione della direttiva le «*attività dei servizi della società*

*dell'informazione» concernenti «i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse», ma secondo Google – prospettazione cui ha aderito implicitamente anche il T.A.R. Lazio – l'esclusione non riguarderebbe l'attività degli *hosting provider*, bensì solo quella dei fornitori di servizi di giochi d'azzardo. In altri termini, l'art. 14 Direttiva *E-Commerce* sarebbe pienamente applicabile ad attività diverse dalla fornitura di servizi di giochi d'azzardo, incluse quelle di pubblicizzazione *online*.*

In un'ottica diversa, tuttavia, il Considerando n. 21 della Direttiva abbraccerebbe una nozione ampia di "attività", comprendente anche *«l'informazione in linea, la pubblicità in linea, la vendita in linea, i contratti in linea»*, con la conseguenza che – avendo il legislatore eurounitario escluso *in toto* dall'ambito d'applicazione della Direttiva le *«attività dei servizi della società dell'informazione»* – allora dovrebbe *«ritenersi che abbia inteso lasciare fuori dal campo di regolamentazione»* anche le attività connesse alla fornitura di servizi di giochi d'azzardo, *«ivi inclusa la loro pubblicizzazione on line»*.

Aderendo a tale interpretazione, in ogni caso, l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 14 Direttiva *E-Commerce* non comporterebbe una responsabilità oggettiva di Google, *«dovendosi invece individuare lo standard di diligenza richiesto all'hosting provider in tale settore, anche in considerazione degli interessi coinvolti e del grado di esigibilità delle condotte»*.

Con la seconda questione, il cui vaglio è subordinato ad una risposta affermativa al quesito precedente, il Collegio si chiede poi se – dal punto di vista soggettivo – Google possa essere considerato un *hosting provider* meramente passivo, tenendo conto che il *«regime di responsabilità "privilegiato", così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, deve applicarsi al solo hosting provider cd. passivo e non anche all'hosting provider cd. attivo»*.

L'interrogativo deriva dalla circostanza che nella vicenda in esame il ruolo di Google non sia di ordine *«meramente tecnico, automatico e passivo»* – caratteristica che secondo la giurisprudenza sovranazionale distingue l'*hosting provider* attivo da quello passivo – bensì più sfaccettato, dal momento che a monte della pubblicità illecita vi è un contratto di *partnership* commerciale con il *content creator*.

Sul punto la posizione del Consiglio di Stato è netta ed orientata ad una risposta positiva alla seconda questione, considerato che il contratto prevede un controllo

CERIDAP

dei contenuti del canale Youtube da parte dell'*hosting provider*, nonché una ripartizione dei ricavi pubblicitari legati alle visualizzazioni dei video.

In sostanza, Google non si limiterebbe alle “ordinarie” attività di indicizzazione dei contenuti e di profilazione degli utenti ma realizzerebbe un *quid pluris*, consistente nella stipulazione di un accordo commerciale, nella riscossione degli abbonamenti al canale e nella condivisione dei profitti pubblicitari, facendo propendere per una qualificazione “attiva” piuttosto che “passiva” del suo ruolo. In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia si profilano dunque questioni interpretative inedite, destinate a chiarire l’ambito di operatività della disciplina sovranazionale del c.d. *e-commerce*.

R.-DI-STEFANO_Consiglio-di-Stato-sez.-VI-ord.-11-giugno-2024-n.-5235_CERIDAP-3-2024-2 [PDF sentenza](#)