

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO
4 / 2024

OTTOBRE - DICEMBRE

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

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

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

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-Haeberle, 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 Villaça (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 Grewé (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-Deviller (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)

- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland) †
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland) †
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

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

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

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e

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

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

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

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 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, 4, p. 35 ss.

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

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

GAETANO ARMAO, <i>La dimensione digitale della coesione europea e l'emersione del criterio del “non nuocere alla coesione”</i>	1
MONICA BONINI, <i>Il partito Alternative für Deutschland e l'aggressione all'ordine liberaldemocratico: la «democrazia difensiva» nelle mani del giudice amministrativo</i>	44
ANDREA CRISMANI, <i>La frontiera dell'IO (Intelligenza Organoide)</i>	81
ROBERTO FUSCO, <i>La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nell'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici</i>	108
MARCELLA GOLA, <i>La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento euro-unitario per la sua interpretazione</i>	165
JAKUB HANDRLICA, <i>Liechtenstein's quest for space utilisation and its new Space Act</i>	184
GLORIA MANCINI PALAMONI, <i>Attorno alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e alla sua utilità</i>	202

RASSEGNE E COMMENTI

BENEDETTA CAPPIELLO, <i>The EU and the AI ACT. Was it worthwhile to be the first?</i>	234
RODION NEHARA, KATERYNA SHVETS, MIKHAIL SIDOR, ANATOLII BERLACH AND JULIA IURYNETS, <i>Public Administration in the Implementation of Preventive Anti-Corruption Mechanisms: A Case Study of Anti-Corruption Declaration in Times of Martial Law</i> ...	249
CLARA SILVANO, <i>La nozione di “decisione completamente automatizzata” sotto la lente della Corte di Giustizia: il caso Schufa</i>	270
MARIA FRANCESCA TROPEA, <i>Le novità in materia di progettazione e</i>	

CERIDAP

*appalto integrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 31
marzo 2023, n. 36) 307*

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

MARGHERITA SIAS, *Consiglio di Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2024, n. 14*
..... 331

CORSO TOZZI MARTELLI, *Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 agosto 2024, n.
7243, Ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia 335*

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

GAETANO ARMAO, Professore Associato di Diritto Amministrativo nella Università degli Studi di Palermo.

ANATOLII BERLACH, Professore Ordinario, Direttore del Dipartimento di Diritto Sanitario e dei Servizi, Istituto Educativo e Scientifico di Diritto, Università Nazionale Taras Shevchenko di Kyev, Ucraina. Avvocato d'Onore dell'Ucraina.

MONICA BONINI, Professore Associato di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Milano Bicocca.

BENEDETTA CAPPIELLO, Professore Associato di Diritto Internazionale nell'Università degli Studi di Milano e Avvocato nel Foro di Milano.

ANDREA CRISMANI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Trieste.

ROBERTO FUSCO, Dottore di Ricerca in “Scienze integrate per la sostenibilità territoriale” nell'Università degli Studi di Trieste e Avvocato nel foro di Trieste.

MARCELLA GOLA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nella Università degli Studi di Bologna "Alma Mater Studiorum".

JAKUB HANDRLICA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università Karlova di Praga.

JULIA IURYNETS, Professore Ordinario, Vicepreside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Nazionale dell'Aviazione, Kiev, Ucraina.

GLORIA MANCINI PALAMONI, Assegnista di Ricerca in Diritto Amministrativo

nella Università degli Studi di Camerino.

RODION NEHARA, Professore Associato nel Dipartimento di Diritto Amministrativo e Finanziario dell'Università Nazionale “Odesa Law Academy”, Odessa, Ucraina.

KATERYNA SHVETS, Professore nel Dipartimento di Diritto Civile e Diritto Internazionale dell'Accademia Interregionale di Gestione del Personale, Kyiv, Ucraina.

MARGHERITA SIAS, Dottoranda di ricerca nel dottorato intersetoriale per l'innovazione (curriculum Diritto Amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano.

MIKHAIL SIDOR, Professore Associato nel Dipartimento di Diritto Amministrativo e Finanziario dell'Università Nazionale “Odesa Academy of Law”, Odessa, Ucraina.

CLARA SILVANO, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Trieste. Avvocato nel Foro di Padova.

CORSO TOZZI MARTELLI, Dottorando di Ricerca nel dottorato Intersetoriale per l'Innovazione (curriculum Diritto Amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano.

MARIA FRANCESCA TROPEA, Dottoressa di Ricerca in “Istituzioni e impresa: valore, regole e responsabilità sociale - Business and Law” nell'Università degli Studi di Brescia e Avvocato nel foro di Brescia.

La dimensione digitale della coesione europea e l'emersione del criterio del “non nuocere alla coesione”

Gaetano Armao

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-74

Il contributo ricostruisce, nel contesto del principio-valore europeo della coesione, stabilito dal TFUE e declinato dalla normativa europea, la traiettoria della dimensione digitale. In questa prospettiva vengono esaminati i pareri del Comitato europeo delle Regioni che hanno contribuito alla progressiva elaborazione del concetto di coesione digitale, evidenziandone la connessione con il criterio del “non nuocere alla coesione”.

The digital dimension of European cohesion and the emergence of the “do no harm to cohesion” (DNHC) criterion

The article reconstructs, in the context of the European Union principle-value of cohesion established by the TFEU and European legislation, the trajectory of the digital dimension. From this perspective, the multiple opinions of the European Committee of the Regions that have contributed to the progressive elaboration of the concept are examined. Finally, the connection between digital cohesion and the criterion of “do no harm to cohesion” (DNHC) is highlighted.

Sommario: 1. Divari digitali e prospettive di coesione.- 2. La configurazione tridimensionale della coesione europea.- 2.1. Dallo sviluppo alla coesione: cenni sull'esperienza italiana.- 3. La coesione digitale nei pareri del Comitato europeo delle Regioni.- 4. Le prospettive della coesione digitale e l'emergere del criterio del “Non nuocere alla coesione”.

1. Divari digitali e prospettive di coesione

Le trasformazioni digitali hanno imposto, ed esigono ancor più, cambiamenti strutturali di tipo regolativo, organizzativo, funzionale, degli stessi investimenti infrastrutturali determinando ingenti impatti sociali, economici e culturali. Tali mutamenti possono essere sostenuti, osteggiati o semplicemente ignorati dalle istituzioni e dall'agenda politica degli Stati^[2].

Nella scelta di tale approccio, purtroppo raramente consapevole, si rinvengono le ragioni non solo dell'accelerazione socio-economica di alcune aree del pianeta, ma anche delle profonde modificazioni in atto che proiettano antichi assetti in una nuova dimensione ed in una mutata morfologia che supera risalenti partizioni geo-politiche creando l'ambiente «*al contempo analogico e digitale*» rappresentato dalla «*infosfera*»^[3].

La circostanza che l'Italia sia stato il quarto Stato al mondo a collegarsi ad internet già nel 1986 ed oggi sia tra i Paesi europei in ritardo nel progresso digitale secondo le valutazioni operate a livello europeo^[4], non può esimere da un'ineludibile presa d'atto sul tempo perduto, ma anche sulla tempestiva adozione di correttivi che consentano di recuperarlo per mantenere standard elevati di competitività, ma anche di esercizio di diritti e libertà fondamentali, ormai inscindibilmente connessi con quello che è stato opportunamente declinato come potere digitale^[5]. La crescita dell'Unione europea è guidata dalla transizione eco-digitale^[6] che offre nuove opportunità, ma impone, ancor prima, investimenti e cambiamenti strutturali significativi che rischiano di creare nuove e variegate disparità regionali.

Tuttavia, il divario digitale (c.d. “*digital divide*”)^[7], nelle sue molteplici ed articolate dimensioni, a fronte della crescente incidenza della trasformazione economico-sociale connessa alla trasformazione tecnologica, assume un rilievo primario per le condizioni di egualianza ancora poco perlustrato, in particolare nelle scienze giuridiche^[8] meno in quelle economiche e tecniche.

Tale forma di divario è costituita, come noto, dalle differenze nel livello di accesso e di uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e, più specificamente, alle lacune nell'accesso e nell'uso dei servizi digitali basati su internet. In particolare la connettività ad alta velocità per tutti nell'Unione europea, dalle città alle zone rurali e remote alle isole, deve essere un servizio di

interesse generale ed è come tale che deve essere trattato. In tal senso va distinto un divario digitale di tipo infrastrutturale da un divario digitale culturale^[9], inteso quale un processo di strutturazione del confine tra inclusione ed esclusione tra chi sta dentro e chi sta fuori dalla società digitale, le cui linee di frattura si declinano lungo quattro versanti (motivazione, accesso fisico alle infrastrutture ed ai dispositivi, competenze^[10]) che incidono direttamente sull'esercizio dei diritti di cittadinanza ed, in ultima analisi, sull'eguaglianza sostanziale dei cittadini europei^[11].

Oltre al generale ritardo nella digitalizzazione, che coinvolge ancora l'Italia, nel frastagliato contesto europeo^[12], l'eterogeneità tra le Regioni italiane costituisce, infatti, un fattore cruciale per modernizzazione e competitività, che impone urgenti misure correttive, l'individuazione di priorità di interventi ed efficienti piani di investimento^[13]. Ciò nell'ormai diffusa consapevolezza che la digitalizzazione costituisca un importante antidoto al consolidarsi dei divari economico-sociali e territoriali, vecchi e nuovi, che connotano la Nazione, ma anche il territorio europeo.

Non a caso, avuto riguardo alla rilevanza della trasformazione digitale per il breve, medio e lungo termine dell'UE, i diversi divari digitali si ritiene possono mettere a repentaglio il raggiungimento degli obiettivi del decennio digitale dell'UE, fissati fino al 2030 costudendo espressione di una condizione qualificata come di “trappola dello sviluppo”^[14].

Come si è opportunamente osservato sul piano del diritto interno, lunghi dal costituire un elemento di rottura dell'architettura costituzionale, la digitalizzazione incide profondamente sull'agire autoritativo restituendogli efficienza ed imponendo all'amministrazione pubblica «*modi di essere e di operare atipici rispetto al modello tradizionale, ma in continuità con gli obblighi costituzionali (artt. 3 e 97 Cost.)*» in guisa da configurare «*un ideale triangolo - amministrazione, individui e imperativi costituzionali - [sia] passibile di un'interpretazione tecnologicamente orientata*»^[15].

La pandemia ha dimostrato che la trasformazione digitale è uno strumento essenziale non solo per rendere più competitiva l'UE, ma anche per superare emergenze. Tuttavia, tale drammatica fase sanitaria, alla quale è seguita una concatenazione di crisi ha anche evidenziato il crescente divario digitale tra aree urbane efficientemente collegate ed aree rurali, tra settori della popolazione

capaci di utilizzare lo spazio digitale e coloro che hanno difficoltà anche al semplice utilizzo dell'identità digitale. La disponibilità, l'uso effettivo della tecnologia e la capacità di utilizzare appieno le opportunità offerte dal digitale hanno quindi evidenziato il rilevante impatto sulla coesione nell'UE^[16].

Emerge in tal guisa, come ineludibile, la necessità di affrontare il divario digitale nel contesto di sviluppi rilevanti a lungo termine e in vista delle tendenze globali come il cambiamento demografico, l'urbanizzazione o la natura mutevole del lavoro, fino ai mutevoli scenari per il 2040 o 2050. Ed infatti soltanto una società priva di lacune nell'accesso e nell'uso delle tecnologie più avanzate può offrire a cittadini ed imprese le informazioni e gli strumenti di supporto per chi ne ha bisogno, come quelli forniti attraverso le piattaforme digitali e conseguire l'obiettivo di quella che è stato declinato come l'obiettivo di raggiungimento di un ordinamento europeo che garantisca la "sovranità digitale"^[17].

Nelle aree rurali, insulari e in quelle remote^[18], invero, la mancanza di infrastrutture digitali affidabili e di alta velocità costituisce un ostacolo significativo che relega le comunità di questi territori in una sorta di isolamento dal mondo digitale, causato principalmente dalla bassa densità di popolazione che comporta una minore domanda e da un terreno difficile che complica le installazioni^[19].

L'implementazione di infrastrutture tecnologiche avanzate, però, è solo l'inizio nel processo di transizione verso una società digitalizzata: appare infatti rilevante accompagnare la costruzione di tali infrastrutture con lo sviluppo delle piattaforme digitali sia istituzionali che private. La digitalizzazione dei servizi pubblici, seppur promettente per l'efficienza e l'accessibilità, richiede una progettazione inclusiva per evitare di escludere gli utenti meno tecnologicamente abili, enfatizzando la necessità di adottare un approccio che sia «*digital by default, inclusive by design*»^[20].

La fiducia nel governo digitale dipende, quindi, dalla capacità di garantire applicazioni e servizi governativi digitali affidabili e verificabili, conformi a elevati standard di sicurezza e che rispondano alle esigenze degli utenti^[21].

In questa prospettiva nell'ultimo decennio^[22] si è assisto ad una robusta crescita degli investimenti a livello europeo con effetto orientativo anche di quelli statali per la realizzazione delle reti digitali di nuova generazione, che richiedono un intervento pubblico più intenso soprattutto nelle zone a fallimento di mercato,

con il precipuo obiettivo di affrontare e progressivamente aumentare la connettività digitale^[23] nell'intervento ad ampio spettro di rafforzamento delle competenze digitali e dell'uso di internet, della tecnologia digitale e della diffusione di servizi pubblici digitali.

Tali intensivi interventi infrastrutturali, che adesso si collocano nei programmi della transizione digitale e del PNRR^[24], possono beneficiare di deroghe significative ai regimi degli aiuti di Stato dell'UE che consentono di considerarli potenzialmente legittimi, e per questo esentati dal controllo preventivo della Commissione, in guisa da costituire un incentivo indiretto alla promozione degli investimenti da parte dei privati per favorire la coesione digitale^[25].

Al fine di colmare efficacemente il divario digitale risulta parimenti rilevante che le politiche pubbliche estendano il loro intervento oltre il potenziamento delle infrastrutture fisiche e dei sistemi digitali, includendo programmi di educazione e formazione digitale per garantire che ogni persona sia dotato delle competenze necessarie per utilizzare queste tecnologie.

L'Unione Europea sottolinea l'importanza dell'alfabetizzazione digitale non solo come insieme di abilità tecniche, ma come una competenza più ampia che permette agli individui di operare in modo sicuro ed efficace nel mondo digitale, enfatizzando la necessità di sviluppare capacità complete che superino la mera conoscenza di hardware e software^[26]. Abilità che permetterebbero ai cittadini di adattarsi alle continue evoluzioni del mercato del lavoro e di partecipare pienamente alla vita civile, promuovendo un utilizzo informato e consapevole delle tecnologie digitali. Il riconoscimento e la promozione di queste competenze da parte dell'UE non solo mira a ridurre il divario digitale, ma anche a far sì che i cittadini europei possano contribuire attivamente e trarre vantaggio dall'economia digitale^[27].

2. La configurazione tridimensionale della coesione europea

Tra i fondamentali obiettivi dell'Unione europea vi è la promozione della coesione economica, sociale e territoriale (art. 3, terzo comma, TUE, art. 4, secondo comma lett. c)^[28] un esplicito riferimento che, come noto, è poi declinato negli stessi trattati ed in quella che è definita la politica regionale europea ed in particolare quella di coesione^[29].

La coesione economica, sociale e territoriale è uno dei principali obiettivi elencati nel Trattato sul funzionamento dell’Unione europea^[30], indicatore della “statualità dell’ordinamento europeo”, propulsore di un sistema pluralista e policentrico nel quale si dispiegano i rapporti pubblico-privati nei livelli territoriali dell’Unione^[31], configurata come obiettivo verso cui convergono tutte le politiche e le azioni dell’Unione al fine di: «*promuovere uno sviluppo armonioso dell’insieme dell’Unione*», mediante misure orientate: «*a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite*», con peculiare attenzione rivolta: «*alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna*» (art. 174 TFUE)^[32].

In tale prospettiva la coesione nelle sue differenti declinazioni ritrova la propria sintesi in “un’unità tripartita”, consolidata dal principio di solidarietà degli Stati membri, pur sempre declinato in una logica di sviluppo armonioso dell’Unione^[33] ed opera su di un duplice piano, quello europeo e quello nazionale, per il tramite di relazioni incentrate sui principi della sussidiarietà, del decentramento e dell’autonomia attraverso modelli funzionali integrati e concertati^[34]; una condizione riguardante tanto i rapporti tra cittadini (rapporti c.d. orizzontali), tanto le relazioni tra questi ultimi e le istituzioni (rapporti c.d. verticali), caratterizzata da fiducia, senso di appartenenza, attitudine alla cooperazione e alla partecipazione^[35].

Promuove uno sviluppo equilibrato nell’UE e la riduzione delle disparità strutturali tra le regioni, oltre a favorire la promozione di pari opportunità per tutti i cittadini, conformemente all’art. 175 del TFUE, consente di garantire: «*l’elaborazione e l’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, nonché l’attuazione del mercato interno tengono conto degli obiettivi dell’articolo 174 e concorrono alla loro realizzazione*».

Coglie quindi nel segno la dottrina la quale sottolinea che il rapporto strumentale tra coesione, programmazione e realizzazione di opere pubbliche per il riequilibrio tra territori, *a fortiori*, costituisce un modo di perseguire l’uguaglianza sostanziale nelle diverse forme di contrasto alla povertà ed al disagio sociale, con articolati interventi di supporto alle pari opportunità tra i cittadini^[36]. Ed in questo si può rinvenire un ambito consolidato in cui l’intervento del

diritto, e specificatamente del «*diritto amministrativo assume la funzione di strumento di coesione per l'uguaglianza*»^[37].

Sotto il profilo del raggiungimento dei risultati emerge tuttavia una divergenza di rilievo. La già richiamata relazione della Commissione UE “*Ottava relazione sulla coesione: la coesione in Europa in vista del 2050*” rivela che negli ultimi decenni la politica di coesione europea abbia complessivamente ridotto le disparità territoriali, stimolato la crescita economica e migliorato la qualità della vita.

La politica di coesione ha svolto un ruolo centrale nel promuovere la convergenza sociale verso l’alto auspicata nell’ambito del pilastro europeo dei diritti sociali^[38]. Anche se occorre segnalare che, per quanto concerne l’Italia, si tratta di conclusioni che si giustappongono rispetto a quelle raggiunte dall’ISTAT secondo la quale nell’ultimo ventennio (coinvolgendo quindi ben tre cicli di programmazione) non si è verificato il programmato percorso di convergenza delle regioni italiane classificate come “meno sviluppate”, che hanno continuato a crescere sempre meno della media dei Paesi dell’Ue^[39]. Il che rende evidente come il sistema-Paese incida, e non marginalmente, sull’implementazione delle politiche europee di coesione^[40].

La Commissione individua specificatamente nella relazione le soluzioni mirate per affrontare efficacemente le sfide cui devono far fronte attualmente i cittadini, le pubbliche amministrazioni e le imprese, specie nelle zone rurali, nelle zone interessate dalla transizione industriale e nelle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, come le regioni a bassissima densità demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna^[41].

Il prorompente evolvere della transizione digitale permea molteplici profili della vita di ogni essere umano (se non esiste, ad esempio, anagrafe che non sia ormai informatizzata, enormi implicazioni scaturiscono dalla gestione sovranazionale dei *big data*, dallo sviluppo dell’interoperabilità, dalle implicazioni della legalità algoritmica^[42]) ed offre una nuova morfologia alle amministrazioni pubbliche^[43], allo svolgimento delle funzioni amministrative e dei servizi pubblici, alla stessa amministrazione della giustizia^[44]. Ma tali tendenze vanno considerate e ponderate in termini di effettivo conseguimento della coesione economica, sociale e territoriale, ed in particolare digitale.

L’ultima relazione menzionata della Commissione Ue, in merito, segnala ancora una volta il ritardo nella digitalizzazione che le Regioni meridionali evidenziano,

in particolare sul piano del capitale umano (competenze digitali dei cittadini e delle imprese, formazione, specialisti ICT) e dei servizi pubblici digitali (*e-government*, digitalizzazione p.a.) e tra queste in particolare la Sicilia. Tutte le Regioni meridionali, nonostante gli ingenti investimenti nell’infrastrutturazione, si ritrovano in ritardo proprio a causa della scarsa incidenza delle componenti indicate^[45].

Invero è ormai conclusione ampiamente condivisa che l’accesso limitato alla connettività ed ai servizi su internet e la mancanza di opportunità di acquisire competenze digitali ed utilizzare le tecnologie digitali rappresentino rischi incombenti per la coesione della società^[46], incidendo anche sulle c.d. “twin transitions” (ecologica e digitale). Con la conseguenza che un pregiudizio agli sviluppi tecnologici può costituire un fattore inerziale che influisce in modo determinante per la transizione verde ed in generale per le transizioni gemelle.

Dalla fine dell’ultimo decennio si iniziano a delineare i contorni di un principio della coesione digitale grazie all’apporto del Comitato europeo delle Regioni che con alcuni pareri contribuisce all’affermazione della “coesione digitale”, importante dimensione aggiuntiva del concetto tradizionale di coesione economica, sociale e territoriale definito nel TFUE (art. 174), che si consegue attraverso l’eliminazione del divario digitale e il raggiungimento della partecipazione uniforme di cittadini ed imprese ai benefici della trasformazione digitale^[47].

La promozione della coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra i paesi dell’UE costituisce, come si ricordava, uno obiettivi dell’UE attraverso il quale essa mira a ridurre il divario tra i livelli di progresso socio-economico delle regioni europee con particolare riferimento alle zone rurali a quelle interessate da transizione industriale ed a quelle che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni insulari, più settentrionali con scarsa densità demografica nonché le regioni transfrontaliere e di montagna, ed in termini contestuali all’effettivo funzionamento del mercato interno e dell’Unione economica e monetaria.

Il fine è la promozione dello “sviluppo armonioso dell’insieme dell’Unione”, proseguendo la propria azione «*intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale*» ed a «*ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite*» (art. 174

TFUE).

In particolare, all’Unione è riconosciuta la competenza concorrente in materia di coesione economica, sociale e territoriale la cui strategia, se da un lato incide sugli Stati membri e sulla loro politica economica, determinandone la necessità di coordinamento anche al fine di raggiungere gli obiettivi declinati dall’art. 174 TFUE, dall’altro, deve informare complessivamente l’elaborazione e l’attuazione delle azioni dell’Unione, nonché l’attuazione del mercato interno, tenendo conto degli obiettivi e concorrendo alla loro realizzazione (art. 175, primo comma, TFUE) ^[48].

L’obiettivo delle politiche regionali in materia di digitale è quello di accompagnare la transizione puntando ad una piena coesione digitale ^[49] ed questo senso si orienta anche il documento finale della Conferenza sul futuro dell’Europa ^[50], come noto non accompagnato da particolare fortuna sul piano politico.

Anche se va segnalato che solo attraverso quella che è stata definita, non senza enfasi, una “interpretazione rivoluzionaria” della clausola di flessibilità sancita dall’art. 175, terzo comma, TFUE, sia stato possibile varare il “*Recovery and Resilience Facility*” (RRF), che ha così offerto la base giuridica per il ricorso alla politica di coesione trasformando il coinvolgimento sovranazionale nei processi economici e di sviluppo nazionali. In tal guisa la politica di coesione ha offerto il “denaro per le riforme”, indipendentemente dal fatto che l’UE o lo Stato membro detengano la competenza legislativa nel settore pertinente, mentre in precedenza la regione fungeva da unità rilevante della politica di coesione, ora l’attenzione è rivolta all’intero Stato membro o addirittura all’UE nel suo insieme ^[51].

Di conseguenza, la politica di coesione, le politiche economiche e quelle fiscali correlate si sono trasformate in un unico ambito politico integrato in cui qualsiasi misura di politica economica o fiscale che possa essere plausibilmente descritta come una riforma strutturale (principalmente un settore di competenza degli Stati membri, soggetto al coordinamento dell’Unione) può ora essere riformulato come una misura della politica di coesione dell’UE (una competenza condivisa) che può essere supportata dai fondi strutturali e di investimento dell’UE per incentivare la conformità.

L’inclusione del principio della coesione digitale, che, come si vedrà, viene

reiteratamente propugnata dal Comitato europeo delle Regioni, non è stata recepita dalla Commissione UE nella “*Dichiarazione europea sui diritti digitali e i principi per il decennio digitale*”; circostanza non a caso definita “deplorevole” nel richiamato parere sulla coesione digitale.

La Dichiarazione, pubblicata alla fine di gennaio 2022 per guidare la trasformazione digitale nell’UE, sottolinea la solidarietà e l’inclusione nel capitolo 2, affermando che «*Tutti dovrebbero avere accesso alla tecnologia che mira a unire, e non a dividere, le persone*». Questa antitesi tra unire e dividere le persone rispecchia esattamente l’antitesi tra coesione digitale e divario digitale.

Come noto la strategia per il decennio digitale, accompagnata da puntuali meccanismi di monitoraggio e cooperazione per conseguire la trasformazione digitale dell’Europa^[52], individua gli obiettivi digitali per il decennio nel rafforzamento delle competenze digitali di cittadini, professionisti, nell’infrastrutturazione digitale sicura e sostenibile, nella trasformazione digitale delle imprese, ed infine nella digitalizzazione dei servizi pubblici^[53].

Da ultimo la “*Nona relazione sulla coesione economica, sociale e territoriale sulla coesione nell’UE*”, nel rilevare il miglioramento significativo della banda larga in molte regioni, pur constatando che restano ampie disparità in tutta l’UE e divari tra zone rurali e urbane nell’accesso alle reti ad altissima capacità, ribadisce che lo sviluppo di competenze digitali e l’accesso a una connessione Internet veloce assumano un ruolo fondamentali per garantire a tutte le regioni di sfruttare appieno il potenziale della transizione digitale^[54].

Anche questo caso però, in linea con il documento prima richiamato, la Commissione non fa esplicito riferimento alla “coesione digitale”, ma limita il riferimento alla “connettività digitale” pur rilevando che essa costituisce, con crescente rilievo, un asse portante della più ampia politica di coesione dell’Unione europea consentendo di conseguire il generale obiettivo di «*ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite*» (art. 174, par. 2 TFUE).

2.1. Dallo sviluppo alla coesione: cenni sull’esperienza italiana

Pur se non rientra nel perimetro di questo contributo va parimenti ricordato che

le politiche di coesione, opportunamente qualificate come «*modalità di realizzazione dell'egualanza sostanziale*»^[55] e quindi all'art. 3, secondo comma, Cost., hanno ricevuto un progressivo riconoscimento a livello legislativo e nella stessa previsione dell'art. 119, quinto comma Cost., che individua la coesione quale “principio-valore”^[56] da inverare per il superamento dei molteplici divari, delle crescenti diseguaglianze^[57], ma anche delle inefficienze degli apparati dello Stato e delle Regioni ai quali è affidata l'attuazione delle misure di intervento perequativo^[58].

Il concetto di coesione, sulla spinta del diritto europeo, ha gradualmente sostituito quello di sviluppo e/o progresso economico e sociale^[59]. L'art. 1 della l. 10 agosto 1950, n. 646, provvedeva, ad esempio, all'istituzione della Cassa per la realizzazione di opere straordinarie di pubblico interesse nell'Italia meridionale (CASMEZ) con il precipuo obiettivo di conseguire il «*progresso economico e sociale dell'Italia meridionale*».

Tali politiche hanno assunto progressivamente rilievo nell'Italia repubblicana attraverso la moltiplicazione di misure ed incentivi, ma anche di apparati, frutto di una legislazione frammentaria e ad un'amministrazione plenaria. Come sostenuto da M. S. Giannini, nel lontano 1962, tuttavia, i fatti amministrativi concernenti «*la subsolidarietà sociale di un gruppo territoriale*»^[60] costituiscono un'esperienza «*da valutare per ciò che, con indice positivo o negativo, ha realizzato e realizza nella sua storicità, e che ogni valutazione diversa cade nel generico, se non nell'arbitrario*», scevri da pretenziose ricostruzioni dogmatiche.

È quindi a tali fatti amministrativi che occorre volgere l'attenzione, nella cangiante morfologia assunta dall'intervento nel Mezzogiorno, divenuto straordinario, che ha generato un sistema alluvionale di misure non solo volte alla continua ricerca di razionalizzazione e sistematizzazione^[61], con continui cambiamenti di misure e strutture organizzative, sortendo risultati invero limitati se riguardati alla stregua degli obiettivi attesi^[62].

Come accennato, la coesione ha poi trovato ingresso nella Costituzione con la controversa riforma del 2001, all'art. 119, quinto comma, ed a seguito della espunzione dalla Carta fondamentale del Mezzogiorno e delle Isole (queste ultime, sebbene con diversa e più articolata formulazione, hanno trovato nuovamente ingresso con la l. Cost. n. 2 del 2022 che ha inserito il sesto comma nella citata norma costituzionale).

Le politiche di coesione, sono progressivamente divenute, non solo sul piano funzionale e finanziario^[63], ma anche organizzativo (CIPE, oggi CIPESS, Cabina di regia per la programmazione del FSC, Ministro, senza portafoglio, delle politiche di coesione territoriale e degli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno, presso la Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le politiche di coesione-DPCoe, Agenzia per la coesione territoriale, oggi soppressa), uno dei settori di intervento dei pubblici poteri di maggior rilievo, a partire dal Governo centrale.

Ancora recentemente, occorre parimenti ricordarlo, le politiche di coesione sono state oggetto di una molteplicità, invero assai frastagliata e di rilevante soluzione di continuità con il previgente assetto, di interventi legislativi e di profonde modifiche del quadro organizzativo, a partire dalla soppressione dell’Agenzia per la coesione territoriale – opportunamente qualificata «*solo l’epilogo di una morte annunciata*»^[64] – e dei Nuclei di valutazione, monitoraggio e controllo^[65], nonché degli stessi programmi nazionali e regionali attuativi della politica di coesione, pur se a programmazione ampiamente avanzata^[66].

L’obiettivo enunciato risulta quello del rafforzamento della capacità amministrativa, soltanto i risultati potranno tuttavia confermare o smentire se le strutturali deficienze organizzative e funzionali dell’impiego delle risorse per la coesione del sistema italiano possano trarre giovamento dalle profonde modifiche introdotte a livello legislativo ed amministrativo.

Sotto altro profilo, la stessa normativa sul c.d. “regionalismo differenziato”^[67], sebbene tra controverse letture^[68], fa reiterato riferimento alla coesione quale “principio-valore” da garantire in quella che si preannuncia la complessa attuazione dell’art. 116, terzo comma, Cost., confermandone l’impatto anche nella legislazione chiamata ad inverare l’art. 116, terzo comma, Cost., nel consolidato contesto nel quale le Regioni, progressivamente allontanatesi dal modello dell’ente politico, si sono attestate sull’esercizio delle funzioni amministrative, anche a livello locale ed ove il persistere dei divari tra Nord e Sud, si è rivelato strumentale «*a richieste di maggiore autonomia del Nord, per una diversa distribuzione delle risorse nelle aree del paese*»^[69].

3. La coesione digitale nei pareri del Comitato europeo delle Regioni

Come ricordato, sin dal 2019 il Comitato europeo delle Regioni (CdR), organo consultivo dell’Unione europea^[70], ha individuato nella dimensione digitale^[71] la (possibile) quarta declinazione del principio di coesione^[72].

Si potrà verificare che si tratta di una posizione più volte ribadita dal Comitato che, tuttavia, non trova riscontro nei documenti del Parlamento e della Commissione europei (come rilevato nulla si dice, ad esempio, negli ultimi documenti richiamati). Ciò rende evidente come si tratti ancora dell’estensione di un principio che stenta ad affermarsi sul piano dell’ordinamento dell’Unione, e questa riflessione intende delineare l’itinerario intrapreso, piuttosto che un sicuro approdo dell’ordinamento europeo.

Con il primo e più breve parere approvato dal Comitato sul tema, infatti, viene menzionato per la prima volta il termine “coesione digitale”, prospettando che esso possa costituire «*un’importante dimensione aggiuntiva al concetto tradizionale di coesione economica, sociale e territoriale definita nel trattato UE*»^[73]. Il CdR ha proposto così in quella sede un dibattito aperto sul futuro ruolo della digitalizzazione per la promozione della “coesione” nell’UE.

In particolare, il parere prospetta per la prima volta: «*un dibattito aperto sul futuro ruolo della digitalizzazione nella promozione della «coesione» nell’UE. L’obiettivo sarebbe quello di rispondere a sfide per la società, quali quelle in campo demografico, i cambiamenti climatici e il mutamento dell’ambiente di lavoro, senza lasciare indietro nessuna persona e nessuna regione e promuovendo l’imprenditorialità».*

A questo parere sulla questione, dopo la pandemia e le ben note refluenze che essa ha determinato sull’uso diffuso delle tecnologie digitali, anche a seguito di ampi approfondimenti richiesti^[74] al Comitato europeo delle Regioni è seguito un articolato dibattito. Un secondo parere nel 2020 (“*Una strategia per il futuro digitale dell’Europa e una strategia europea per i dati*”) ha confermato l’orientamento intrapreso dal CdR, sebbene soltanto tra le premesse, affermando che «*la coesione digitale come importante dimensione aggiuntiva al tradizionale concetto di coesione economica, sociale e territoriale sancito dal Trattato UE*»^[75].

L’anno successivo il CdR torna ad esprimersi sul tema, sottolineando

nuovamente la rilevanza assunta dal concetto di coesione digitale, nel parere Europa digitale per tutti (“*Piano d’azione per l’istruzione digitale*” 2021-2027). Si tratta di un passo necessario per affrontare le sfide sociali alla luce delle crescenti esigenze di digitalizzazione, assicurandosi nel contempo di non lasciare indietro nessuna persona o regione^[76].

Un ulteriore apporto consultivo del Comitato europeo delle Regioni, a seguito dell’ulteriore presa di posizione con il “*Barometro regionale e locale annuale dell’UE 2021*”^[77], ha poi affrontato direttamente il tema (ed infatti denominato “Coesione digitale”) e sulla scorta di un’articolata ricostruzione ed ha affermato recisamente la necessità di integrare la previsione dell’art. 174 TFUE affiancando la coesione digitale alle altre forme previste dalla norma^[78].

Il testo prende le mosse dalla consapevolezza che infrastrutture e competenze digitali siano essenziali per la crescita di tutte le altre dimensioni della strategia del progresso digitale e raccomanda, pertanto, alla Commissione UE di adottare un’apposita strategia a lungo termine, unita a risorse e meccanismi di coordinamento e cooperazione tra gli Stati membri, al fine di garantire che ciascun cittadino europeo possa disporre di infrastrutture, competenze e servizi digitali avanzati.

Trattandosi di un parere che si colloca a seguito della conclusione dei lavori della Conferenza sul futuro dell’Europa, esso si connette agli esiti di quest’ultima accogliendone la raccomandazione avanzata in relazione alla parità di accesso ad Internet quale «*diritto fondamentale di ogni cittadino europeo*» che deve sostanziarsi nella disponibile di un accesso affidabile alla rete ed ai servizi informatici attraverso infrastrutture digitali europee sovrane e resilienti, pur in un contesto che garantisca «*concorrenza leale e aperta*», la prevenzione «*dei monopoli e l’abuso generalizzato del proprio potere di mercato, il blocco da fornitore, la concentrazione dei dati e la dipendenza da paesi terzi in relazione a infrastrutture e servizi*».

Ma la parte più rilevante, nel solco dei precedenti pronunciamenti, consiste nell’affermazione che la coesione economica, sociale e territoriale sia «*uno degli obiettivi principali indicati dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (articolo 174) per realizzare proprio uno sviluppo armonioso ed equilibrato in tutta l’Unione europea (UE) e nelle sue regioni*», a partire dalle aree insulari^[79], e che il «*concetto di “coesione digitale” implica il riconoscimento del ruolo essenziale*

rivestito dalla tecnologia nelle nostre vite e richiede l'integrazione degli obiettivi di coesione nei diritti, nei principi e nelle politiche digitali dell'Unione», con conseguente revisione delle previsioni del Trattato (artt. 174-175).

Il quinto parere del CdR si concentra, parimenti, sull'art. 174 TFUE (*«Rafforzare il sostegno della politica di coesione alle regioni che presentano svantaggi geografici e demografici»*), facendo anch'esso riferimento alla coesione digitale nella prospettiva dell'insularità e sottolineando che *«la continuità territoriale digitale e la coesione digitale sono strumenti fondamentali per superare l'isolamento fisico delle isole e per affrontare una delle maggiori sfide che le isole si trovano a fronteggiare, ossia la sfida demografica»*^[80].

Infine, chiude la sequenza degli apporti consultivi riportati, un parere sulla normativa ad “un'Europa interoperabile”^[81] mentre, da ultimo, va ricordata la nota informativa del Comitato sull'Agenda digitale europea^[82].

Come sottolineato in precedenza, quindi, a fronte dell'impegno propositivo del Comitato europeo delle Regioni, articolato in diversi pareri, il concetto di “coesione digitale” stenta a trovare un esplicito riferimento nei documenti della Commissione e del Parlamento dell'Unione, anche se non può che auspicarsi che ciò avvenga più avanti, a fronte di una sedimentazione nella formazione progressiva del diritto eurounitario.

4. Le prospettive della coesione digitale e l'emergere del criterio del “Non nuocere alla coesione”

La coesione europea mira alla convergenza delle condizioni di vita dei cittadini dell'Unione^[83] ed è «orientata dall'obiettivo di realizzare politiche di sistema, graduate in relazione agli scopi»^[84], mediante un sistema multilivello che coinvolge la stessa Unione, alla quale, giusta l'art. 4, secondo comma, lett. c) TFUE, è attribuita competenza concorrente con gli Stati membri, le Regioni e le autonomie locali^[85].

A questo riguardo va ricordata la “portata addizionale” dei Fondi strutturali e di investimento europei (Fondi SIE)^[86] rispetto alle misure di riequilibrio e perequazione che debbono esser realizzate con risorse proprie gli Stati membri (complementarietà e sinergia, quindi, tra “coesione europea” e la “coesione interna” cui all'art. 119, quinto comma, Cost.), dovendo gli Stati membri

contribuire al rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale dell'UE mediante le loro politiche economiche, in una strategia integrata di superamento dei divari economici, sociali, territoriali ed ovviamente anche digitali.

In tale prospettiva la coesione è quindi “principio-valore”^[87] sia nel diritto europeo che in quello interno, peraltro adesso accompagnato dal criterio del “Non nuocere alla coesione” (“*Do no harm to cohesion*”, DNHC), prospettato dalla Commissione UE già nell'ottava relazione sulla coesione^[88] e fatto proprio con reiterati interventi dal Comitato europeo delle Regioni^[89], richiedendone l'applicazione alle politiche e iniziative dell'Unione come pure nell'attuazione del mercato interno, comprese le norme in materia di aiuti di Stato^[90].

Si tratta, invero, di un principio/criterio, ancora abbisognevole della puntuale definizione sul piano normativo e di precisa articolazione delle fattispecie che costituiscono pregiudizio, e quindi si diversa portata rispetto all'analogo principio del “non arrecare un danno significativo all'ambiente” (DNSH), ossia di non sostenere o svolgere attività economiche che arrecano un danno significativo all'obiettivo ambientale, diretta applicazione del principio di sostenibilità, attraverso il quale si intende coniugare la promozione dello sviluppo economico attraverso investimenti europei con la transizione verso la neutralità climatica^[91] e che si colloca nell'articolato contesto del dispositivo per la ripresa e la resilienza^[92] ed adesso del “*Green Deal europeo*”^[93].

Secondo la richiamata posizione del Comitato europeo delle Regioni, e si tratta di una delle sue prime declinazioni del principio del “non nuocere alla coesione”^[94], la Commissione Ue dovrebbe riesaminare la governance dei futuri programmi gestiti a livello centrale «*per garantire che il loro impatto sia maggiormente in linea con le esigenze dei territori e tenga meglio conto della loro diversità, e per assicurare un migliore accesso a tali programmi da parte degli enti locali e regionali*»^[95]. Sotto tale profilo il principio in argomento viene correlato con quelli di sussidiarietà e di governance multilivello condivisa sottolineando la necessità che il “non nuocere alla coesione” si applichi a tutte le politiche dell'UE affinché queste sostengano gli obiettivi di coesione sociale, economica e territoriale cui fanno riferimento l'articolo 3 TUE, gli artt. 174 e ss. TFUE, l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali UE^[96].

Nella previsione delle disposizioni del Trattato richiamato, la coesione assume la

configurazione di «*un’unità tripartita*»^[97], il cui collante è il principio di solidarietà degli Stati membri, sia pure sempre declinato in una logica di sviluppo che si vuole armonioso dell’Unione.

Seguendo la prospettiva delineata dal Comitato europeo delle Regioni, con l’auspicata introduzione della dimensione digitale della coesione così come declinata dal diritto primario europeo, tale unità potrebbe prospettarsi, per ricorrere ancora alla menzionata sintesi concettuale, come “quadripartita”.

Tale integrazione, come ricordato, non appare ispirata all’obiettivo di aggiungere un ulteriore elemento al già articolato orizzonte teleologico, quanto al riconoscimento ed alla riconduzione ad un unico principio le molteplici peculiarità della transizione digitale, altrimenti frazionate, e del(l’inverò controverso) riconoscimento della cittadinanza digitale^[98] nel contesto degli obiettivi declinati per il decennio digitale (rafforzamento delle competenze, trasformazione digitale delle imprese, infrastrutture digitali sicure e sostenibili, digitalizzazione dei servizi pubblici)^[99].

Sotto questo profilo l’individuazione della dimensione digitale della coesione esprime l’esigenza giuridica, ma anche sociale e culturale, di considerare la transizione digitale nella sua poliedrica complessità (e quindi non solo attinente a profili infrastrutturali di superamento di divari come, ad esempio, seppur in termini preminentí e non esaustivo, appare la transizione energetica).

Si può quindi affermare che la dimensione digitale attraversi le altre che sono formalmente ricomprese nel concetto di coesione nell’ordinamento europeo.

Infatti, se il superamento del divario nelle infrastrutture di connettività può esser ricondotto alla coesione territoriale, quello delle competenze e dei servizi pubblici digitali o alla sanità digitale è riferibile, in termini più appropriati, alla coesione economico-sociale^[100], le disuguaglianze digitali sono infatti intrinsecamente correlate a quelle territoriali, sociali ed economiche^[101], e come queste si alimentano tra loro, vicendevolmente.

Ne discende che la dimensione della coesione digitale, proprio perché non esclusivamente riconducibile ad uno, ma a tutti i profili indicati dall’art. 174 TFUE, può offrire un fondamento teorico alla scelta di individuare un’ulteriore dimensione della coesione che trovi la propria unità concettuale nella complessa ed articolata morfologia della trasformazione digitale.

Il consolidamento della coesione digitale quale “quarta dimensione” del

principio-valore europeo, adesso consolidato dall'introduzione del criterio-principio del “non nuocere alla coesione”, se potrà proseguire il suo percorso nel dibattito istituzionale dell'UE, potrà rafforzare il raggiungimento degli obiettivi di solidarietà, inclusione e connettività, consolidamento della neutralità della rete, ma anche un più chiara^[102].

La transizione digitale, in tal guisa, potrà esser «*utilizzata per unire le persone, e non per dividerle*» e contribuisca allo sviluppo di una società e di un'economia eque e inclusive nell'UE, nelle quali ogni persona «*dovrebbe avere accesso alla connettività digitale ad alta velocità a prezzi accessibili*»^[103], ma anche con diffuse competenze e ricevendo servizi digitali (a partire da quelli sanitari o amministrativi) il più possibile omogenei, garantendo così, in termini sostanziali, il diritto dei cittadini digitali dell'Unione di partecipare alle opportunità offerte dallo sviluppo dell'economia digitale ed alla costruzione di uno spazio pubblico digitale aperto, rispettoso del *suum cuique tribuere*.

Quanto tratteggiato si iscrive nel percorso, che sembra sempre più consolidarsi, del «*cambiamento strutturale del diritto pubblico europeo*»^[104] verso il superamento dell'originaria configurazione, ispirata al modello ordoliberale e quindi orientata ad interpretare l'economia sociale di mercato quale luogo di giustizia commutativa piuttosto che distributiva, fondato sulle regole della concorrenza e della regolazione dei mercati^[105], orientandosi progressivamente, anche grazie all'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia, verso la tutela dei diritti fondamentali, della giustizia sociale, dei principi di solidarietà ed egualanza, e quindi puntando al superamento dei divari e delle disparità che li pregiudicano e li vulnerano e dei quali la politica di coesione è sempre più rilevante asse portante.

1. Questo scritto è dedicato alla cara memoria del Prof. Antonino Giuffrida, illustre storico moderno dell'Università di Palermo ed appassionato direttore di *Palermo University Press*, nella cui fondazione e poi sviluppo ha trasfuso le Sue competenze digitali, improvvisamente scomparso mentre questo lavoro era in corso di stesura.
2. L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2017 del quale si veda già L. Floridi, *La rivoluzione dell'informazione*, Codice, Torino 2012, ed il successivo *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020, p. 38, nel quale afferma «*Le tecnologie digitali, tagliando ed incollando la realtà e la sua concettualizzazione aumentano le opportunità relative a quello che si può fare e diminuiscono i vincoli rispetto a quello che non si può fare, o che sarebbe troppo costoso, complicato o difficile fare*».

3. Così ancora L. Floridi, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, cit., spec. 63 e ss. La radicale trasformazione della cultura delle società da materiale a immateriale è divenuta irreversibile. La persona assume una nuova dimensione se immersa nelle informazioni: parole scritte e pronunciate, media di ogni tipo, big data, internet, ci aprono ad un approccio all'informazione aumentata e comunque reperibile. Per l'UE i cittadini vanno considerati data subjects (art. 4 «*personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject');* *an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person»*), General Data Protection Regulation (GDPR).
4. Dal 2014 la Commissione europea ha avviato il monitoraggio dell'evoluzione digitale dei Paesi membri mediante relazioni annuali sull'indice dell'economia e della società digitali (DESI). Con il 2023, e in linea con il programma strategico per il decennio digitale 2030, il DESI è ora integrato nella relazione sullo stato del decennio digitale e utilizzato per monitorare i progressi verso il conseguimento degli obiettivi digitali cfr. Commissione UE, Percorso per il decennio digitale 2030, Commissione europea, sito web ufficiale - Commissione europea (europa.eu).
5. Vedi per tutti l'interessante voce di O. Pollicino, *ad vocem Potere digitale*, in *Enc. dir., Tematici*, 5, Giuffrè, Milano 2023, pp. 410-ss.
6. Le transizioni gemelle, ecologica e digitale, dell'economia europea sono volte a migliorare l'efficienza e la neutralità climatica e costituiscono leve essenziali della strategia a lungo termine dell'Unione per lo sviluppo sostenibile. In merito v. per tutti A. Maucorps, R. Römisch, T. Schwab, N. Vujanović, *The Future of EU Cohesion. Effects of the Twin Transition on Disparities across European Regions*, Bertelsmann Stiflung, Berlin, 2023.
7. Espressione con la quale si indicano le differenze e le lacune nel livello di accessibilità e fruizione delle tecnologie digitali, le disparità tra individui, famiglie, professionisti, imprese e aree geografiche, avuto riguardo al livello socio-economico, relative alle opportunità di accedere alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) e all'uso di Internet per un'ampia varietà di attività e che incide sul piano dell'eguaglianza sostanziale cfr. S. Bentivegna, *Disuguaglianze digitali. Le nuove forme di esclusione nella società d'informazione*, Laterza, Roma-Bari, 2009; più recentemente S. Fontana, F. Bisogni, S. Cavallini, R. Soldi, *Territorial foresight study in addressing the digital divide and promoting digital cohesion*, Bruxelles, in European Committee of the Regions | Choose your language | Choisir une langue | Wählen Sie eine Sprache (europa.eu), 5, 2022.
8. Tra gli studi di riferimento il primo è ai fondamentali saggi di S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004; e ID, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; più recentemente v. L. Torchia, *Lo Stato Digitale e il diritto amministrativo*, in AA.VV., *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 492 ss., e più ampiamente ID, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2023 ai quali si rinvia per i riferimenti bibliografici

giuridici, con specifico riferimento alla prospettiva della coesione digitale J.B. Auby, *Territori rurali intelligenti e spopolamento*, in *Ist. del Fed.*, 2, 2020, pp. 537-ss.; A. Claroni, *Mezzogiorno, banda larga e divario digitale. Profili normativi e questioni aperte*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1, 2021, 215-ss. Va segnalato anche l'*Osservatorio sullo Stato digitale* curato dall'IRPA, consultabile in <https://www.irpa.eu>.

9. Il termine “*divario digitale*” si riferisce alle differenze nel livello di accesso e di uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (TIC) e, più specificamente, alle lacune nell’accesso e nell’uso dei servizi digitali basati su Internet. Differenziazioni peraltro determinate sia da diversità nelle condizioni socioeconomiche di regioni diverse di una stessa nazione, sia dall’esistenza di zone troppo remote, isolate o difficili da raggiungere per rappresentare un investimento sostenibile per le compagnie addette alle telecomunicazioni.
10. Così in merito J. Van Dijk, *The digital divide*, Polity Press, Cambridge, 2020, pp. 86-ss. ove si osserva che il divario digitale non può essere colmato completamente, infatti, ove l’intera popolazione mondiale lo farebbe, raggiungere l’accesso ai media digitali come internet, le disuguaglianze nelle competenze digitali, l’utilizzo ed i risultati o i benefici rimarrebbero, tendendo addirittura a crescere. Nel contributo si sottolinea altresì, e questo lavoro ne conferma l’intuizione, che superata la prima fase di politiche di riequilibrio concentrate sulla connettività e l’accesso fisico, l’attenzione si rivolge al miglioramento delle competenze e dei servizi.
11. Sul tema di veda P. Piras, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Il diritto dell’econ.*, 2, 2022, pp. 111-ss.
12. Come noto, sin dal 2014, la Commissione UE svolge il monitoraggio dell’evoluzione digitale dei Paesi membri mediante relazioni annuali sull’indice dell’economia e della società digitali (DESI), l’ultima versione è consultabile in Commissione Europea, *Indice di digitalizzazione dell’economia e della società (DESI) 2022*, Shaping Europe’s digital future | Shaping Europe’s digital future (europa.eu). Dal 2022, ed in linea con il programma strategico per il decennio digitale 2030. Il DESI è adesso opportunamente integrato nella relazione sullo stato del decennio digitale (“*Report on the state of the Digital Decade*”) ed utilizzato per monitorare i progressi verso il conseguimento degli obiettivi digitali cfr. Shaping Europe’s digital future | Shaping Europe’s digital future (europa.eu).
13. Si veda in tal senso lo studio di A. Benecchi, E. Ciapanna, C. Bottoni, A. Frigo, A. Milan, E. Scarinzi, *Digitalisation in Italy: Evidence From a New Regional Index*, in *Banca d’Italia, Occasional Paper*, 662, 2021, in Banca d’Italia - Il sito ufficiale della Banca Centrale Italiana (bancaditalia.it) che ha sottolineato le ampie disparità regionali nei livelli di digitalizzazione del nostro Paese ed auspica maggiori sforzi per misurare adeguatamente i progressi nelle pertinenti dimensioni digitali e la transizione verso una versione regionale del DESI. In generale sui divari Cfr. Istat, *I divari territoriali nel PNRR: dieci obiettivi per il Mezzogiorno*, 25 gennaio 2023, Istat e più recentemente Svimez e Ref, *L’anno della crescita differenziata. Le regioni italiane nel 2023*, Roma, luglio 2024 (2024_07_19_report.pdf (svimez.info)).
14. In tal senso v. da ultimo, con particolare riferimento alla precedente relazione relativa alla

coesione economica, sociale e territoriale sulla coesione nell'UE si veda G. P. Manzella, *La coesione europea, con lo sguardo al 2050*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2022, pp. 444-ss. Per "trappola dello sviluppo" deve intendersi il fenomeno, del quale l'Italia risente in modo accentuato, in particolare nelle regioni meridionali rispetto al contesto europeo, che descrive la condizione dei territori nei quali non si verifica l'auspicata contrazione dei divari regionali, ma, al contrario, si manifesta una tendenza all'aumento delle disparità, aggravata da condizioni congiunturali peculiarmente critiche.

15. In questo senso G. De Minico, *prefazione*, 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, 2023, 11, in questo senso v. anche G. Orofino, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'econ.*, 2019, 3, 87-ss.
16. Si veda C. Kuhn, S. M. Khoo, L. Czerniewicz, W. Lilley, S. Bute, A. Crean, S. Abegglen, T. Burns, S. Sinfield, P. Jandrić, J. Knox, A. Mackenzie, *Understanding Digital Inequality: A Theoretical Kaleidoscope*, in *Postdigital Science and Education*, 2023, 894-ss., al quale si rinvia per un'ampia bibliografia sul *digital divide*.
17. In questo senso v. Comunicazione della Commissione Europea, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM (2021) 118, del 9 marzo 2021 in Page Not Found - EUR-Lex (europa.eu). Il documento esprime «l'ambizione dichiarata» di perseguire politiche per il digitale che conferiscano ai cittadini e alle imprese «l'autonomia e la responsabilità necessarie per un futuro digitale antropocentrico, sostenibile e più prospero. Per ottenere questo e per far sì che l'Europa possa conseguire la sovranità digitale in un mondo interconnesso, l'UE dovrà sfruttare i suoi punti di forza: mercato unico aperto e competitivo, norme ancorate ai valori europei, ruolo da protagonista in un commercio internazionale "equo" e regolamentato, solida base industriale, cittadini altamente qualificati e società civile solida». Allo stesso tempo, occorrerà valutare con attenzione «eventuali debolezze strategiche, vulnerabilità e dipendenze ad alto rischio» che possono essere di ostacolo. Sul tema si veda, nella copiosa dottrina, T.E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi cost.*, 2014, 1, 13-ss.; F. Buonomenna, *Lo spazio digitale nell'Unione europea: verso un federalismo digitale dell'Unione europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2022, 313-ss. secondo il quale: «lo spazio digitale ha favorito la costruzione di una identità digitale europea, non basata soltanto sulle interrelazioni delle sovranità statali che hanno messo in luce i limiti della scelta di un modello non federale, ma sull'affermazione della centralità del ruolo della stessa Unione europea, profilando così una sovranità europea digitale».
18. Si veda al riguardo Inabita Laboratorio Territoriale, *Pratiche culturali nella coesione territoriale*, in Home | Riviste Online SApienza (ROSA) (uniroma1.it) ove si analizza l'aumento di disuguaglianze territoriali effetto dell'inurbazione a discapito di territori sempre più visti come marginali, fragili, e spesso oggetto di depravazione di risorse umane e materiali.
19. European Strategy and Policy Analysis System (espas), *Digital Cohesion, ideas paper series*, 2022, in ESPAS | Homepage. Relativamente al 5G, ad esempio, la Corte dei conti Europea

ha osservato che attualmente «*non esiste una definizione della qualità del servizio attesa, ad esempio in termini di velocità minima o latenza massima*», il che rischia di aggravare la discrepanza tra le regioni che beneficiano di servizi migliori rispetto ad altre.

20. Già nel “*Piano d’azione dell’UE per l’eGovernment 2016-2020*” questi modelli venivano citati tra come fattori essenziali per il raggiungimento degli obiettivi. In tal senso, viene infatti indicato che le iniziative da avviare nell’ambito del piano d’azione sopraindicato dovrebbero osservare, tra gli altri, i principi:- Digitale per definizione (Digital by default): «*le pubbliche amministrazioni dovrebbero fornire servizi digitali (comprese informazioni leggibili dalle macchine) come opzione preferita (pur mantenendo aperti altri canali per chi non dispone di una connessione a internet per scelta o per necessità)*»;- Inclusività e accessibilità (Inclusive by design): «*le pubbliche amministrazioni dovrebbero progettare servizi pubblici digitali che siano per definizione inclusivi e che vengano incontro alle diverse esigenze delle persone, ad esempio degli anziani e delle persone con disabilità*».
21. L’UE ha assunto un ruolo guida nell’orientare gli Stati Membri verso una più efficace digitalizzazione offrendo strategie intese a fungere da riferimento per le amministrazioni statali. Un passo significativo in questa direzione è stata la “*Dichiarazione di Berlino sulla società digitale e il governo digitale basato sul valore*” in Shaping Europe’s digital future | Shaping Europe’s digital future (europa.eu). Si propone una traduzione del Principio II - “*Partecipazione sociale e inclusione digitale per plasmare il mondo digitale*”: «*Poiché la maggioranza dei cittadini utilizza dispositivi mobili per accedere a Internet, dobbiamo riconoscere il passaggio di paradigma da ‘eGov’ (governo elettronico) a ‘mGov’ (governo mobile) quando incoraggiamo l’inclusione o miriamo a fornire servizi governativi digitali fluidi, trasparenti, accessibili e facili da usare. I cittadini devono essere in grado di utilizzare tali servizi digitali senza avere conoscenze legali*». Va poi segnalato che l’analisi condotta nell’*eGovernment Benchmark 2023* registra gli sforzi compiuti dagli Stati membri nell’adottare e migliorare i loro servizi digitali, riconoscendo il lavoro già realizzato nel rendere questi servizi più accessibili e centrati sull’utente Nonostante il percorso intrapreso però nel processo di digitalizzazione, ci si trova, soltanto, di fronte ad un auspicato cambio di passo, ben lungi dal raggiungere obiettivi soddisfacenti, almeno per alcuni Paesi tra i quali l’Italia.
22. F. Bassanini, *L’Italia tra ripresa e declino: gli investimenti nelle reti di telecomunicazione e la competitività del Paese*, in *Astrid Rassegna* 20, 2013 e ID, *Le riforme necessarie per consolidare la ripresa e far ripartire l’Italia*, ivi, 13, 2015.
23. Nel 2014 la copertura delle reti di nuova generazione accessibili era solo al 21% delle famiglie (la peggiore copertura dell’UE), mentre con riguardo al numero di abbonati alla banda larga, in particolare quella veloce solo il 51% delle famiglie disponeva di un abbonamento a banda larga fissa (la percentuale più bassa dell’UE) e soltanto il 2,2% degli abbonamenti a banda larga riguardava servizi con una velocità superiore a 30 Mbps.
24. Sui quali si veda P. Clarizia, G. Sgueo, *Lo stato digitale nel PNRR: la digitalizzazione come necessità trasversale*, in *Osservatorio dello Stato digitale*, 2021, IRPA - Istituto di Ricerca sulla Pubblica Amministrazione.

25. L. Rodio Nico, *La programmazione euro-statale degli interventi per la coesione digitale*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 4, pp. 251-ss., spec. 264. Gli aiuti in argomento possono conseguentemente essere considerati compatibili, quindi, in quanto mirati «*a risolvere una situazione in cui può determinare un miglioramento tangibile che il mercato da solo non è in grado di assicurare, ad esempio per porre rimedio a un fallimento del mercato o per risolvere questioni in materia di equità o coesione*» e nel presupposto che «*affinché l'aiuto sia appropriato, le reti fisse o mobili finanziate dallo Stato devono presentare caratteristiche notevolmente più avanzate rispetto alle reti esistenti. Pertanto, le reti fisse e mobili finanziate dallo Stato dovrebbero indurre un salto di qualità. Un salto di qualità si ottiene se, a seguito dell'intervento statale, sono soddisfatte le condizioni seguenti: a) lo sviluppo della rete fissa o mobile finanziata dallo Stato rappresenta un nuovo, ingente investimento; e b) la rete finanziata dallo Stato apporta al mercato nuove capacità di rilievo in termini di disponibilità, capacità, velocità e concorrenza dei servizi a banda larga*». cfr. Commissione UE, Comunicazione su “Orientamenti in materia di aiuti di Stato a favore delle reti a banda larga” (2023/C 36/01), 2023, p. 11.
26. L’Unione Europea ha quindi proposto di «*mettere in atto partenariati multilaterali, rafforzare l'apprendimento e riconoscere le competenze digitali nei sistemi ufficiali di istruzione e formazione ma anche svolgere azioni di sensibilizzazione e prevedere sistemi di certificazione e di formazione nel settore delle TIC aperti ed efficaci al di fuori dei sistemi tradizionali di insegnamento, utilizzando in particolare strumenti online e contenuti digitali per la riqualificazione e la formazione professionale continua*», cfr. Raccomandazione del 22 maggio 2018 relativa alle “competenze chiave per l’apprendimento permanente (Testo rilevante ai fini del SEE) (2018/C 189/01)”, il Consiglio dell’Unione Europea ha evidenziato che la competenza digitale «*presuppone l’interesse per le tecnologie digitali e il loro utilizzo con dimestichezza e spirito critico e responsabile per apprendere, lavorare e partecipare alla società. Essa comprende l’alfabetizzazione informatica e digitale, la comunicazione e la collaborazione, l’alfabetizzazione mediatica, la creazione di contenuti digitali (inclusa la programmazione), la sicurezza (compreso l’essere a proprio agio nel mondo digitale e possedere competenze alla cybersicurezza), le questioni legate alla proprietà intellettuale, la risoluzione di problemi e il pensiero critico*». V. anche Commissione Europea, *Dichiarazione di Berlino sulla società digitale e il governo digitale basato sul valore*, 8 dicembre 2020, Shaping Europe’s digital future | Shaping Europe’s digital future (europa.eu). Non bisogna oltretutto dimenticare che l’accessibilità digitale assume una rilevanza critica per le persone con disabilità, che spesso incontrano notevoli difficoltà negli spostamenti fisici, nelle lunghe attese presso gli uffici o nella gestione autonoma di procedure amministrative complesse. La disponibilità di servizi digitali accessibili e ben strutturati può significativamente ridurre questi ostacoli, permettendo a tutti gli individui, indipendentemente dalle loro capacità fisiche, di accedere ai servizi necessari con maggiore facilità e indipendenza. Integrando l’educazione digitale in modi innovativi e accessibili, si possono così abbattere le barriere tradizionali all’apprendimento e offrire opportunità di crescita continua a persone di tutte le età ed estrazione sociale. Per

- ulteriori approfondimenti, si v. S. Zampieri, L. Botturi, S. Calvo, *Giovani e tecnologie: tra nativi digitali e competenze effettive*, in *Revue suisse des sciences de l'éducation*, n. 2, 2018, 309-310; E. Van Laar, A.J.A.M Van Deursen., J.A.G.M Van Dijk., J. De Haan, *The relation between 21st-century skills and digital skills: A systematic literature review*, in *Computers in Human Behavior*, n.72, 2017, pp. 577-ss.
27. In tema di competenze digitali, nella letteratura internazionale emergono numerosi contributi, soprattutto con riferimento all'ambito formativo e pedagogico, tra cui: M. Martoni, *Datificazione dei nativi digitali. Una prima ricognizione e alcune brevi note sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, pp. 119-ss.; E. M. Anderman, G. M. Sinatra, D. L Gray, *The challenges of teaching and learning about science in the twenty-first century: Exploring the abilities and constraints of adolescent learners*, in *Studies in Science Education*, 1, 2012, pp. 89-ss.
28. Come opportunamente ricorda G.P. Manzella, *Il "tempo" della politica di coesione*, in *Federalismi.it*, 13, 2021, la coesione ha avuto il suo indiscutibile momento di consacrazione alla metà degli anni Ottanta: con J. Delors «che ne ha fatto il contraltare 'stretto' della liberalizzazione del mercato unico. Dopo quel 'momento di gloria' ha, però, ripreso una vita 'periodicamente' complicata. Ad ogni rinegoziazione dei temi dell'intervento regionale si assiste, infatti, a confronti: tra Stati membri divisi in Paesi 'della coesione' e Paesi 'contribuenti'; tra impostazioni culturali che vorrebbero finanziare tutti i territori europei e quelle che vorrebbero limitare le risorse a solo alcuni di essi; tra voci che mettono in questione l'effettività della politica, proponendone l'indebolimento o la 'rinazionalizzazione', ed altre che segnalano il 'valore' aggiunto dell'intervento regionale ed i suoi risultati».
29. Sul principio di coesione tra ordinamento europeo ed interno, nell'articolata dottrina si vedano tra gli altri: G. Tesauro, *La politica di coesione ed il rapporto con le altre politiche comunitarie* ed E. Cannizzaro, *Sussidiarietà ed interventi di riequilibrio del mercato comune*, in A. Predieri (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano, 1996, rispettivamente pp. 123-ss. e 135-ss.; J. Scott, *Regional Policy: An Evolutionary Perspective*, in P. Craig, G. De Burca (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, 625 ss.; E. Balboni, *Il principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, e C. Buzzacchi, *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, entrambi in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, ND, Bologna, 2001, rispettivamente 19-ss. e 59-ss.; R. Sapienza (a cura di), *Politica comunitaria di coesione Economica e Sociale e programmazione Economica regionale*, Giuffrè, Milano, 2003; A. Claroni, *Le politiche di coesione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 3793-ss.; R. Leonardi, *Cohesion in the European Union*, in *Regional Studies*, 40, 2006, pp. 155-ss.; C. Buzzacchi, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale*, Giuffrè, Milano, 2005; L. Pedrazzini (ed.), *The process of territorial cohesion in Europe*, Franco Angeli, Milano, 2006; W. Molle, *European cohesion policy*, London-New York, 2007; A. Di Stefano, *Coesione e diritto nell'Unione*

europea. *La nuova disciplina dei fondi strutturali comunitari nel regolamento 1083/2006*, Editpress, Firenze-Catania, 2008; A. Bruzzo, E. Domorenok, *La politica di coesione nell'Unione europea allargata. Aspetti economici, sociali e territoriali*, Unifpress, Ferrara, 2009; F. Spagnuolo, *Attualità, tendenze e prospettive della politica di coesione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 845-ss.; G. Colombini (a cura di), *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, Jovene Editore, Napoli, 2011; S. Cimini, M. D'orsogna (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e Sociale*, Napoli, ESI, 2011, ed in part. F. Manganaro, *Aspetti istituzionali delle politiche di coesione*, pp. 5-ss.; C. Daw, *Cohesion Policy of the European Union: Facilitated by Supranational Institutions and Regional Autonomy or Hindered by National Sovereignty?*, Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union, 2012, Art. 7, in *Cohesion Policy of the European Union* by Caitlin Daw (claremont.edu); A.F. Di Sciascio, *Le politiche europee di coesione sociale fra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 99-ss., C. Notarmuzi, *Le politiche di coesione e la gestione dei fondi strutturali europei nella programmazione 2014-2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2014, pp. 567-ss.; A.M. Oliva, *Continuité et cohésion territoriales dans l'Union européenne*, in H. Simonian-Gineste (ed.), *La (Dis)continuité en Droit*, Toulouse, 2014, pp. 431-447; Q. Camerlengo, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2, 2015; A. De Siano, *Autonomia finanziaria degli enti territoriali e politiche pubbliche di coesione*, in *Federalismi.it*, 23, 2015; P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, in *Federalismi.it*, 22, 2016; G. De Giorgi Cezzi, *La coesione politico-territoriale nella dimensione del governo del territorio*, ivi, 24, 2016, pp. 1-ss.; G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, in Id. (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, nella collana a cura di L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze University Press, Firenze, vol. II, 2016, pp. 9-ss.; F. F. Tuccari, *Politiche europee di coesione territoriale e processi di unificazione amministrativa nazionale*, ivi, 59 ss.; S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, pp. 579-ss.; M.C. Carta, *Dalla libertà di circolazione alla coesione territoriale europea*, Jovene, Napoli, 2018; V. Tondi Della Mura, *Per un regionalismo differenziato rispettoso della coesione nazionale. Prime note*, in *Federalismi.it*, 2, 2019; M. Prezioso (ed.), *Territorial impact Assessment of national and regional territorial cohesion in Italy*, Pàtron, Bologna, 2020; F. Manganaro, *Politiche di coesione*, in *Enc. dir. Tematici*, cit., pp. 839-ss.; A. Lauro, *Le politiche di coesione fra livello europeo e piano costituzionale: appunti su una logica asimmetrica apparente*, in *Queste Istituzioni*, 2, 2023, pp. 8-ss.; G. De Giorgi Cezzi, *Regioni e politiche europee di coesione*, in G. Corso, M. Immordino, G. Verde, G. Armao (a cura di), *Il regionalismo differenziato*, Palermo, 2024 ed adesso in *Nuove autonomie*, 1, 2024, pp. 293-ss.; E. Medeiros (ed.), *Public Policies for Territorial Cohesion*, Cham, 2023; P.L. Lindseth, P. Leino-Sandberg, *How cohesion became the EU's vehicle for economic policy: tracing the hidden history of article 175(3) TFEU*, in

Verfassungsblog,
<https://verfassungsblog.de/how-cohesion-became-the-eus-vehicle-for-economic-policy/>;
ID, *Crisis, Reinterpretation, and the Rule of Law: Repurposing ‘Cohesion’ as a General EU Spending Power*, in *Hague J Rule Law*, 2024.

30. Per una completa ricostruzione dell’evoluzione delle politiche di coesione nella disciplina eurounitaria v. F. Manganaro, *Politiche di coesione*, op. ult. cit., pp. 842-ss., al quale si rinvia per più articolati riferimenti in dottrina. La Politica di coesione economica, sociale e territoriale, avviata con l’Atto unico europeo del 17 febbraio 1986 (art. 23), contemplata dal Titolo XVIII, artt. 174-178, del Trattato sul funzionamento dell’UE (Tfue), ha l’obiettivo di ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo di quelle meno favorite, anche attraverso i fondi a finalità strutturale, la *Banca europea per gli investimenti* e altri strumenti finanziari a ciò finalizzati. Essa è, per espressa previsione del Trattato (art. 4, comma 2, lett. c), una materia di competenza concorrente tra UE e Stati membri. Come noto la politica di coesione risulta obiettivo condiviso di Unione e Stati membri i quali, infatti, debbono condurre la loro politica economica e coordinarla anche al fine di raggiungere gli obiettivi dell’art. 174 TFUE. In tale prospettiva l’elaborazione e l’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, nonché l’attuazione del mercato interno, «*tengono conto degli obiettivi dell’art. 174 e concorrono alla loro realizzazione*» (art. 175 TFUE). I relativi interventi, realizzati a valere sui fondi predetti, si articolano secondo una programmazione settennale, destinata a finanziare le azioni settoriali nelle quali si estrinseca l’azione congiunta della Ue e degli Stati membri attraverso l’adozione di programmi e la realizzazione di attività di sorveglianza e monitoraggio, secondo il principio di programmazione, in sinergia con la governance economica e di bilancio e la relativa attuazione nell’ambito del Semestre europeo. Questo principio è collegato al principio di addizionalità delle risorse europee giusta il quale le risorse fornite dal bilancio dell’Unione non si sostituiscono, ma si aggiungono, sinergicamente, a quelle stanziate nei bilanci nazionali degli Stati membri (c.d. addizionalità, sovente elusa). Sulle politiche di coesione il riferimento è d’obbligo al contornato di F. Barca, *An agenda for a reformed cohesion policy: A place-based approach to meeting European Union challenges and expectations* (Barca Report), EU Parlament, Bruxelles, 2009; più recentemente, ID., *Politica di coesione: tre mosse. LAI Documents*, EU Parlament, Bruxelles, 2018.
31. In questo senso v. L. Azzena, *Il principio di coesione come indicatore del quantum di statualità dell’ordinamento europeo*, in G. Colombini (a cura di), *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, cit., pp. 103-ss. e F. Spagnuolo, *La coesione sotto la lente del diritto amministrativo europeo*, in S. Cimini, M. D’Orsogna (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, cit., pp. 161-ss.
32. Tale prospettiva esprime una tangibile “*stratificazione concettuale*” nella quale può rinvenirsi una «*sorta di torsione e contaminazione di cui si è detto fra spinte solidaristiche ed economiche, ma anche la risalente cornice ideale che, soffocata dalla primazia della regolazione economica, ha ripreso vigore quando l’intera ‘nazione’ europea è apparsa*

*marginalie ed essa stessa incubatore di marginalità», così G. De Giorgi Cezzi, *Regioni e politiche europee di coesione*, cit., p. 37.*

33. G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, cit., p. 10.
34. F. Manganaro, *Politiche di coesione*, op.ult. cit., p. 841.
35. Al riguardo si veda S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, cit., pp. 592-ss.; dello stesso si vedano le più generali considerazioni in ID, *Le questioni meridionali*; in ID, (a cura di), *Lezioni sul meridionalismo. Nord e Sud nella storia d'Italia*, Bologna, 2016, pp. 9-ss.
36. Cfr. Q. Camerlengo, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, Materiali del Panel “Coesione economica, sociale e territoriale nella società civile in trasformazione” – IV Conferenza annuale Icon-S Italian Chapter “Politica e istituzioni tra trasformazioni e riforme” Università Bocconi, Milano 13 e 14 ottobre 2023, per il quale la coesione sociale è un elemento del sistema costituzionale, le cui coordinate vanno individuate nei principi di democrazia, pluralismo, partecipazione, solidarietà, egualianza sostanziale.
37. Così ancora F. Manganaro, *Politiche di coesione*, op.ult. cit., p. 853.
38. Comunicazione della Commissione UE, sull'ottava relazione sulla coesione: la coesione in Europa in vista del 2050, in <https://eur-lex.europa.eu>. La relazione solleva questioni cruciali, quali il ruolo della politica di coesione come forza trainante dello “strumento di convergenza” europeo e il modo in cui, in sostanza, la politica di coesione può sostenere le transizioni verde e digitale, che sono al centro dell'elaborazione di politiche adeguate alle attuali esigenze sociali, ambientali ed economiche. Va ricordato che la Relazione ha introdotto il criterio del “non nuocere alla coesione”, la cui definizione prevede che nessuna azione dovrebbe ostacolare il processo di convergenza o contribuire alle disparità regionali; chiede una maggiore integrazione di tale principio come principio trasversale nelle politiche dell'UE, in modo che sostengano gli obiettivi di coesione sociale, economica e territoriale di cui agli articoli 3 e 174 TFUE; insiste sul fatto che la promozione della coesione dovrebbe essere vista anche come un modo per promuovere la solidarietà e il sostegno reciproco tra gli Stati membri e le loro regioni. Anche se, invero, risulta carente una puntuale indicazione degli ostacoli alla coesione, al di là del già richiamato fenomeno delle “trappole dello sviluppo”.
39. Cfr. ISTAT, *La politica di coesione e il Mezzogiorno, vent'anni di mancata convergenza*, in <https://www.istat.it>. Le preoccupazioni che emergono dal Rapporto si spingono, tuttavia, all'intera situazione italiano evidenziando che è l'intero sistema Paese che si è segnala per il progressivo allontanamento dai dati medi UE: nel 2000 erano infatti 10 le regioni italiane fra le prime 50 per Pil pro-capite e nessuna fra le ultime 50. Nel 2021 fra le prime 50 ne sono rimaste quattro (PP.AA.di Bolzano, Lombardia, P.A. di Trento e Valle d'Aosta), mentre fra le ultime 50 ne vanno rinvenute quattro (Puglia, Campania, Sicilia e Calabria). Addirittura, si segnala che in assenza di interventi sull'occupazione e sulla produttività, che la forbice con l'Ue, nel 2030, è destinata ad allargarsi in Italia e particolarmente nel Sud.

40. Il che ha indotto il Commissario europeo alla coesione, L. Ferreira ad affermare che «*La politica di coesione altrove funziona, in Italia svela i problemi del Paese*», si veda in merito l'esplicita intervista al Sole-24 Ore, 8 luglio 2023 <https://www.ilsole24ore.com>.
41. Come sottolineato dalla Banca d'Italia, infatti, deve constatarsi una maggiore variabilità territoriale per gli indicatori di domanda rispetto a quelli dell'offerta, cfr. Banca d'Italia, *Il divario Nord-Sud: sviluppo economico e intervento pubblico*, cit., ma anche *Appendice-Schede di sintesi dei lavori del progetto di ricerca*, pp. 44-ss. In particolare, si v. Calvino F., S. De Santis, I. Desnoyers-James, S. Formai, I. Goretti, S. Lombardi, F. Minaresi, G. Perani, *Closing the Italian digital gap. The role of skills, intangibles, and policies*, in *OECD Science, Technology and Industry Policy papers*, 126, 2022. In merito si veda anche l'analisi svolta da Politecnico di Milano, *Misurare la digitalizzazione delle Regioni italiane: il DESI regionale 2021-Osservatorio Agenda Digitale*, Webinar, 30 marzo 2022. Più specificatamente dall'analisi del grado di connettività svolto dalla Banca d'Italia emerge la minore eterogeneità tra regioni, anche per effetto delle politiche pubbliche di finanziamento degli investimenti in banda larga ultraveloce nelle cosiddette "zone bianche" (aree in cui l'investimento infrastrutturale è reso non profittevole dalle caratteristiche del territorio e dalla scarsa domanda). Risulta significativo in tal senso che dall'indicatore di e-government, l'offerta di servizi digitali è più omogenea tra regioni rispetto alla domanda, per effetto delle politiche di digitalizzazione della PA a livello nazionale, sovente con risorse regionali (es. *open data*, *SPID*). Mentre tra le criticità che emergono dall'analisi dei dati elaborati dalla Commissione Europea emergono: (i) la forte correlazione tra le competenze digitali e l'utilizzo di internet; (ii) la definizione della componente relativa all'integrazione delle tecnologie digitali da parte delle aziende, che penalizza le economie con una quota inferiore di imprese attive nei servizi; (iii) la costruzione dell'indice di *e-goverment*, in cui la componente relativa alla digitalizzazione delle amministrazioni locali risulta sottostimata e basata su dati campionari non rappresentativi delle disparità territoriali (ad esempio una grande città capoluogo per ciascuna macroarea).
42. Sull'evoluzione dell'amministrazione da digitale in algoritmica e sull'impatto nel quadro costituzionale, v. A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D. U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 1-ss.; D.U. Galetta, J.C. Corválan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019.
43. Nell'ormai assai ampia produzione scientifica, v. per tutti G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. Cavallo Perin, D. U. Galetta (a cura), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., pp. 191-ss., e D. U. Galetta, G. Pinotti, *Automation and Algorithmic Decision-Making Systems in the Italian Public Administration*, in *CERIDAP*, 1, 2023; A. Monica, *L'utilizzo degli Open Data per l'effettività dell'azione amministrativa nei procedimenti compositi europei (tra piattaforme digitali, intelligenza artificiale e space economy)*, in *CERIDAP*, 2, 2024; 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*, 9, 2024.

44. In merito si veda ancora L. Torchia, *op.ult. cit.*, ove si sottolinea come la nuova capacità di raccogliere, aggregare, analizzare e utilizzare dati in misura prima sconosciuta se per un verso incide sui diritti degli individui ai quali quei dati si riferiscono e, per altro verso, pone il problema delle condizioni di legittimità di utilizzo di quei dati e del controllo dei possibili effetti non solo sul singolo individuo, ma sulla società nel suo insieme.
45. Per più approfondite considerazioni si veda A. Benecchi, C. Bottoni, E. Ciapanna, A. Frigo, A. Milan, E. Scarinzi, *Digitalisation in Italy: evidence from a new regional index*. Banca d'Italia, in *Questioni di Economia e Finanza*, 662, Roma, 2021. M. Mazzarella, C. Ramotti, *Pandemia e governo digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022, pp. 415-ss. Tale ritardo, se per un p incide sul livello complessivo di digitalizzazione del territorio, e quindi svolge un effetto di pregiudizio sulla competitività di quell'area e sull'attrazione degli investimenti, impone di orientare le politiche di investimento in modo deciso verso la formazione diffusa (dal livello alto all'alfabetizzazione), la modernizzazione della pubblica amministrazione a livello regionale e locale, il rafforzamento dell'amministrazione digitale.
46. Commissione UE, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato europeo delle Regioni *“relativa alla definizione di una dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali”* del 26 gennaio 2022 COM(2022) 27 final.
47. Al riguardo va segnalato l'ottimo supporto fornito dallo studio elaborato nel 2022 per il Comitato europeo delle Regioni da S. Fontana, F. Bisogni, S. Cavallini, R. Soldi, *Territorial foresight study in addressing the digital divide and promoting digital cohesion*, *cit.* Il rapporto opportunamente sottolinea come «*Digital divides and disparities in Europe are not captured by the average EU performance. There is an urgent need for data at the local and the regional level to measure progress towards the Digital Compass' targets, taking into account the piloting experiences of some LRAs. In addition, at the EU level, it is necessary to widen the scope of the Digital Compass by not only referring to the EU average but also to variance or standard deviation. The use of different statistical measures improves the appreciation of the digital divide, including by the general public. This, in turn, increases awareness of disparities. In addition, upon the availability of data at the regional level, it would be possible to cluster regions by the degree of digitalisation/digital transformation with respect to the EU average (i.e., as already implemented in the cohesion policy). If the digital dimension is to enter the official assessment of cohesion at the EU level, reliable indicators at the regional level become essential to define regions lagging behind from the digital perspective, to properly tailor policies and to allocate 'digital cohesion funds' towards the reduction of digital divides*- 48. In generale sulle previsioni in argomento v. F. Caruso, *sub Artt. 174 ss.*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1573-ss. Con specifico riferimento alla prospettiva illustrata v. I. Ottaviano, *Il ruolo*

della politica di coesione sociale, economica e territoriale dell’Unione europea nella risposta alla COVID-19, in *Eurojus*, 3, 2020, pp. 123 e ss. la quale ricorda che lo sviluppo di azioni mirate al di fuori dei fondi strutturali, in attuazione del principio solidaristico, possono rinvenirsi nell’art. 175, par. 3, TFUE i fondamenti giuridici idonei nella prospettiva della competenza di carattere generale dell’Unione europea in materia di coesione. È stato così costituito un fondo di solidarietà con cui la Commissione ha fornito assistenza finanziaria agli Stati membri colpiti da grandi calamità, naturali o dovute all’opera dell’uomo, offrendo alle autorità nazionali specifica assistenza finanziaria a sostegno dei costi derivanti da tali disastri, sin dal 2002 e successivamente modificato nel 2014.

49. Sull’inferenza del regionalismo sulle politiche digitali v. E. Carloni, *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, pp. 698-ss.
50. In particolare, il punto 12 del documento “*Enhancing EU’s competitiveness and further deepening the Single Market*” individua tra le misure strategiche “*Promoting digital cohesion to contribute to economic, social and territorial cohesion as defined in the Treaty on the Functioning of the European Union*”, Conference on the Future of Europe, *Report on the final outcome*, May 2022, in Conference on the Future of Europe (archive-it.org), p. 56.
51. Si veda ancora il contributo di P.L. Lindseth, P. Leino-Sandberg, *How cohesion became the EU’s vehicle for economic policy: tracing the hidden history of article 175(3) TFEU*, cit., ID, *Crisis, Reinterpretation, and the Rule of Law: Repurposing ‘Cohesion’ as a General EU Spending Power*, cit.
52. La “*Relazione 2023 sullo stato del decennio digitale*” svolge un primo monitoraggio sugli obiettivi di crescita digitale conseguiti nel solco delineato dal programma strategico per il decennio digitale 2030 (Relazione 2023 sullo stato del decennio digitale | Plasmare il futuro digitale dell’Europa). Con riguardo specifico all’Italia emerge tuttavia un’analisi invero ancora poco lusinghiera. Ed infatti, se essa dispone, le dimensioni dell’economia e della popolazione, di un potenziale digitale ancora non adeguatamente sfruttato per contribuire ulteriormente agli sforzi collettivi volti a raggiungere gli obiettivi del Decennio digitale dell’UE. I rilevanti progressi realizzati negli anni più recenti in termini di infrastrutturazione – e quanto avvenuto nel Mezzogiorno, ed in particolare in Sicilia, ne costituisce esempio emblematico – non consentono comunque si raggiungere la media dell’UE per quanto concerne competenze e digitalizzazione dei servizi pubblici. La strategia per *cloud, blockchain, intelligenza artificiale e sicurezza cibernetica* con le misure attuative del PNRR offrono tuttavia elementi di sicuro irrobustimento della trasformazione digitale sostenibile ed inclusiva. L’Italia sta infatti «collaborando con altri Stati membri per esplorare la possibilità di istituire un consorzio europeo per l’infrastruttura digitale (EDIC) per istituire l’Accademia europea delle competenze in materia di cibersicurezza. L’Italia è uno degli Stati membri che hanno presentato congiuntamente una domanda formale per istituire il partenariato europeo Blockchain e l’EDIC sull’infrastruttura europea Blockchain, a sostegno dei servizi pubblici transfrontalieri a livello dell’UE».

53. Cfr. Commissione UE, Comunicazione che stabilisce le traiettorie previste a livello dell'Unione per gli obiettivi digitali, 27 Settembre 2023 (Comunicazione che stabilisce le traiettorie previste a livello dell'Unione per gli obiettivi digitali | Plasmare il futuro digitale dell'Europa), che, con riguardo all'obiettivo della piena connettività, individua la realizzazione di infrastrutture digitali sicure, resilienti, performanti e sostenibili, laddove la rete gigabit fino al punto terminale sia estesa a tutti gli utenti finali di rete fissa e tutte le zone abitate siano coperte da reti senza fili di prossima generazione ad alta velocità con prestazioni almeno equivalenti al 5G, conformemente al principio della neutralità tecnologica.
54. Il 27 marzo 2024 la Commissione ha pubblicato la *Nona relazione sulla coesione economica, sociale e territoriale sulla coesione nell'UE*, ove si sottolinea che la politica di coesione persegua l'obiettivo di ridurre le disparità economiche, sociali e territoriali nell'Unione, assicurando che l'UE continui a investire nel capitale umano e nello sviluppo sostenibile, cfr. <https://ec.europa.eu>, spec. pp. 165-ss. Può dirsi, al riguardo, che la relazione rappresenta una conferma, pur con alcune incertezze nella configurazione del principio di coesione digitale che non viene mai evocato formalmente, pur sottolineando che le regioni dell'UE possono potenzialmente beneficiare dalla transizione digitale, in linea con gli indicatori della geografia dell'innovazione, misurati in termini di competenze e istruzione, R&S, brevetti o indicatori compositi come il quadro di valutazione dell'innovazione regionale, evidenziando un raggruppamento nelle più sviluppate, spesso metropolitane, e un persistente divario in materia di innovazione, ma la struttura economica di quelle più sviluppate evidenzia che siano loro ad essere più attrezzate per farlo. A questo riguardo rileva il ruolo fondamentale nel promuovere l'innovazione dell'istruzione (dalla prima infanzia all'università) e la centralità degli investimenti nell'istruzione «*per creare una forza lavoro qualificata, resiliente e adattabile, necessaria per un'innovazione sostenuta e uno sviluppo economico a lungo termine*».
55. Così ancora F. Manganaro, *Politiche di coesione*, cit., pp. 850-ss., spec. p. 851, al quale si rinvia per più ampie considerazioni sull'ordinamento interno.
56. Per i riferimenti in dottrina su tale profilo si rinvia all'ultimo paragrafo nel quale potrà, seppur sinteticamente, meglio sceverarsi tale qualificazione.
57. Da ultimo, per una ricostruzione del quadro economico, storico ed amministrativo delle questioni meridionali dell'Italia repubblicana, si veda F. Sbrana, *Nord contro Sud. La grande frattura dell'Italia repubblicana*, Carocci, Roma, 2023.
58. Sulle quali si richiama la lucida analisi di S. Amorosino, *Politiche di coesione, strutture amministrative e Mezzogiorno*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2018, pp. 63-ss., secondo il quale complesso CIPE/Ministro/Cabina di regia/Dipartimento/Agenzia per la coesione territoriale, che pur intendeva ridare «*centralità allo Stato quale sede di mediazione politica, coordinamento preventivo ed impulso dei diversi piani e progetti e monitoraggio della loro attuazione da parte di regioni, enti locali ed altri organismi, pubblici (consorzi) o misti (società)*disfunzioni delle strutture di vertice e dei soggetti attuatori», e da ultimo G. De Giorgi Cezzi, *op. ult. cit.*, p. 298 per la

quale: «*l'assetto organizzativo preposto alle politiche di coesione è apparso al contrario frammentato, non unitario, disarticolato in segmenti di competenza slegati, attribuiti a una pletora di enti, organi e uffici non coordinati che, paradossalmente, disaggregano già il concetto di coesione territoriale sotto il profilo organizzativo».*

59. Così ancora S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione*, cit., p. 580, il quale ricorda, infatti, che originariamente le politiche di sviluppo hanno riguardato diverse aree depresse, anche nella parte centro-settentrionale (aree appenniniche e delta del Po) e non solo meridionali. In fase successiva le politiche di sviluppo si sono concentrate sul Mezzogiorno, mentre, più recentemente, «*l'ambito degli interventi si è esteso nuovamente, comprendendo sia il Mezzogiorno, sia alcune altre zone del territorio nazionale, per effetto dell'assorbimento nella politica europea della politica che si chiama ora di coesione e non di sviluppo».*
60. M.S. Giannini, *Problemi dell'amministrazione delle regioni insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 1962, pp. 552-ss. ove, per l'appunto, si sottolinea l'evanescenza dogmatica della tipologia organizzativa (facendo riferimento alla nota vicenda della Tennessee Valley Authority, nel 1933).
61. Una completa raccolta degli atti normativi ed amministrativi in materia si può rinvenire in Archivi dello Sviluppo Economico Territoriale, <https://aset.m.beniculturali.it/aset-web/>. Giova ricordare che giusta la l. 1° marzo 1986, n. 64 alla “*Cassa del Mezzogiorno subentra l'Agenzia per la promozione e lo sviluppo del Mezzogiorno (AgenSud)*”, con l'obiettivo della erogazione degli incentivi finanziari alle imprese e dei finanziamenti delle opere pubbliche. Giusta la l. 19 dicembre 1992, n. 488 *l'AgenSud* è stata soppressa.
62. Per una dettaglia analisi del contesto nel quale si è articolato tale intervento si veda ancora S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione*, cit., pp. 598-ss. il quale, richiamando la tesi dello storico dell'economia, E. Felice (*Perché il Sud è rimasto indietro*, Il Mulino, Bologna, 2013) conclude che il divario territoriale, analizzato sulla base dell’«*indice di sviluppo umano*», costituisca «*il maggiore fallimento dello Stato unitario*».
63. Il Fondo per lo sviluppo e la coesione (FSC), è stato istituito, ai sensi del d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88 recante “*Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali, a norma dell'articolo 16 della legge 5 maggio 2009, n. 42*”, e finalizzato a fornire unità programmatica e finanziaria all'insieme degli interventi aggiuntivi al finanziamento nazionale ordinario, che sono rivolti al riequilibrio economico e sociale tra le diverse aree del Paese, già Fondo per le aree sottoutilizzate, correlato con i Piani sviluppo e coesione e le ingenti risorse assegnate). Un fondo pluriennale, correlato per durata all'articolazione temporale della programmazione dei fondi strutturali UE, destinato a sostenere esclusivamente interventi per lo sviluppo con un riparto dell’80% nelle aree del Mezzogiorno e del 20% nelle aree del Centro-Nord; con uno spiccato carattere di “aggiuntività”, nel senso che gli interventi finanziari non possono essere sostitutivi degli interventi ordinari dello Stato e delle autonomie territoriali nel rispetto del “principio di addizionalità” sancito dai regolamenti in materia di fondi strutturali UE, il cui inveramento viene verificato ex ante, in itinere ed ex post in riferimento a ciascun ciclo di programmazione. In merito, tra gli altri, v. M. Volpe,

L'addizionalità delle risorse comunitarie da obbligo regolamentare a strumento di politica economica, in *Riv. Ec. Mezzogiorno*, 2004, pp. 345-ss. Come si evince infatti, anche nell'ultimo Regolamento (UE) del 24 giugno 2021, n. 1060 che definisce le disposizioni comuni e le regole finanziarie applicabili ai fondi della coesione (FESR, FSE+, Fondo di Coesione) ed agli altri fondi in regime di gestione concorrente (Fondo per una Transizione Giusta-JTF, Fondo Europeo per gli Affari Marittimi e la Pesca-FEAMPA, Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione-AMIF, Fondo per la Sicurezza Interna-ISF-, Strumento per la gestione di frontiere e visti-BMW), l'obiettivo è quello di: «*ottimizzare il valore aggiunto degli investimenti finanziati integralmente o in parte dal bilancio dell'Unione, è opportuno cercare sinergie in particolare tra i fondi e altri strumenti pertinenti, compreso il dispositivo per la ripresa e la resilienza e la riserva di adeguamento alla Brexit*» (considerando 49). Mentre, all'art. 45, si stabilisce che la Commissione UE: «*effettua una valutazione intermedia per esaminare l'efficacia, l'efficienza, la rilevanza, la coerenza e il valore aggiunto dell'Unione di ciascun fondo entro la fine del 2024. La Commissione può avvalersi di tutte le informazioni pertinenti già disponibili in conformità dell'articolo 128 del regolamento finanziario*».

64. Così G. De Giorgi Cezzi, *Regioni e politiche europee di coesione*, cit., p. 300. La definitiva soppressione dell'Agenzia per la coesione territoriale è intervenuta, in attuazione dell'art. 50 del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, conv. con mod. dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, giusta il DPCM 10 novembre 2023 che ha trasferito, al Dipartimento per le politiche di coesione, le funzioni dell'organismo, istituito dall'art. 10 del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. con mod., dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, ed ha ripartito le funzioni relative alla politica di coesione tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'Agenzia. Con la soppressione di quest'ultima tali funzioni sono state riportate in seno alle strutture della Presidenza del Consiglio, su tale trasferimento si veda D.M. 22 novembre 2023 “*Organizzazione interna del Dipartimento per le politiche di coesione e per il sud*”. Giova ricordare poi che il previgente assetto organizzativo affidava alla Presidenza del Consiglio dei ministri (o al Ministro delegato alla coesione ed al Sud) ed all'Agenzia per la coesione territoriale l'azione di programmazione, coordinamento, sorveglianza e sostegno della politica di coesione. Nella precedente legislatura, il ruolo dell'Agenzia per la coesione era stato notevolmente rafforzato inserendola con un ruolo di rilievo quadro di governance del PNRR.
65. Giusto il DPCM 15 gennaio 2024, recante “*Organizzazione del Nucleo per le politiche di coesione (NUPC)*”, in <https://www.gazzettaufficiale.it>, il Nucleo di valutazione e analisi per la programmazione (NUVAP), di cui all'art. 1, comma 2, del DPCM 19 novembre 2014 ridenominato “*Nucleo per le politiche di coesione*” (NUPC) e riorganizzato svolge attività di supporto al Dipartimento per le politiche di coesione e per il Sud della Presidenza del Consiglio dei ministri e riorganizzato secondo le disposizioni del presente decreto. Al NUPC sono state altresì trasferite le funzioni e le attività già attribuite al Nucleo di verifica e controllo (NUVEC).
66. Occorre ricordare al riguardo il d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 recante “*Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR e del PNC, nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e*

della politica agricola comune”, conv. con mod ed int., dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, seguito dal d.l. 19 settembre 2023, n. 124, conv. con mod ed int., dalla l. 13 novembre 2023, n. 162, recante: “*Disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione, per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, nonché in materia di immigrazione*”. Da ultimo si veda il d.l. 7 maggio 2024, n. 60 conv. con mod ed int. dalla l. 4 luglio 2024, n. 95, recante: “*Ulteriori disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione*”.

67. L. 26 giugno 2024, n. 86, recante: “*Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*”.
68. Si vedano già V. Tondi Della Mura, *Per un regionalismo differenziato rispettoso della coesione nazionale. Prime note*, in *Italian Papers On Federalism*, cit., pp. 1-ss., spec. p. 15 che già dall’analisi della proposta legislativa evidenzia taluni profili che avrebbero posto «*a repentaglio la tenuta della coesione nazionale*». In merito ci si permette di richiamare anche le considerazioni svolte nel mio contributo *La degradazione dei diritti sociali l’aggravamento del divario Nord-Sud e le prospettive del regionalismo differenziato*, in *Diritti reg.*, 2, 2019. Per un’articolata analisi del testo del d.d.l. approvato dal Senato, ed in versione inalterata, approvato dalla Camera e divenuto adesso, come noto, la l. n.86 del 2024 v. ancora G. Corso, M. Immordino, G. Verde, G. Armao (a cura di), *Il regionalismo differenziato*, cit., *passim*.
69. In questo senso G. Gardini, *Dalla “questione meridionale” alla “questione settentrionale”: l’amministrazione regionale in cerca di identità*, in *Ist. del federalismo*, 1, 2, 2010, pp. 12-ss.
70. In merito all’organismo europeo si veda, da ultimo, R. Toniatti (a cura di), *Il Comitato delle Regioni, Regioni e Regioni alpine: riflessioni ed esperienze sul futuro dell’Unione europea*, Università degli studi di Trento. Facoltà di giurisprudenza, Trento, 2022, sia consentito, altresì, richiamare il mio contributo *European Committee of the Regions after the Conference on the future of Europe*, in <https://www.dirittire2022>, 2, 2022, anche per i riferimenti in dottrina. Come noto, il Comitato svolge, attraverso i suoi componenti, che rappresentano Regioni ed autonomie locali d’Europa, un ruolo consultivo, particolarmente pregnante in materia di coesione, economica, sociale e territoriale, nel processo politico-decisionale dell’UE alla stregua di quanto disposto dall’articolo 307 TFUE, mediante l’adozione di pareri che costituiscono la forma attraverso la quale si sostanzia l’apporto consultivo ai sensi degli artt. 13, paragrafo 4, TUE e 300 TFUE, ma è soprattutto sul piano politico che il Comitato svolge le sue funzioni, nel presupposto che il ruolo democratico di un’istituzione non può esser misurato soltanto nel *quantum* di esercizio del potere formale di prendere od opporre decisioni, ma è anche e soprattutto «*contributo di giudizio, cioè voce e sorveglianza*». Rifacendosi alle teorie di N. Urbinati, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Donzelli, Roma, 2010, S. Piattoni, *Il Comitato delle Regioni e il futuro dell’Europa*, in R. Toniatti (a cura di), *Il Comitato delle Regioni*, cit., pp. 12-13, ha evidenziato che il CdR ha dimostrato negli anni di saper monitorare l’attuazione delle politiche affidate, soprattutto quelle della coesione,

sapendo valutare le ricadute negative che esse hanno sui territori dell’Unione e di saper proporre soluzioni alternative attivando le altre istituzioni europee affinché correggano gli errori e implementino nuove soluzioni e come il contributo più prezioso che il CdR possa fornire al futuro dell’Unione sia quello di «*rafforzare la democrazia europea portandola più vicina ai cittadini, ma abituandoli anche a un nuovo modo di concepire la democrazia stessa*».

71. Una puntuale rassegna delle proposte per le politiche relative alla transizione digitale scaturenti dai lavori del Comitato europeo delle Regioni e della Conferenza sul futuro dell’Europa si veda U. Carbone, *La coesione digitale in ambito UE: politiche, proposte e rilievi regionali*, Regione Umbria-Assemblea legislativa, 2, 2023.
72. Sul ruolo propositivo del Comitato europeo delle Regioni nella declinazione del principio di coesione v. C. Napoletano, *La coesione territoriale e il Comitato delle Regioni dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2, 2017, pp. 2-ss. alla quale si rinvia per la ricostruzione della dottrina europea in materia. Va ricordato altresì che il CdR promuove da oltre un decennio, assieme alle associazioni europee di enti territoriali e dei loro amministratori, la “Alleanza per la coesione” con l’obiettivo di elaborare un’agenda che «*ponga il rafforzamento della coesione sociale, economica e territoriale al centro delle politiche dell’Unione Europea*», garantendo a tutti una prosperità e un benessere sostenibili in una società sempre più digitalizzata; raggiungendo la neutralità climatica e preservando la biodiversità; affrontando le conseguenze dei cambiamenti demografici. Si tratta di una sorta di gruppo di pressione istituzionale per sostener e rafforzare tali politiche, delle quali il Comitato ha confermato la priorità per il quinquennio 2020-2025. L’agenda richiede una guida politica ed una visione integrata a tutti i livelli e tra di essi: «*il Green Deal e l’agenda digitale, insieme, devono continuare a essere la bussola dell’UE. Tuttavia, la loro progettazione e la loro attuazione richiedono una maggiore attenzione alle realtà territoriali. Gli enti locali e regionali sono responsabili di quasi la metà degli investimenti pubblici negli Stati membri dell’UE. Il loro ruolo è essenziale per il successo della transizione verde e digitale*».
73. Si tratta del parere del Comitato Europeo delle Regioni “*L’Europa digitale per tutti: soluzioni intelligenti e inclusive sul campo*” (OJ C, C/39, 05.02.2020, p. 83, CELEX: <https://eur-lex.eu>), relatrice Anne Karjalainen, adottato il 9 ottobre 2019. Il CdR definisce la coesione digitale come «*un’importante dimensione aggiuntiva al tradizionale concetto di coesione economica, sociale e territoriale definito nel trattato UE*» (CdR, 2019).
74. Il riferimento è al già richiamato studio di S. Fontana, F. Bisogni, S. Cavallini, R. Soldi, *Territorial foresight study in addressing the digital divide and promoting digital cohesion*, Bruxelles, 2022, all’uopo commissionato dal Comitato Europeo delle Regioni.
75. Parere del Comitato Europeo delle Regioni, *Una strategia per il futuro digitale dell’Europa e una strategia europea per i dati* (OJ C, C/440, 18.12.2020, 71, CELEX: <https://eur-lex.europa.eu>) relatore Mark Weinmeister, adottato 12 ottobre 2020.
76. Parere del Comitato Europeo delle Regioni “*Piano d’azione per l’istruzione digitale*” 2021-2027 (OJ C, C/300, 27.07.2021, 65, CELEX: <https://eur-lex.europa.eu>), relatore

Gillian Coughlan, adottato 5-7 maggio 2021. Nel parere (8) si ribadisce l'importanza del concetto di «*coesione digitale*», già delineato nel parere sul tema «*L'Europa digitale per tutti*» quale «*importante dimensione aggiuntiva del tradizionale concetto di coesione economica, sociale e territoriale, sancito dal Trattato UE*», chiedendo di estendere tale concetto al settore dell'istruzione e di tenerne conto nelle prossime modifiche del Trattato, ritenendolo «*un passo necessario per affrontare le sfide sociali in considerazione delle crescenti esigenze di digitalizzazione, garantendo nel contempo che nessuna persona e nessun territorio siano lasciati indietro*». Il parere si conclude con l'invito della Commissione UE e gli Stati membri a utilizzare il dispositivo per la ripresa e la resilienza e il Fondo sociale europeo per garantire che i finanziamenti riducano il divario digitale attraverso investimenti mirati nelle regioni che devono far fronte alle sfide demografiche

77. *Barometro regionale e locale annuale dell'UE 2021*, cap. IV – *The digital transition at local and regional levels*, p. 63 (<https://cor.europa.eu>), il documento ha posto in rilievo la coesione digitale quale elemento chiave per la creazione di società inclusive nell'Unione sostenendo che “la coesione digitale” è un’importante dimensione aggiuntiva del tradizionale concetto di coesione economica, sociale e territoriale, sancito dal Trattato UE, la digitalizzazione contribuisce infatti a ridurre le disuguaglianze sociali e territoriali, raggiungendo i cittadini che sarebbero altrimenti esclusi da determinati servizi o sarebbero scarsamente serviti. In tale prospettiva la transizione digitale deve essere accessibile a tutti i cittadini dell'UE ed avere particolare cura di sostenere le regioni meno sviluppate – nonché quelle insulari, transfrontaliere e di montagna – al fine di accelerarne la trasformazione digitale, alla luce delle sfide specifiche che sono chiamate ad affrontare, assicurando nel contempo un impiego ottimale delle loro risorse.
78. Parere per il Comitato Europeo delle Regioni, *Coesione digitale*, ECON-VII/021, 151^a sessione plenaria del 10-12 ottobre 2022 (<https://dm-publicapi.cor.europa.eu>). Sul quale si veda il mio contributo *Parere definitivamente approvato dal Comitato europeo delle Regioni sulla coesione digitale*, in *Diritto di internet*, 30 Dicembre 2022.
79. Prevedendosi al riguardo oltre alle isole «*gli arcipelaghi caratterizzati dalla doppia o tripla insularità fanno fronte a oneri di un altro livello come illustrato di recente dalla relazione del Parlamento europeo sulle isole dell'UE e la politica di coesione: situazione attuale e sfide future*». Sul principio di coesione insulare sia consentito rinviare ai miei contributi *Ubi insula, ibi jus speciale. Il principio di coesione insulare alla prova del regionalismo differenziato*, in G. Corso, M. Immordino, G. Verde, G. Armao (a cura di), *Il regionalismo differenziato. cit.*, pp. 259-ss., e *The perspective of insularity in EU Law*, in *Federalismi.it*, 22, 2023, pp. 23-ss. Una completa rassegna dell'ormai consistente bibliografia in materia, sia giuridica che economica, è rinvenibile nel sito dell'Osservatorio sull'insularità di Eurispes, cfr. <https://eurispes.eu/documentazione-osservatorio-sullinsularita/>, si veda, altresì, il *Dossier del Servizio Studi sul riconoscimento degli svantaggi derivanti dall'insularità*, <https://www.senato.it>.
80. Parere per il Comitato Europeo delle Regioni, *Rafforzare il sostegno della politica di coesione alle regioni che presentano svantaggi geografici e demografici (articolo 174 del*

TFUE), OJ C, C/79, 02.03.2023, 36: <https://eur-lex.europa.eu>, relatrice M. A. Maupertuis adottato nella plenaria del 30 novembre e 1° dicembre 2022.

81. Parere del Comitato europeo delle Regioni “*sulla normativa su un’Europa interoperabile*” (OJ C, C/257, 21.07.2023, 28, <https://eur-lex.europa.eu>), relatore M. Pais, adottato il 24-25 maggio 2023. L’apporto consultivo esprime le preoccupazioni del Comitato, nell’attuale contesto economico nel quale molte amministrazioni locali e regionali devono far fronte a vincoli, sia sul piano finanziario che in termini di risorse umane, osservano che la trasformazione digitale deve comunque essere considerata una priorità. Sottolinea che queste sfide, in assenza di un sostegno finanziario, rischiano di compromettere le future opportunità economiche e sociali e possono rappresentare un rischio reale per la coesione digitale nel suo complesso; il CdR invita le istituzioni europee a sostenere la transizione digitale con risorse finanziarie adeguate, anche per le isole e le regioni più piccole e/o svantaggiate. Sul Regolamento (UE) 2024/903 del Parlamento e del Consiglio del 13 marzo 2024 (“*Interoperable Europe Act*”) entrato in vigore l’11 aprile 2024, che introduce misure per un più elevato livello di interoperabilità dei servizi pubblici digitali nell’UE v. A. Angelucci, E. Perrone, *Interoperable Europe Act: l’Unione europea alla sfida dell’interoperabilità per il miglioramento dei servizi pubblici digitali*, in *Osservatorio dello Stato digitale*, 2024, <https://www.irpa.eu>.
82. In tal senso CdR, Agenda digitale. Nota informativa, 2024, 3 ove si manifestano severe preoccupazioni in materia di coesione digitale tra le varie regioni e nei vari settori d’intervento dell’UE ritenendo necessario rafforzare le competenze digitali di cittadini ed imprese e la predisposizione di «*un sistema solido e completo di indicatori digitali locali che misurino la maturità digitale da utilizzare quale base per il processo decisionale*». Il documento sottolinea, inoltre, come: «*la mancanza di accesso alla tecnologia e la capacità di beneficiare delle opportunità offerte dalla tecnologia digitale hanno assunto un’importanza cruciale per il futuro a breve, medio e lungo termine dell’Unione europea, delle sue città e delle sue regioni*», e segnalando che il decennio digitale ha fissato obiettivi a livello dell’UE per la trasformazione digitale, da conseguire entro il 2030 in quattro settori: competenze, trasformazione digitale delle imprese, infrastrutture digitali sicure e sostenibili, e digitalizzazione dei servizi pubblici.
83. Si vedano le conclusioni raggiunte dalla Risoluzione del Parlamento UE del 14 marzo 2024 “*sulla politica di coesione 2014-2020 – Attuazione e risultati negli Stati membri (2023/2121(INI))*”, la quale sottolinea che la politica di coesione, in quanto politica d’investimento a lungo termine «*non dovrebbe diventare una fonte di finanziamento di emergenza di prima scelta per affrontare qualsiasi sfida o evento imprevisto, poiché ciò compromette l’approccio strategico della politica stessa; che sarebbe opportuno stabilire regole chiare sull’uso dei fondi della politica di coesione per garantire sia un approccio strutturale sia l’esigenza di far fronte a eventi imprevisti*», come avvenuto per affrontare la drammatica crisi scatenante dalla pandemia, auspicando altresì che la futura politica di coesione debba «*continuare a prestare attenzione alle regioni che soffrono di limitazioni naturali e demografiche gravi e permanenti, come le zone scarsamente popolate, le isole, le*

zone montuose e le regioni transfrontaliere, nel pieno rispetto dell'articolo 174 TFUE; osserva, in tale contesto, che l'UE ha elaborato un'agenda urbana e un'agenda rurale, ed è inoltre prevista la pubblicazione di un'agenda insulare», p.19.

84. Così ancora S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione*, cit., p. 588.
85. Si ricordino strumenti territoriali quali lo sviluppo locale di tipo partecipativo (Community Led Local Development-CLLD) e gli investimenti territoriali integrati (ITI), sui quali v., tra gli altri, A. S. Bruno, *Natura giuridica dei gruppi di azione locale (clld) e prospettive future*, in *Diritto Amministrativo*.
86. In merito ai quali si veda Commissione UE, *Relazione di sintesi 2023 sull'attuazione dei Fondi strutturali e di investimento europei*, 15 gennaio 2024, e dei quali l'Italia resta il secondo percettore, come per i fondi del Next generation EU. In generale, sulla consolidata questione dell'addizionalità o aggiuntività delle risorse provenienti dai Fondi strutturali e di investimento europei (Fondi SIE) v., G.L.C. Provenzano, *Le risorse aggiuntive e gli interventi speciali nell'attuazione del federalismo fiscale: il principio del riequilibrio territoriale e i fondamenti della politica di coesione nazionale*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1-2, 2012, pp. 231-236.
87. In merito alla nota distinzione tra “principio-valore” e “principio-regola” nella ricostruzione dworkiniana si rinvia per tutti a G. Morbidelli, *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 3, 2023, Cap. V, spec. XI, che individua il *proprium* dei principi “valore” nella circostanza che essi «non si limitano a dialogare con la legge, ma tendono a imporsi sulla legge in grazia della loro duttilità, della loro forza espansiva, della loro capacità orientativa». In senso solo parzialmente differente A. Ruggeri, *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in *Astrid-Online*, 4-5, per il quale i valori apparterrebbero al mondo del pregiuridico, i principi a quello del giuridicamente rilevante. I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale assolvono ad una duplice, apparentemente contraddittoria (quanto meno negli esiti), funzione. Per un verso, infatti, essi “valorizzano i valori” traducendoli in norme, radicandone la forza precettiva, dall'altro ne determinerebbero l'impoverimento dovendo fare i conti con la «imperfezione del linguaggio (anche normativo) utilizzato per dare ai valori stessi giuridico riconoscimento, con la limitatezza degli strumenti giuridici di cui si dispone al fine del loro inveramento, con le condizioni complessive del contesto in cui essi s'inscrivono e tendono a farsi valere, condizioni alle volte anche particolarmente disagevoli, diciamo pure, ostili al loro radicamento». L'A. tuttavia, non esita a concludere che la circostanza per cui «solo i principi presentano carattere normativo, arrestandosi i valori sulla soglia del giuridico, non equivale tuttavia a dire che i valori stessi sono giuridicamente irrilevanti. Di contro, la prima e più tangibile testimonianza del rilievo da essi posseduto nelle pratiche di diritto è data dal fatto che è proprio grazie al riferimento ad essi costantemente e fermamente fatto che i principi si fanno riconoscere ed intendere nella loro irripetibile natura e formidabile capacità di pervasione dell'esperienza giuridica».
88. L'introduzione del criterio del “non nuocere alla coesione” (“Do no harm to cohesion”, DNHC) si deve alla già ricordata Ottava relazione sulla coesione: la coesione in Europa in

vista del 2050, cit., 30 nella quale viene data la seguente definizione: «*nessuna azione dovrebbe ostacolare il processo di convergenza o contribuire alle disparità regionali*». Il consolidamento del vincolo per le politiche dell'UE del “Non nuocere alla coesione” è richiesto attraverso il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale e garantendo che, «*dalla progettazione alla realizzazione, tutti i programmi e le politiche siano coerenti e affrontino i potenziali impatti territoriali differenziati, riducendo al contempo eventuali oneri amministrativi*», cfr. <https://cor.europa.eu>.

89. Sul quale si veda il parere del Comitato Europeo delle Regioni, “*Non nuocere alla coesione – Un principio trasversale che contribuisce alla coesione come obiettivo e valore globale dell'UE*” (2023/C 257/01), <https://eur-lex.europa.eu>, Assemblea plenaria del 24-25 maggio 2023, relatore: M Rijssberman, ove si sottolinea, tra l'altro, la necessità di effettuare, «*già nella fase di progettazione, una valutazione sistematica ex ante dei potenziali impatti territoriali differenziati su tutti i tipi di regioni che potrebbero derivare da ogni nuova politica dell'UE con una dimensione territoriale: si tratterebbe dello strumento più efficace per mettere in pratica il DNHC*». Al riguardo si veda, più recentemente, l'ulteriore parere del Comitato Europeo delle Regioni, “*Il futuro della politica di coesione dopo il 2027 (C/2024/1041)*”, in <https://eur-lex.europa.eu>, relatori V. Alves Cordeiro, che presiede il CdR ed E. Boc, che sottolinea la necessità che «*il principio del “non nuocere alla coesione” si applichi a tutte le politiche dell'UE affinché queste sostengano gli obiettivi di coesione sociale, economica e territoriale cui fanno riferimento l'articolo 3 TUE e l'articolo 174 TFUE; sottolinea, a tale proposito, il parere del CdR sul tema Non nuocere alla coesione (1), e insiste sul fatto che la promozione della coesione dovrebbe essere considerata anche un modo per favorire la solidarietà e il sostegno reciproco tra gli Stati membri, che è essenziale per rafforzare la resilienza delle città, dei comuni e delle regioni e mantenere la pace, la stabilità e la sicurezza in Europa*».
90. Anche la Nona Relazione sulla coesione, cit., 244, richiama il criterio DNHC sottolineando come gli Stati membri dovrebbero applicare tale “principio” – ma come precisato alla nota precedente si tratta invece di un criterio – alle rispettive politiche nazionali in tutti i settori «*in altri termini le autorità nazionali, regionali e locali dovrebbero essere consapevoli dell'impatto territoriale asimmetrico che qualsiasi misura politica potrebbe avere e tenerne conto nel processo di definizione delle politiche*».
91. In generale sul criterio DNSH si vedano A. Bartolini, *Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH*, in Federalismi.it, 15, 2024, pp. 51-ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina sul tema, ma che sottolinea con nitore come il DNSH non sia riconducibile al novero dei principi «*quanto piuttosto un criterio di selezione tra danni significativi e non*» e F. De Leonidis, *Lo stato ecologico*, Torino, 2023, p. 262. In giurisprudenza da ultimo TAR Lazio, III, 24 luglio 2024, n. 15136, in <https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza>, che richiamano la giurisprudenza della stessa sezione (sent. 20.11.2023, n. 17241), evidenzia che «*la valutazione DNSH [...] si compone dell'insieme delle valutazioni che i soggetti attuatori sono chiamati a svolgere non solo ex ante, cioè prima di iniziare i lavori ma anche*».

in itinere ed ex post, cioè durante e dopo il loro svolgimento e che sono sottoposte al vaglio e alla supervisione dell'Amministrazione», assumendo rilievo, «ai fini del rispetto del principio DNSH, anche tutte le successive attività implementative», eventualmente imposte da prescrizioni.

92. Vedi art. 17 del Regolamento (UE) 2020/852 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088, c.d. “Regolamento tassonomia”, in <https://eur-lex.europa.eu> ed il Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza in <https://eur-lex.europa.eu>.
93. Accompagnato dal c.d. pacchetto legislativo di 13 proposte normative volte a realizzare i nuovi obiettivi climatici dell'Unione europea, “Pronti per il 55%” (“fit for 55%”) sul quale v., nell'ormai ampia dottrina, A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv Quad. Dir. Amb.*, 1, 2020, pp. 4-ss.; E. Chiti, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *ivi*, 3, 2021, pp. 130-ss.; secondo il quale «la transizione ecologica avviata dall'Unione attraverso il Green Deal rappresenta un processo di trasformazione giuridica potenzialmente profonda, in grado di incidere sulle varie componenti della costituzione economica e di complicare un disegno giuridico incentrato sullo sviluppo sostenibile»; F. De Leonardi, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 4, 2021, pp. 779-ss.; F. Donati, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in *Riv. Reg. dei Mercati*, 1, 2022; D. Bevilacqua, *Dallo sviluppo sostenibile al Green Deal nella governance sovranazionale e multilivello*, in B.G. Mattarella (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 43-ss.
94. Per una lettura di tale ultimo Parere del CdR si veda C. De Leo, *Il Comitato delle Regioni sul futuro della politica europea di coesione*, in *Fogli di lavoro per il Diritto Internazionale*, 2.2, 2024, consultabile in <http://www.lex.unict.it>
95. In tal senso, in particolare, i punti 9, 15, 16 e 19. Il CdR nel parere richiamato indica come alcune politiche dell'UE rischino di assumere una portata contrastavate rispetto al processo di convergenza delle regioni più svantaggiate, indicando a tal fine: le politiche di finanziamento, le iniziative economiche e gli accordi commerciali, la complessità della disciplina dei fondi e delle tecniche di accesso dei progetti territoriali, dal forte accentramento che connota le più recenti politiche di investimento europeo (come il dispositivo per la ripresa e la resilienza), dal coacervo, sovente privo di sinergia, delle normative europee e tra i diversi interventi finanziari.
96. Che nel disciplinare l’“Accesso ai servizi d’interesse economico generale”, prevedere che al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell’Unione «*questa riconosce e rispetta l’accesso ai servizi d’interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea*». Su tale previsione si veda per tutti A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell’economia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 81-ss.

97. Cfr. G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, cit. 10, sottolineano la valorizzazione delle peculiarità locali nel perseguiere gli obiettivi di coesione a livello europeo, in guisa da dar vita «*a un'unità tripartita che il diritto dell'Unione collega alla solidarietà degli Stati membri e corrella - conferendole così una sua propria specificità - all'obiettivo della riduzione del divario e del ritardo di sviluppo tra i vari territori regionali*».
98. Sulla quale si veda, da ultimo, M. Pietrangolo, *Sui “diritti di cittadinanza digitale”. Note a margine di un opaco percorso normativo*, in *Federalismi.it*, 8, 2024, che non lesina opportune critiche («*sbilanciata in favore della performance dell'amministrazione, alla quale non corrispondono misure adeguate in termini di maggiore partecipazione democratica*») alla ricostruzione dell’istituto che ha offerto il legislatore italiano rispetto alla latitudine riconosciuta a livello europeo, in termini più articolati si veda il contributo di A. Di Stasi, M.C. Baruffi, L. Panella, *Cittadinanza europea e Cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Roma, 2023 ed, in particolare, il contributo di A. Di Stasi, *Cittadinanza nazionale under evolution e cittadinanza europea under stress tra vecchie e nuove “frontiere”: le ragioni di un itinerario di ricerca*, pp. 11-ss., e F. Buonomenna, *Verso la “cittadinanza digitale” dell’Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 595-ss. In generale, per una ricostruzione del concetto giuridico di cittadinanza il riferimento è d’obbligo agli aurei contributi di S. Cassese, *La Cittadinanza*, in ID (a cura di), *Diz. dir. pubb.*, I, Milano, 2005, pp. 918-ss., e di P. Costa, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2021.
99. I cui obiettivi, giova ricordarlo, sono: a) il rafforzamento delle competenze (20 milioni di specialisti delle TIC, convergenza di genere, minimo l’80% della popolazione con competenze digitali di base), b) la trasformazione digitale delle imprese (introduzione della tecnologia per il 75% delle imprese dell’UE che utilizzano cloud/IA/Big Data, incremento di scale-up e finanziamenti per raddoppiare gli “unicorni” dell’UE nell’innovazione, dedicando specifica attenzione agli utenti tardivi: oltre il 90% delle PMI deve raggiungere almeno un livello di intensità digitale di base); c) le infrastrutture digitali sicure e sostenibili (connettività: gigabit per tutti, Semiconduttori all'avanguardia: raddoppiare la quota dell'UE nella produzione mondiale, Dati-edge e cloud: 10 000 nodi periferici altamente sicuri a impatto climatico zero, calcolo: primo computer con accelerazione quantistica); d) la digitalizzazione dei servizi pubblici (Servizi pubblici fondamentali: 100% online, Sanità elettronica: 100% dei cittadini con accesso alla propria cartella clinica online), v. <https://commission.europa.eu>.
100. Per un’analisi si veda ancora la recentissima Comunicazione della Commissione UE sullo stato del decennio digitale 2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/2024-state-digital-decade-package>, luglio 2024 che con riguardo all’Italia sottolinea «*The country’s major gaps remain in digital skills, impacting efforts to close the digital divides and hindering competitiveness. Despite the roadmap’s focus and Italy’s numerous recent initiatives, only 45.8% of people in Italy have at least basic digital skills and the share of ICT specialists in employment remains limited,*

while demand by enterprises for these skills is surging. Italy performs well on the deployment of the Electronic Health Records and its action to strengthen access to key digital public services continued in 2023, but further efforts are needed. Italy has two certified eIDAS digital identity schemes and is contributing to the work for the deployment of the EU Digital Identity Wallet. The Electronic Health Record (EHR) has been introduced in all regions. However, the availability of digital public services for citizens was still below the EU average in 2023. The ongoing major e-government projects and investments are not yet showing their full impact».

101. In merito, nella copiosa dottrina, si veda A. Romeo, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, pp. 807-ss. Con specifico riguardo al Next generation EU ed al corrispondente piano italiano (PNRR), L. Bianchi, B. Caravita (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord- Sud)*, in *Le Regioni*, 1-2, 2021, pp. 199-ss.; B. Caravita, *Pnrr e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1, 2022, pp. 15-ss.; A. Barone, f. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, 1, 2022, pp. 148 ss.; F. Manganaro, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove aut.*, 2, 2022, pp. 387-ss.; sia consentito altresì richiamare il mio contributo, *Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza (Pnrr): competenze e ruolo delle Regioni nella programmazione ed attuazione degli interventi per lo sviluppo territoriale e la coesione*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1, 2023, pp. 57-ss.; F. Fabbrini, *The recovery & resilience facility as a new legal technology of european governance*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 5, 2024.
102. Al riguardo va ricordata la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2022 su “*Il divario digitale: le differenze sociali create dalla digitalizzazione*”(2022/2810(RSP)), <https://www.europarl.europa.eu>, che pur non riportando alcun riferimento alla “coesione digitale”, sottolinea che «*sebbene la digitalizzazione e il corretto uso degli strumenti digitali abbiano apportato numerosi vantaggi e opportunità economici e sociali, sono emerse diverse sfide etiche, giuridiche e occupazionali che possono causare gravi svantaggi o danni agli individui e alla società nel suo insieme; che il potenziale delle nuove tecnologie è ambivalente, in quanto, a seconda del modo in cui sono utilizzate e regolamentate, possono contribuire a creare una società più inclusiva e ridurre le disuguaglianze, oppure amplificare le disuguaglianze esistenti e creare nuove forme di discriminazione*». Il Parlamento UE, sottolinea altresì, «*l'esistenza di ostacoli che impediscono in particolare ai cittadini vulnerabili, alle persone con un livello di istruzione più basso, agli anziani, alle persone con disabilità, alle persone con difficoltà di apprendimento e alle persone a basso reddito di partecipare pienamente a un mondo in cui i servizi di base come i servizi bancari o amministrativi sono digitali, in quanto esse rischiano di essere escluse dalla società e di perdere opportunità economiche*».
103. Punti 1 e 2 del Capitolo secondo della Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali

- per il decennio digitale (2023/C 23/01) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.
104. Su tali questioni v. per tutti A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano 2019 ed il simposio “*Il cambiamento strutturale del diritto pubblico europeo*” sul libro di A. Von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, con intervento dello stesso A., e di R. Bifulco, F. M. Saitto, L. De Lucia, L. F. Pace, A. Sandulli, in *Riv. Trim. dir. Pubb.*, 3, 2023.
 105. Va condivisa, in tal senso, la ricostruzione prospettata da A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Dir. Pubbl. eur. Rass. online*, 1, 2019, pp. 12-ss., consultabile in <http://www.serena.unina.it>, e ID, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 7, 2020 (<https://giurcost.org>).

Il partito Alternative für Deutschland e l'aggressione all'ordine liberaldemocratico: la «democrazia difensiva» nelle mani del giudice amministrativo

Monica Bonini

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-88

I giudici amministrativi tedeschi di primo e secondo grado del Land del Nordrhein-Westfalen hanno stabilito che l'Ufficio federale per la protezione della Costituzione può continuare a sorvegliare il partito Alternative für Deutschland (AfD) e la relativa organizzazione giovanile Jugendalternative für Deutschland (JA), informando l'opinione pubblica rispetto ai due casi di specie. Gli stessi giudici hanno inoltre confermato che pure la classificazione dell'ala più sovversiva della AfD (il c.d. Flügel) come fattispecie acclarata di estremismo, fatta dal medesimo Ufficio in passato, è stata adottata nel pieno rispetto delle norme vigenti in materia. Lo scritto riflette sul fatto che le decisioni in commento esPLICITANO il delicato ruolo che l'ordinamento giuridico tedesco affida al giudice amministrativo all'interno del modello di protezione della democrazia, e prova a evidenziare quanto questa particolare competenza connoti in modo del tutto peculiare lo stesso giudice.

The ‘Alternative für Deutschland’ Party and the Aggression against the Liberal Democratic Order: «Defensive Democracy» in the hands of the administrative judge

The German administrative judges of first and second instance of the Nordrhein-Westfalen Land have ruled that the Federal Office for the Protection of the Constitution is allowed to watch over the political party ‘Alternative für Deutschland’ (AfD) and its youth organisation ‘Jugendalternative für Deutschland’ (JA), and inform the public opinion regarding the two cases. The same judges also confirmed that the classification of the most radical wing of the AfD (the so called Flügel) as a case of proven extremism, made time ago by the same Office, has been adopted in full

compliance with the federal law. The essay reflects on the delicate role that the German legal order entrusts to the Administrative judge within the model of militant democracy, and highlights how this particular competence characterises this same judge in a peculiar way.

Sommario: 1. Difendere la democrazia: alle origini di una scelta difficile, ma necessaria.- 2. Dopo Weimar: proteggere la Costituzione per difendere lo Stato democratico.- 3. La tutela preventiva dell'ordine liberaldemocratico: la wehrhafte Demokratie fra diritti costituzionalmente garantiti e magistratura amministrativa.- 4. Il giudice amministrativo tedesco e i movimenti politici di estrema destra, o del canone di proporzionalità a difesa della democrazia.- 5. L'istituto della democrazia difensiva attraverso il procedimento affidato alla legge federale.- 6. Il giudice amministrativo di fronte ai pericoli per la democrazia.- 7. Proteggere la democrazia dai partiti: la AfD dinanzi al giudice amministrativo.- 8. Proteggere i cittadini dalle discriminazioni etniche e religiose: l'organizzazione giovanile JA e la formazione antisistema Flügel dinanzi al giudice amministrativo.- 9. La difesa della democrazia nelle mani del giudice amministrativo: quando il valore in gioco è più importante del principio.

1. Difendere la democrazia: alle origini di una scelta difficile, ma necessaria

L'esigenza di proteggere le Costituzioni contemporanee, intese come àlveo dei principi della dignità umana e dello Stato di diritto, ha una lunga storia. In Germania, il bisogno emerge ben prima della adozione della Legge fondamentale del 1949 (*Grundgesetz* o GG): già l'ordinamento prussiano conosceva infatti norme di diritto penale adottate per fronteggiare gli atti di alto tradimento, temuti perché capaci di mettere in pericolo l'ordine costituito^[1]. In quel momento storico, la possibilità di indebolire questo stesso assetto veniva però declinata in una specifica prospettiva, oggi in parte superata (*infra*). L'allora legislatore concentrava difatti la sua attenzione sulle forme di aggressione realizzate ricorrendo all'uso della forza; per questa ragione, la fattispecie astratta di alto tradimento si immaginava potesse essere realizzata unicamente tramite

concreti attacchi violenti ai poteri di vertice. Come ha chiarito *Klaus Stern*, il rovesciamento dell’ordine costituito veniva dunque osservato come un affronto “fisico” alle sue istituzioni, virulento al punto da travolgere, colpendo le persone fisiche che le incarnavano, le norme poste a fondamento dell’ordinamento^[2]. Dato questo approccio, la risposta giuridica al fenomeno poteva essere fornita dal solo diritto penale, ossia da previsioni mirate a sanzionare chi si rendeva responsabile non tanto di forme di intelligenza con lo straniero, ma, per l’appunto, degli atti di forza accennati – e soltanto se provenivano dall’“esterno” dell’ordine costituito.

Come noto, in Germania la storia che accompagna la conquista formale del potere da parte del nazismo svelerà qualcosa di ben diverso, facendo comprendere quanto più insidioso possa essere invece l’assalto all’ordine costituito realizzato da chi, facendo già parte delle sue istituzioni di vertice, sfrutta questa posizione per eroderle dall’interno – compromettendo così in modo irrimediabile il sistema complessivo di cui fanno parte. Di conseguenza, data la loro intrinseca diversità, solo dal Secondo dopoguerra la risposta giuridica alle due diverse situazioni di pericolo avrà una fisionomia differenziata.

In precedenza, ossia fin dalla Costituzione dell’Impero tedesco del 1871^[3], reagire ai rischi mossi dall’esterno dell’ordine costituito comportava anzitutto la necessità di proteggere la sicurezza pubblica. In questa luce, la dottrina tedesca contemporanea^[4] ha sottolineato come le disposizioni costituzionali ottocentesche, l’istituto dello stato d’assedio e i poteri affidati al Presidente del *Reich* dall’art. 48, 2° comma della Costituzione di *Weimar* abbiano adottato la stessa logica: in età storiche ben differenti, concepire l’aggressione all’ordine costituito come esterna significava combatterla garantendo soprattutto, a livello normativo, l’ordine e la sicurezza pubblica – addirittura, con poteri straordinari come quelli di cui al menzionato art. 48. Proprio la tragica esperienza weimariana, però, ha poi dimostrato plasticamente quanto l’altra tipologia di pericolo sia riuscita ad essere, di fatto, dirompente al punto da sgretolare dall’interno le fondamenta di una (giovane e fragile) democrazia. L’erosione dall’“interno” dell’ordine fondato sulla Costituzione del 1919 – un esperimento forse fin troppo avanzato rispetto al tempo storico che doveva governare^[5] – riuscirà però almeno a fornire il terreno fertile per una rinnovata riflessione giuridica e politica sul punto. Con la consapevolezza tragica che soltanto il Secondo dopoguerra

poteva imporre, la dottrina e l'Assemblea costituente tedesca si preoccuperanno di individuare gli istituti in grado di difendere la democrazia (senza negarne la più profonda essenza libertaria) da questo specifico pericolo.

2. Dopo Weimar: proteggere la Costituzione per difendere lo Stato democratico

Per quanto inefficace alla prova dei fatti, va ricordato che anche l'assetto giuridico discendente dalla Costituzione di *Weimar* conosceva almeno uno strumento posto a protezione della democrazia. Poco dopo l'adozione della stessa Carta, il legislatore federale adottava infatti il c.d. *Republikschutzgesetz*, ossia le norme volte a tutelare la forma di Stato democratica e la Repubblica. Queste previsioni, però, erano frutto di una logica politico-giuridica risalente; ciò che premeva prevenire o fronteggiare erano i tentativi di sovvertimento dell'ordine democratico realizzati con la forza. Circa un decennio dopo la loro adozione, proprio le norme sulla (lett.) *protezione della Repubblica* saranno costrette ad assistere a un evento fino a quel momento inimmaginabile: la conquista delle istituzioni per vie (in parte) legali, compiuta con l'intenzione – poi realizzata - di esercitare i diritti di libertà per erodere dall'interno l'ordine liberaldemocratico^[6].

La catastrofe conseguita alla presa del potere da parte del nazismo porterà a una diversa concezione giuridica della difesa della democrazia, articolata sulla protezione dello Stato e della Costituzione. Il primo e la seconda rappresenteranno i due pilastri dell'ordine liberaldemocratico – ciascuno con le sue caratteristiche – da salvaguardare rispetto ai suoi nemici. In questa cornice, due saranno le nozioni giuridiche formulate per esprimere la scelta politica volta a proteggere la democrazia dagli attacchi orchestrati (anzitutto) all'interno delle sue istituzioni: lo *Staatsschutz* e il *Verfassungsschutz* (lett., la protezione dello Stato e della Costituzione). Dal Secondo dopoguerra in poi, il primo istituto avrà carattere generale, configurandosi come la somma di «*tutte le istituzioni statali, le precauzioni e le misure (...) ideate allo scopo di proteggere l'esistenza di fatto e di diritto di un determinato Stato dalle aggressioni esterne e interne*». Il secondo, invece, verrà declinato secondo una accezione sia particolare (quando rapportato al primo istituto) che generale. Nella prospettiva particolare, la c.d. “protezione della Costituzione” concepirà quest'ultima come «*sostanza specifica [del]*

fondamentale ordine statale e sociale»^[7]. Questa costruzione teorica verrà accolta nella Legge fondamentale del 1949 per garantire l'osservanza della stessa Carta almeno per vie legali, ossia affidando al testo costituzionale l'identificazione dei beni giuridici che, esprimendo la «specifica sostanza» dell'ordine liberaldemocratico, avrebbero dovuto godere sempre della più piena protezione.

Oggi, l'art. 73, n. 10 lett b) della Costituzione vigente delinea il c.d. *Verfassungsschutz* in modo ampio, ossia come «*tutela dell'ordine liberaldemocratico, della esistenza e della sicurezza del Bund o di un Land*»; alla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo, saranno le riflessioni di *Dietrich Rauschning* a indirizzare la concezione dell'istituto della protezione della Costituzione in una direzione nuova e netta, fondata sul nesso insuperabile fra la Legge fondamentale e l'ordinamento giuridico che essa fonda. A partire da questo approccio dottrinario, tutelare la Costituzione da attacchi esterni o interni significherà difendere l'atto normativo posto a fondamento dell'ordinamento giuridico inteso in senso complessivo. Così ragionando, la linea di confine teorica fra norme costituzionali e istituzioni di vertice diventerà sottile al punto da far coincidere la tutela della Costituzione con la protezione della statualità costituzionale (lett., la c.d. *Verfassungsstaatlichkeit*)^[8].

Questa evoluzione teorica non ha solo scritto un ulteriore capitolo nella storia del costituzionalismo tedesco, ma ha pure inaugurato un'epoca di nuovi interrogativi. Ovvio che proprio il tema della “protezione della Costituzione” poteva soltanto portare a ragionare del ruolo del suo custode naturale: non come fatto in passato, ma con la certezza – una volta adottata la Legge fondamentale – di dover trovare la risposta contemporanea a domande spinose. La Germania del nostro tempo sceglierà di adottare mezzi molto diversi fra loro per difendere il suo ordine costituzionale; strumenti che, come si vedrà nel corso di questo scritto, sono chiamati nel quotidiano ad affrontare i pericoli per la democrazia che riemergono in modo costante e con tratti storico-politici fin troppo noti. Attualmente, in particolare, non soltanto la magistratura costituzionale e penale, ma, con un intervento dal carattere forse inaspettato, anche quella amministrativa è costretta di continuo a fronteggiare questo fenomeno.

Per questo, e in ragione della consapevolezza che tante ancora sono le sentenze attese in questa delicatissima materia, pare indispensabile avviare una riflessione sul ruolo del giudice amministrativo nel contesto descritto. La cornice teorica che

si ricostruisce nel paragrafo successivo aiuterà a inquadrarlo al meglio, aggiungendo nuovi spunti alla questione della “protezione della Costituzione”.

3. La tutela preventiva dell’ordine liberaldemocratico: la *wehrhafte Demokratie* fra diritti costituzionalmente garantiti e magistratura amministrativa

L’ordinamento giuridico tedesco conosce oggi strumenti diversi per proteggere in via preventiva o successiva l’ordine liberaldemocratico^[9], e, di conseguenza, rappresenta (all’interno dell’Unione europea e non soltanto) un esempio di *wehrhafte Demokratie* (lett., democrazia difensiva^[10]). In questo contesto e alla luce delle sentenze che qui si commenteranno, è anzitutto importante ricordare la differenza che, in Germania, intercorre specificamente fra i meccanismi di tutela utili per monitorare situazioni di rischio^[11] e quelli, del tutto diversi, che possono condurre allo scioglimento di forme associative o alla messa al bando dei partiti c.d. antisistema^[12]. Spetta infatti unicamente al Ministro federale degli Interni la competenza ad adottare l’atto con il quale è possibile sciogliere una associazione, e al solo Tribunale costituzionale federale decidere con sentenza^[13] la messa al bando di un partito antisistema^[14]. Altri sono invece i compiti dell’Ufficio federale e di quelli federati per la protezione della Costituzione (noti, per l’appunto, come *Verfassungsschutz*, lett. protezione della Costituzione, in breve “protezione”); il §1 della legge federale in materia stabilisce l’obiettivo che tutti gli Uffici in questione devono perseguire^[15], individuandolo nella tutela preventiva dell’ordine liberaldemocratico, della stabilità e della sicurezza dei livelli territoriali della federazione tedesca – ossia il *Bund* e i *Länder*^[16]. A questo scopo, il §1 prevede forme di collaborazione fra l’Ufficio federale e quelli federati; soltanto il primo è subordinato al Ministero federale degli Interni, e agisce in modo che il *Bund* e i *Länder* possano cooperare in un ambito così delicato. Al di là di questa distinzione di ruolo, tutti gli Uffici condividono lo stesso compito, che consiste nello svolgere attività di *intelligence* mirate a raccogliere e valutare ogni informazione utile per individuare in via preventiva non soltanto i rischi già elencati, ma, pure, le minacce nei confronti dell’attività degli organi costituzionali federali e federati (o dei loro membri), e dei beni costituzionalmente protetti della comprensione e della convivenza pacifica fra popoli^[17]. In questa cornice

giuridica l’Ufficio federale vigila sulle formazioni politiche estremiste (di destra e di sinistra) e terroristiche (di matrice islamica)^[18].

La differenza fra le attribuzioni dell’Ufficio federale, del Ministero federale degli Interni e del Tribunale costituzionale federale sta dunque in questo: l’Ufficio non può in alcun modo spingersi fino a sciogliere associazioni o mettere al bando partiti antisistema. Anche quando sono oggetto delle sue attività di *intelligence*, i partiti possono ad esempio presentare i loro candidati alle elezioni locali, nazionali o europee. Ciò nonostante, sottovalutare la più ampia portata del suo operato sarebbe superficiale; ed è anche per questo motivo che le sentenze dei giudici amministrativi (di primo e secondo grado) qui discusse, che hanno definito come legittime le attività dello stesso Ufficio rispetto alla AfD, alla JA e al *Flügel*, hanno il rilievo sul quale si rifletterà in seguito.

Per quanto concerne, invece, il modello della *wehrhafte Demokratie* – o, per meglio dire, l’istituto della “protezione della Costituzione” – va ricordato che esso poggia su quanto disposto dalle norme più sopra ricordate, ossia dall’art. 73, pgf. 10, lett. b) della Legge fondamentale tedesca (o GG) e dalla legge federale in materia^[19]. Queste due fonti non vanno confuse con la disciplina sulla messa al bando dei partiti antisistema di cui all’art. 21, 2° comma GG: non che non sia possibile riscontrare nessi fra le prime e la seconda; è importante, però, sottolineare che almeno a livello teorico esse rispondono a scopi diversi. Soltanto la «protezione» ha natura preventiva e, di conseguenza, permette agli organi preposti di intervenire prima che qualsivoglia pericolo per l’ordine liberaldemocratico (o per la democrazia *tout court*) diventi concreto e attuale^[20]. In questa prospettiva, già la dottrina tedesca risalente ha individuato la *ratio* dell’istituto, sottolineando quanto esso miri a fronteggiare quelle *Bestrebungen* (lett., aspirazioni) ostili alla democrazia cresciute nel tessuto, in senso ampio, sociale^[21]. Al di là, poi, delle più precise considerazioni giuridiche sulla realizzazione degli scopi sovversivi, la letteratura ha riflettuto inoltre sull’esperienza del regime nazionalsocialista. Solo così facendo la dottrina tedesca (*supra*) è riuscita a confrontarsi con l’insidia forse più subdola per la democrazia – la minaccia che si annida nelle istituzioni democratiche per eroderle dal loro interno^[22].

In questa prospettiva, fin dal Secondo dopoguerra, la disciplina della *wehrhafte Demokratie* ha tradotto sul piano giuridico la scelta politica ancora oggi al cuore

dell’istituto della «protezione»: a differenza della Costituzione di *Weimar*, la Legge fondamentale del 1949 non poggia sulla c.d. *wertneutrale Demokratie*, ossia su un modello di democrazia che non sposa in modo proattivo specifici valori^[23]. In quanto Costituzione liberaldemocratica posta a fondamento di uno Stato della stessa matrice, la Legge fondamentale sceglie di difendersi rispetto alle aggressioni che la minacciano. Per questa ragione anche i giuristi tedeschi contemporanei definiscono la democrazia accolta in Germania come *wehrhaft und streitbar* (lett., difensiva e combattiva)^[24], richiamando allo scopo uno specifico profilo storico-giuridico. Proprio l’Assemblea costituente tedesca, tenuta peraltro a dare rango costituzionale anzitutto agli “Accordi di Londra” del 1948^[25], si è distaccata fin da subito dal modello weimariano, che aveva dimostrato di non avere strumenti giuridici utili per opporsi a una deriva autoritaria violenta^[26].

Nel corso del tempo, il Tribunale costituzionale federale ha chiarito meglio i contorni di questa scelta, affermando addirittura che i valori e i principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento liberaldemocratico vanno difesi, se necessario, pure a costo di sacrificare la libertà politica^[27]. La Costituzione del 1949, dunque, non soltanto riconosce *Grundwerte* (lett., valori fondamentali) che, in quanto tali, sono inviolabili, ma prevede al tempo stesso la possibilità di difenderli in modo proattivo – salvaguardando la democrazia con mezzi espressione della sua stessa essenza, non per questo più deboli di altri^[28]. Come del tutto ovvio, in sede costituente il trauma storico-politico (nonché morale) dell’assunzione del potere per vie legali da parte di *Adolf Hitler*^[29] poteva soltanto sfociare in una scelta simile. In questa prospettiva, gli strumenti noti ad altre Costituzioni razionalizzate dello stesso periodo storico (primi fra tutti, i limiti esplicativi e impliciti alla revisione costituzionale, o, ad esempio, le norme paragonabili a quelle desumibili dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana^[30]) sarebbero di certo riusciti a proteggere il nucleo duro della rinata democrazia tedesca, ma non al punto da tutelarla dal puro rischio di ricadere in un passato disastroso^[31]. La Legge fondamentale ha dunque fin da subito rifiutato l’idea che l’assetto democratico poggi su libertà capaci di distruggerlo: ed è per questa ragione che organi diversi contribuiscono, ciascuno per parte sua, al disegno della *wehrhafte Demokratie*.

Dal governo federale al giudice costituzionale, dall’Ufficio federale per la

protezione della Costituzione alla magistratura amministrativa, tutto mira a consentire alla democrazia di difendersi dai suoi nemici usando mezzi democratici - con, però, una conseguenza di non poco conto. Se, nelle intenzioni, il modello della *wehrhafte Demokratie* è lineare, nel merito può suscitare domande da non eludere. Del tutto evidente è la diversa natura degli organi appena elencati; non meno ovvio che, quando il giudice amministrativo esercita un ruolo nel più ampio contesto della “protezione della Costituzione”, è necessario ragionare (si passi l’assoluta forzatura linguistica e di sostanza) sulla sua possibile trasformazione in “giudice dei diritti politici”.

4. Il giudice amministrativo tedesco e i movimenti politici di estrema destra, o del canone di proporzionalità a difesa della democrazia

Di recente, due sentenze – fra le tante ormai - adottate dalla magistratura amministrativa federata hanno esplicitato la cornice teorica finora ricostruita.

Con le pronunce del 13 maggio 2024, il giudice amministrativo federato di secondo grado di *Münster*^[32] ha infatti stabilito che l’attività di sorveglianza esercitata dall’Ufficio federale per la protezione della Costituzione nei confronti del partito *Alternative für Deutschland* (AfD) e della sua organizzazione giovanile, la *Jugendorganisation für Deutschland* (JA), è stata svolta nel pieno rispetto della legge federale in materia. Di conseguenza, in futuro l’Ufficio potrà continuare a monitorare il primo e la seconda perché costituiscono un potenziale pericolo per l’ordine liberaldemocratico del Paese, e dovrà informare con costanza l’opinione pubblica in merito agli esiti delle sue indagini^[33]. Il Giudice di *Münster*, inoltre, ha chiarito che pure la più severa valutazione del rischio per la democrazia rappresentato dalla corrente radicale della AfD (il *Flügel*, o, lett., ala) è stata fatta dallo stesso Ufficio senza violare la legge accennata^[34].

Quasi superfluo sottolineare che, in Germania almeno, queste decisioni abbiano suscitato particolare attenzione^[35]: da un lato, in quanto rese pubbliche poche settimane prima delle elezioni per il Parlamento europeo; dall’altro, perché, come annunciato dai vertici della AfD, la vicenda processuale è destinata a non concludersi a breve (le sentenze verranno infatti impugnate di fronte al Tribunale amministrativo federale di Lipsia^[36]; non si può poi escludere che alcune

questioni possano approdare dinanzi al Tribunale costituzionale federale, soprattutto dopo la vittoria politica dello stesso partito alle recenti elezioni federate della Turingia e della Sassonia^[37]). Quali che siano gli eventi futuri, è interessante riflettere fin d'ora sulle decisioni della scorsa primavera, perché svelano il ruolo affidato al giudice amministrativo dal modello tedesco di tutela preventiva della democrazia. Un ruolo peculiare, va anticipato, dato che permette a questo giudice di utilizzare i canoni che ne caratterizzano la specifica giurisprudenza – anzitutto, quello di proporzionalità – in un contesto inusuale. Infatti, quando la magistratura amministrativa tedesca si esprime rispetto a casi della natura qui discussa, il suo compito consiste, al fondo, nell'individuare il punto di equilibrio fra la libertà dei partiti politici, i principi fondamentali dell'ordine liberaldemocratico e il rispetto della dignità umana, da un lato; l'esigenza dell'opinione pubblica ad essere informata rispetto ai pericoli per la democrazia originati da determinati partiti e l'interesse di questi ultimi all'integrità della loro immagine pubblica, dall'altro.

Per sviluppare questa suggestione è necessario approfondire specifici profili del modello tedesco di tutela preventiva dell'ordine liberaldemocratico, e soffermarsi solo in seguito sui passaggi delle pronunce che avvalorano la tesi qui proposta.

5. L'istituto della democrazia difensiva attraverso il procedimento affidato alla legge federale

La vicenda processuale trae origine da alcune sentenze pronunciate nel 2022 dal giudice amministrativo federato di primo grado di Colonia, al quale la AfD, la JA e il *Flügel*^[38] avevano chiesto di valutare la legittimità delle attività svolte nei loro confronti dall'Ufficio federale per la protezione della Costituzione. L'Ufficio aveva sorvegliato il partito e le due formazioni qualificandole poi come potenzialmente (la AfD e la JA) o di fatto (il *Flügel*) pericolose per l'ordine liberaldemocratico. Come stabilito dalla legge federale in materia, le attribuzioni dell'Ufficio consistono proprio nel raccogliere gli elementi utili per individuare inclinazioni contrarie alla democrazia^[39]; nell'ottica del c.d. sistema di allarme preventivo (o *Frühwarnsystem der Demokratie*)^[40], i compiti in questione esprimono in concreto l'atteggiamento proattivo da adottare nei confronti delle potenziali aggressioni all'ordine liberaldemocratico. È bene precisare i contorni di

attribuzioni così rilevanti.

L'attività di *intelligence* deve essere realizzata sempre ed esclusivamente in ragione di un procedimento predeterminato per legge e costellato di garanzie ideate anche a favore dei soggetti attenzionati. Come stabilito dalla legge federale, il sistema di allarme preventivo è articolato su fasi distinte^[41]: l'Ufficio, sollecitato nei modi più diversi, verifica dapprima se sussistono gli estremi per sorvegliare in modo costante un individuo, una formazione o un partito. Nello stadio iniziale del procedimento l'indagine viene svolta senza darne notizia all'opinione pubblica e i soggetti monitorati vengono classificati come *Prüffall* (lett., caso da esaminare)^[42]. Se, in seguito alla raccolta delle più diverse informazioni (ottenute valutando, ad esempio, lo statuto o i programmi politici della formazione o del partito, le esternazioni dei loro componenti, inchieste giornalistiche o quant'altro di rilevante allo scopo) emergono profili di allarme, l'individuo, la formazione o il partito vengono classificati come *Verdachtsfall* (lett., caso sospetto)^[43]. Il passaggio è, come ovvio, delicatissimo; in questa seconda fase del procedimento, l'Ufficio federale è tenuto a informare l'opinione pubblica dei risultati delle sue attività e del grado di pericolo rappresentato dai soggetti attenzionati. Se, poi, le indagini sul caso sospetto evidenziano la sussistenza di una *verfassungsfeindliche Bestrebung* (lett., una aspirazione ostile alla Costituzione)^[44], l'Ufficio federale intensifica ulteriormente l'attenzione dedicata allo stesso caso, trasformandolo in *Beobachtungsobjekt* (lett., oggetto da osservare)^[45]. La risoluzione più grave che l'Ufficio federale può adottare si concretizza nella terza fase del procedimento, e consiste nello stabilire che l'individuo, la formazione o il partito sorvegliati si configurino come di «*gesichert extremistische Bestrebung*» (lett., aspirazione estremista acclarata)^[46] - con, di nuovo, l'obbligo di doverne dare notizia all'opinione pubblica. Quest'ultima, peraltro, va informata anche quando, dato il carattere inequivocabile degli elementi raccolti, l'Ufficio federale qualifica fin da subito il caso attenzionato come fattispecie di estremismo acclarato, evitando la classificazione intermedia di caso sospetto.

Gli strumenti adottati nelle tre fasi rientrano fra quelli usuali dei servizi di *intelligence*, e spaziano dal coinvolgimento, in qualità di informatori, di individui vicini alle formazioni o alle persone osservate, fino al ricorso alle intercettazioni. Data la severa ingerenza nella sfera di diritti costituzionalmente tutelati (anzitutto, la libertà di pensiero e quella dei partiti politici), la legge federale

disciplina con estremo rigore l'impiego di questi mezzi^[47]. L'Ufficio federale deve agire nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, necessario per garantire l'equilibrio fra i metodi di indagine adottati e il pericolo da monitorare, e può sorvegliare le comunicazioni degli interessati solo ed esclusivamente in via eccezionale. Inoltre, nel momento in cui la singola persona attenzionata ricopre un incarico istituzionale – può trattarsi, ad esempio, del ruolo di parlamentare^[48] – l'Ufficio deve rispettare le tutele e i limiti individuati dal Tribunale costituzionale federale sul punto^[49]. In casi simili, ha sottolineato il giudice costituzionale, l'intervento dell'Ufficio federale si contrappone al libero mandato dell'eletto garantito dalla Legge fondamentale: ovvio, di conseguenza, che ogni ingerenza (fermo restando il fine) sia possibile soltanto nel rispetto di condizioni più che rigidamente definite per legge^[50].

Essendo la Germania uno Stato di diritto, è quasi superfluo aggiungere infine che l'Ufficio federale (nella sostanza, un servizio di *intelligence*) deve attenersi in modo rigoroso al mandato che la legge federale gli ha affidato, e che la formazione, il partito o l'individuo attenzionati possono rivolgersi al giudice amministrativo (nel caso di specie, di Colonia in primo, di *Münster* in secondo grado e, a livello federale, di Lipsia) per far vagliare a un soggetto terzo e imparziale le misure adottate. In questa prospettiva, il giudice amministrativo deve verificare se l'Ufficio federale ha agito nel rispetto tanto della legge attributiva delle sue competenze quanto del principio di proporzionalità: che il compito del magistrato amministrativo si esaurisca in questa valutazione è cosa però non scontata.

6. Il giudice amministrativo di fronte ai pericoli per la democrazia

Se il rischio per l'ordine liberaldemocratico discende da associazioni di persone, per valutare la legittimità dell'azione dell'Ufficio federale il giudice amministrativo deve interrogarsi anzitutto in merito alla natura giuridica della formazione attenzionata e, poi, rispetto al suo intendimento (potenziale o attuale) di osteggiare i principi dello Stato di diritto e della dignità umana^[51] – con tutte le conseguenze immaginabili su un piano ben diverso, ossia politico. In questa prospettiva, è vero che il processo amministrativo, così come le attività di

intelligence, non limitano in alcun modo l'impegno politico dei soggetti sorvegliati; nel corso del primo e delle seconde, formazioni e partiti possono infatti continuare a partecipare al dibattito pubblico e a qualsiasi competizione elettorale (l'AfD ha potuto farlo proprio fin dalla tarda primavera del 2024, partecipando e ottenendo notevoli risultati sia alle elezioni europee che a quelle federate della Turingia e della Sassonia). In ogni caso, anche data la pubblicità riservata al processo e alla sorveglianza, le ripercussioni politiche o di immagine potrebbero però essere tante e significative soprattutto per un partito (a iniziare da un atteggiamento del corpo elettorale mutato al punto da cambiare l'esito di una votazione). Quindi, se da un lato è cosa scontata che la giurisdizione alla quale rivolgersi sia quella amministrativa (essendo le attività da verificare quelle di un Ufficio dipendente dal Ministero federale degli Interni), nel contempo c'è pure molto altro.

La valutazione della legittimità dell'azione di *intelligence* affida difatti al giudice amministrativo decisioni che, quando riguardano partiti politici, investono quelle particolari associazioni di persone tutelate dall'art. 21, 1° comma della Costituzione tedesca in ragione del ruolo che ricoprono all'interno della democrazia. Come si spiegherà meglio in seguito, il giudice amministrativo deve chiarire se le formazioni attenzionate siano definibili come partiti politici ai sensi di questa disposizione costituzionale proprio per stabilire se esse godano di una protezione intensa al punto da impedire all'Ufficio di attenzionarle (e classificarle come fattispecie di sospetto o acclarato estremismo). Anche per operare valutazioni così delicate, il giudice amministrativo ha a sua disposizione gli strumenti noti di questa magistratura – anzitutto, il canone di proporzionalità. È però sufficiente anticipare qui per cenni gli snodi pressocché identici delle sentenze pronunciate in primo e secondo grado (e, addirittura, dal giudice amministrativo federale) rispetto al caso della AfD, della JA e del *Flügel* per comprendere perché, nel contesto della “protezione della Costituzione”, questi stessi mezzi acquistano tratti singolari.

I giudici amministrativi (spec. in primo grado) si sono infatti chiesti se il rischio corso dall'ordine liberaldemocratico a causa dei tre soggetti sorvegliati fosse elevato al punto da imporsi sulla tutela costituzionale garantita ai partiti politici – in particolare, alla AfD. Poi, hanno valutato la gravità della stessa minaccia soppesando in modo specifico le concezioni accolte dal programma politico della

JA e del *Flügel*. Infine, applicando il canone di proporzionalità secondo un criterio non soltanto quantitativo ma anche qualitativo, hanno posto in relazione la mole di esternazioni, programmi e attività politiche dei soggetti attenzionati e l'entità del pericolo corso, di stretta conseguenza, dai principi fondanti l'ordine liberaldemocratico. Così facendo, sono giunti a stabilire che l'Ufficio ha rispettato le norme federali in materia, e potrà continuare in futuro a svolgere le sue attività di *intelligence* e classificazione perché la AfD e la JA rappresentano una potenziale, seria insidia per la democrazia, mentre il *Flügel* costituisce un rischio addirittura maggiore.

7. Proteggere la democrazia dai partiti: la *AfD* dinanzi al giudice amministrativo

Come accennato, la vicenda processuale origina da diverse sentenze adottate in primo grado dal giudice amministrativo di Colonia^[52]. Nel marzo 2022, quest'ultimo si era pronunciato a favore della legittimità dell'operato dell'Ufficio federale, il quale, dato il grado di pericolosità potenziale rappresentato, rispettivamente, dalla AfD, dalla JA e dal *Flügel*, aveva ritenuto indispensabile sottoporre il partito e le due formazioni a un attenzionamento più intenso rispetto al passato. Come immaginabile, i tre soggetti sorvegliati (nello specifico, la AfD e la Ja erano stati classificati come fattispecie sospetta di estremismo, il *Flügel*, invece, come caso acclarato) decidevano subito di impugnare le pronunce del Giudice di Colonia, senza però ottenere alcun esito favorevole anche in secondo grado: nel maggio di quest'anno, infatti, adottando motivazioni nella sostanza identiche a quelle precedenti, il Giudice di Münster ha riconfermato la legittimità dell'operato dell'Ufficio federale. Per le ragioni meglio spiegate in nota, e data la sovrapposizione quasi perfetta delle motivazioni in diritto dei diversi gradi di giudizio, nel corso del ragionamento si sceglie di richiamare, alternandoli, i passaggi più interessanti delle sentenze di primo e secondo grado^[53].

Nel 2022, il Giudice di Colonia si è dunque confrontato con profili distinti, ma strettamente intrecciati fra loro. Per stabilire se l'Ufficio federale avesse esercitato le sue competenze nel rispetto della legge federale sulla protezione della Costituzione, il giudice ha infatti dovuto ricostruire anzitutto la natura giuridica

della AfD e, di conseguenza, il nesso fra questa e l'attività di *intelligence* da un lato, e l'istituto della messa al bando di un partito antisistema dall'altro.

Il giudice amministrativo è così giunto a stabilire che la AfD è un partito ai sensi dell'art. 21, 1° comma, primo periodo GG, e, in quanto tale, gode dei diritti di personalità desumibili dall'art. 19, 3° comma GG (che riconosce la titolarità dei diritti fondamentali anche alle persone giuridiche), e dal congiunto disposto degli artt. 2, 1° comma (dedicato al libero sviluppo della personalità) e 1, 1° comma GG (inerente all'inviolabilità della dignità umana). Questo inquadramento si è rivelato decisivo, perché le norme costituzionali ricordate proteggono le persone fisiche o giuridiche dalle esternazioni, imputabili a organi dello Stato, che possono ledere la loro immagine^[54]; in quest'ottica, l'obbligo di legge che impone all'Ufficio federale di informare l'opinione pubblica in merito alla pericolosità dei soggetti attenzionati comporta esattamente un rischio simile. Il giudice di primo grado, però, è riuscito a ridimensionare questo pericolo: adottando una specifica definizione di partiti politici, è stato infatti capace di individuare proprio i limiti (ragionevoli) alla garanzia costituzionale posta a protezione di questi soggetti^[55].

In base alle norme vigenti^[56], i partiti politici sarebbero associazioni di cittadini create per concorrere alla determinazione della più generale volontà politica e per fare eleggere propri rappresentanti nelle assemblee legislative dei *Länder* o del *Bund*. In quanto associazioni di cittadini, ha sostenuto il giudice amministrativo, i partiti politici ben possono essere oggetto della sorveglianza di tutti gli Uffici per la protezione della Costituzione; questa possibilità non può essere esclusa in ragione del fatto che i partiti godono di una tutela costituzionale diretta – il c.d. *Parteiprivileg* (lett., privilegio dei partiti, di cui all'art. 21, 4° comma GG^[57]). La previsione costituzionale, ha continuato il Giudice di Colonia, non mira difatti a sottrarli a verifiche relative al loro rispetto della democrazia, ma persegue un altro scopo, chiarito in passato dalla giurisprudenza costituzionale. In Germania è possibile mettere al bando un partito antisistema; discende però dall'art. 21, 4° comma GG, la garanzia indispensabile da rispettare se si deve adottare una scelta così grave: solo il giudice costituzionale, e unicamente per proteggere l'ordine liberaldemocratico, può decidere con sentenza la messa al bando^[58].

L'attività di *intelligence* esercitata dall'Ufficio federale, ha quindi chiarito il Giudice di Colonia, è cosa invece del tutto diversa, perché si traduce in misure che non possono in alcun modo sfociare nella esclusione del partito attenzionato

dalla vita politica, anzi. Il partito sorvegliato può esercitare tutte le funzioni e attività indispensabili per presentare i suoi candidati alle elezioni, e pure godere del finanziamento pubblico; nulla, inoltre, impedisce ai suoi eletti di svolgere il mandato di membri delle assemblee legislative federate e federale^[59]. Ed è a questo punto del ragionamento che il giudice amministrativo si è rivelato capace di individuare ulteriori e più specifici argomenti per sostenere che la disciplina federale (che permette di esercitare attività di *intelligence* rispetto a un partito sospettato di estremismo) non è in contrasto con l'art. 21 GG^[60]. Data la necessità di osservare le disposizioni federali sulla protezione della Costituzione alla luce dell'art. 21 GG, a supporto della sua posizione il Giudice di Colonia non ha però potuto, come ovvio, richiamare soltanto la giurisprudenza del giudice amministrativo federale^[61], ma ha dovuto riferirsi soprattutto a quella del Tribunale costituzionale federale^[62].

Sul punto, il giudice costituzionale ha stabilito che l'interpretazione congiunta delle disposizioni costituzionali sui limiti alla libertà di associazione, sul divieto di esercizio della libertà di pensiero contraria all'ordine liberaldemocratico, e, infine, sul diritto di resistenza rispetto alle aggressioni alla democrazia^[63] depone a favore di una sola conclusione: la Costituzione tedesca ha adottato in modo inequivocabile la decisione fondamentale espressa nella *wehrhafte und streitbare Demokratie*. Per rispondere ai tragici eventi precedenti il Secondo dopoguerra, la Legge fondamentale ha scelto di porre a fondamento dell'ordinamento giuridico del 1949 la concezione (lett.) «*difensiva e combattiva*» della democrazia, affidando allo Stato il compito di proteggere l'ordine liberaldemocratico; la libertà dei partiti garantita dall'art. 21 GG non può contrastare questa scelta^[64]. Proprio grazie a questa argomentazione, il giudice di primo grado ha potuto superare il dubbio che l'art. 21 GG possa impedire (a cascata) l'operato dell'Ufficio federale, e, di conseguenza, ha sviluppato il ragionamento sul caso applicando il canone di proporzionalità^[65]. Dato che lo schema logico seguito in secondo grado è nella sostanza identico a quanto fatto in primo, si sceglie ora di agganciare ai passaggi finora ricostruiti le argomentazioni poi formulate dal Giudice di *Münster*.

Per rispondere ai rilievi delle ricorrenti, nel maggio del 2024 il giudice amministrativo di secondo grado^[66] si è soffermato anzitutto sulla legge federale in materia, in modo da stabilire se essa fornisca una base giuridica sufficiente per

permettere all’Ufficio non solo di attenzionare determinati soggetti, ma anche di qualificarli come fattispecie sospetta o acclarata di estremismo (informandone l’opinione pubblica). Dato che le norme federali limitano la discrezionalità dell’Ufficio in una materia così delicata, per il giudice la risposta è stata affermativa, permettendogli di vagliare un rilievo di maggiore significato.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa federale, nonché della normativa vigente, il Giudice di *Münster* ha difatti provato a porre in equilibrio la garanzia costituzionale riservata ai partiti politici e la scelta espressa nell’istituto della tutela preventiva della democrazia. Da giudice amministrativo quale è (e come già accaduto in primo grado) per riuscire nell’intento ha fatto subito ricorso al canone di proporzionalità, chiedendosi se la quantità di informazioni e di indizi di pericolosità raccolti dall’Ufficio fosse proporzionale rispetto all’entità del rischio presunto. La conclusione è stata netta: l’Ufficio, quando individua elementi e dati oggettivi (non illazioni, semplici dubbi o speculazioni ipotetiche) in numero inequivocabile rispetto alla potenziale minaccia, può svolgere attività di *intelligence* – le sole che tutelano nel concreto, in via preventiva, la democrazia. Peraltro, ha aggiunto il giudice di secondo grado, per quanto invasiva, questa stessa attività non pregiudica il soggetto attenzionato in futuro, perché raccogliere informazioni per classificare un caso come sospetto non comporta automaticamente la sua successiva classificazione di fattispecie acclarata di estremismo. C’è però anche di più.

Che le misure di sorveglianza intraprese fossero commisurate al pericolo corso dalla democrazia ha due conseguenze. Per il Giudice di *Münster* la prima è consistita nel fatto che l’attività di *intelligence* non abbia impedito in alcun modo alla AfD di partecipare alla competizione politica (europea e, poi, federata^[67]). La seconda poggia sull’elenco impressionante di informazioni raccolte dall’Ufficio, così come esposto nella sentenza di primo grado. Il Giudice di *Münster* ha ribadito quanto proprio questo elenco, date le sue dimensioni, era più che proporzionale rispetto al dubbio che la AfD e la JA, e, in modo più grave, il *Flügel*, manifestassero tendenze ostili alla democrazia; infine, per rafforzare il suo ragionamento, il giudice ha richiamato una delle affermazioni in assoluto più significative fatte da quello amministrativo federale di Lipsia in anni precedenti. Soffermandosi sulla proporzionalità ottimale fra la quantità dei dati raccolti e la classificazione di pericolo, in passato il giudice amministrativo federale

sottolineava infatti che le scelte dell’Ufficio erano frutto delle sole competenze, attribuite per legge, per prevenire aggressioni alla democrazia. In questa prospettiva, ribadiva lo stesso giudice^[68], l’attività di sorveglianza e le classificazioni di pericolo operate dall’Ufficio non potevano in alcun modo essere descritte come «*uno strumento partigiano di lotta politica affidato all’Ufficio federale per la protezione della Costituzione*», anzi. Proprio il rapporto proporzionale fra l’attenzionamento e la minaccia esprimeva infatti la *ratio a fondamento* della legge federale sulla protezione della Costituzione: se l’Ufficio per «*la protezione della Costituzione rispetta le precondizioni normative inerenti la sorveglianza dei partiti e, in particolare, il principio di proporzionalità, l’attenzionamento non interferisce con la libera competizione politica dei partiti più di quanto necessario per difendere le fondamenta costituzionali della democrazia*»^[69].

«*Più di quanto necessario*»: l’affermazione è significativa al punto che il giudice amministrativo federale, al tempo, sceglieva di svilupparla ulteriormente per escludere alla radice la possibilità che all’Ufficio spettassero competenze capaci di alterare il confronto politico: «*La legge federale sulla protezione della Costituzione non permette che l’[Ufficio federale] utilizzi in modo strumentale le sue competenze, [ossia, in particolare, che ne faccia uso] nell’interesse dei partiti al governo. Un simile esercizio si configurerebbe come un abuso delle sue attribuzioni e, di conseguenza, non sarebbe in alcun modo coperto dalle disposizioni che attribuiscono e limitano quelle stesse competenze; [in altre parole, un simile esercizio non sarebbe in alcun modo coperto dalle disposizioni che attribuiscono e limitano quelle stesse competenze proprio nell’ipotesi in cui] la diffusione delle informazioni ottenute in merito a singoli partiti o figure politiche [perseguisse lo scopo di influenzare la] competizione elettorale. Non è compito della “protezione della Costituzione” fornire munizioni alla competizione elettorale*»^[70].

Sulla falsariga delle motivazioni del giudice federale, e grazie al dettagliato elenco delle informazioni fatto da quello di primo grado nel 2022, sarà il giudice di secondo grado, nel 2024, a poter aggiungere un ultimo tassello al ragionamento necessario per decidere sulla legittimità dell’operato dell’Ufficio. Non è difficile intuire che, ancora una volta, la proporzionalità abbia giocato un ruolo decisivo allo scopo.

Fin dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, la giurisprudenza

amministrativa federale aveva difatti chiarito quanto strategico fosse il canone di proporzionalità per porre in perfetto equilibrio la libertà dei partiti e la difesa della democrazia: «*Il legislatore ha determinato i compiti e le attribuzioni dell’Ufficio federale per la protezione della Costituzione in modo da limitare rigidamente ogni ingerenza nel diritto di autodeterminazione dei partiti a quanto indispensabile per difendere la democrazia liberale. Grazie al principio di proporzionalità, infatti, i principi contrapposti della libertà dei partiti e della democrazia difensiva risultano disciplinati in misura equilibrata dai §§ 8, 5° comma e 9 della legge federale sulla protezione della Costituzione. Il rispetto del principio di proporzionalità garantisce che, in ogni singolo caso, i diritti e gli interessi degni di protezione [degli attenzionati] vengano rispettati in modo sufficiente. Ciò vale anche per i partiti politici»*^[71].

Nella primavera del 2024, il passaggio formulato anni addietro dalla magistratura amministrativa federale ha offerto al Giudice di *Münster* il terreno per formulare le sue conclusioni: proprio il richiamo all’equilibrio fra bene protetto e diritto compreso gli ha infatti permesso di stabilire che l’attività e le decisioni dell’Ufficio federale fossero proporzionali al pericolo in gioco, e, quindi, del tutto legittime, potendo di conseguenza proseguire in futuro^[72].

8. Proteggere i cittadini dalle discriminazioni etniche e religiose: l’organizzazione giovanile JA e la formazione antisistema *Flügel* dinanzi al giudice amministrativo

Per valutare la legittimità dell’operato e delle decisioni dell’Ufficio federale in relazione alla JA e al *Flügel*, il giudice amministrativo ha dovuto fare uno sforzo più intenso, spingendosi oltre il ragionamento fin qui ricostruito. Anche sotto questo profilo, sul punto le pronunce del Giudice di *Münster* del 2024 hanno sposato pienamente l’approccio di due anni prima di quello di Colonia^[73].

Nel 2022, il giudice di primo grado chiariva anzitutto che, dato il nesso politico e giuridico fra la JA, il *Flügel* e la AfD, il partito poteva stare in giudizio pure per difendere le posizioni della organizzazione giovanile e della sua ala più radicale (sciolta peraltro nel 2022 proprio in seguito alle sentenze dello stesso anno). In questa veste, la AfD sosteneva che le esternazioni delle due formazioni fossero coperte dall’art. 5, 1° comma GG, posto a tutela della libera manifestazione del

pensiero: in ragione di questa garanzia, sottolineava il partito, l’Ufficio federale mai avrebbe potuto attenzionare e classificare la JA. Individuando, invece, la linea di confine superata la quale il libero pensiero cede di fronte alla necessità di proteggere la democrazia, il giudice di primo grado riusciva a respingere l’affermazione.

In questa prospettiva, il Giudice di Colonia stabiliva anzitutto che la competizione politica comporta senza dubbio la libera discussione di temi di interesse pubblico – con una particolarità, tuttavia, da non trascurare. La garanzia di cui all’art. 5, 1° comma GG, non poteva al tempo precludere all’Ufficio federale di occuparsi dei casi potenzialmente pericolosi per la democrazia, perché «*allo Stato non si può impedire di trarre conclusioni e adottare misure necessarie per proteggere beni giuridici anche da quelle manifestazioni del pensiero, protette dall’art. 5, 1° comma, primo periodo GG, che, in quanto tali, non possono essere vietate o a punite. La legge, difatti, non definisce la nozione di “aspirazione [estremista]” in base alla caratteristica della legalità/illegalità. Per questa ragione gli Uffici a protezione della Costituzione possono soppesare i contenuti di ogni manifestazioni del pensiero proprio quando esse esprimono l’aspirazione a eliminare il fondamentale ordine liberaldemocratico. È ben possibile individuare inclinazioni ostili alla Costituzione osservando, nel loro complesso, esternazioni consentite»*^[74]. In questa luce, il giudice di primo grado riusciva quindi a stabilire che le specifiche posizioni della JA e del *Flügel* sulla politica di immigrazione e di asilo della AfD non erano espressione – come sosteneva il partito – del libero pensiero.

Qui, lo snodo logico del ragionamento è determinante: se, fino a questo momento, il giudice amministrativo sceglie di verificare “solo” la proporzionalità fra la quantità degli indizi raccolti dall’Ufficio e il potenziale pericolo rappresentato dalla AfD, dopo, in relazione alla JA e al *Flügel*, fa ben altro. Trasformando la nozione di “quantità” in quella di “intensità”, argomenta infatti declinando lo stesso canone in altro modo. La proporzionalità della classificazione come fattispecie sospetta o acclarata di estremismo – chiariva il giudice – può discendere non solo dalla quantità di esternazioni pronunciate dalla JA (o dal *Flügel*), ma anche dalla qualità dei relativi contenuti: «*Indizi oggettivi, sufficienti a stabilire la sussistenza di aspirazioni ostili alla Costituzione, possono discendere da fatti oggettivi che esplicitano gli scopi, le posizioni e le attività di una*

componente di un'associazione di persone. Il significato attribuibile a questi stessi fatti non può essere messo in dubbio soltanto perché [tante altre] esternazioni [...] non esprimono alcuna inclinazione ostile alla Costituzione»^[75].

Così ragionando, il Giudice di Colonia imboccava un percorso delicatissimo: per verificare la proporzionalità fra la sostanza delle esternazioni della JA e del *Flügel* e la minaccia che rappresentavano, doveva riuscire a valutare in ottica solo giuridica le posizioni ideologiche manifestate dalle due formazioni (*infra*). L'approccio non deve però stupire, perché soltanto percorrendo questa via il giudice ha infine potuto escludere l'argomento fondato sulla libertà del pensiero, e ricondurre l'attenzionamento a un quadro ben più ampio. Un quadro, in altre parole, capace di chiarire la finalità ultima del compito affidato agli Uffici per la protezione della Costituzione: «soltanto attraverso l'attenzionamento il Governo, il Parlamento e la pubblica opinione possono essere informati in modo adeguato e oggettivo del percorso evolutivo non ancora concluso del partito. Le aspirazioni ostili alla Costituzione di singoli gruppi interni al partito possono fornire indizi sui potenziali sviluppi del partito stesso»^[76].

L'affermazione è dirompente in quanto, inquadrando così l'attenzionamento e i suoi risultati, il giudice di primo grado già nel 2022 li riconduceva, al fondo, ai meccanismi caratterizzanti la forma di governo. Almeno in teoria, le informazioni raccolte dall'Ufficio potrebbero infatti indurre il legislatore ad adottare nuove norme in materia, e l'esecutivo ad assumere iniziative rispetto ad altre formazioni satellite del partito sorvegliato. L'opinione pubblica – *rectius*, il corpo elettorale – potrebbe poi esercitare il voto con maggiore consapevolezza. Proprio perché l'affermazione del giudice di primo grado è dirompente, e la sua valutazione sembra entrare nel merito delle posizioni della JA e del *Flügel*, è indispensabile riassumere quali esternazioni delle due formazioni (anzitutto di quella giovanile) hanno indotto il Giudice di Colonia a esprimersi come riassunto.

La AfD descriveva come libero pensiero quanto espresso dalla JA nel c.d. *Deutschlandplan* (lett., piano per la Germania), e dai vertici del *Flügel* in occasioni pubbliche; per il giudice amministrativo, al contrario, quelle esternazioni potevano solo destare segnali di preoccupante allarme, tanto davano voce a posizioni radicalmente razziste, fondate sul totale spregio della dignità umana e sul rifiuto dei valori liberaldemocratici. La valutazione fatta dal giudice non va fraintesa; essa non ha carattere morale, ma giuridico: per il Giudice di

Colonia, le posizioni della JA e del *Flügel* minacciavano il principio di egualanza. Questo passaggio è importante al punto da emergere anche in secondo grado.

Il Giudice di *Münster*, infatti, grazie alla meticolosità con la quale quello di Colonia ha applicato il canone di proporzionalità, nella primavera del 2024 ha stabilito che l’Ufficio federale ha raccolto una quantità di informazioni oggettive tale da confermare che una parte significativa della AfD (la JA, ma non soltanto) intendeva comprimere in modo drastico i diritti politici dei cittadini tedeschi di seconda generazione^[77]. Per il giudice di secondo grado, la gravità del sospetto andava soppesata alla luce del principio potenzialmente leso. Il c.d. *Deutschlandplan* e le affermazioni dei vertici del *Flügel* fornivano elementi oggettivi che, per quantità e qualità, consentivano di ritenerne con certezza che l’organizzazione giovanile e l’ala più radicale della AfD davano valore preponderante alle radici etniche delle persone. Così facendo, ha continuato il Giudice di *Münster*, esse confondevano il più generale concetto di discendenza con la nozione giuspubblicistica di popolo e di cittadinanza – il popolo è l’insieme dei cittadini; deriva soltanto dallo *status* di cittadino la pienezza dei diritti politici. La JA e il *Flügel*, come emerge dal piano ricordato e da tutte le altre informazioni raccolte, ha precisato il giudice, ritenevano al contrario che le origini etniche rappresentassero la precondizione di fatto che poteva permettere di limitare i diritti politici di alcuni fra i cittadini tedeschi – in particolare, come accennato, di quelli di seconda generazione^[78].

Qui, la distinzione fra il piano giuridico-costituzionale e quello delle convinzioni personali (o del libero pensiero) diventa decisiva: il giudice di secondo grado ha chiarito infatti che non è tanto la narrazione fondata sulla concezione etnica e culturale della nozione di popolo a configurare un pericolo per la democrazia, ma altro. La minaccia sorge quando questa convinzione viene trasfusa in un programma politico; una volta eletto, chi sposa e diffonde queste idee vorrà realizzarle attraverso i mezzi che l’ordinamento democratico mette a disposizione dei rappresentanti del corpo elettorale - in sintesi, potrà erodere dall’interno le fondamenta dell’ordine liberaldemocratico^[79]. In questa luce, ha continuato il Giudice di *Münster*, la AfD, al pari della JA, avrebbe espresso innumerevoli volte la convinzione per la quale soltanto chi fa parte del popolo tedesco “storico” (ossia quello così definibile in ragione della lingua parlata e della religione, della

cultura e dell'ascendenza etnica condivisa) può godere appieno dello *status* di cittadino. Questo approccio, per il giudice amministrativo, comporta conseguenze nette. La nozione di popolo così adottata è radicalmente in contrasto con quella giuspubblicistica a fondamento dell'ordinamento giuridico tedesco. Fra l'altro, stando sempre a quanto scritto nel *Deutschlandplan* e alle esternazioni del *Flügel*, la concezione etnica, una volta applicata, può comportare una ulteriore, grave conseguenza.

In Germania, i cittadini tedeschi di seconda generazione sono, in assoluta prevalenza, di religione musulmana; la concezione etnica della nozione di popolo, quindi, al fondo interessa cittadini tedeschi che professano questo specifico credo, con un effetto inevitabile: dalla concezione etnica della nozione di popolo discende una discriminazione basata sulla religione. In questa prospettiva, ha sottolineato il giudice, se anche la quantità delle considerazioni espresse dalla JA e dal *Flügel* sul punto fosse stata minore rispetto a quella considerata dall'Ufficio federale, i riflessi sull'ordine liberaldemocratico non sarebbero stati meno gravi. È infatti in ragione della loro qualità intrinseca che il *Deutschlandplan* e le esternazioni del *Flügel* potevano deporre, per il Giudice di *Münster*, a favore di una sola conclusione: l'inclinazione razzista delle due affiliazioni della AfD disconosce il principio fondamentale della dignità umana e il diritto costituzionalmente protetto della libera professione religiosa. Di nuovo, è bene rimarcare che i due profili vanno ricondotti a un'ottica soltanto giuridica, che li osserva in quanto pilastri dell'ordine liberaldemocratico^[80]; e proprio la logica così adottata ha infine permesso al giudice di secondo grado di esprimersi sulla legittimità dell'informazione resa al pubblico da parte dell'Ufficio federale.

Anche se la diffusione delle risultanze dell'attività dell'Ufficio poteva comportare un pregiudizio per la AfD, informare l'opinione pubblica è cosa che non viola le previsioni della legge federale^[81]. Per il giudice di secondo grado, l'entità del pregiudizio politico che il partito avrebbe potuto dover fronteggiare, per quanto considerevole, andava infatti soppesata rispetto alla *ratio* perseguita dal legislatore. Se valutato tenendo conto delle tre considerazioni seguenti, il sacrificio imposto al partito è stato quindi proporzionale rispetto agli altri beni in gioco: anzitutto, è sempre decisivo che l'opinione pubblica sappia chi è sospettato di voler mettere in pericolo la democrazia^[82]; inoltre, le conseguenze sofferte dal partito devono derivare da una mole di informazioni oggettive e politicamente

imparziali (ossia in equilibrio rispetto alla gravità del rischio denunciato^[83]); infine, il partito può comunque ricorrere alla magistratura amministrativa contro i provvedimenti adottati dall’Ufficio federale^[84].

In questa luce, ha concluso il giudice di secondo grado, la legge federale sulla protezione della Costituzione non soltanto ha disciplinato i compiti dell’Ufficio federale in modo adeguato, ma lo ha fatto ponendo un argine significativo alla sua discrezionalità proprio quando è necessario fornire informazioni all’opinione pubblica^[85].

9. La difesa della democrazia nelle mani del giudice amministrativo: quando il valore in gioco è più importante del principio

L’importanza riservata al giudice amministrativo dalla *wehrhafte Demokratie* aggiunge nuovi spunti alla riflessione sul suo ruolo negli ordinamenti giuridici contemporanei (noto al punto da non dover essere approfondito qui^[86]). In Germania almeno, l’istituto della protezione della Costituzione permette infatti a questa magistratura di contribuire alla difesa della democrazia nel quadro che, all’inizio di quest’anno, il Tribunale costituzionale federale ha di nuovo dipinto con tratti decisi^[87]. Osservando le precondizioni giuridiche relative alla messa al bando e all’esclusione dal finanziamento pubblico dei partiti antisistema^[88], il giudice costituzionale ha di nuovo ribadito che proprio la democrazia difensiva impedisce che i diritti tutelati dalla Costituzione vengano esercitati per cancellare la libertà sulla quale si fonda l’ordine liberaldemocratico^[89]. In questa prospettiva sembra quindi riduttivo ricondurre il compito affidato dalla *wehrhafte Demokratie* al giudice amministrativo tedesco soltanto all’esercizio “usuale” di funzioni giurisdizionali inerenti provvedimenti e attività della Pubblica amministrazione (per quanto parte di quest’ultima, l’Ufficio federale è un servizio di *intelligence*, con tutte le ovvie conseguenze del caso).

Come dimostrato dalle sentenze commentate, nel momento in cui l’ordinamento giuridico è fondato (anche) su una concezione proattiva della democrazia, il giudice amministrativo decide della legittimità di provvedimenti ideati per assicurare la sopravvivenza dell’ordine liberaldemocratico^[90]. Le valutazioni che è chiamato a svolgere in questo delicatissimo contesto gli permettono di ricorrere al

canone di proporzionalità per risolvere questioni che toccano i diritti, i principi e i valori fondamentali al cuore delle democrazie contemporanee: per giudicare la legittimità dell'operato dell'Ufficio federale, la magistratura amministrativa costruisce difatti ragionamenti che spaziano dalla libertà di pensiero alla autodeterminazione dei partiti, dalla libertà di religione ai diritti politici^[91].

Per questa ragione, verificare la conformità alla legge delle attività operate da una amministrazione tanto peculiare quale l'Ufficio federale chiede al giudice amministrativo uno sforzo impressionante. Per non cadere nel tranello della parzialità politica, per non trasformarsi esso stesso in un attore della competizione politica, o, addirittura, per evitare di esercitare competenze spettanti al solo Tribunale costituzionale federale, i giudici di Colonia e di *Münster* hanno dovuto costruire le loro pronunce calibrandole sulla via già tracciata dal legislatore e, per l'appunto, dal giudice costituzionale, ma non solo. Non è possibile dimenticare che, oggi, il giudice amministrativo è anche un magistrato europeo; in quanto tali, quegli stessi giudici hanno pure dovuto dimostrarsi in grado di capire se l'istituto della protezione della democrazia, per come concretizzato attraverso la discrezionalità attribuita all'Ufficio federale, risponda non solo a norme interne, ma, in particolare, alla codificazione dei diritti fatta dalla Convenzione europea del 1950^[92].

Ciò detto, è impossibile non chiedersi se le attività e le decisioni di un soggetto come l'Ufficio federale, quando riguardano partiti politici debbano passare soltanto attraverso le mani di questa magistratura. Vero è che le decisioni sul punto sono comunque e sempre agganciate alle garanzie rappresentate da due gradi di giurisdizione federata, dal possibile intervento del giudice amministrativo federale e (date le questioni in gioco) da quello potenziale del Tribunale costituzionale federale. Su un altro piano, non è però meno vero che la risposta affermativa al quesito sorge spontanea quando si tratta di partiti o loro articolazioni come quelle oggetto delle sentenze dei Giudici di Colonia e *Münster*: se non si fosse consapevoli del fatto che si stanno leggendo sentenze redatte nel 2022 e nel 2024, la ricostruzione del *Deutschlandplan* e le esternazioni del *Flügel* indurrebbero a pensare di essere alle prese con documenti storici scritti nel 1935 a Norimberga. La risposta affermativa, inoltre, sorge spontanea anche e proprio quando si apprezza lo sforzo profuso dal giudice amministrativo per fronteggiare la negazione di libertà fondamentali. Adottando un ragionamento

che non è mai caduto nel giudizio morale, politico o storico, i Giudici di Colonia e Münster sono infatti riusciti nell’impresa quasi impossibile di restare sul solo piano giuridico mentre si confrontavano con una ideologia politica chiaramente capace di sgretolare dall’interno la democrazia. Al tempo stesso, però, accettare il ruolo affidato al giudice amministrativo nel sistema di protezione dell’ordine liberaldemocratico fa immaginare che lo stesso magistrato, più che evolversi in nuovi contesti, possa trasformarsi in un altro e diverso giudice – ferma restando, però, un’ultima considerazione.

Forse, il timore può essere risolto soltanto mutando radicalmente il piano delle riflessioni, ossia abbandonando quello rigidamente giuridico: perché, in fondo, non sempre importa chi difende la democrazia dai suoi nemici; a volte importa solo che venga difesa.

1. Sul punto K. Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, C.H. Beck, München, 1984, 2. Auflage, pp. 180-181.
2. Per tutto il ragionamento di nuovo K. Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 180-181.
3. *Ibidem*, p. 181 e 183.
4. Per tutti M. Vogt, *Die Weimarer Republik (1918-1933)*, in M. Vogt (Hg.), *Deutsche Geschichte*, J.B. Metzler, Stuttgart, 1997, pp. 616-693.
5. *Ibidem*, p. 181 e 183.
6. Per tutta la ricostruzione sempre K. Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 182.
7. In lingua tedesca, rispettivamente, «alle diejenigen staatlichen Einrichtungen Vorrkehrungen und Maßnahmen (...), die den rechtlichen wie den tatsächlichen Bestand eines bestimmten Staates gegen Angriffe von außen und von innen zu schützen bestimmt sind», e «spezifische Substanz [der] staatlichen und gesellschaftlichen Grundordnung». Per le definizioni (riportate nel testo in lingua italiana) v. Th. Maunz, R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 24. Auflage, 1982, § 45 1 1. Sull’ordine liberaldemocratico ex multis G. Böhme, *Zur juristischen Dogmatik der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, in E. Denninger (Hg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung. I. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, pp. 65-75. Sui diritti di libertà nello Stato costituzionale (anche tedesco), che, qui, verranno richiamati perché connotano questo stesso Stato, sempre fondamentale P. Ridola, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale (P. Häberle)*, NIS, Roma, 1999. Sul tema della fedeltà alla Costituzione e della sua protezione è a tutt’oggi un punto di riferimento E. Denninger, *Verfassungstreue und Schutz der*

Verfassung, in VVDStRL 37, Walter de Gruyter, Berlin, 1979. Per uno studio più recente del tema di scienza della politica, ma particolarmente attento alla prospettiva costituzionale, v. invece S. Schulz, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung. Ergebnis und Folgen eines historisch-politischen Prozesses*, Velbrücke Wissenschaft, Weilerswist, 2019, spec. pp. 238-262 per gli appronдimenti giuridici relativi al nesso fra la Legge fondamentale tedesca, i relativi principi inviolabili e l'istituto qui trattato. Per una riflessione comparata sulle più diverse declinazioni del patriottismo costituzionale, inteso qui (ma non discusso qui per ragioni di spazio) come precondizione per l'accoglimento della *wehrhafte Demokratie* nell'ordinamento giuridico tedesco, v. infine B. Barbisan, *Patriottismo costituzionale. Il caso italiano in prospettiva comparata*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, spec. pp. 40-88 e pp. 89-100 per il caso tedesco.

8. In lingua tedesca «*Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes*».
9. Sull'ordine liberaldemocratico *ex multis* G. Böhme, *Zur juristischen Dogmatik der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, in E. Denninger (Hg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung. I. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, pp. 65-75. Sui diritti di libertà nello Stato costituzionale (anche tedesco), che, qui, verranno richiamati perché connotano questo stesso Stato, sempre fondamentale P. Ridola, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (P. Häberle), NIS, Roma, 1999. Sui temi della fedeltà alla Costituzione e della sua protezione è a tutt'oggi un punto di riferimento E. Denninger, *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung*, in *VVDStRL 37*, Walter de Gruyter, Berlin, 1979. Per uno studio più recente del tema di scienza della politica, ma particolarmente attento alla prospettiva costituzionale, v. invece S. Schulz, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung. Ergebnis und Folgen eines historisch-politischen Prozesses*, Velbrücke Wissenschaft, Weilerswist, 2019, spec. pp. 238-262 per gli appronдimenti giuridici relativi al nesso fra la Legge fondamentale tedesca, i relativi principi inviolabili e l'istituto qui trattato. Per una riflessione comparata sulle più diverse declinazioni del patriottismo costituzionale, inteso qui (ma non discusso qui per ragioni di spazio) come precondizione per l'accoglimento della *wehrhafte Demokratie* nell'ordinamento giuridico tedesco, v. infine B. Barbisan, *Patriottismo costituzionale. Il caso italiano in prospettiva comparata*, cit., spec. pp. 40-88 e pp. 89-100 per il caso tedesco.
10. Sebbene risalenti, risultano a tutt'oggi di straordinaria attualità le considerazioni di Werner Maihofer sugli istituti a protezione della democrazia, perché studiati alla luce dei principi dello Stato di diritto: W. Maihofer, *Staatschutz im Rechtsstaat*, Evang. Akademie in Hessen und Nassau, Frankfurt am Main, 1964. Fanno poi riflettere ancora, dato l'approccio particolarmente critico al tema, le osservazioni di anni fa di J. Seifen, *Innere Sicherheit: Risiko für die Demokratie*, in A. Klönne, T. Rasenhorn, F. Benseler (Hg.), *Lebendige Verfassungs – das Grundgesetz in Perspektive, Demokratie und Rechtsstaat*, Band 52, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, 1981, pp. 145 ss. Sulla nozione giuridica di *wehrhafte Demokratie* si v. invece (alla luce dell'inquadramento fornito da K.

Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 192 e 195) la definizione sintetica dell'istituto data da A. Bötticher, H.-J. Lange, *Wehrhafte Demokratie*, in U. Dövermann (Hg.), *Linksextremismus in der Bundesrepublik Deutschland*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2011, pp. 281-290. Sul più ampio tema della democrazia protetta si rinvia ai diversi contributi raccolti nel volume curato da A. di Giovine, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005.

11. Questi meccanismi rientrano fra i compiti dell'Ufficio federale e di quelli federati posti a protezione della Costituzione, ossia, rispettivamente, il *Bundesamt für Verfassungsschutz* e i *Landesämter für Verfassungsschutz* (anche solo *Verfassungsschutz*, BfV o LAfV). La legge federale che disciplina l'istituto della c.d. protezione della Costituzione – stabilendo i compiti dell'Ufficio federale e di quelli federati in materia, e l'oggetto dell'istituto – è il *Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz* (*Bundesverfassungsschutzgesetz* o BVerfSchG) del 20 dicembre 1990 (pubblicata in *Bundesgesetzblatt-BGBL I, Jahrgang* 1990, p. 2970, poi modificata dall'art. 2 della legge federale del 6 maggio 2024, per la quale v. il *Bundesgesetzblatt-BGBL I, Jahrgang* 2024, n. 149). Sul BVerfSchG e l'istituto da essa normato v. gli approfondimenti di M. Thiel, *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003. Per l'approfondimento dei caratteri e delle fasi del procedimento della c.d. protezione della Costituzione, così come svolto dall'Ufficio federale, si rinvia invece all'opera di B. Doris, *Handbuch des Verfassungsschutzrechts*, Boorberg, Stuttgart, 2007, e a Bundesamt für Verfassungsschutz (Hg.), *Verfassungsschutz in der Demokratie. Beiträge aus Wissenschaft und Praxis*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990. Per una ricostruzione storica (accurata e interessante, anche se di carattere divulgativo) delle attività condotte negli anni dall'Ufficio federale H. van Bergh, *Köln 4713. Geschichte und Geschichten des Bundesamtes für Verfassungsschutz*, Naumann, Würzburg, 1981.
12. Importante sottolineare fin da subito che, al di là delle sentenze e della dottrina che si ricorderanno nel corso delle note seguenti, già la possibilità solo teorica di mettere al bando un partito politico ha, da sempre, sollevato anche considerevoli dubbi. In particolare, il dilemma più significativo riguarda il pericolo che il nòvero degli aderenti al partito, dopo il suo scioglimento, agiscano in modo sommerso e, per questa ragione, ancora più pericoloso per la tenuta dell'ordine democratico. Sui profili critici della questione si è interrogata J. Gerlach, *Die Vereinsverbotspraxis der streitbaren Demokratie: Verbieten oder Nicht-Verbieten?*, Nomos, Baden-Baden, 2012. In merito alle preoccupazioni suscite in Germania dalle formazioni politiche estremiste fin dall'immediato Secondo dopoguerra, v. invece, anche se risalente, U. Backes, J. Eckhard, *Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 1996, 4. Auflage. In generale sui partiti nell'ordinamento giuridico tedesco (e su quelli antisistema) del Secondo dopoguerra U. von Alemann, *Das Parteiensystem der Bundesrepublik*

Deutschland, Leske+Budrich, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2003, e per una analisi risalente, ma ancora oggi significativa W. Henke, *Das Recht der politischen Parteien*, Otto Schwarz Verlag, Göttingen, 1972, 2. Auflage, spec. pp. 237 ss. e 265 ss.

13. Per la giurisprudenza costituzionale consolidata in materia di messa al bando dei partiti antisistema BVerfGE 2, 1, 13 ss., 14; BVerfGE 5, 85, 112; BVerfGE 6, 300; BVerfGE 12, 296, 304 ss.; BVerfGE 13, 174, 177; BVerfGE 16, 4; BVerfGE 24, 44, 58; BVerfGE 37, 344, 353; BVerfGE 39, 334, 359 ss.; BVerfGE 40, 287, 291; BVerfGE 47, 130, 141, e, in tempi più recenti, BVerfGE 144, 20.
14. Al di là dei profili di stretto diritto costituzionale che emergono dalle sentenze richiamate alla nota precedente, va ricordato che la dottrina giuridica ha osservato la competenza del *Bundesverfassungsgericht* sui partiti antisistema pure in chiave politica e sociologica, ossia in ambiti imprescindibili per capire a fondo il più ampio contesto in cui va calato l'operato del giudice costituzionale: per questi profili fra tutti P. Badura, H. Dreier (Hg.), *Festschrift für 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001. Sempre in materia di tutela dei partiti e messa al bando di quelli antisistema è poi bene sottolineare come spetti all'art. 21, 1° comma, della Costituzione tedesca (Legge fondamentale o GG) delineare il ruolo e le garanzie poste a favore dei partiti politici, nonché l'obbligo di rendere pubblici i loro finanziamenti e le modalità di loro utilizzo; la disposizione costituzionale indica inoltre, al 2° comma, le ipotesi in cui un partito politico può configurarsi come antisistema (individuandole nel rischio per l'integrità o la sopravvivenza dell'ordine liberaldemocratico) ed essere giudicato dal Tribunale costituzionale federale. Per l'approfondita disamina di tutti gli aspetti più rilevanti dell'istituto della messa al bando dei partiti *ex art. 21, 2° comma GG*, K. Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 206 ss. Più recenti i contribuiti di A. Castaldo, *Democratizzazione e partiti politici. Il caso della Repubblica federale tedesca*, in *Mondo contemporaneo*, (1), 2011, pp. 115-147, e I. Nicotra, *Democrazia 'convenzionale' e partiti antisistema*, Giappichelli, Torino, 2007. Sul caso specifico che, nel 2017, ha fatto molto scalpore in Germania, G. Delledonne, *Applicare la clausola sui partiti antisistema, oggi: il Bundesverfassungsgericht non scioglie (per ora) il partito neonazista NPD*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 37, n. 2, 2017, pp. 408-411 e – sia permesso il rinvio – M. Bonini, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, 2017, pp. 1-22. Per una analisi, invece, dell'evoluzione recente del quadro giuridico-politico discusso nel 2017, alla luce della diffusione dell'estremismo di destra, A. Zick, B. Küpper, N. Mokros, *Die distanzierte Mitte. Rechtsextreme und demokratiegefährdende Einstellungen in Deutschland 2022/23* (Hg. Für die Friedrich-Ebert-Stiftung v. Franziska Schröter), Verlag J.H.W. Dietz Nachf., Bonn, 2023.
15. Come stabilisce la legge federale *Bundesverfassungsschutzgesetz* o BVerfSchG di cui alla nota 11., ogni *Land* conta su un Ufficio federato per la protezione della Costituzione: in tutto, gli Uffici federati sono dunque sedici.
16. Stabilisce la versione in lingua tedesca del §1 del BVerfSchG, riassunta nel testo in lingua

italiana: «(1) *Der Verfassungsschutz dient dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder.* (2) *Der Bund und die Länder sind verpflichtet, in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes zusammenzuarbeiten.* (3) *Die Zusammenarbeit besteht auch in gegenseitiger Unterstützung und Hilfeleistung».*

17. Stabilisce la versione in lingua tedesca del §3 del BVerfSchG, riassunta nel testo in lingua italiana: «(1) *Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder ist die Sammlung uns Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogene Auskünfte, Nachrichten und Unterlagen, über:* 1. *Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben.* [...] 4. *Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung (Artikel 9 Abs. 2 des Grundgesetzes), insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes) gerichtet sind».*
18. Molto utili in questa luce anche le informazioni fornite dal sito dell'Ufficio federale: https://www.verfassungsschutz.de/DE/home/home_node.html.
19. L'art. 73, pgf. 10, lett. b) GG stabilisce che l'Ufficio federale e quelli federati cooperano per assicurare la protezione dei beni giuridici indicati nel testo in lingua italiana: «10. *Die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder [...] b) zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes (Verfassungsschutz)*».
20. K. Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 192.
21. *Ibidem*, p. 192.
22. *Ibidem*, p. 193.
23. *Ibidem*. Sui valori ricordati nel testo e il loro nesso con la *wehrhafte Demokratie*, di nuovo M. Tiehl, *Zur Einführung: Die 'wehrhafte Demokratie' als verfassungsrechtliche Grundentscheidung*, in Id., *Wehrhafte Demokratie*, cit., pp. 1-24. Decisivo in questo contesto quanto chiarito dalla giurisprudenza costituzionale tedesca in merito ai principi e ai valori costituzionali, che, per il BVerfG, si sovrappongono al punto da essere inscindibili (con tutte le conseguenze immaginabili per quanto discusso qui); v. la sentenza del 1995 del giudice costituzionale BVerfGE 19, 206, e anche, sullo specifico principio della neutralità dello Stato rispetto ai partiti politici alla luce della messa al bando della KPD nel 1956 (ossia del partito comunista tedesco), BVerfGE 5, 85, spec. 138 ss.
24. K. Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 101-104.
25. Per il testo degli Accordi di Londra M.G. Melchionni, *Conferenze sulla questione tedesca*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, vol. 15, n. 2, 1948, pp. 248-61.
26. Sul punto F.L. Schäfer, *Wehrhafte Demokratie: ein Vergleich zwischen Weimar und Bundesrepublik*, in H. Brenneisen, D. Staack, S. Kischewski, *60 Jahre Grundgesetz*, LIT, Berlin, 2010, pp. 197-214. Approfondisce il peculiare carattere della protezione della democrazia, trasformando l'analisi dell'esperienza weimariana nella chiave di riflessione sui

primi anni della ancora fragile, ma rinata, democrazia tedesca S. Ullrich, *Der Weimar-Komplex. Das Scheitern der ersten deutschen Demokratie und die politische Kultur der frühen Bundesrepublik 1945-1959*, Wallstein, Göttingen, 2009. Molto importante per comprendere le lontane origini di quanto qui discusso, poi, B. Barbisan, *Patriottismo costituzionale. Il caso italiano in prospettiva comparata*, cit., p. 41, laddove evidenzia come nel periodo storico in cui operava la Costituente tedesca si stesse riflettendo in relazione a «*un contesto in cui i sentimenti prodemocratici si mescolavano a serie componenti antidemocratiche*», e p. 43, per la riflessione sulla debolezza insita nella Costituzione di Weimar.

27. BVerfGE 5, 85, 139, così come richiamato da K. Stern, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 195: «aus dem Pluralismus von Zielen und Wertungen gewisse Grundprinzipien der Staatsgestaltung heraus, die, wenn sie einmal auf demokratische Weise gebilligt sind, als absolute Werte anerkannt und deshalb entschlossen gegen alle Angriffe verteidigt werden sollen; soweit zum Zwecke dieser Verteidigung Einschränkungen der politischen Betätigungsfreiheit der Gegner erforderlich sind, werden sie in Kauf genommen».
28. M. Tiehl, *Zur Einführung: Die ‘wehrhafte Demokratie’ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung*, cit., pp. 1-24, spec. p. 10 ss.; F.L. Schäfer, *Wehrhafte Demokratie: ein Vergleich zwischen Weimar und Bundesrepublik*, cit., spec. p. 200 ss. M. Brenner, *Die wehrhafte Demokratie: Eine Lehre aus Weimar?*, in E. Eichenhofer (Hg.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 95-116.
29. In questa prospettiva non è superfluo sottolineare come le circostanze che, nel 1933, circondano l'avvento al potere di Hitler e la sua assunzione del ruolo di Cancelliere rispettassero soltanto da un punto di vista formale le norme vigenti in materia; nella sostanza, la deriva autoritaria era già avviata: così D. Deiseroth, *Die Legalitätslegende. Vom Reichstagsbrand zum NS-Regime*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 53(2), pp. 91-102.
30. Sulla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana, nei soli limiti di quanto qui utile, v. G. D'Elia, *XII disposizione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, *ad vocem*.
31. Ancora F.L. Schäfer, *Wehrhafte Demokratie: ein Vergleich zwischen Weimar und Bundesrepublik*, cit., spec. p. 210; S. Schulz, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*, cit., p. 83 ss, spec. p. 98-107 (che si suggerisce di leggere alla luce di quanto affermato da P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come ‘esperienza’ e come ‘paradigma’*, in Id., *Stato e Costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. p. 46).
32. Ossia l'*Oberverwaltungsgerichtshof* del Land tedesco Nordrhein-Westfalen o in breve OVG, indicato nel testo come giudice amministrativo di secondo grado, Giudice di Münster o soltanto giudice. Per le decisioni qui discusse v. OVG Münster 5 A 1216/22 (I. Instanz, VG Köln 13 K 207/20), OVG Münster 5 A 1217/22 (I. Instanz: VG Köln 13 K

208/20), OVG *Münster* 5 A 1218/22 (I. Instanz: VG *Köln* 13 K 326/21). Si attende ancora una ulteriore pronuncia, relativa ai ricorsi presentati dalla AfD e dalla JA (5 B 131/24) avverso la decisione d'urgenza pronunciata dal giudice amministrativo di primo grado di Colonia il 5 febbraio 2024. Entrambi i ricorsi si oppongono sia alla classificazione della JA come formazione di tendenze estremiste acclarate (*infra* nel testo, spec. pgff. 2. e 6.), che alla diffusione presso l'opinione pubblica della stessa notizia. Al momento in cui si scrive non è dato sapere quando il Giudice di *Münster* si esprimerà in proposito. Hanno approfondito alcuni fra i profili più significativi delle decisioni di primo grado, poco sopra elencate fra parentesi, S. Schulz, *Abgründe im Behördenalltag. Die AfD, das BfV und das BMI*, in *Kritische Justiz*, (3), 2022, pp. 375-380; B. Huber, *Anmerkung zu VG Köln: Die AfD als nachrichtendienstlicher Verdachtsfall. Entscheidungsbesprechung*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2023, pp. 225-229; A. Nitschke, *Die beamtenrechtliche Behandlung der sogenannten 'Nazi-Chats' im öffentlichen Dienst*, in *Zeitschrift für Beamtenrecht*, 2022, pp. 361-374. Per le prime considerazioni inerenti, invece, le pronunce di secondo grado (del Giudice di *Münster*), v. alcuni editoriali curati dalla redazione di *Legal Tribune Online: AfD bleibt ein Verdachtsfall: Wie geht es jetzt weiter?*, in *Legal Tribune Online*, 13.05.2024, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/afd-verdachtsfall-ovg-nordrhein-westfalen-verfassungsschutz-rechtsextremismus/>; *AfD bleibt Verdachtsfall – die Reaktionen: «wehrhafte Demokratie darf kein zahnloser Tiger sein»*, in *Legal tribune Online*, 13.05.2024, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ovg-muenster-5-a1216-22-5-a1217-22-5-a1218-22-afd-verdachtsfall-rechtsextremismus-verfassungsschutz-einstufung-reaktionen/>.

33. *Infra* nel testo per le spiegazioni relative all'obbligo dell'Ufficio federale di informare l'opinione pubblica in merito alla classificazione che configura un determinato individuo, una associazione o un partito politico come fattispecie di sospetto oppure di acclarato estremismo. Come si approfondirà nel corso dello scritto, l'obbligo in questione connota in modo del tutto particolare (data la sua importanza) l'attività dell'Ufficio federale: gli aspetti più delicati della questione sono stati approfonditi da T. Grumke, A. Pfahl-Traughber (Hg.), *Offener Demokratischutz in einer offenen Gesellschaft. Öffentlichkeitsarbeit und Prävention als Instrumente des Verfassungsschutzes*, Barbara Budrich Verlag, Opladen, 2010.
34. Va però sottolineato che, fin dal giudizio di primo grado, la JA e il *Flügel* sono state definite dal giudice amministrativo come articolazioni della AfD; per questo, nelle sentenze in commento, lo stesso giudice si riferisce spesso soltanto alla prima qualificandola come ricorrente.
35. Come accennato alla nota 32., le vicende processuali sono state seguite e rese note anzitutto dagli esperti di *Legal Tribune online*: <https://www.lto.de/>.
36. Tribunale amministrativo di Leipzig, *Bundesverwaltungsgericht* o BVerWG, indicato nel testo come giudice federale amministrativo, giudice o Giudice di Lipsia.
37. Fonti giornalistiche (troppe per essere riportate qui), nel corso del mese di ottobre, hanno

CERIDAP

più volte ricordato che alcuni membri della Camera (il *Bundestag*) vorrebbero rivolgersi al BVerfG per avviare il procedimento sulla messa al bando della AfD.

38. Va precisato che La AfD e la JA hanno presentato separatamente i ricorsi relativi alla decisione dell'8 marzo 2022 del giudice amministrativo di primo grado di Colonia; il *Flügel*, invece, in quanto giuridicamente riconducibile alla AfD, ha presentato ricorso mediante il partito.
39. Per le disposizioni sul punto della legge federale BVerfSchG *supra*, alla note 11., 15., 16. e 17.
40. L'espressione *Frühwarnsystem der Demokratie* si riferisce sempre al sistema della protezione della Costituzione, ossia all'Ufficio federale o agli Uffici federati (a seconda del contesto in cui la stessa espressione viene utilizzata).
41. Come ribadito dal giudice amministrativo di secondo grado (OVG 5 A 1217/22, § 85), le fasi del procedimento descritte nel testo vanno ricondotte alla lettura congiunta di diverse disposizioni della legge federale BVerfSchG, non a singoli articoli della stessa. Inoltre, l'Ufficio deve svolgerle adottando sempre gli strumenti che risultano meno invasivi della sfera giuridica dei soggetti attenzionati: sul punto, di nuovo OVG 5 A 1217/22, al § 98.
42. In relazione al c.d. *Prüffall* di nuovo le osservazioni del giudice amministrativo di secondo grado OVG 5 A 1217/22, § 85.
43. La base giuridica individuata in secondo grado in relazione al c.d. *Verdachtsfall* è data dal congiunto disposto del § 8, 1° comma, primo periodo e del § 3, 1° comma, n. 1), e del § 4, 1° comma, quinto periodo della legge federale BVerfSchG.
44. Per la c.d. *verfassungsfeindliche Bestrebung* OVG 5 A 1217/22, § 154 e ss., dove il giudice di secondo grado richiama anche la giurisprudenza costituzionale: BVerfG, *Urteil vom 22 April 2022 – 1 BvR 1619/17, BVerfGE 162, 1, 1, juris*, Rn. 185 ss.
45. Per la nozione di *Beobachtungsobjekt* v. invece il giudice amministrativo federale: BVerwG, *Urteil vom 14. Dezember 2020 – 6 C 11.18c* -, BVerwGE 171, 59, *juris*, Rn. 14.
46. Per il concetto di *extremistische Bestrebung* OVG 5 A 1217/22, §§ 95-97, e il § 4, 1° e 2° comma della legge federale BVerfSchG.
47. Rispetto ai limiti posti all'uso di mezzi intrusivi, importante è anche una considerazione: la legge federale BVerfSchG, allo scopo di non attribuire all'Ufficio federale competenze in contrasto con la disciplina sovranazionale sulla tutela dei dati, va interpretata nel rispetto di quest'ultima: così di recente OVG 5 A 1217/22, § 95. Sull'utilizzo proporzionale, invece, degli strumenti invasivi v. il § 8, 2° comma, primo periodo della legge federale BVerfSchG.
48. Tratta questa possibilità B. Rudolf, *'Verfassungsfeinde' im öffentlichen Dienst*, in M. Thiel (Hg.), *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, cit., pp. 209-250.
49. Specificamente, in quella sulla messa al bando dei partiti antisistema: *supra*, alla nota 12.
50. Sul punto di nuovo la giurisprudenza costituzionale ricostruita *supra*, alla nota 13. In particolare, l'operato dell'Ufficio federale va ricondotto alla rigidissima disciplina della legge federale *Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes* (*Sicherheitsüberprüfungsgesetz* o SÜG) del 20 aprile

1994 (pubblicata nel *Bundesgesetzblatt-BGBL I, Jahrgang 1994*, p. 867): le disposizioni non lasciano alcun margine di discrezionalità all’Ufficio sia per quanto riguarda la conduzione dell’attività di sorveglianza e la qualificazione dei gradi di rischio caratterizzanti i soggetti monitorati, sia in relazione alla diffusione al pubblico della classificazione dei casi osservati.

51. Per ogni approfondimento necessario e di più ampio respiro che possa fungere da sfondo a quanto si discute nel testo ancora P. Ridola, *Stato e Costituzione in Germania*, cit., e, in merito alla concezione dei diritti fondamentali accolta (anche) dall’ordinamento giuridico tedesco Id., *Il principio di libertà nello Stato costituzionale: i diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018. D’obbligo ricordare poi, in tema di dignità umana, G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 42, 1956 p. 127 ss. e la nota sentenza del 1977 BVerfGE 187, 228. Sul tema della dignità umana, delineato invece nella prospettiva dei nessi con la concezione della persona umana accolta dalla Legge fondamentale, è bene anche rileggere uno scritto ancor più risalente dell’A. tedesco: G. Dürig, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, in *Juristische Rundschau*, (7) 1952, pp. 259-263. Dati gli avvenimenti recenti, non può inoltre stupire che riflessioni di anni addietro siano tornate di estrema attualità: in questa luce sembra interessante ricordare lo scritto sulla crisi dell’ordine liberaldemocratico nel contesto dello Stato di diritto di J. Fischer, *Theorien zur Krise des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates*, in E. Denninger (Hg.), *Freiheitliche demokratische Ordnung. I. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, cit., pp. 367-379.
52. Ossia le pronunce VG Köln 13 K 207/20, VG Köln 13 K 208/20, VG Köln 13 K 326/21.
53. Al momento in cui si scrive sono state pubblicate integralmente le decisioni di primo grado elencate alla nota precedente, la sentenza di secondo grado OVG Münster 5 A 1217/22 (I. Instanz: VG Köln 13 K 208/20), e tutti i passaggi più significativi tratti dalla motivazione in diritto delle sentenze di secondo grado (i c.d. *Orientierungssätze*, forniti dagli stessi Magistrati del collegio giudicante) delle pronunce OVG Münster 5 A 1216/22 (I. Instanz, VG Köln 13 K 207/20) e OVG Münster 5 A 1218/22 (I. Instanz: VG Köln 13 K 326/21). Dato questo materiale (che, peraltro, dimostra come in primo e secondo grado i giudici amministrativi abbiano adottato un approccio identico) è possibile commentare anche le sentenze del Giudice di Münster non ancora pubblicate. Per i relativi *Orientierungssätze* v. https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemittelungen/23_240513/index.php.
54. VG Köln, *Urteil vom 8. März 2022 – 13 K 326/21 -, juris*, §§ 124-125.
55. VG Köln, 13 K 326/21, § 166 ss.
56. VG Köln, 13 K 326/21, §§ 165.
57. VG Köln, 13 K 326/21, § 167 ss.
58. VG Köln, 13 K 326/21, § 168, e, come richiamato in questo passaggio della motivazione dal Giudice di Colonia, BVerfG, *Urteil vom 29. Oktober 1975*, 2 BvE 1/75, BVerfGE 40, 287 (Rn 16).

59. VG Köln, 13 K 326/21, § 172.
60. VG Köln, 13 K 326/21, § 173.
61. *Bundesverwaltungsgericht o BVerwG, Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -, BVerwGE 137, 275 (Rn 29).*
62. Spec. BVerfG, *Urteil vom 7. Dezember 1999, - 2 BvR 301/98 -, Rn 1-46, BVerfGE 101, 297-312*, come riassunta in BVerwG 1 C 30.97 – BVerwG 110, 126, 131 ff.
63. L'art. 9, 2° comma GG disciplina i limiti alla libertà di associazione; l'art. 18 GG stabilisce che l'esercizio contrario all'ordine liberaldemocratico della libertà di pensiero comporta, lett., la perdita della stessa; l'art. 20, 4° comma GG codifica il diritto di resistenza di tutti i tedeschi nel caso non sia possibile altrimenti difendere la democrazia.
64. Così il Tribunale costituzionale federale nella ricostruzione fatta dal Giudice di Colonia: VG Köln, 13 K 326/21, § 175. Per l'art. 21 GG v. la nota 14.
65. VG Köln, 13 K 326/21, § 177.
66. Per la ricostruzione seguente OVG 5 A 1217/22, § 90 ss., spec. 95 e 96, e il § 4, 1° comma, quinto periodo della legge federale BVerfSchG.
67. OVG 5 A 1217/22, § 90 ss., laddove richiama una sentenza fondamentale per le questioni trattate: BVerwG, *Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -, BVerwGE 137, 275 Rn 30.*
68. BVerwG, *Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -, BVerwGE 137, 275 Rn 30.*
69. Di nuovo BVerwG, *Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -, BVerwGE 137, 275 Rn 30*, in lingua originale: «*Werden die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Beobachtung von Parteien durch den Verfassungsschutz eingehalten und wird dabei insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt, greift diese Beobachtung nicht stärker in den offenen Wettbewerb der Parteien um die Möglichkeit politischer Gestaltung ein, als dies mit Rücksicht auf die Verteidigung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Demokratie erforderlich ist*». Tutte le versioni in lingua italiana che compaiono nel testo sono curate da chi scrive.
70. Ancora BVerwG, *Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -, BVerwGE 137, 275 Rn 30*, in lingua originale: «*Das Bundesverfassungsschutzgesetz lässt es nicht zu, den Verfassungsschutz darüber hinaus einseitig parteipolitisch, namentlich im Interesse der Regierungsparteien zu instrumentalisieren. Missbräuchlich, und deshalb von den eingeschränkten Ermächtigungsgrundlagen des Bundesverfassungsschutzgesetzes nicht gedeckt, wäre eine einseitige und gezielte, zudem verdeckte Weitergabe von gewonnenen Erkenntnissen an einzelne Parteien oder Politiker, namentlich zur Verwendung im Wahlkampf. Es ist nicht Aufgabe des Verfassungsschutzes, Munition für den Wahlkampf bereitzustellen*».
71. VG Köln, 13 K 326/21, § 201 ss., laddove richiama alla fine il ragionamento de BVerwG, *Urteil vom 7. Dezember 1999 – BVerwG 1 C 30.97 – BVerwGE 110, 126, 134 ss.*, in lingua originale: «*Der Gesetzgeber hat die Aufgaben und Befugnisse des Bundesamts für Verfassungsschutz so bestimmt, dass Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Parteien auf das zur Selbstverteidigung der freiheitlichen Demokratie zwingend Gebotene beschränkt bleiben. Die widerstreitenden Prinzipien der Parteienfreiheit und der streitbaren*

Demokratie sind namentlich in § 8 Abs. 5 BVerfSchG und 9 BVerfSchG mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einem angemessenen Ausgleich zugeführt. Die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall genügt zur Wahrung der Rechte und schützenswerten Belange Betroffener. Dies gilt auch für politische Parteien».

72. V. gli Orientierungssätze (per la definizione di questi ultimi *supra*, la nota 53.) de OVG Münster 5 A 1216/22, OVG Münster 5 A 1217/22, OVG Münster 5 A 1218/22.
73. VG Köln, 13 K 326/21, § 201, 210 ss., e di nuovo BVerwG, Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -, BVerwGE 137, 275 Rn 30.
74. VG Köln, 13 K 326/21, § 203, in lingua originale: «*Es ist dem Staat nicht verwehrt, aus Meinungsäußerungen, die den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geniessen, also weder verboten sind noch bestraft werden können, Schlüsse zu ziehen und Maßnahmen zum Rechtsgüterschutz zu ergreifen. Das Gesetz definiert den Begriff der Bestrebung nicht anhand der Merkmale legal/illegal. Deshalb können die Verfassungsschutzbehörden an die Inhalte von Meinungsäußerungen anknüpfen, soweit diese Ausdruck eines Bestrebens sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen. Die verfassungsfeindliche Zielrichtung kann sich auch aus einer Zusammensetzung erlaubter Äußerungen ergeben».*
75. VG Köln, 13 K 326/21, § 203, in lingua originale: «*Ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen können bereits dann gegeben sein, wenn aussagekräftiges Tatsachenmaterial lediglich einen Teilbereich der Zielsetzungen, Verlautbarungen und Aktivitäten des Personenzusammenschlusses widerspiegelt. Deren Aussagekraft wird nicht allein dadurch in Frage gestellt, dass neben einer Vielzahl von verfassungsschutzrechtlich irrelevanten oder wertneutralen Äußerungen existiert, denen sich keine Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Ausrichtung entnehmen lassen».*
76. VG Köln, 13 K 326/21, § 212, in lingua originale: «*allein durch die Beobachtung können die Regierung, das Parlament und die Öffentlichkeit über den Fortgang der weiteren, noch nicht abgeschlossenen Entwicklung der Partei sachkundig und angemessen unterrichtet werden. So können eindeutige verfassungsfeindliche Bestrebungen einzelner Gruppierungen innerhalb einer Partei Anhaltspunkte dafür liefern, in welche Richtung die Partei sich entwickeln kann*», e di nuovo BVerwG, Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -, BVerwGE 137, 275 Rn 30.
77. OVG Münster 5 A 1217/22, § 203 ss.
78. OVG Münster 5 A 1217/22, § 203 ss., laddove richiama espressamente BVerfG, Urteil vom 23. Januar 2024 – 2 BvB 1/19 -, 645, juris, Rn. 294, Urteil vom 17. Januar 20217 – 2 BvB 1/13 -, BVerfGE 144, 20, juris, Rn. 579.
79. OVG Münster 5 A 1217/22, § 198 ss., § 229 specialmente per il principio della dignità umana.
80. OVG Münster 5 A 1217/22, §§ 120, 153, 169 ss.
81. OVG Münster 5 A 1217/22, § 304 ss.
82. Di nuovo OVG Münster 5 A 1217/22, § 304 ss.
83. OVG Münster 5 A 1217/22, § 169, 264 ss.
84. Questioni già risolte dal giudice federale: BVerwG, Urteil vom 21. Juli 2010 – 6 C 22.09 -,

CERIDAP

- BVerwGE 137, 275 Rn 30..
85. V. la nota precedente.
 86. Per una sintesi della letteratura italiana in tema si rinvia alla bibliografia di C.E. Gallo, *Attualità del giudice amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 2021, <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/1799-attualita-del-giudice-amministrativo-2>: l'A. si interroga sugli sviluppi di questa magistratura (in parte molto critici) originati dalla congerie di atti dell'Esecutivo adottati in anni recenti per fronteggiare la pandemia da Covid-19.
 87. Ossia, relativo alle questioni inerenti gli istituti della messa al bando e dell'esclusione dal finanziamento pubblico dei partiti antisistema (nel rispetto dell'art. 21 GG): di nuovo BVerfG, *Urteil vom 23. Januar 2024 – 2 BvB 1/19*, Rn. 1-510, così richiamata da OVG Münster 5 A 1217/22, § 203. Sulla sentenza del giudice costituzionale che, nel 2017, non aveva messo al bando il partito *Die Heimat/Nationaldemokratische Partei Deutschland-NPD*, ma, nel gennaio 2024, lo ha escluso dal godimento del finanziamento pubblico, v. l'ottimo editoriale della redazione di *Legal Tribune, Breite Zustimmung für NPD-Finanzierungsausschluss*, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/2bvb119-bverfg-npd-parteienfinanzierung-verfassungsfeindlich/>.
 88. V. le sentenze di cui alla nota precedente e OVG Münster 5 A 1217/22, § 185.
 89. Di nuovo OVG Münster 5 A 1217/22, § 185, dove si può trovare la citazione, in lingua originale, del BVerfG: «*Die ‘streitbare Demokratie’ will gerade den Missbrauch grundrechtlich geschützter Freiheiten zur Abschaffung der Freiheit verhindern*». Per questo passaggio, dunque, le decisioni BVerfG, *Urteil vom 23. Januar 2024 – 2 BvB 1/19* – in NJW 2024, 645, *juris*, Rn. 294; BVerfG, *Urteil vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13* –, BVerfGE 144, 20, *juris*, Rn. 579.
 90. OVG Münster 5 A 1217/22, § 120.
 91. OVG Münster 5 A 1217/22, §§ 120, 153, 169.
 92. OVG Münster 5 A 1217/22, § 169.

La frontiera dell'IO (Intelligenza Organoide)

Andrea Crismani

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-10

Il campo dell'intelligenza artificiale (IA) e quello emergente dell'intelligenza organoide (IO) rappresentano due delle frontiere più avanzate e promettenti della scienza e della tecnologia moderna. L'IA, nata negli anni '50 del Secolo scorso, ha rapidamente evoluto e influenzato vari settori professionali e sociali, senza però arrivare a una definizione universalmente accettata a causa della sua natura multidisciplinare e in continua trasformazione. Parallelamente, l'OI, solleva questioni etiche e legali complesse, rendendo cruciale la necessità di una definizione chiara e condivisa. Il presente scritto esplora queste tematiche, evidenziando l'importanza di una definizione chiara e un consenso univoco sia per l'intelligenza artificiale che per l'intelligenza organoide. Solo attraverso un consenso condiviso è possibile sviluppare regolamentazioni che promuovano l'innovazione tecnologica in un contesto di responsabilità sociale ed etica, affrontando le sfide e le opportunità presentate da queste avanzate tecnologie.

The Frontier of OI (Organoid Intelligence)

The field of Artificial Intelligence (AI) and the emerging domain of Organoid Intelligence (OI) represent two of the most advanced and promising frontiers of modern science and technology. AI, which originated in the 1950s, has rapidly evolved and influenced various professional and social sectors. However, it has not yet achieved a universally accepted definition due to its multidisciplinary nature and continuous transformation. In parallel, OI raises complex ethical and legal issues, making a clear and shared definition crucial. This paper explores these issues, highlighting the importance of clear definitions and unanimous consensus for both Artificial Intelligence and Organoid Intelligence. Only through shared consensus is it possible to develop regulations that promote technological innovation within a framework of social and ethical responsibility, addressing the challenges and opportunities presented by these advanced technologies.

Sommario: 1. Premessa.- 2. Il sistema di IA (Intelligenza Artificiale).- 3. L'Organoid Intelligence (OI) e The Vision Paper Organoid Intelligence (OI): the new frontier in biocomputing and intelligence-in-a-dish.- 4. Distinzione tra IO e IA.- 5. Sviluppi e potenzialità dell'IO: the “biocomputer” powered by human brain.- 6. The Baltimore Declaration toward OI e The White Paper: alla ricerca del consenso sulla definizione.- 7. Conclusioni.

1. Premessa

Le rivoluzioni scientifiche e tecniche hanno il potenziale di sovvertire l'ordine regolato, una caratteristica che le distingue dalle rivoluzioni politiche, raramente affrontate dalla dottrina^[1]. L'intelligenza artificiale (IA) rappresenta una delle principali innovazioni dell'epoca attuale, influenzando praticamente ogni attività.

Gli aspetti sulla IA sono molteplici, sono tra loro intrecciati e tra loro si condizionano e riguardano gli interessi pubblici, i diritti fondamentali delle persone e gli interessi commerciali.

La competizione per il dominio dell'intelligenza artificiale è una battaglia globale tra nazioni, caratterizzata da una incessante corsa per mobilitare le migliori risorse umane e materiali. Questa sfida non riguarda solo la tecnologia, ma riflette anche le differenze tra vari sistemi sociopolitici e ideativi. Attualmente, un grande paese sta recuperando terreno in settori chiave come quello militare, cercando di colmare il divario con un altro paese leader. Questa competizione ricorda la corsa agli armamenti nucleari, con le nazioni determinate a prevalere^[2].

Tuttavia, la competizione spesso non si svolge esclusivamente tra nazioni, ma anche tra le grandi aziende tecnologiche, le cosiddette *Big tech*, che per loro capitalizzazione patrimoniale e capacità tecnologica superano molte singole nazioni e sono di fatto dei *Monopolistic Players of AI Ecosystem*. Queste entità non detengono solo immense risorse finanziarie, ma esercitano un'influenza globale spesso superiore a quella dei governi. La competizione, oltre a essere geopolitica tra nazioni, si manifesta all'interno degli Stati, dove le aziende tecnologiche influenzano profondamente le decisioni politiche, economiche e sociali. Le *Big Tech*, inoltre, non si limitano a confrontarsi con gli Stati, ma

competono tra loro per il predominio tecnologico. Settori come l'intelligenza artificiale, la gestione dei dati e le infrastrutture *cloud* sono diventati cruciali per determinare chi guiderà la prossima rivoluzione tecnologica. Queste aziende non si contendono solo il mercato, ma anche le risorse umane più qualificate, il controllo delle informazioni e delle infrastrutture digitali globali.

In questo scenario, la competizione si articola su più livelli: tra Stati, tra le imprese tecnologiche all'interno degli Stati, e tra le stesse *Big Tech* a livello globale. Ciò crea un quadro complesso dove le alleanze e le rivalità si intrecciano in modi che possono influenzare profondamente l'economia mondiale, la sicurezza nazionale e la vita quotidiana delle persone. La sfida per la supremazia tecnologica diventa quindi una questione di strategia multilivello, che richiede una comprensione profonda delle dinamiche interne ed esterne che guidano questo nuovo tipo di confronto globale.

In tale contesto, intervengono i singoli Stati o le unioni di Stati (come la Ue) attraverso le varie autorità competenti e con regolamentazioni mirate. Un esempio recente è il Regolamento 2024/1689/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti 2008/300/CE, 2013/167/UE, 2013/168/UE, 2018/858/UE, 2018/1139/UE e 2019/2144/UE e le direttive 2014/90/UE, 2016/797/UE e 2020/1828/UE (regolamento sull'intelligenza artificiale), che rappresenta un primo tentativo di stabilire delle norme per governare l'uso e lo sviluppo delle tecnologie avanzate. Queste regolamentazioni si propongono di cercare di bilanciare il potere delle *Big tech*, proteggere i diritti dei cittadini e garantire che le innovazioni tecnologiche avvengano in un contesto di responsabilità e sicurezza in un mercato accessibile e aperto. Le autorità nazionali e sovranazionali svolgono quindi un ruolo cruciale nel tentativo di controllare e indirizzare l'impatto delle tecnologie emergenti, cercando di mantenere un equilibrio tra progresso tecnologico e tutela degli interessi pubblici. Tuttavia, la rapidità dell'evoluzione della tecnologia e degli eventi rischiano di fornire discipline e tutele inadeguate, già superate o con effetti inversi a quelli prospettati.

In un recente intervento Paolo Benanti mette in evidenza l'importanza degli acquedotti romani non solo come opere ingegneristiche, ma anche come strumenti di coesione sociale e simboli del contratto sociale. La distribuzione

equa dell'acqua contribuiva alla salute pubblica, all'equità sociale e alla prosperità economica. Benanti suggerisce che oggi la tecnologia digitale potrebbe svolgere un ruolo simile degli acquedotti romani contribuendo a rafforzare il contratto sociale^[3]. Tuttavia, la realizzazione di infrastrutture digitali in Italia incontra ostacoli economici, regolamentari e culturali, specie nelle aree rurali. Benanti propone la creazione di una costellazione di satelliti italiani per migliorare l'accesso alla banda larga, promuovendo così lo sviluppo economico e l'unità nazionale. Questa iniziativa avrebbe anche la funzione di contrastare l'influenza di imprenditori stranieri, il cui controllo sull'accesso e la gestione delle connessioni spaziali potrebbe compromettere le garanzie istituzionali e la sovranità tecnologica nazionale^[4].

Questa proposta assume ulteriore rilevanza se consideriamo la fragilità delle attuali infrastrutture digitali non solo nazionali ma anche globali. È da porsi d'obbligo una domanda riprendendo la lettura di un recente scritto di Shapiro. Pone al lettore la domanda: «*ci si può fidare veramente, anche se l'intelligenza fosse impeccabile, data la condizione attuale delle reti wireless globali? Quante volte il vostro telefono ha interrotto una chiamata? Quante volte il vostro Wi-Fi ha fallito durante un'importante video conferenza, lasciandovi a fissare l'immagine bloccata o poco piacevole della faccia di qualcun altro?*»^[5].

La fragilità delle infrastrutture digitali globali rappresenta un problema cruciale, soprattutto data la loro crescente interconnessione e dipendenza da pochi grandi attori tecnologici. Un esempio emblematico di questa vulnerabilità si è verificato il 19 luglio 2024, quando un malfunzionamento nel sistema di sicurezza di un gestore di servizi digitali ha causato un'interruzione su scala mondiale, colpendo vari settori chiave come aeroporti, banche e ospedali. Questo incidente ha messo in evidenza la necessità di migliorare la sicurezza informatica e diversificare la gestione delle infrastrutture digitali critiche per prevenire future crisi globali.

Per converso l'altra faccia della medaglia vede un'ulteriore questione di non poca rilevanza che è di tipo ambientale ed energetico. Si consideri che questo tipo di innovazioni tecnologiche, specialmente nell'ambito dell'intelligenza artificiale, stanno comportando un aumento significativo delle emissioni di Co2. La crescente domanda di potenza di calcolo necessaria per alimentare l'industria digitale prevede un incremento delle emissioni fino al 775% entro il 2040. I modelli di IA generativa, che richiedono ingenti risorse energetiche per

l’elaborazione e l’addestramento, sono particolarmente impattanti. Per esempio, l’addestramento di un singolo modello di linguaggio naturale può produrre emissioni equivalenti a quelle generate da cinque automobili a benzina durante il loro ciclo di vita. Inoltre, si stima che le grandi aziende tecnologiche consumino complessivamente più energia di oltre cento Stati del mondo, evidenziando l’urgente necessità di migliorare l’efficienza energetica e adottare pratiche più sostenibili. Le possibili soluzioni includono l’utilizzo di *software* per ottimizzare l’efficienza energetica e la collaborazione con aziende che promuovono l’uso di energie rinnovabili. Tuttavia, la mancanza di trasparenza nei dati relativi al consumo energetico delle infrastrutture tecnologiche rende difficile valutare l’impatto ambientale complessivo e implementare strategie di mitigazione efficaci^[6].

2. Il sistema di IA (Intelligenza Artificiale)

Le molteplici interpretazioni dell’intelligenza artificiale continuano a emergere nel dibattito scientifico e tecnologico, rendendo difficile una definizione uniforme^[7]. Questa mancanza di consenso deriva dalla natura multidisciplinare e in continua evoluzione dell’IA, che include una vasta gamma di tecnologie e applicazioni, dalle reti neurali ai sistemi esperti, fino agli algoritmi di apprendimento automatico^[8]. La varietà di approcci e metodologie rende difficile stabilire una definizione unica e condivisa.

La mancanza di consenso su una definizione specifica di IA è spiegata con la difficoltà di tracciare una chiara distinzione tra ciò che costituisce IA e ciò che non lo è^[9]. Questo porta i legislatori a trovare definizioni specifiche che possano essere utili per affrontare problemi strettamente identificati posti dalle applicazioni di IA^[10]. Sul punto restano illuminanti le considerazioni di Rodotà che evidenziava l’importanza di «afferrare il nuovo» e dare una forma giuridica adeguata alle novità tecnologiche per evitare la svalutazione del diritto e la perdita della sua capacità regolativa^[11].

La disciplina giuridica dell’IA oggi si sta affermando, riflettendo la complessità del fenomeno e la necessità di un dibattito giuridico approfondito. Una disciplina giuridica in via di affermazione, come quella europea, potrebbe anche portare a tracciare una definizione di intelligenza artificiale più strutturata. La stessa

normativa consciamente afferma «*l'IA è una famiglia di tecnologie*» (cfr. Considerando n. 138).

In effetti, quando si parla di intelligenza artificiale, emergono sempre questioni terminologiche che devono essere chiarite in considerazione delle numerose tecnologie che vi si innestano. Si ritiene, infatti, di usare il termine «*sistemi di intelligenza artificiale*» (si veda il Considerando n. 12 del Regolamento IA) poiché questo termine ricomprende sia l'intelligenza artificiale propriamente detta sia l'apprendimento automatico (*machine learning*). L'IA si riferisce alla teoria e allo sviluppo di sistemi capaci di eseguire compiti che richiedono intelligenza umana, mentre l'apprendimento automatico è una sotto-disciplina che si occupa di algoritmi e modelli che permettono ai computer di imparare dai dati e migliorare le loro prestazioni nel tempo. La differenza risale agli anni '50 del Secolo scorso, con la nascita dell'IA ufficialmente nel 1956 e le prime metodologie di apprendimento automatico emergenti nel 1948. Sebbene spesso confusi nel discorso comune, è fondamentale riconoscere che l'IA ha obiettivi teorici in continua evoluzione, mentre il *machine learning* si concentra sulla risoluzione di problemi specifici attraverso metriche definite. Questa distinzione è simile a quella tra scienza e tecnologia, ambiti che interagiscono ma non si sovrappongono completamente. Le implicazioni di questa distinzione sono significative sia per l'impatto scientifico che per quello sociale dei sistemi di IA, con particolare rilievo per l'automatizzazione delle previsioni^[12].

L'intelligenza è studiata da diverse discipline, ciascuna con il proprio approccio: la filosofia ha esaminato i processi del pensiero e della conoscenza; la matematica ha formalizzato metodi logici e probabilistici; l'economia ha sviluppato tecniche per l'uso efficiente delle risorse; la medicina ha investigato il funzionamento cerebrale e sensoriale; la psicologia ha analizzato l'apprendimento e la mente come processi di elaborazione delle informazioni; la linguistica ha esplorato la formazione e comprensione del linguaggio, anche attraverso programmi informatici^[13]. L'IA ha preso spunto da tutte queste ricerche con l'obiettivo non solo di studiare l'intelligenza, ma di crearla^[14].

L'approccio ingegneristico dell'IA può anche contribuire alla comprensione dell'intelligenza umana, poiché le facoltà conoscitive che l'IA tenta di replicare sono simili a quelle umane. In questo scambio, l'IA può trarre ispirazione dall'intelligenza naturale e viceversa, migliorando entrambe le conoscenze^[15].

L'intelligenza umana e quella artificiale differiscono profondamente per struttura e funzionamento.

Il cervello umano, con circa 100 miliardi di neuroni e 1000 miliardi di connessioni, possiede una complessità ineguagliabile rispetto ai sistemi artificiali, che sono realizzati con hardware come *chip* di silicio e sensori. Mentre la nostra comprensione del cervello è ancora limitata, è chiaro che esso gestisce processi cognitivi in modo altamente parallelo e complesso. I sistemi artificiali, sebbene più semplici, eseguono calcoli molto più rapidamente e su grandi quantità di dati, eccellendo in ambiti specifici per cui sono progettati, ma risultano inferiori nell'interpretare situazioni nuove o formulare ipotesi. Un'altra differenza risiede nel fatto che l'intelligenza umana è integrata nel corpo e interagisce con funzioni biologiche e processi metabolici, cosa che nei sistemi artificiali, anche nei robot, è assente o solo rudimentale^[16].

Vediamo se ci sono punti “fisici” di contatto.

3. L'*Organoid Intelligence (OI)* e *The Vision Paper* *Organoid Intelligence (OI): the new frontier in* *biocomputing and intelligence-in-a-dish*

L'*OI (Organoid Intelligence)* – IO intelligenza organoide rappresenta una significativa innovazione nel campo della *biocomputing*, aprendo nuove possibilità per l'interfaccia tra biologia e tecnologia. È un campo emergente che si basa sull'uso di organoidi cerebrali, piccoli modelli tridimensionali di tessuto cerebrale umano creati a partire da cellule staminali. Questi organoidi non solo replicano aspetti critici della struttura e della funzione del cervello umano, ma offrono anche nuove opportunità per la ricerca sulle malattie neurologiche e per lo sviluppo di sistemi computazionali avanzati. L'obiettivo della *OI* è sfruttare la capacità di apprendimento e la complessità delle reti neurali umane per creare una nuova generazione di sistemi di calcolo biologico.

L'idea dell'intelligenza artificiale sta appena penetrando nella nostra coscienza collettiva, ma mentre osserviamo i nuovi sviluppi nel settore, il vero “nuovo arrivato” potrebbe essere un nuovo tipo di intelligenza ibrida umano-tecnologica — derivata da un ammasso di cellule non più grande di un chicco di riso. Queste nuove unità di capacità computazionale sono organoidi cerebrali, coltivati in

laboratorio e capaci di produrre attività neurologica di base, ma in tempo reale. Gli organoidi cerebrali sono un sottogruppo specifico, e probabilmente il più interessante, dei modelli di organoidi che stanno appena iniziando ad entrare nei dibattiti legali^[17].

La comunità scientifica sta esplorando come produrre dispositivi super efficienti utilizzando *hardware* biologico. Biocomputer ispirati alla natura, processori fatti di cellule nervose umane. Un termine nuovo che racchiude progetti interessanti: intelligenza organoide. IO per combinare l'IA.

Per qualche tempo, i biologi hanno lavorato con ingegneri e programmatore nel campo del *natural computing*, nel tentativo di creare una nuova generazione di computer più sostenibili ispirati alla natura. Gli studi su queste “macchine viventi”, i cosiddetti biocomputer, sono stati perfezionati nel corso degli anni^[18].

Questo stesso approccio si applica anche all'intelligenza artificiale (IA) con processori realizzati a partire da cellule nervose umane. Un gruppo di scienziati della Johns Hopkins University (USA), insieme ad altri istituti di ricerca, ha sviluppato un progetto presentato nel *Vision Paper* intitolato *Organoid Intelligence (OI): the new frontier in biocomputing and intelligence-in-a-dish* pubblicato sulla rivista *Frontiers in Science*. In esso si descrive il processo di creazione di un dispositivo basato su *hardware* biologico: neuroni umani coltivati, chiamati organoidi cerebrali o *brain-on-a-chip*^[19].

Il paragrafo introduttivo del *Vision Paper* esalta le straordinarie capacità del cervello umano rispetto ai calcolatori tradizionali. Anche se il cervello umano è più lento dei computer nell'elaborare informazioni semplici, come i calcoli aritmetici, supera di gran lunga i computer nell'elaborazione di informazioni complesse, specialmente quando i dati sono pochi o incerti. I cervelli umani possono eseguire sia l'elaborazione sequenziale che quella parallela, mentre i computer sono limitati principalmente all'elaborazione sequenziale^[20].

Questa superiore capacità di decisione è particolarmente evidente nella gestione di grandi *dataset* eterogenei e incompleti. Un esempio della potenza di elaborazione del cervello umano è dato dal fatto che, nel 2013, il quarto computer più potente del mondo ha impiegato 40 minuti per modellare un solo secondo di attività del 1% del cervello umano, illustrando quanto sia avanzato ed efficiente il cervello umano rispetto ai computer moderni. Inoltre, il cervello umano ha una capacità di memoria stimata a circa 2.500 *terabyte*, basata sulla

presenza di 86-100 miliardi di neuroni, ciascuno con più di 10^{15} connessioni^[21]. Questa capacità di memoria e connettività evidenzia l'enorme potenziale del cervello umano. Il cervello è ancora ineguagliato dai moderni computer. Si consideri che *Frontier*, l'ultimo supercomputer in Kentucky, è un'installazione da 600 milioni di dollari, estesa su 6300 metri quadrati. Solo nel giugno dello scorso anno ha superato per la prima volta la capacità computazionale di un singolo cervello umano, ma utilizzando un milione di volte più energia.

Nel *Vision Paper*, gli autori introducono l'“*Organoid Intelligence*” (*OI*), che mira a sfruttare questa potenza di elaborazione biologica del cervello. L'*OI* propone di utilizzare organoidi cerebrali, colture tridimensionali di cellule cerebrali umane, per creare un nuovo paradigma di calcolo biologico, superando le limitazioni dei calcolatori tradizionali e sfruttando le uniche capacità del cervello umano sia in termini di potenza di elaborazione che di efficienza energetica.

4. Distinzione tra IO e IA

La ricerca sull'intelligenza artificiale (IA) mira a sviluppare computer in grado di imitare le funzioni cognitive umane come apprendimento e ragionamento. Anche se ci sono stati progressi significativi, la piena emulazione dell'intelletto umano non è ancora raggiunta. L'*hardware* al silicio tradizionale, pur avanzato, non può competere con il parallelismo e l'adattabilità naturali del cervello umano. Di conseguenza, è essenziale esplorare approcci alternativi ispirati ai sistemi biologici^[22].

Per capire cosa può fare la IO, bisogna sapere come si differenzia dalla IA e come quest'ultima si differenzia dal *software*. Il *software* tradizionale esegue compiti statici basati su istruzioni predefinite, l'IA è progettata per apprendere e adattarsi, emulando in parte l'intelligenza umana. Attualmente sul punto vi è un po' di confusione in particolare nel campo finanziario dove ci sono imprese che si spacciano per applicatori e sviluppatori di IA mentre in realtà operano su *software*.

L'IA tradizionale si basa su algoritmi di apprendimento automatico che processano grandi quantità di dati per identificare *pattern* e fare previsioni. Questi sistemi richiedono enormi quantità di energia e risorse computazionali, e sono limitati dalla loro incapacità di adattarsi in modo flessibile a nuove

situazioni senza una revisione completa dell'algoritmo.

Invece, la IO sfrutta la capacità innata degli organoidi cerebrali di apprendere e adattarsi in modo dinamico. È una sfida ed è una nuova frontiera, in effetti: «*While significant progress has been made in Artificial Intelligence (AI), replicating the intricate processes of the human brain with silicon-based hardware remains a challenge*»^[23].

Gli organoidi possono formare nuove connessioni sinaptiche e adattare le loro reti neurali in risposta a stimoli esterni, mimando i processi di apprendimento e memoria del cervello umano. Questo approccio non solo è più efficiente dal punto di vista energetico, ma offre anche la possibilità di sviluppare sistemi di calcolo che possono evolversi e migliorarsi nel tempo, proprio come fa il cervello umano^[24].

Il concetto di Intelligenza Organoida (IO) sta emergendo come un campo interdisciplinare che combina gli organoidi cerebrali con l'IA. L'IO mira a sfruttare le capacità computazionali delle reti neurali biologiche per sviluppare nuove forme di intelligenza e *biocomputing*. Questo approccio promette di creare modelli di calcolo che utilizzano colture 3D di cellule cerebrali umane, integrando tecnologie come la microfluidica e le matrici di microelettrodi.

Attualmente, da quanto è noto, le ricerche condotte dalla Johns Hopkins University rappresentano uno dei pilastri fondamentali nello sviluppo della IO. Gli scienziati hanno lavorato per oltre un decennio con organoidi cerebrali, riuscendo a sviluppare modelli che replicano in modo dettagliato le funzioni cellulari e molecolari del cervello umano. Gli organoidi cerebrali prodotti in laboratorio mostrano capacità di apprendimento e memorizzazione simili a quelle osservate nel cervello umano, grazie a reti di neuroni in grado di stabilire connessioni sinaptiche e di rispondere a stimoli elettrici e chimici in modo sofisticato.

Per quasi due decenni, gli scienziati hanno utilizzato piccoli organoidi, tessuti coltivati in laboratorio che somigliano a organi completamente sviluppati, per sperimentare su reni, polmoni e altri organi senza ricorrere a test su esseri umani o animali. Più recentemente, Hartung^[25] e i suoi colleghi della Johns Hopkins hanno lavorato con organoidi cerebrali, sfere delle dimensioni di un punto di penna con neuroni che promettono di sostenere funzioni di base come l'apprendimento e la memoria^[26].

«Questo apre la ricerca su come funziona il cervello umano» ha detto Hartung. «Perché si può iniziare a manipolare il sistema, facendo cose che non si possono fare eticamente con cervelli umani».

Hartung ha iniziato a coltivare e assemblare cellule cerebrali in organoidi funzionali nel 2012, utilizzando cellule da campioni di pelle umana riprogrammate in uno stato simile a cellule staminali embrionali. Ogni organoide contiene circa 50.000 cellule, circa la dimensione del sistema nervoso di un moscerino della frutta. Ora immagina di costruire un computer futuristico con tali organoidi cerebrali. I ricercatori della Hopkins sono dell'avviso che «*A “biocomputer” powered by human brain cells could be developed within our lifetime*».

Progressi del genere consentono di sperimentare nuovi paradigmi di *biocomputing* che potrebbero andare oltre le restrizioni dei tipici sistemi di calcolo basati sul silicio. La capacità degli organoidi di formare reti neurali complesse e di esibire comportamenti di apprendimento non supervisionato apre la strada a un nuovo tipo di calcolo, che combina l'efficienza energetica e la capacità di apprendimento continuo tipiche del cervello umano con la precisione e la velocità delle macchine moderne.

5. Sviluppi e potenzialità dell'IO: *the “biocomputer” powered by human brain*

Gli organoidi cerebrali, come altri modelli di organi, servono a studiare lo sviluppo neurologico umano. I ricercatori creano organoidi cerebrali in laboratorio facendo tornare dei campioni di cellule a uno stato di “pluripotenza”^[27], cioè cellule staminali che possono diventare qualsiasi tipo di cellula. Quando queste cellule staminali vengono coltivate in terreni tridimensionali, si auto-organizzano e si differenziano in vari tipi di cellule e tessuti cerebrali che formano, in miniatura, sistemi funzionali con attività neurale misurabile^[28].

Le recenti innovazioni nella biologia delle cellule staminali e nell'ingegneria degli organoidi, insieme alle tecnologie delle interfacce neurali come gli *array* di microelettrodi e gli elettrodi *shank*, hanno reso possibile lo sviluppo dell'Intelligenza Organoide (IO). Questa nuova area di ricerca sfrutta decenni di

studi su neuroprotesi e ingegneria neuromorfica, che cercano di connettere il sistema nervoso umano a dispositivi informatici. Obiettivo chiave è migliorare l'ingegneria degli organoidi e la maturazione del tessuto neurale per consentire registrazioni stabili e a lungo termine, oltre ad aumentare la complessità delle reti neuronali. Questi sviluppi potrebbero portare a una migliore comprensione del cervello umano e all'innovazione in nuovi tipi di dispositivi computazionali biologici^[29].

La capacità degli organoidi di replicare il funzionamento delle reti neurali umane apre nuove possibilità per lo sviluppo di *biocomputer* che potrebbero superare le limitazioni dei sistemi di calcolo attuali. I *biocomputer* basati su organoidi potrebbero offrire una maggiore capacità di elaborazione, una migliore efficienza energetica e la possibilità di risolvere problemi complessi in modo più simile a come farebbe un cervello umano, con potenziali applicazioni in campi che vanno dalla medicina personalizzata alla robotica avanzata.

In dettaglio, come nota Smirnova^[30] le applicazioni e i potenziali benefici dell'IO spaziano tra neuroscienze, medicina, informatica, robotica e interfacce cervello-macchina e includono: *Disease modeling*^[31], *Biocomputing*^[32], integrazione cervello-computer^[33], robotica^[34], medicina rigenerativa^[35].

La IO ha il potenziale di rivoluzionare la ricerca medica, in particolare nello studio delle malattie neurologiche. Gli organoidi cerebrali offrono un modello sperimentale unico per lo studio dei meccanismi di malattie complesse come l'Alzheimer e il Parkinson, permettendo agli scienziati di osservare in tempo reale come queste malattie progrediscono a livello cellulare e di testare nuove terapie in modo più efficiente rispetto ai modelli animali tradizionali.

Gli organoidi cerebrali rappresentano un'importante innovazione scientifica che permette di studiare il cervello umano in laboratorio. Questi modelli 3D sono fondamentali per approfondire la nostra conoscenza dello sviluppo neuronale e delle malattie neurologiche, offrendo opportunità per nuovi trattamenti e terapie. Tuttavia, la loro capacità di replicare funzioni cerebrali pone questioni etiche significative, come il rischio di creare tessuti con una certa forma di coscienza o il dilemma della sperimentazione su «*mini-cervelli*» umani. Inoltre, ci sono implicazioni legali e sociali riguardo alla proprietà, l'uso e la regolamentazione di tali tecnologie, che richiedono un attento dibattito e politiche adeguate^[36].

L'adozione di tecnologie basate su organoidi cerebrali, in effetti, solleva questioni etiche e legali. La capacità di questi organoidi di esibire comportamenti cognitivi basilari e di apprendere in modo non supervisionato richiede una riflessione approfondita sul loro *status* giuridico e sulla loro protezione. È necessario sviluppare un quadro giuridico e poi anche normativo che bilanci la necessità di promuovere la ricerca scientifica con la protezione dei diritti umani e la salvaguardia della dignità degli individui i cui tessuti sono utilizzati per creare questi organoidi.

Le questioni etiche includono la considerazione della moralità delle pratiche di creazione e utilizzo degli organoidi cerebrali, l'eventuale necessità di riconoscere i diritti dei donatori di tessuti e la gestione delle implicazioni legali derivanti dai risultati prodotti dai *biocomputer* basati su organoidi. Quindi ci si chiede se vi sono ragioni per riconoscere la personalità? Si tratta di clonazione riproduttiva umana? Chi detiene i diritti sui dati e le invenzioni create da un organoide cerebrale? E come possiamo garantire che queste tecnologie siano utilizzate in modo etico e responsabile? ^[37]

La ricerca sugli organoidi cerebrali umani, ottenuti da cellule staminali pluripotenti, ha sollevato importanti questioni giuridiche, tra cui la possibilità che questi organoidi possano essere considerati persone giuridiche. Questo aspetto è stato esaminato dalla dottrina^[38] sotto due aspetti: la personalità giuridica come persona naturale e come persona giuridica non umana.

Sul punto altra dottrina ha avanzato l'argomento secondo cui, se un organoide cerebrale umano può stimolare attività neurali rilevanti, potrebbe essere considerato vivo come una persona naturale^[39]. Questo si basa sul criterio della morte cerebrale, che definisce la fine della vita legale di una persona fisica come la cessazione irreversibile delle attività neurali. Tuttavia, questa teoria potrebbe essere criticata perché gli organoidi attuali non possiedono la capacità di integrare un corpo umano completo e non soddisfano i requisiti legali di nascita.

Altra indagine^[40] parte dall'assunto che «*the personhood does not fit into a neat and tidy box ... because it is complicated, textured, and dynamic*» e argomenta che gli organoidi cerebrali possano essere considerati persone giuridiche non umane, simili a società o entità riconosciute per scopi specifici. Questo approccio considera ulteriori tre teorie: la teoria dell'aggregato, dove una società è vista come un'aggregazione di soggetti; la teoria dell'entità reale o naturale, che vede la

società indipendentemente dai suoi soggetti; e la teoria della persona artificiale, che definisce una persona giuridica come un'entità fittizia creata per scopi giuridici specifici.

Infine, la situazione degli organoidi cerebrali potrebbe paragonarsi con quella degli animali e fiumi, che in alcuni casi sono stati riconosciuti come persone giuridiche per la loro protezione o basati su credenze culturali e valori sociali^[41].

Ulteriore aspetto riguarda le somiglianze tra gli organoidi cerebrali e i sistemi di intelligenza artificiale (IA). Alcuni sistemi di IA avanzata potrebbero essere considerati persone giuridiche per responsabilizzare legalmente le azioni che possono compiere. Sia il tema sulla personalità giuridica^[42] che sulla responsabilità digitale^[43] sono molto vivi e dibattuti dalla dottrina.

Lo stesso ragionamento, con le dovute considerazioni specifiche, potrebbe applicarsi agli organoidi cerebrali se raggiungessero un livello di complessità tale da avere un impatto significativo sulla salute umana o altri aspetti vitali. Le questioni giuridiche legate agli organoidi cerebrali umani sono complesse. La distinzione tra personalità naturale e giuridica è cruciale per capire se e come gli organoidi possano essere integrati nelle strutture legali esistenti. Le teorie e le comparazioni con animali, fiumi e sistemi di IA offrono spunti per ulteriori discussioni, evidenziando la necessità di una regolamentazione adeguata e di un dibattito pubblico su queste tecnologie emergenti.

Un ulteriore aspetto emerge nell'articolo *A Bioethics View of Brain Organoids*, nel quale Lydialyle Gibson presenta il punto di vista del bioeticista Insoo Hyun^[44]. L'articolo analizza come la questione principale riguardo agli organoidi cerebrali sia frequentemente legata al concetto di coscienza, temendo che questi tessuti possano diventare senzienti. Hyun sottolinea che, al momento, la scienza non supporta tali preoccupazioni poiché gli organoidi rimangono ancora più semplici rispetto ai cervelli umani reali e non possiedono le strutture neurali complesse necessarie. In effetti, egli sostiene che «*Right now, it's not even a legal question, because there's no law around this. It's a philosophical moral question: What are my responsibilities? What is the responsibility of the lab, of the institution, if this were to happen?*».

Hyun si concentra invece su questioni più immediate come il consenso informato dei donatori di cellule staminali, l'uso appropriato degli organoidi e la validazione della loro accuratezza come modelli cerebrali. Egli evidenzia la

necessità di garantire che i partecipanti alla ricerca comprendano appieno in cosa consiste il loro coinvolgimento per evitare eventuali contestazioni future. Inoltre, vi è la questione delle “scoperte incidentali”, ossia anomalie rilevate durante la ricerca che potrebbero avere implicazioni per la salute del donatore. Egli discute l’importanza di validare l’accuratezza biologica degli organoidi per determinare se tali scoperte siano rilevanti e se sia necessario informare i donatori. Infine, Hyun riflette sui possibili usi futuri degli organoidi cerebrali e sulla necessità di sviluppare linee guida etiche per prevenire scenari in cui questi tessuti possano acquisire forme di coscienza o esperienza.

6. *The Baltimore Declaration toward OI* e *The White Paper*: alla ricerca del consenso sulla definizione

Un approccio strutturato alla questione nei termini ora esposti è stato assunto dal gruppo di ricercatori della Johns Hopkins a cominciare con il citato *Vision Paper* su *Organoid Intelligence (OI): the new frontier in biocomputing and intelligence-in-a-dish* - e in particolare e a seguire la *Baltimore Declaration toward OI* formulata durante il primo *workshop* sull’Intelligenza Organoide (*OI*), che si è tenuto dal 22 al 24 febbraio 2022 alla Johns Hopkins.

Nella Dichiarazione di Baltimora si sottolinea l’importanza di esplorare il potenziale degli organoidi cerebrali per progredire nella comprensione del cervello e sviluppare nuove forme di calcolo biologico, affrontando al contempo le preoccupazioni etiche. Parallelamente vi è anche il *White Paper* sull’Intelligenza Organoide (*OI*) che fornisce una standardizzazione della terminologia e delle linee guida per la ricerca sugli organoidi cerebrali.

Questi documenti si propongono come strumenti operativi e di garanzia per assicurare che la ricerca sia svolta seguendo criteri di rigore, etica e cooperazione a livello internazionale.

The Baltimore Declaration toward OI ha l’obiettivo di esplorare il potenziale delle colture cellulari organoidi del cervello umano per migliorare la comprensione delle funzioni cognitive umane e sviluppare nuove forme di *biocomputing*. Gli obiettivi principali includono l’avanzamento della comprensione del cervello, lo sviluppo del *biocomputing*, l’innovazione nelle interfacce cervello-macchina, e l’integrazione delle tecnologie organoidi nella

robotica e nella medicina rigenerativa. Il documento sottolinea la necessità di avanzamenti nelle tecnologie delle cellule staminali umane e nella bioingegneria per ricreare architetture cerebrali complesse e affronta le sfide etiche legate alla possibilità che gli organoidi sviluppino forme di coscienza e ai diritti dei donatori di cellule. Inoltre, la dichiarazione invita la comunità scientifica internazionale a collaborare per sviluppare l'IO come disciplina scientifica collaborativa, con l'obiettivo di utilizzare questi modelli per trattare disturbi neurodegenerativi, migliorare le interfacce uomo-computer e sviluppare capacità computazionali biologiche che possano integrare i computer al silicio.

Inoltre, come anticipato, è stato definito da Smirnova et al.^[45] il *White Paper* sull'Intelligenza Organoide che è stato sviluppato per definire i termini e i concetti relativi a questa emergente area scientifica. Questo documento mira a standardizzare la terminologia fornendo definizioni precise per termini chiave come "intelligenza organoide", "*biocomputing*", e "interfacce cervello-macchina". Inoltre, stabilisce linee guida per la ricerca sugli organoidi cerebrali, inclusi i metodi per misurare e analizzare le capacità cognitive degli organoidi.

I documenti promuovono la collaborazione interdisciplinare, incoraggiando biologi, ingegneri, informatici e altri specialisti a lavorare insieme per avanzare nel campo dell'IO. Essi sono fondamentali per garantire che la ricerca nell'IO sia condotta in modo rigoroso, etico e coordinato a livello internazionale.

Indubbiamente questa tecnologia ha bisogno di risposte rapide ed etiche per svilupparsi in modo sostenibile.

7. Conclusioni

Marc Andreessen, un noto *venture capitalist* di successo, aveva osservato come il *software* stesse rivoluzionando interi settori attraverso l'automazione. Allo stesso modo, oggi si prevede che l'intelligenza artificiale trasformerà il *software*. Pertanto, è fondamentale stare sempre al passo con l'evoluzione tecnologica^[46]. Lo stesso potrebbe avvenire tra l'IA e l'IO e se non in termini di una sostituzione forse potrebbe avvenire in termini di una integrazione. In effetti, l'IO rappresenta una delle più promettenti e potenti innovazioni nel campo della *biocomputing* e della ricerca neurologica. Con la capacità di replicare e superare i limiti delle tecnologie di calcolo tradizionali, la IO pare essere in grado di offrire una strada

verso nuovi orizzonti nella comprensione del cervello umano e nello sviluppo di terapie avanzate per le malattie neurologiche.

Entrambi gli ambiti (IA e IO), sebbene distinti, condividono la necessità di una definizione chiara e di un consenso univoco. Il consenso è cruciale per gestire aspetti etici, legali e normativi legati all'evoluzione di tecnologie innovative e potenzialmente rivoluzionarie.

Per l'IA, la mancanza di una definizione universalmente accettata ha portato a un continuo dibattito su come regolamentare adeguatamente questa tecnologia sebbene oggi l'appena emanato regolamento europeo *AI Act* si pone questo obiettivo. Sarà però da capire come verrà accettato dalle *Big tech (Monopolistic Players of AI Ecosystem)* e quale ne sarà l'impatto. Sul fronte opposto l'*AI Act* è stato descritto come una decisione dal “gusto agrodolce” per le *startup* e le PMI. Pur affrontando importanti sfide di trasparenza ed etica, la disciplina impone una serie di obblighi a tutte le aziende che utilizzano o sviluppano intelligenza artificiale. Nonostante gli aggiustamenti previsti per le piccole imprese, come i *sandbox* normativi, si teme che il regolamento crei barriere regolamentari aggiuntive che avvantaggeranno la concorrenza dei colossi stranieri delle superpotenze straniere, limitando così le opportunità per l'emergere di campioni europei dell'IA^[47]. In effetti sarà da scoprire l'effettiva portata del regolamento, in particolare la portata del capo terzo dedicato ai sistemi di IA ad alto rischio e alle pratiche di IA vietate.

Una prima impressione è che la normativa europea, basata essenzialmente sul rischio di eventi negativi, vieta l'uso di strumenti per finalità non note, sanzionando presuntivamente senza accertare la colpa^[48]. Secondo questa impostazione la normativa presenta diverse criticità, tra cui l'impossibilità di innovare oltre quanto già previsto dal legislatore europeo. Tale regolamentazione, sebbene rassicurante per chi teme l'ignoto, ma potrebbe presto risultare restrittiva, frenando l'innovazione nell'intelligenza artificiale in Europa e limitando il progresso tecnologico a favore di attività svolte da esseri umani. Questo suscita interrogativi sull'effettiva natura delle apprensioni riguardanti l'intelligenza artificiale, che potrebbero non derivare esclusivamente dalla preoccupazione per un suo uso malintenzionato, ma anche dall'ansia verso l'ignoto e dalle conseguenze di una eccessiva evoluzione tecnologica.

Parallelamente, l'IO, con l'uso di organoidi cerebrali, apre nuove prospettive e i

documenti come il *Vision Paper* sull’Intelligenza Organoide e la Dichiarazione di Baltimora rappresentano passi importanti verso la standardizzazione e il consenso internazionale. Questi documenti non solo stabiliscono le basi per l’IO, ma fungono anche da “pietre miliari” che molto probabilmente passeranno alla storia, replicando il processo che ha caratterizzato la nascita dell’IA nel secolo scorso.

Attualmente, ci troviamo in un campo in piena crescita con forti aspetti interdisciplinari, che richiede ingenti investimenti e offre prospettive innovative, anche se molte delle questioni affrontate possono sembrare ancora teoriche. Tuttavia, per contestualizzare il fenomeno è utile confrontarsi con disciplina europea sull’IA e con le diverse anime che l’hanno ispirata.

La questione chiave è se la disciplina sull’IA possa essere applicabile anche all’intelligenza organoide (IO), o se sarà necessario introdurre nuove norme specifiche. Potrebbe infatti darsi che, cambiando il termine da IA a IO, le stesse regolamentazioni non risultino applicabili o adeguate. Tuttavia, la legge sull’IA prevede un’esenzione, affermando che la disciplina non si applica alla ricerca scientifica e alla sperimentazione entro certe condizioni. Questo aspetto potrebbe rivelarsi vantaggioso per il nuovo sistema dell’intelligenza organoide (es. il Considerando n. 25 del Regolamento^[49]).

Quindi, mentre esploriamo questi nuovi orizzonti, dobbiamo chiederci se la normativa esistente possa essere adattata e sufficiente, oppure se sarà necessario un nuovo quadro regolamentare per rispondere alle specifiche esigenze dell’intelligenza organoide. Una norma apparentemente restrittiva potrebbe, in realtà, offrire una solida base per lo sviluppo di questo campo emergente, purché adeguatamente interpretata e applicata.

In conclusione, sia per l’Intelligenza Artificiale che per l’Intelligenza Organoide, la strada verso un’integrazione sicura e responsabile nella società richiede una definizione chiara e un consenso ampio e condiviso. Solo attraverso una collaborazione interdisciplinare e internazionale, guidata da principi etici solidi e da una regolamentazione attenta, sarà possibile affrontare in modo efficace le complesse sfide poste da queste tecnologie, garantendo al contempo il progresso scientifico e tecnologico e la tutela dei valori fondamentali della società.

1. Le rivoluzioni digitali e l’idea di macchine intelligenti hanno radici profonde nei miti e

nelle narrazioni storiche, come il mito di Pigmalione e il personaggio di Frankenstein. Anche le leggi della robotica di Asimov hanno influenzato significativamente la percezione pubblica delle macchine intelligenti. Spesso, la narrazione comune è stata accusata di esagerare i progressi della tecnologia IA, suggerendo un futuro imminente in cui le macchine saranno indistinguibili dagli esseri umani. Tuttavia, è possibile che siamo arrivati a un punto in cui queste narrazioni non esagerano più, considerando i recenti sviluppi nel campo dell'intelligenza artificiale, come l'automazione avanzata, l'apprendimento automatico e i sistemi decisionali autonomi, cfr. D. Imbruglia, *L'intelligenza artificiale (IA) e le regole. Appunti*, in *MediaLaws*, 3, 2020, pp. 18-31.

Non pochi sono i disaccordi tra i giuristi su come affrontare la realtà attuale delle tecnologie IA. Alcuni le considerano ancora semplici strumenti, mentre altri ne esagerano l'autonomia e le capacità, discutendo persino di personalità elettronica. È comunque importante affrontare realisticamente le capacità e i limiti attuali dell'IA, evitando scenari futuristici e irrealistici. Attualmente, la posizione prevalente è che nessuna macchina sia completamente autonoma o in grado di mimare pienamente l'intelligenza umana; tuttavia, non si può escludere che ci siano scoperte non ancora portate a conoscenza del pubblico che potrebbero cambiare questa percezione. Pertanto, la regolamentazione e i diritti delle macchine devono essere basati su una comprensione aggiornata e realistica delle loro capacità. Sul tema la dottrina richiamata da Imbruglia: K. Čapek, *Rossum's Universal Robots*, 1923; I. Asimov, *Runaround*, in *Astounding Science Fiction*, 1942; M. Tegmark, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018; M.L. Montagnani, *Flussi informativi e doveri degli amministratori di società per azione ai tempi dell'intelligenza artificiale*, in *Pers. Merc.*, 2020, p. 86; U. Pagallo, *Vital, Sophia, and Co. - The Quest for the Legal Personhood of Robots in Information*, 2018, p. 230; GPT-3, *A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human?*, in *The Guardian*, 8 settembre 2020; G. Tamburrini, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. Filos.*, 2017, p. 263; F. Pistelli, *Algoritmi e contratti nel sistema finanziario*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 249; A. Z. Huq, *Racial Equity in Algorithmic Criminal Justice*, in *Duke Law Journal*, 2019, p. 1043; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 71; G. Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 293; M. Luciani, *La decisione robotica*, in *Riv. AIC*, 2018, p. 872; C. Casadei, *Per Esselunga primo job day di massa interamente virtuale*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 settembre 2020; R. Kurzweil, *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, Viking, New York (USA), 2005; N. Bostrom, *Superintelligenza. Tendenza. Pericoli. Strategia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2018; L. B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carol. L. Rev.*, 1992, p. 1231; L. Floridi, *Should we be afraid of AI?*, in *Aeon*, 2016; G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Edizione a cura di P. Femia, E.S.I., Napoli, 2019, p. 19; P. Femia, *Introduzione. Soggetti responsabili Algoritmi e diritto civile*, in G. Teubner, *Soggetti*

giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi, cit., p. 10.

2. Sul tema geopolitico si rinvia a: H. Tian, J. You, *La Cina sconfiggerà gli Usa con l'intelligenza artificiale*, in *Limes*, 12, 2022; F.M. De Collibus, *L'era delle macchine che apprendono*, in *ivi*; P. Triolo, *Il piano degli Stati Uniti per rallentare l'Ai cinese*, in *ivi*; J. L. Shapiro, *La vera posta in gioco dell'intelligenza artificiale*, in *ivi*; A. Aresu, *Il nuovo gioco delle perle di vetro*, in *ivi*; G. Cuscito, *L'unicorno che sorveglia la Cina*, in *ivi*; P. Pistone, *Prevedere l'imprevedibile*, in *ivi*; T. Numerico, *Dobbiamo ripensare l'intelligenza artificiale*, in *ivi*; P.W. Singer, *L'intelligenza artificiale entrerà in guerra*, in *ivi*; N. Cristadoro, *L'Ai serve (anche) a fare la guerra*, in *ivi*; M. Spagnulo, *Nello Spazio i robot dipendono dall'uomo*, in *ivi*; G. De Ruvo, *Perché l'Ai è Caos*, in *ivi*; F. Maronta, *Ai chip, l'evoluzione della specie*, in *ivi*; A.H. Yang, *Taiwan prepari lo scudo di silicio*, in *ivi*; A. Aresu, *Taiwan, l'isola dei chip*, in *ivi*, pp. 9-131.
3. Secondo Benanti: con il termine “contratto sociale” si descrivono tutti quegli elementi che favoriscono un accordo teorico e, a volte, implicito tra individui per formare una società organizzata. Il contratto sociale farebbe abbandonare agli individui lo stato di natura, caratterizzato da anarchia e insicurezza, per entrare in una comunità regolata da leggi e istituzioni. Possiamo così vedere in tutte le opere tecnologiche che creano la capacità di sopravvivenza e coesistenza un modo per alimentare e rafforzare il contratto sociale. In questa prospettiva gli acquedotti romani erano progettati per fornire acqua a tutta la popolazione urbana, migliorando notevolmente la qualità della vita. Questo accesso universale all’acqua potabile contribuiva a una maggiore equità sociale e a una migliore salute pubblica, cfr. P. Benanti, *Perché gli acquedotti dell’antica Roma possono essere una lezione attuale*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 luglio 2024.
4. La proposta di Benanti mira a evitare che l’orbita terrestre bassa venga monopolizzata da interessi privati, favorendo invece un’infrastruttura pubblica affidabile e accessibile. Questa infrastruttura digitale pubblica potrebbe mitigare i rischi di polarizzazione associati ai *social network*, accelerando la competitività e la coesione sociale in modo etico e sostenibile.
5. J. L. Shapiro, *La vera posta in gioco dell'intelligenza artificiale*, cit., pp. 41 ss.
6. A. Kumar, T. Davenport, *Come rendere più “verde” l'IA generativa*, in *Harvard Business Review*, 2023, disponibile al link <https://www.hbritalia.it/homepage/2023/08/24/news/come-rendere-piu-verde-lia-generativa-15620/?noScroll=true>.
7. Il dibattito sulla definizione di intelligenza artificiale (IA) ruota attorno alla possibilità che il ragionamento umano possa essere emulato da macchine. Negli anni Cinquanta e Sessanta del Secolo scorso, la teoria dell’argomentazione e lo sviluppo dell’IA erano strettamente collegati, con alcuni ricercatori che sostenevano che il ragionamento umano poteva essere considerato come una computazione e quindi riprodotto da algoritmi e macchine di Turing. Tuttavia, questa tesi è stata contestata dalla logica informale, che ha criticato l’idea che gli argomenti umani possano essere completamente formalizzati e tradotti in algoritmi. Una delle principali argomentazioni contro questa tesi è che la

razionalità umana e l'argomentazione includono elementi di interpretazione e contesto che non possono essere adeguatamente rappresentati da algoritmi formali. Di conseguenza, si è sviluppata una distinzione tra una nozione ristretta di algoritmo, legata alla computabilità Turing, e una nozione più ampia, che considera anche aspetti non deterministici e indefiniti. Questo dibattito continua a essere rilevante poiché gli sviluppi recenti nella teoria della computazione e nell'IA mostrano che una visione più ampia degli algoritmi può offrire nuove prospettive sull'emulazione delle pratiche argomentative umane da parte delle macchine. Sul punto P. Cantù, I. Testa, *Algoritmi e argomenti. La sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Sistemi intelligenti, Rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale*, 3, 2012, pp. 395-414.

8. Sul tema: J. Halperin, *Five Legal Revolutions Since the 17th Century. An Analysis of Global History*, Springer, New York (USA), 2014; A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 8.
9. D. Imbruglia, *L'intelligenza artificiale (IA) e le regole. Appunti*, cit.. Questo provoca disaccordi tra i giuristi su come affrontare la realtà attuale delle tecnologie IA. Alcuni le considerano ancora semplici strumenti, mentre altri ne esagerano l'autonomia e le capacità, discutendo persino di personalità elettronica. È comunque fondamentale affrontare realisticamente le capacità e i limiti attuali dell'IA, evitando scenari futuristici e irrealistici. Attualmente, la posizione prevalente è che nessuna macchina sia completamente autonoma o in grado di mimare pienamente l'intelligenza umana; tuttavia, non si può escludere che ci siano scoperte non ancora portate a conoscenza del pubblico che potrebbero cambiare questa percezione. Pertanto, la regolamentazione e i diritti delle macchine devono essere basati su una comprensione aggiornata e realistica delle loro capacità. Sul tema richiamat da Imbruglia: K. Čapek, *Rossum's Universal Robots*, 1923; I. Asimov, *Runaround*, cit.; M. Tegmark, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit.; M.L. Montagnani, *Flussi informativi e doveri degli amministratori di società per azione ai tempi dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 86; U. Pagallo, *Vital, Sophia, and Co. - The Quest for the Legal Personhood of Robots*, cit., p. 230; GPT-3, *A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human?*, in *The Guardian*, 8 settembre 2020; G. Tamburrini, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. Filos.*, 2017, p. 263; F. Pistelli, *Algoritmi e contratti nel sistema finanziario*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 249; A. Z. Huq, *Racial Equity in Algorithmic Criminal Justice*, cit., p. 1043; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 71; G. Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 293; M. Luciani, *La decisione robotica*, cit., p. 872; C. Casadei, *Per Esselunga primo job day di massa interamente virtuale*, cit.; R. Kurzweil, *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, Viking Pr, 2005; N. Bostrom, *Superintelligenza. Tendenza. Pericoli. Strategia*, cit., 2018; L. B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, cit., p. 1231; L. Floridi, *Should we be afraid of AI?*, cit.; G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit., p. 19; P. Femia, *Introduzione. Soggetti responsabili Algoritmi e diritto civile*,

in G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit., p. 10.

10. La letteratura sull'IA distingue tra robot tele-operati, che sono completamente controllati dall'uomo, robot autonomi, che seguono un programma di comportamento senza intervento umano, e robot cognitivi, che possono auto-programmarsi, pianificare e apprendere dall'esperienza. I due tratti più rilevanti dell'IA odierna sono l'autonomia, definita come la capacità di prendere decisioni e agire indipendentemente dal controllo esterno, e la capacità cognitiva, che indica l'abilità di apprendere dall'esperienza e prendere decisioni quasi indipendenti.
11. Rodotà, nel contesto del diritto e delle nuove tecnologie, sosteneva che il diritto non può permettersi di ignorare le innovazioni tecnologiche, poiché queste possiedono il potenziale di sovvertire l'ordine esistente. Egli sottolineava che il diritto deve essere capace di adattarsi e confrontarsi con le nuove realtà, evitando di rassicurare artificialmente la società senza affrontare veramente le sfide poste dalle innovazioni. La clonazione della pecora Dolly nel 1997 viene utilizzata come esempio per illustrare come le nuove tecnologie possano mettere in discussione principi fondamentali e richiedere una risposta normativa adeguata. Rodotà riteneva che il diritto non potesse distogliere lo sguardo dalle innovazioni che sfidano il monopolio naturale sulla creazione della vita, e che sia un errore grave non provvedere a regolamentare tali novità o farlo solo per rassicurare la società. In definitiva, per Rodotà, il diritto deve essere dinamico e adattabile, capace di dare forma alle innovazioni tecnologiche per garantire la tutela dei diritti fondamentali e la sua effettiva capacità regolativa; cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2018; Id., *Sul buon uso del diritto e i dilemmi della clonazione* in *Riv. crit. dir. privato*, 1999, p. 561; Id., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2017, pp. 351-352.
12. La distinzione tra IA e *machine learning* è analoga a quella tra scienza e tecnologia: convivono proficuamente ma non coincidono. Questa analogia aiuta a distinguere tra impatto scientifico e impatto sociale dell'IA.
H. Hosni, A. Vulpiani, *Algoritmi e previsioni*, in *Sistemi intelligenti, Rivista quadrimestrale di scienze cognitive e intelligenza artificiale*, XXXV, 1, 2023, pp. 143 ss.
13. G. Sartor, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 2-3.
14. *Ibidem*.
15. Le tecnologie basate sull'intelligenza artificiale comprendono vari campi avanzati. Il *machine learning*, per esempio, automatizza la creazione di modelli analitici permettendo ai sistemi di apprendere dai dati. Il *deep learning*, una sottocategoria del *machine learning*, emula il processo di apprendimento umano tramite reti neurali complesse. Il *natural language processing (NLP)* aiuta i computer a comprendere e interpretare il linguaggio naturale umano, migliorando la comunicazione uomo-macchina. La *computer vision* permette ai computer di analizzare e interpretare immagini e video, abilitando applicazioni come il riconoscimento facciale e la guida autonoma. La *robotica* integra l'IA per sviluppare robot capaci di eseguire compiti specifici in modo autonomo. Oltre a queste, ci sono i *recommender systems*, che suggeriscono contenuti personalizzati agli utenti, il

riconoscimento vocale, che trascrive e interpreta il linguaggio parlato, i sistemi autonomi come veicoli e droni, l'IA generativa, che crea nuovi contenuti, e i sistemi esperti, che simulano il processo decisionale umano in specifici domini di conoscenza. Queste tecnologie ampliano notevolmente il campo di applicazione dell'IA, trasformando settori come la sanità, l'automazione industriale, la finanza e l'intrattenimento.

16. G. Sartor, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, cit.
17. A. Iyer, *Is OI the New AI? Questions Surrounding "Brainoware"*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2024, disponibile al link <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2024/03/13/is-oi-the-new-ai-questions-surrounding-brainoware/>; Id., *R&D Mini-Me? New Legal Questions for Organoids*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2024, disponibile al link <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2024/02/26/rd-mini-me-new-legal-questions-for-organoids/>.
18. Ad esempio, il professor Dan Nicolau della McGill University (Canada) ha creato un sistema elettronico basato sull'adenosina trifosfato (ATP), una molecola presente in tutti gli organismi viventi che fornisce energia a tutte le cellule. In questo caso, i soliti elettroni nei circuiti elettronici vengono sostituiti da piccole catene proteiche che utilizzano l'ATP come propellente.
19. L. Smirnova, B.S. Caffo, D.H. Gracias, Q. Huang, I.E. Morales Pantoja, B. Tang, D. J. Zack, C.A. Berlinicke, J. Lomax Boyd, T.D. Harris, E.C. Johnson, B.J. Kagan, J. Kahn, A.R. Muotri, B.L. Paulhamus, J.C. Schwamborn, J. Plotkin, A.S. Szalay, J.T. Vogelstein, P.F. Worley, T. Hartung, *Organoid intelligence (OI): the new frontier in biocomputing and intelligence-in-a-dish*, in *Frontiers in Science*, 1, 2023, disponibile al link <https://www.frontiersin.org/journals/science/articles/10.3389/fsci.2023.1017235>.
20. *Ibidem*.
21. *Ibidem*.
22. V. Surya Teja, P. Mahajan, *Organoid Intelligence: A New Paradigm in Biocomputing and AI Integration*, in *International Journal of Research Publication and Reviews*, disponibile su www.ijrpr.com.
23. *Ibidem*.
24. *Ibidem*.
25. Thomas Hartung è Professor of environmental health sciences alla Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health and Whiting School of Engineering.
26. R. Molar Candanosa, *Could future computers run on human brain cells?*, in *Hub*, 2023, disponibile al link <https://hub.jhu.edu/2023/02/28/organoid-intelligence-biocomputers/>.
27. «*Pluripotent Stem Cell: Hematopoietic progenitors are defined as undifferentiated pluripotent stem cells that are capable of self-renewal and can differentiate into all blood cell types, as well as lineage-committed progenitors that have a limited capacity for self-renewal and are thus committed to a specific cell lineage*», tratto da *Eosinophils in Health and Disease*, 2013, disponibile al link <https://www.sciencedirect.com/topics/immunology-and-microbiology/pluripotent-stem-cell>.

- cell.
28. A. Iyer, *Is OI the New AI? Questions Surrounding “Brainoware”*, cit.
 29. L. Smirnova, I.E. Morales Pantoja, T. Hartung, *Organoid intelligence (OI) – the ultimate functionality of a brain microphysiological system*, in *ALTEX 40*, pp. 191–203. Doi: 10.14573/altex.2303261.
 30. *Ibidem*.
 31. È una tecnica che usa le cellule staminali per studiare l’evoluzione genetica delle malattie e nel caso gli organoidi derivati dai pazienti potrebbero replicare le caratteristiche patologiche associate ai disturbi neurologici e consentire lo *screening* di potenziali terapie.
 32. Le reti di neuroni biologici potrebbero essere capaci di elaborazioni specializzate che superano l’attuale IA in determinati compiti. I sistemi IO potrebbero integrare l’*hardware* al silicio.
 33. Le interfacce cervello-macchina bidirezionali basate su elementi OI potrebbero abilitare nuove tecnologie assistive e una symbiosi avanzata tra umani e computer.
 34. I controllori organoidi potrebbero conferire alle macchine capacità di apprendimento e *decision making* più flessibili nel mondo reale.
 35. Gli organoidi maturi combinati con supporti e vascolarizzazione potrebbero consentire innesti di tessuto per riparare lesioni cerebrali.
 36. T. Hartung, I.E. Morales Pantoja, L. Smirnova, *Brain organoids and organoid intelligence from ethical, legal, and social points of view*, in *Front. Artif. Intell.*, 2024, disponibile al link <https://www.frontiersin.org/journals/artificial-intelligence/articles/10.3389/frai.2023.1307613/full>.
 37. M. Kataoka, T.L. Lee, T. Sawai, *The legal personhood of human brain organoids*, in *Journal of Law and the Biosciences*, pp. 1–13, disponibile al link <https://doi.org/10.1093/jlb/lzad007>.
 38. *Ibidem*.
 39. A. Lavazza, F. G. Pizzetti, *Human Cerebral Organoids as a New Legal and Ethical Challenge*, in *Journal of Law and the Biosciences*, pp. 1–22, disponibile al link <https://air.unimi.it/retrieve/dfa8b9a2-79fe-748b-e053-3a05fe0a3a96/lsaa005.pdf>.
 40. S. Ripken, *Corporate Personhood*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 301.
 41. S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, Giappichelli, Torino, 2019.
 42. La questione della personalità elettronica per le intelligenze artificiali (IA) è un tema di dibattito complesso e controverso che coinvolge diverse posizioni nella dottrina giuridica. Daniela Imbruglia evidenzia come l’attribuzione di una piena personalità elettronica alle IA sollevi numerosi dubbi e preoccupazioni. Una delle critiche principali riguarda la possibilità che tale riconoscimento possa costituire un ostacolo formale nell’individuazione dell’effettivo responsabile in caso di danni causati dall’IA, configurando un potenziale abuso della personalità giuridica.
La discussione sulla personalità elettronica non è nuova e trae origine da una riflessione più ampia sulla capacità delle tecnologie digitali di innovare il discorso giuridico. Alcuni

autori, come L.B. Solum, hanno sostenuto l'attribuzione della personalità giuridica alle IA già nel 1992, un periodo in cui le tecnologie erano molto meno avanzate rispetto a oggi. Tuttavia, la possibilità di una macchina pienamente autonoma è ancora distante, e nessuna IA ha mai raggiunto i tratti distintivi dell'intelligenza umana.

Una delle posizioni critiche più rilevanti è quella espressa da G. Teubner e contenuta in una lettera aperta alla Commissione Europea, dove si evidenzia il rischio di utilizzare i robot come scudi di responsabilità, proteggendo così i veri responsabili dietro una facciata giuridica. Teubner sottolinea che l'attribuzione di personalità giuridica agli agenti digitali deve essere trattata con cautela e critica l'idea che l'IA possa mimare l'intelligenza umana al punto da giustificare un'equiparazione alla persona.

Al contrario, altri autori come U. Pagallo sostengono una visione più sfumata, riconoscendo una capacità e una soggettività parziale alle IA. Pagallo argomenta che, sebbene le IA non possano provare emozioni o avere una coscienza, possono comunque essere soggetti di diritti e doveri in modo limitato e specifico, contribuendo così a colmare le lacune normative esistenti. Cfr. D. Imbruglia, *L'intelligenza artificiale e le regole. Appunti*, cit.; L.B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 1992, p. 1231; G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit.; U. Pagallo, *The Law of Robots. Crime, Contracts and Torts*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2013, p. 103; P. Femia, *Introduzione. Soggetti responsabili Algoritmi e diritto civile*, in G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit., p. 10).

43. La questione della responsabilità elettronica è ampiamente dibattuta all'interno della dottrina, con posizioni che variano significativamente. Da un lato, vi è una corrente conservatrice che sostiene che le norme giuridiche esistenti siano sufficienti a regolamentare anche le nuove tecnologie. Questa visione, nota come “*Law of the Horse*”, afferma che non ci sia bisogno di una regolamentazione specifica per l'intelligenza artificiale, poiché le regole generali del diritto sono in grado di coprire qualsiasi nuova innovazione tecnologica («...the best way to learn the law applicable to specialized endeavors is to study general rules. Lots of cases deal with sales of horses; others deal with people kicked by horses; still more deal with the licensing and racing of horses, or with the care veterinarians give to horses, or with prizes at horse shows. Any effort to collect these strands into a course on 'The Law of the Horse' is doomed to be shallow and to miss unifying principles», cfr. F.H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *Univ. Chi. Legal. Forum*, 1996, p. 207).

Dall'altro lato, troviamo la posizione adeguatrice, che riconosce la necessità di adattare e, in alcuni casi, creare nuove norme giuridiche per affrontare le specificità dell'IA. Questa corrente critica il fatto che le attuali normative, come la direttiva europea sui prodotti difettosi, non riescano a gestire efficacemente i rischi posti dai robot autonomi e dai sistemi di IA dotati di capacità di autoapprendimento. Tali sistemi, infatti, possono compiere azioni imprevedibili, rendendo difficile individuare il responsabile effettivo per eventuali danni causati (A. Bertolini, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, European

Parliament, Bruxelles, 2020, p. 31).

La dottrina propone diverse soluzioni per colmare queste *responsibility gaps*. Una delle proposte più interessanti è quella di Gunther Teubner, che suggerisce di attribuire ai robot una sorta di soggettività giuridica parziale, trattandoli come ausiliari del loro proprietario o principale. In questo modo, il principale sarebbe responsabile per gli inadempimenti della macchina, anche quando non imputabili a negligenza umana (G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit., p. 84).

Altri autori, come Ugo Pagallo, sostengono la necessità di sviluppare regolamenti *ad hoc* per assicurare che le norme giuridiche siano adeguate alle specifiche innovazioni tecnologiche, evitando soluzioni vaghe e troppo generali (U. Pagallo, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sist. Intell.*, 2017, p. 617). Inoltre, si discute l'importanza di estendere il principio di spiegabilità, già presente nel GDPR, anche alle applicazioni di IA, per garantire trasparenza e responsabilità nel funzionamento degli algoritmi (U. Pagallo, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Riv. fil. Dir.*, 2020, p. 101).

44. Insoo Hyun è un filosofo specializzato nell'analisi delle questioni etiche e filosofiche legate alla ricerca sugli organoidi cerebrali. Si v. L. Gibson, *A Bioethics View of Brain Organoids. Philosopher Inssoo Hyun on one of the fastest moving fields in science*, in *Harvard Magazine, Faculty & Research*, 2023, disponibile al link <https://www.harvardmagazine.com/2023/06/bioethics-brain-organoids>.
45. L. Smirnova, B.S. Caffo, D.H. Gracias, Q. Huang, I.E. Morales Pantoja, B. Tang, D.J. Zack, C.A. Berlinicke, J. Lomax Boyd, T.D. Harris, E.C. Johnson, B.J. Kagan, J. Kahn, A.R. Muotri, B.L. Paulhamus, J.C. Schwamborn, J. Plotkin, A.S. Szalay, J.T. Vogelstein, P.F. Worley, T. Hartung, *Organoid intelligence (OI): the new frontier in biocomputing and intelligence-in-a-dish*, cit.
46. Marc Andreessen, fondatore della società di *venture capital* a16z, ritiene che l'intelligenza artificiale «salverà il mondo» e sarà l'ultima invenzione di cui l'essere umano avrà bisogno: quella che ci permetterà di creare una società utopistica basata sulla cosiddetta «*economia dell'abbondanza*», cfr. A. D. Signorelli, *Il pericoloso mito della superintelligenza artificiale, L'AI tra aspettative irrealistiche e minacce esistenziali dopo il summit mondiale di Londra*, in *Treccani. Il Tascabile*, 2023, disponibile al link <https://www.iltascabile.com/scienze/superintelligenza-artificiale/>.
47. P. Davies, *EU AI Act reaction: Tech experts say the world's first AI law is "historic" but "bittersweet"*, in *Euronews*, 2024, disponibile al link <https://www.euronews.com/next/2024/03/16/eu-ai-act-reaction-tech-experts-say-the-worlds-first-ai-law-is-historic-but-bittersweet>.
48. F. Porzio, *AI Act, il rischio di danneggiare l'innovazione in Ue*, in *Agenda Digitale*, 2024.
49. Il considerando 25 del Regolamento tratta dell'esclusione delle attività di ricerca e sviluppo (R&S) dall'ambito di applicazione del regolamento stesso, al fine di sostenere l'innovazione e rispettare la libertà della scienza. In particolare, si specifica che i sistemi e i modelli di IA sviluppati esclusivamente per scopi scientifici di R&S non sono soggetti alle

CERIDAP

disposizioni del regolamento fino a quando non vengono immessi sul mercato o messi in servizio. Tuttavia, una volta che tali sistemi entrano sul mercato, devono conformarsi alle normative del regolamento. L'esclusione non si applica agli spazi di sperimentazione normativa e alle prove in condizioni reali. Inoltre, le attività di R&S devono essere conformi alle norme etiche e professionali riconosciute e al diritto dell'Unione applicabile.

La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nell'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici

Roberto Fusco

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-120

La disciplina dell'accesso agli atti di gara, negli ultimi anni, ha dato vita a numerose problematiche interpretative, sia con riferimento alle tipologie di accesso utilizzabili nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, sia con riferimento al bilanciamento tra il diritto di accesso agli atti di gara e la tutela dei segreti tecnico-commerciali. La normativa prevista dal vigente Codice dei contratti (d.lgs. n. 36/2023) in materia di accesso, che si inserisce nell'ambito del complessivo processo di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, ha innovato in maniera significativa le modalità attraverso le quali gli operatori economici possono conoscere i documenti di gara e le offerte presentate, prevedendo dei meccanismi automatici di esibizione di tali atti e un nuovo rito "super-accelerato" avente ad oggetto le decisioni della pubblica amministrazione sulle richieste di oscuramento delle parti delle offerte da ritenersi coperte da segreti tecnico-commerciali. Il presente contributo, pertanto, mira ad indagare se la nuova disciplina di accesso agli atti di gara si riveli adeguata a garantire l'attuazione del principio di trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici, evitando che la digitalizzazione e l'automazione delle procedure di gara non si traduca in una diminuzione della conoscibilità dei meccanismi decisionali adottati dalle stazioni appaltanti.

The new rules on access to tendering documents in the context of public procurement digitization

In recent years, the regulation on the access to procurement documents has led to numerous interpretative issues with regard to the types of access granted within public procurement procedures as well as the balance between the right to access procurement documents and the protection of technical and commercial secrets. The legislation on the subject of access contained in the recently enacted Public Contracting Code

(Legislative Decree no. 36/2023) -- which is part of the overall digitization process of a contract's lifecycle -- has significantly innovated the methods through which economic operators can view procurement documents and the bids that were submitted. The new Code provides for automatic mechanisms for the immediate disclosure of such documents and a new "super-accelerated" procedure regarding the public administration's decisions on bidders' requests to hide those parts of the bids that are considered to represent technical and commercial secrets. This paper aims to establish whether the new regulation on access to procurement documents is suitable to ensure the enforcement of the principle of transparency in public contracting, preventing digitization and automation of procurement procedures from resulting in a decrease in the transparency of the decision-making mechanisms adopted by contracting authorities.

Sommario: 1. Premessa.- 2. Il principio di trasparenza e l'accesso ai documenti amministrativi: profili evolutivi.- 3. La tassonomia delle forme di accesso a documenti, atti e informazioni della pubblica amministrazione.- 4. La progressiva emersione della normativa speciale in materia di contratti pubblici.- 5. Profili ricostruttivi della normativa in materia di trasparenza e accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici.- 6. L'accesso in modalità digitale e la nuova disciplina dei differimenti e delle esclusioni..- 7. La messa a disposizione automatica delle offerte in piattaforma e il rito speciale sulle richieste di oscuramento.- 8. Accesso agli atti di gara e dilazione del termine di impugnazione dell'aggiudicazione.- 9. Questioni procedurali e processuali relative alla messa a disposizione degli atti in piattaforma e al c.d. "rito super-accelerato".- 10. Una ricostruzione dell'accessibilità agli atti di gara a geometrie variabili.- 11. Accesso e intelligenza artificiale: conoscibilità e comprensività delle decisioni assunte mediante automazione.- 12. Alcune brevi considerazioni sui possibili profili evolutivi della disciplina.

1. Premessa

La disciplina dell'accesso agli atti di gara è stata fin dalle sue origini oggetto di una normativa speciale in ragione della particolarità delle procedure di evidenza pubblica rispetto alla generalità dei procedimenti amministrativi e della rilevanza

che la trasparenza riveste nella materia dei contratti pubblici, particolarmente esposta ai fenomeni corruttivi^[1].

Il principio di trasparenza dell'attività amministrativa nell'ambito delle gare per l'affidamento dei contratti pubblici entra in conflitto, non solo con gli interessi pubblici tutelati dalla pubblica amministrazione, ma anche (e soprattutto) con gli interessi privati degli operatori economici che partecipano alla gara, che hanno spesso l'interesse a tutelare la segretezza delle proprie offerte tecniche^[2].

Sono essenzialmente queste le ragioni per le quali la disciplina dell'accesso agli atti di gara ha da sempre avuto una disciplina *ad hoc* che, però, non è bastata ad evitare il sorgere di alcune problematiche esegetiche ed applicative che hanno affaticato la dottrina e la giurisprudenza nella ricerca di soluzioni condivise e, soprattutto, condivisibili. Infatti, la stratificazione normativa in materia, nel corso degli ultimi decenni, ha di molto complicato il ruolo dell'interprete nel coordinamento delle varie tipologie di accesso previste dal nostro ordinamento, determinando soluzioni applicative spesso diversificate e non uniformi^[3].

Con l'entrata in vigore all'ultimo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) la disciplina speciale è stata integralmente riscritta nell'ambito di due distinti articoli che hanno di gran lunga implementato e modificato le modalità d'accesso agli atti di gara alla luce della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti^[4].

A poco più di un anno dall'entrata in vigore di detto Codice, pertanto, si ritiene utile tracciare un primo approfondimento della nuova disciplina sull'accesso – forzatamente provvisorio visto il ristretto periodo applicativo della normativa^[5] – al fine di indagarne gli aspetti migliorativi, le persistenti criticità e le future potenzialità dell'istituto, anche alla luce dall'utilizzo delle tecnologie dell'ICT (*Information and Communications Technology*) che si stanno progressivamente affermando nello svolgimento dell'attività amministrativa^[6].

Il Codice dei contratti, infatti, prevedendo la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, impone un cambio di paradigma anche relativamente all'accessibilità alle informazioni e agli atti di gara, accessibilità che dovrà ora necessariamente muoversi sul binario digitale e non su quello analogico^[7]. Tale scenario, unito allo sviluppo degli strumenti di AI (*Artificial Intelligence*), che ora hanno trovato un'espressa disciplina normativa proprio nell'ambito del predetto del Codice, potrebbe consentire lo sviluppo di un nuovo modello

digitale di accesso ai documenti amministrativi, idoneo a fungere da volano per forme di “accessibilità automatizzata”, utilizzabili anche in altri ambiti dell’attività amministrativa autoritativa.

2. Il principio di trasparenza e l’accesso ai documenti amministrativi: profili evolutivi

Per un’adeguata comprensione del tema dell’accessibilità agli atti di gara pare opportuno effettuare alcune brevi premesse evolutive sull’accesso ai documenti amministrativi, che va inquadrato nell’ambito del coevo principio di trasparenza dell’attività amministrativa, del quale è una delle più importanti manifestazioni. L’accessibilità ai documenti della pubblica amministrazione, infatti, è tutt’ora uno dei principali strumenti attuativi della trasparenza amministrativa^[8], attraverso il quale si contribuisce a rendere concreta l’iconica immagine della pubblica amministrazione come una “casa di vetro”, costruita con delle pareti trasparenti che permettano di lasciar scorgere le modalità di esercizio dell’attività amministrativa ai destinatari degli effetti dei pubblici poteri^[9].

L’evoluzione in materia è stata lunga e tortuosa^[10]: si è passati da un sistema in cui la segretezza costituiva la regola dell’operato della pubblica amministrazione e la trasparenza l’eccezione^[11], ad un sistema diametralmente opposto, introdotto dalla l. n. 241/1990, che ha fatto diventare l’accessibilità all’operato della pubblica amministrazione la regola generale, relegando il segreto ad ipotesi eccezionali^[12].

Nella sua versione primigenia il diritto di accesso ai documenti amministrativi aveva un’accezione ampia ed esplicitamente funzionalizzata all’attuazione del principio della trasparenza amministrativa^[13]. L’istituto, poi, è stato oggetto di un’integrale revisione ad opera della l. n. 15/2005, che ne ha modificato profondamente il carattere sostanziale, indirizzando lo stesso maggiormente alla tutela delle situazioni giuridiche individuali piuttosto che al controllo generalizzato sull’operato delle pubbliche amministrazioni^[14]. Si deve a tale intervento legislativo anche la cristallizzazione del principio di trasparenza tra i principi dell’attività amministrativa^[15].

Nello stesso anno, con la l. n. 80/2005, le controversie in materia di accesso vengono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo^[16], andando a risolvere la questione relativa al riparto di giurisdizione sulle relative

controversie, strettamente correlata al dibattito sulla qualificazione della natura giuridica dell’accesso, dibattito che non può dirsi ancora del tutto sopito^[17].

L’anno seguente, poi, viene adottato il d.P.R. n. 184/2006 che, ad integrazione della disciplina dell’accesso integralmente riformata nel 2005, prescrive le modalità con le quali deve essere effettuata la richiesta di accesso (e serbata la relativa risposta), oltre ad alcune precisazioni sulle esclusioni dai documenti accessibili e sulle modalità di contestazione delle decisioni della pubblica amministrazione^[18].

Un incremento ulteriore all’accessibilità dell’attività amministrativa si ha con l’art. 11, comma 1, d.lgs. n. 150/2009 (cd. Decreto Brunetta), che declina la trasparenza come «*accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni*» con il fine di favorire forme diffuse di controllo sull’attività amministrativa nel perseguitamento dei principi di buon andamento e di imparzialità. Si costituisce in questo modo, in capo a ciascun cittadino, una posizione giuridica qualificata ad ottenere le informazioni pubbliche, dichiaratamente rivolta a favorire quel controllo generalizzato sull’operato delle amministrazioni escluso dall’art. 24, comma 3, l. n. 241/1990^[19].

Il c.d. Decreto Brunetta prepara il terreno alla successiva importante nuova riforma in materia di trasparenza e di accesso ai documenti amministrativi, che si ha con il d.lgs. n. 33/2013 (c.d. Decreto Trasparenza)^[20]. Con questo intervento normativo, nel prevedere un’articolata rete di obblighi di pubblicazione al fine di implementare la trasparenza dell’attività pubblica, è stata anche introdotta una nuova tipologia di accesso ai documenti amministrativi, l’accesso civico, attraverso il quale il privato ha il diritto di richiedere i documenti, le informazioni o i dati che l’amministrazione è tenuta a pubblicare, quando la stessa non vi abbia provveduto^[21].

Qualche anno dopo, il novero delle figure di accesso ai documenti cresce nuovamente grazie al d.lgs. n. 97/2016^[22] che introduce una diversa forma di accesso civico, definita dall’ANAC come “accesso civico generalizzato”^[23], che permette a chiunque di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli soggetti ad obbligo di pubblicazione, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguitamento delle funzioni istituzionali^[24]. Tale forma di accesso è stata ispirata a quella prevista dal *Freedom*

of Information Act (c.d. FOIA) che costituisce un modello di accessibilità improntato ad un vero e proprio diritto alla conoscibilità (*right to know*) molto ampio anche se non illimitato^[28].

Tale modello di accessibilità è già da tempo vigente sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea^[26], sia nella gran parte degli altri Stati membri^[27], sia negli Stati Uniti d'America^[28].

Da questa breve panoramica evolutiva appare come oggi nel nostro ordinamento vi siano diverse tipologie di accesso che hanno ad oggetto non solo documenti, ma anche atti, dati e informazioni in possesso della pubblica amministrazione e che sono assoggettate a discipline normative differenti. Di seguito si proverà a dare brevemente conto di tutte queste diverse forme di accesso che, con qualche problema di coordinamento, convivono oggi nel nostro ordinamento.

3. La tassonomia delle forme di accesso a documenti, atti e informazioni della pubblica amministrazione

L'espressione accesso ai documenti amministrativi, alla luce del quadro normativo vigente, non appare più in grado di descrivere adeguatamente i poteri a disposizione dell'interessato per conoscere lo svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione, dato che l'accesso non è più unitario e non riguarda più solamente i documenti, ma anche gli atti, le informazioni e i dati in possesso della pubblica amministrazione. Il quadro degli strumenti di accessibilità è composito e non ben armonizzato, dato che i presupposti dei vari istituti si prestano spesso a sovrapposizioni che non facilitano l'interprete nell'identificare la normativa da applicare.

Le figure generali di accesso sono almeno tre: l'accesso ai documenti amministrativi ex art. 22 e ss., l. n. 241/1990 (c.d. accesso documentale), l'accesso civico ex art. 5 comma 1, d.lgs. n. 33/2013 (c.d. accesso civico semplice) e l'accesso civico ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 (c.d. accesso civico generalizzato).

La figura originaria è quella dell'accesso documentale, che è stato per anni lo strumento principe per l'attuazione del principio di trasparenza amministrativa^[29]. Il soggetto legittimato a richiedere l'accesso deve essere titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente

tutelata e collegata al documento di cui si chiede l'ostensione; l'oggetto della richiesta di accesso possono essere solo i documenti amministrativi e non anche le informazioni in possesso dell'amministrazione^[30]. La regola generale dell'accessibilità, stante la sussistenza dei presupposti di legittimazione attiva e passiva, va contemperata con i casi in cui il diritto di accesso è tassativamente escluso e con quelli in cui l'accessibilità va bilanciata con la sussistenza di altri interessi pubblici o privati^[31]. Nell'attuale impianto normativo, in buona sostanza, l'accesso procedimentale garantisce e protegge l'interesse alla trasparenza solo nei casi in cui esso coincida con l'esigenza di protezione di un interesse individuale e, in ragione di un tanto, tale forma di accesso viene anche etichettata come "accesso defensionale"^[32].

La seconda figura generale di accesso ai documenti è costituita dal c.d. accesso civico semplice previsto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013, che consiste nel diritto di chiunque di richiedere tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria da parte della pubblica amministrazione, nei casi in cui la loro pubblicazione sia stata omessa^[33]. L'accesso civico semplice, differentemente da quello documentale, prescinde da un interesse giuridicamente tutelabile di chi effettua la richiesta, dato che è il legislatore stesso a limitare l'ambito del "conoscibile" e non il cittadino, che può richiedere l'accesso solo dei documenti per i quali normativamente è imposto un obbligo di pubblicazione^[34]. Le decisioni della pubblica amministrazione sulle richieste di accesso civico semplice costituiscono esercizio di attività vincolata rispetto alla quale non residuano margini di scelta (*rectius* discrezionalità) in merito alla decisione di accogliere o meno l'istanza, con la conseguenza che il richiedente può vantare una situazione giuridica soggettiva di diritto soggettivo^[35]. Nella sostanza, dunque, l'accesso civico semplice costituisce uno strumento di controllo generalizzato in ordine alla corretta applicazione degli obblighi normativi di pubblicazione da parte dei soggetti per i quali trova applicazione la disciplina della trasparenza^[36].

La terza forma generale di accesso è costituita dall'accesso civico generalizzato che è stata introdotta nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 97/2016^[37]. L'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 prevede il diritto di chiunque ad accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, allo scopo di favorire il controllo sull'attività amministrativa e di favorire la partecipazione al dibattito pubblico, nel rispetto

dei limiti normativamente previsti^[38]. Il successivo art. 5-bis, infatti, prevede una serie di limiti che tale forma di accesso deve rispettare, distinguendo tra limiti necessari alla tutela di interessi pubblici (previsti dal comma 1) e limiti che riguardano la tutela di interessi privati (previsti dal comma 2), a cui vanno aggiunte le esclusioni dell'accesso legate al segreto di Stato e agli altri casi di divieto di accesso o di divulgazione stabiliti dalla legge (previsti dal comma 3). L'accesso civico generalizzato (come quello semplice) non è soggetto ad alcuna limitazione per quanto riguarda la legittimazione soggettiva del richiedente. L'istanza non deve essere motivata (con riferimento alla sussistenza di un interesse) e la stessa può limitarsi a contenere esclusivamente l'indicazione dei dati, dei documenti (e delle informazioni) che il soggetto vuole conoscere^[39]. In sostanza, con l'accesso civico generalizzato viene introdotto nel nostro ordinamento il diritto all'informazione amministrativa, ossia il diritto ad essere informati e a ricercare informazioni, costruito sin dall'origine come un diritto individuale che consente al cittadino di controllare l'amministrazione, di partecipare al dibattito pubblico e di entrare in possesso delle informazioni che realmente gli interessano^[40]. In relazione all'introduzione nel nostro ordinamento di questo nuovo “diritto a conoscere”, si condivide il rammarico di quella dottrina secondo la quale è stata persa un'occasione di riscrivere in maniera più semplice, coordinata e organica l'intera disciplina dell'accesso^[41].

4. La progressiva emersione della normativa speciale in materia di contratti pubblici

Nell'ambito della materia dei contratti pubblici, come accennato in precedenza, la disciplina dell'accesso agli atti ha da sempre rivestito un'importanza particolare, costituendo uno dei principali strumenti per la tutela dei principi di trasparenza e imparzialità dell'attività amministrativa, nonché del principio della libera concorrenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica^[42].

Inizialmente, la disciplina prevista dalla l. n. 241/1990 in materia di accesso ai documenti ha trovato applicazione anche nella materia dei contratti pubblici^[43]. Già qualche anno dopo, però, per la materia dei lavori pubblici è stata dettata una prima disciplina speciale con la l. n. 109/1994 (rubricata “Legge quadro in materia di lavori pubblici”), il cui art. 3 demandava la disciplina dell'accesso alla

fonte regolamentare^[44].

Una prima organica disciplina speciale sul diritto di accesso nelle procedure di evidenza pubblica si deve al primo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) che, all'art. 13 (rubricato "Accesso agli atti di gara e divieti di divulgazione"), introduceva una serie di regole differenziate per ottenere la visibilità degli atti di gara^[45]. La giurisprudenza ha precisato come detta normativa speciale andasse intesa in termini di complementarietà con la disciplina dell'accesso documentale, nel senso che essa dovesse applicarsi tutte le volte in cui non vi fossero disposizioni speciali o derogatorie^[46]. Il "nucleo di specialità" individuato dal Codice del 2006 consisteva nell'individuazione di alcuni casi in cui il diritto di accesso doveva essere differito^[47] in relazione alle scansioni delle varie fasi procedurali e di altri casi in cui lo stesso doveva considerarsi in radice escluso^[48]. Il Codice precisava poi che, in relazione ai segreti tecnici o commerciali e agli eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte da individuarsi con regolamento, era comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chiedesse per la difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto^[49]. Per quanto riguarda le modalità di accesso, l'art. 79, comma 5-quater, prevedeva una forma speciale di "accesso informale" agli atti di gara, secondo il quale l'accesso era consentito entro dieci giorni dalla comunicazione dei provvedimenti oggetto della richiesta^[50].

Nel secondo Codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) la disciplina dell'accesso agli atti di gara è stata trasfusa nell'art. 53 (rubricato "Accesso agli atti e riservatezza"), all'interno del quale veniva quasi pedissequamente riproposta la disciplina precedentemente contenuta nell'art. 13, d.lgs. n. 163/2006^[51]. I principali elementi di differenziazione riguardavano i riferimenti all'asta elettronica^[52], l'eliminazione di una causa di esclusione^[53] e l'elisione dei due ultimi comma relativi alla messa a disposizione delle specifiche tecniche^[54].

All'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, poi, veniva anche riproposta la possibilità di effettuare una richiesta di accesso "semplificato" (leggermente diverso da quello già previsto dall'art. 79, d.lgs. n. 163/2006), volto a conoscere i motivi della propria mancata aggiudicazione, richiesta che la pubblica amministrazione doveva riscontrare entro quindici giorni^[55].

Un'altra norma di indubbia portata innovativa del Codice del 2016 era quella contenuta all'art. 29 (rubricata "Principi in materia di trasparenza") in quanto

priva di una corrispondente disposizione nel Codice del 2006. L'art. 29, comma 1 prevedeva l'obbligo di pubblicare tutta una serie di atti sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 33/2013. L'art. 29, comma 2, invece, prevedeva la gestione e la trasmissione alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC, attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'art. 213, comma 9, di tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento (inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'art. 5) ^[56].

Pertanto, da una parte veniva prevista tutta una serie di obblighi di pubblicazione e di trasmissione a carico della stazione appaltante; dall'altra, a tali obblighi di pubblicità si affiancava il diritto di accesso agli atti "classico", con il quale l'operatore economico interessato ^[57] veniva messo in condizione di conoscere (più a fondo) la scelta dell'amministrazione e le offerte dei concorrenti (salvo le esclusioni normativamente previste) al fine di verificare la regolarità e la correttezza della procedura di gara.

Nella vigenza del Codice del 2016 si è posto il problema dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato nell'ambito delle procedure di gara, in assenza di un riferimento esplicito alla sua disciplina normativa ^[58]. Per lungo tempo la questione è stata dibattuta, essendosi registrati sul punto due orientamenti diametralmente contrapposti ^[59].

Un primo orientamento escludeva l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato in base al disposto dell'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale «*Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso [...] è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*». La previsione di una disciplina speciale, modellata sulla disciplina dell'accesso documentale, pertanto, giustificherebbe una esclusione (seppur implicita) di utilizzare l'accesso civico generalizzato nell'ambito delle procedure di gara ^[60].

L'opposto orientamento, invece, riteneva che il disposto della citata disposizione non fosse sufficiente ad introdurre una disciplina speciale e derogatoria tale da escludere definitivamente l'applicazione dell'accesso civico generalizzato nelle

procedure di gara^[61].

Tale contrasto, nel 2019, si è amplificato anche in seno al Consiglio di Stato, dove la Sezione Terza^[62] e la Sezione Quinta^[63], a distanza di soli due mesi, hanno espresso opinioni diametralmente opposte.

Ciò ha portato la Sezione Terza, con successiva ordinanza 16 dicembre 2019, n. 8501^[64], a deferire la questione all'Adunanza plenaria che, con la nota sentenza n. 10/2020, ha risolto la *vexata quaestio* nel senso dell'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato anche nell'ambito dell'accesso ai documenti di gara^[65]. Secondo la Plenaria, infatti, la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei o assoluti di cui all'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara (anche nella fase di esecuzione), dato che il vigente contesto normativo non può determinare un'esclusione *sic et simpliciter* dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici, ma prescrive una necessaria verifica della compatibilità di tale forma di accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2 a tutela degli interessi (pubblici e privati) ivi previsti, a seguito di un bilanciamento tra l'interesse alla trasparenza e quello alla riservatezza^[66].

La soluzione sposata dall'Adunanza plenaria è stata recepita anche dal terzo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) secondo il quale le stazioni appaltanti assicurano l'accesso digitale agli atti di gara «*ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*»^[67].

5. Profili ricostruttivi della normativa in materia di trasparenza e accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Il d.lgs. n. 36/2023 regola l'accesso agli atti di gara negli artt. 35 e 36 i quali, pur contenendo una forte continuità rispetto alla disciplina previgente per quel che riguarda la casistica dei differimenti e delle esclusioni, presenta anche degli aspetti fortemente innovativi, sia dal punto di vista sostanziale, che dal punto di vista procedimentale e processuale^[68].

La portata innovativa di questa nuova disciplina è strettamente legata a quel processo di digitalizzazione che costituisce il *fil rouge* del nuovo Codice e che

deve applicarsi a tutte le procedure di gara e per tutte le fasi del ciclo di vita del contratto^[69]. L'effettiva digitalizzazione di ogni fase della contrattazione e dei rapporti tra stazioni appaltanti e operatori economici, infatti, rappresenta la sfida più importante da portare avanti nella materia dei contratti pubblici, anche alla luce della normativa europea che promuove fortemente la trasformazione digitale e pone strategie di effettiva digitalizzazione volte a superare la ancora limitata attuazione degli obiettivi di *e-procurement*^[70].

Nell'ambito di questo processo di digitalizzazione si inserisce il nuovo regime del diritto di accesso agli atti di gara, da garantire in modalità digitale, con tutta una serie di necessari adattamenti e ripensamenti nei confronti delle ordinarie procedure amministrative, che diventa per le amministrazioni anche un'occasione per semplificare e velocizzare gli adempimenti collegati^[71].

Ma prima ancora di soffermarsi sulla disciplina dell'accesso agli atti – sulla quale si tornerà più diffusamente nei prossimi paragrafi – occorre brevemente dare conto che la trasparenza nell'ambito delle procedure di gara è attuata, *in primis*, attraverso una puntuale previsione di una serie di obblighi di pubblicazione a carico delle stazioni appaltanti, che sono prescritti dal combinato disposto degli artt. 20 (rubricato “Principi in materia di trasparenza”) e 28 (rubricato “Trasparenza dei contratti pubblici”) del d.lgs. n. 36/2023, nonché dall’art. 37 del d.lgs. n. 33/2013 (rubricato “Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”).

Secondo il succitato art. 20, nel perseguimento del principio di trasparenza, i dati, le informazioni e gli atti relativi ai contratti pubblici indicati nell’art. 28 sono pubblicati secondo le modalità prescritte dal d.lgs. n. 33/2013^[72].

Il successivo art. 28, invece, prescrive con maggior precisione le modalità di pubblicazione nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici. Le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché quelli relativi alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici (ove non considerati riservati ai sensi dell’art. 35, ovvero secretati ai sensi dell’art. 139) sono trasmessi tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di cui all’art. 23, attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all’art. 25^[73]. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano il collegamento tra la sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale e la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici^[74]. Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati

trasmessi alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici presso l’ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti anche attraverso la piattaforma unica della trasparenza e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto; in particolare, sono pubblicati su detta banca dati dell’ANAC, la struttura proponente, l’oggetto del bando, l’elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l’aggiudicatario, l’importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l’importo delle somme liquidate^[75]. La composizione della commissione giudicatrice, i *curricula* dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione, invece, sono pubblicati nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale della stazione appaltante^[76].

In sostanza, il regime di trasparenza previsto dal Codice dei contratti è caratterizzato dall’interposizione delle attività di invio dei dati alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell’ANAC che riceve i dati quando le stazioni appaltanti li creano, dati che vengono comunicati una sola volta dalle amministrazioni per adempiere alle diverse finalità e resi accessibili dalla sezione “Amministrazione trasparente” attraverso un *link* che si collega alla banca dati di ANAC^[77]. Qualora la stazione appaltante non adempia ai suoi obblighi di pubblicazione, gli interessati possono attivare lo strumento dell’accesso civico semplice al fine di ottenere la pubblicazione degli atti e delle informazioni mancanti^[78].

6. L’accesso in modalità digitale e la nuova disciplina dei differimenti e delle esclusioni.

L’art. 35 (rubricato “Accesso agli atti e riservatezza”) contiene la disciplina “sostanziale” dell’accesso degli atti di gara, che viene modulata sulla falsariga di quelle contenute nei codici dei contratti previgenti, ossia prevedendo la regola generale dell’accessibilità, contemperata da alcune ipotesi di differimento e di esclusione^[79].

Preliminarmente occorre evidenziare che l’art. 35, comma 1, al fine di allineare l’istituto alla digitalizzazione delle procedure e all’utilizzo delle piattaforme di *e-procurement*, prevede che le stazioni appaltanti debbano assicurare l’accesso agli

atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inserite nelle piattaforme. Viene anche precisato che la richiesta di accesso può avvenire sia a titolo di accesso civico (semplice o generalizzato), sia a titolo di accesso documentale, andando a recepire in via legislativa l'analizzata soluzione giurisprudenziale dell'Adunanza plenaria n. 10/2020 che aveva ammesso l'istituto dell'accesso civico generalizzato nell'ambito dei contratti pubblici, anche con riguardo alla fase esecutiva^[80].

La disciplina dei casi di differimento ha subito alcune modifiche rispetto alla corrispettiva norma del Codice del 2016 laddove si è provveduto ad indicare con maggior dettaglio le tempistiche entro le quali si può ottenere la documentazione di gara^[81].

Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse e, in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime^[82]; c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione; d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione; e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione^[83].

Fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei limiti temporali come sopra indicati, gli atti, i dati e le informazioni di cui sopra non possono essere resi accessibili o conoscibili in alcun modo, pena la responsabilità penale ex art. 326 c.p.^[84] per i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio che contravvengano a tale divieto^[85].

Per quanto riguarda il regime delle esclusioni si deve registrare una bipartizione

inedita tra i casi in cui la stazione appaltante “può escludere” o “esclude” (*rectius* deve escludere) l’accesso.

Nei casi di c.d. esclusione assoluta rientrano le richieste di accesso relative: 1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all’applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; 2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell’esecuzione e dell’organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; 3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale^[86].

I casi di c.d. esclusione relativa, invece, sono costituiti dalle richieste di accesso relative alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta (o a giustificazione della medesima) che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali^[87].

Tale bipartizione, però, va relativizzata alla luce del dettato dell’art. 35, comma 5 che, pur limitatamente ai casi di segreto tecnico-commerciale e alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche, consente l’accesso al ricorrente qualora esso sia “indispensabile” ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici. Questa norma ha recepito un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in presenza di parti delle offerte che possono costituire un segreto tecnico o commerciale^[88], la stazione appaltante deve preliminarmente considerare, nel bilanciamento tra esigenze di difesa e tutela della riservatezza, se sussista il requisito della “stretta indispensabilità” della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio del soggetto interessato all’accesso^[89]. Il richiedente, pertanto, se vorrà accedere anche a quelle informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali, dovrà dimostrare che le stesse sono essenziali per la tutela dei suoi interessi in giudizio, circostanza che dovrà essere valutata “discrezionalmente”^[90] dalla stazione appaltante avuto riguardo alle motivate e comprovate dichiarazione delle parti^[91].

Se la possibilità dell’accesso alle parti dell’offerta che rappresentano segreti tecnici e commerciali in caso di “stretta indispensabilità” costituisce il portato del dibattito giurisprudenziale formatosi sull’art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, altrettanto non può dirsi per l’accessibilità alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante coperte da diritti

di privativa intellettuale che costituisce, invece, un *novum* nelle limitazioni all'accesso, fisiologicamente connesso con l'incipiente digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti. Vista la novità di tale esclusione (*rectius* limitazione), si dovrà attendere l'applicazione che ne sarà fatta dalla giurisprudenza, evidenziando sin d'ora come la succitata disposizione vada letta insieme all'art. 30, d.lgs. n. 36/2023, dove sono previsti gli obblighi di pubblicazione e di conoscibilità in caso di uso di procedure automatizzate basate su soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti.

7. La messa a disposizione automatica delle offerte in piattaforma e il rito speciale sulle richieste di oscuramento

La disciplina più innovativa prevista dal Codice dei contratti relativamente all'istituto dell'accesso è contenuta nell'art. 36 (rubricato "Norme procedurali e processuali in materia di accesso") che prevede una serie di regole speciali (sia procedurali che processuali) per i partecipanti alla gara che non siano stati definitivamente esclusi.

Si è visto come l'art. 35 indichi che l'accesso vada esercitato in via digitale e come lo strumento scelto per la digitalizzazione sia costituito dalle piattaforme di approvvigionamento digitale. Il susseguente art. 36 prevede qualcosa in più, ossia, una sorta di "accessibilità automatica" degli atti di gara e delle offerte dei primi cinque soggetti partecipanti. Più precisamente, l'art. 36, comma 1 prescrive che, chi abbia partecipato alla gara e non sia stato escluso, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90, ha diritto di accedere in via diretta (ossia tramite piattaforma) all'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, oltre che ai verbali di gara e agli atti, ai dati e alle informazioni presupposti all'aggiudicazione. Il comma 2, poi, prevede un regime "differenziato" per gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, ai quali viene riconosciuto un diritto di accesso (automatico) più ampio, poiché ad essi sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, non solo gli atti di cui al comma 1, ma anche le offerte dagli stessi presentate.

Quindi, gli atti delle operazioni di gara e l'offerta dell'aggiudicatario sono messe a disposizione di tutti i partecipanti non esclusi^[92]; gli operatori economici che si

sono classificati nelle prime cinque posizioni, inoltre, hanno la possibilità di accedere (reciprocamente) alle offerte da loro presentate e, cioè, di quelle del secondo, del terzo, del quarto e del quinto partecipante (dato che l'offerta del primo è conoscibile da tutti)^[93]. In sostanza, per i primi cinque partecipanti è possibile accedere subito alle offerte degli altri (quattro) tramite l'accesso diretto in piattaforma, mentre per gli altri concorrenti non esclusi (dalla sesta posizione in poi), l'accesso alle offerte altrui è subordinato alla presentazione di un'istanza di accesso, a cui dovrà seguire un contraddittorio procedimentale e una risposta della stazione appaltante (o, ancora, un silenzio significativo).

Il successivo comma 3, poi, prescrive che, con la comunicazione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante debba indicare anche le decisioni assunte sulle (eventuali) motivate e comprovate richieste dei partecipanti di oscurare le parti delle proprie offerte ritenute come non ostensibili, poiché contenenti segreti tecnici o commerciali^[94].

A tal proposito, ai sensi del successivo art. 36, comma 4, i soggetti che vantano un interesse favorevole (il concorrente che ha formulato l'offerta) o contrario (il concorrente che ha interesse ad accedere all'offerta) all'oscuramento di parti dell'offerta, hanno l'onere di impugnare le decisioni della stazione appaltante sul punto (cioè la decisione di secretarle o meno) con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, secondo un rito speciale che segue le forme dell'art. 116 c.p.a., nell'ambito del quale, però, le parti intime possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso. Qualora la stazione appaltante decida di concedere l'oscuramento richiesto, *nulla quaestio*: l'offerta sarà messa a disposizione in modalità “oscurata” e i soggetti concorrenti che ne avranno l'interesse potranno agire per ottenere il suo completo disvelamento con il c.d. “rito dell'oscuramento”^[95]. Nel caso in cui, invece, la stazione appaltante ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente, essa non potrà mettere immediatamente a disposizione l'offerta completamente in chiaro.

L'art. 36, comma 5, infatti, prescrive che l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stata richiesto (ma non concesso) l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione di dieci giorni previsto dall'art. 36, comma 4^[96]. La stazione appaltante, quindi, valuta la sussistenza (o meno) delle ragioni di riservatezza dichiarate dalle parti per la presenza di segreti tecnici o commerciali

già nella fase procedimentale della valutazione delle offerte, quando verrà deciso in che misura l'offerta sarà ostensibile qualora risulti come quella a cui viene aggiudicata la gara (o come una delle altre quattro da mettere a disposizione tramite piattaforma)^[97]. Occorre rilevare come tale decisione amministrativa nella fase di valutazione delle offerte impedisce di fatto una interlocuzione con il richiedente l'accesso, che avrà come momento per opporsi solo quello processuale e non anche quello procedimentale, potendo solo impugnare la decisione presa da parte dell'amministrazione, ma non anche presentare le proprie osservazioni antecedentemente, come capita in sede di ordinaria richiesta di accesso^[98].

L'art. 36, comma 6, poi, prevede che, in caso di ricorso avverso la decisione sull'oscuramento, la stazione appaltante possa inoltrare una segnalazione all'ANAC, la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'art. 222, comma 9 del Codice^[99], ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento^[100].

Il comma 7, invece, prevede la disciplina specifica del c.d. "rito dell'oscuramento" – che nel prosieguo del contributo verrà definito anche come "rito super-accelerato" – in ragione della ristrettezza dei termini scanditi per il suo svolgimento. Secondo detto rito, l'udienza in camera di consiglio deve tenersi nella prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al quinto giorno dal deposito del ricorso^[101]. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a un giorno libero prima della camera di consiglio e il ricorso viene deciso nella stessa udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione. La sentenza può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie.

Il successivo comma 8 precisa che il rito e i termini previsti ai commi 4 e 7 per il "rito super-accelerato" si applicano anche nei giudizi di impugnazione.

Infine, il comma 9 indica che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella dell'aggiudicatario decorre comunque dalla comunicazione di cui all'art. 90, tornando sulla complessa questione del *dies a quo* del termine di impugnazione dei

provvedimenti di aggiudicazione, problema sul quale la giurisprudenza aveva trovato una soluzione, la cui tenuta va verificata alla luce del nuovo contesto normativo^[102].

8. Accesso agli atti di gara e dilazione del termine di impugnazione dell'aggiudicazione

La decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione è una questione ampiamente dibattuta in giurisprudenza che, complice l'ambiguità ed il difetto di coordinamento di alcune disposizioni normative, negli anni ha fatto sorgere soluzioni diverse nell'individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso^[103].

Le problematiche interpretative sul punto sono sorte dalla frequente prassi di alcune stazioni appaltanti di comunicare il provvedimento di aggiudicazione senza fornire le motivazioni sulle quali lo stesso si fondava come, invece, specificamente previsto già dall'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006. Infatti, l'art. 120 c.p.a., contenente la disciplina del rito in materia di appalti pubblici, fin dalla sua introduzione, prevedeva che il termine di trenta giorni per impugnare l'aggiudicazione decorresse dalla comunicazione formale di cui al succitato art. 79.

Sulla lettura del combinato disposto degli artt. 120 c.pa. e 79, d.lgs. n. 163/2006 erano sorte tre differenti posizioni in giurisprudenza: la prima posizione (più rigorosa) propendeva per la decorrenza immediata del termine a prescindere dalla completezza e dall'esaurività della comunicazione ex art. 79^[104]; la seconda posizione (meno rigorosa) riconosceva la decorrenza del termine solo in caso di completezza ed esaurività di tale comunicazione^[105]; la terza posizione (intermedia) consentiva un differimento del termine di impugnazione per i giorni necessari ad ottenere l'accesso agli atti (nel limite massimo di dieci giorni), posizione che col passare del tempo è poi divenuta quella prevalente^[106].

La questione si è ulteriormente complicata con l'entrata in vigore del Codice del 2016 che ha provveduto ad abrogare l'art. 79, d.lgs. n. 163/2006 (sostituito dall'art. 76, d.lgs. n. 50/2016) in mancanza di una modifica dell'art. 120, comma 5 c.p.a. (che continuava a richiamare il succitato art. 79 abrogato e non il nuovo art. 76). La riforma del 2016, in questo modo, ha riproposto una spaccatura della

giurisprudenza in due contrapposti orientamenti: uno che predicava un'applicazione letterale del 120 c.p.a. con il conseguente onere di immediata impugnazione dal momento della conoscenza della lesività del provvedimento^[107]; l'altro che sosteneva la necessità di un'interpretazione adeguatrice della normativa (attraverso una lettura combinata tra l'art. 120, comma 5 c.p.a. e l'art. 76, d.lgs. n. 50/2016) per effetto della quale, in difetto di integrale ostensione degli atti di gara, sarebbe stato legittimo il differimento del termine di impugnazione di quindici giorni (maggiore rispetto ai dieci previsti nella vigenza del Codice del 2016)^[108].

Questo persistente contrasto giurisprudenziale ha portato la Sezione V del Consiglio di Stato^[109] a rimettere la questione all'Adunanza plenaria che si è pronunciata sul punto con la nota sentenza n. 12/2020^[110]. Tale pronuncia ha cristallizzato tre fondamentali regole sul tema: a) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29, d.lgs. n. 50/2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; b) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati; c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la dilazione temporale per il ricorso quando i motivi conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario.

La giurisprudenza successiva ha specificato meglio l'impianto delineato dalla Plenaria, fornendo una più precisa modulazione per stabilire il *dies a quo* del termine di impugnazione dell'aggiudicazione. Più precisamente: a) in linea di principio, il termine decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara (comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016); b) in alternativa, decorre dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio d'ufficio, delle informazioni di cui all'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, ma solo a condizione che esse permettano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da consentire la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale; c) decorre con "dilazione temporale", nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti (se la stessa è presentata tempestivamente), qualora i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario; d) infine,

decorre dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati^[111].

Il Codice del 2023 è intervenuto normativamente sul rapporto tra accesso e decorrenza del termine con il già citato art. 36, comma 9 secondo il quale il termine di impugnazione dell'aggiudicazione decorre comunque dalla comunicazione ex art. 90^[112]. Tale norma va letta in combinato disposto con l'art. 120, comma 2, c.p.a. che attualmente prevede che il termine di trenta giorni per l'impugnazione decorre (per il ricorso principale e per i motivi aggiunti), dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 90, d.lgs. n. 36/2023, oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'art. 36, commi 1 e 2 del medesimo Codice^[113].

Il tema che si è posto in dottrina su tale nuovo impianto normativo è se il termine per l'ostensione di cui all'art. 36, comma 5 (dieci giorni) ovvero per la proposizione del ricorso per l'accesso ai sensi dell'art. 36, comma 4 (dieci giorni), abbia o meno effetti sospensivi sul termine di proposizione del ricorso contro l'aggiudicazione, che sembrerebbe decorrere comunque dalla sola comunicazione di aggiudicazione, come previsto dall'art. 36, comma 9^[114]. Sul punto, la soluzione maggiormente condivisibile alla luce del combinato disposto delle analizzate disposizioni è che l'intervenuta conoscenza successiva dei documenti secretati, eventualmente ottenuta all'esito del giudizio sull'accesso, potrebbe determinare tutt'al più la valida proposizione di motivi aggiunti, ma non un differimento del termine per l'impugnazione^[115].

9. Questioni procedurali e processuali relative alla messa a disposizione degli atti in piattaforma e al c.d. “rito super-accelerato”

Si è visto come le novità più significative della disciplina sono sicuramente quelle che vengono dettate a livello procedimentale e processuale. A livello procedimentale, l'accesso ai documenti ora è da svolgersi in maniera digitalizzata, sia quando la trasmissione del documento è richiesta dalla parte con apposita istanza, sia quando l'ostensibilità è automatica, ossia nei casi in cui è prevista la messa a disposizione degli atti della procedura e delle offerte ad alcuni dei

concorrenti. A livello processuale, invece, viene introdotto un rito speciale per contestare le decisioni in materia di oscuramento delle offerte, che ricorda un po' quello previsto dal Codice del 2016 (poi abrogato) nei confronti dei provvedimenti di ammissione e di esclusione dalla gara^[116]. Tali novità, sicuramente apprezzabili nell'intento di incrementare il livello di accessibilità agli atti delle procedure di gara, porta seco anche alcune problematicità applicative di cui si proverà a dare brevemente conto^[117].

A livello procedimentale una prima problematica è data dal fatto che la nuova configurazione del sistema delle decisioni sull'oscuramento avviene in assenza di un contraddittorio procedimentale che coinvolga i soggetti interessati all'accesso^[118]. In sostanza, la pubblica amministrazione decide sulla base delle richieste motivate dell'operatore che chiede l'oscuramento, senza la partecipazione del soggetto che poi sarà interessato ad ottenerne l'ostensione, il quale avrà a disposizione solo lo strumento giurisdizionale per opporsi all'eventuale oscuramento di parti dell'offerta, non potendo presentare alla stazione appaltante le proprie osservazioni antecedentemente come capita, invece, in sede di ordinaria richiesta di accesso^[119].

Un altro problema operativo viene evidenziato con riferimento all'istituto dell'inversione procedimentale ex art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, in base alla quale la stazione appaltante può decidere di anticipare il momento di valutazione delle offerte tecniche ed economiche rispetto alla verifica della documentazione amministrativa^[120]. In questo caso si pongono due possibili alternative: per rendere disponibili in piattaforma le offerte dei partecipanti dal secondo al quinto, la stazione appaltante verificherà la documentazione amministrativa degli altri quattro partecipanti prima di esporla; oppure, la stazione appaltante effettuerà la verifica solo per accertare la sussistenza dei dati da oscurare e procedere alla messa a disposizione della documentazione amministrativa, senza effettuare anche la verifica dei requisiti di partecipazione^[121]. La soluzione prospettata dalla dottrina, nelle more di un intervento legislativo o giurisprudenziale chiarificatore, è quella secondo la quale la stazione appaltante dovrebbe procedere a decriptare la documentazione amministrativa non verificata (per i soggetti collocati dalla seconda alla quinta posizione) solo ai fini dell'oscuramento di eventuali dati o informazioni riservate presenti nella documentazione e ultronei rispetto a quanto richiesto ai fini della partecipazione.

alla gara, senza procedere tuttavia alla verifica dei requisiti perché attività inutilmente dispendiosa, dando naturalmente conto di ciò alle parti attesa sia la necessità di ottemperare alla messa a disposizione ex lege dei documenti che alla norma che consente di non procedere a detta verifica avendo optato per l'applicazione dell'inversione procedimentale^[122].

A livello processuale, invece, il nuovo “rito super-accelerato” sulle decisioni in materia di oscuramenti ha fatto fin da subito discutere. Infatti, c’è chi ha posto in evidenza come si tratta dell’ennesima ipotesi di una disciplina processuale che si pone al di fuori del codice del processo amministrativo, il quale è stato emanato con l’obiettivo di unificare in un unico *corpus* normativo le disposizioni processuali del giudizio amministrativo^[123].

La principale criticità emersa a livello applicativo è sicuramente quella relativa al coordinamento del nuovo rito con le norme in materia di decorrenza del termine per l’impugnativa dell’aggiudicazione, di cui si è già dato conto in precedenza.

Un’altra criticità, poi, riguarda il perimetro applicativo di questo nuovo rito speciale. Infatti, in dottrina è sorto il dubbio se esso debba essere utilizzato (*rectius* rispettato) solo dai primi cinque soggetti in graduatoria (che hanno reciprocamente accesso alle offerte con le relative decisioni sugli oscuramenti) o anche dagli altri collocatisi dalla sesta posizione in poi^[124]. Sul punto occorre ritenere che i soggetti classificatisi dopo la quinta posizione debbano utilizzare il “rito super-accelerato” solo per accedere all’offerta oscurata dell’aggiudicatario e non anche per accedere alle offerte degli altri primi cinque concorrenti, per l’accesso delle quali si applicherà l’ordinario rito ex art. 116 c.p.a. Premesso il fatto che risulta difficile, o quantomeno non particolarmente frequente, riscontrare la sussistenza di un interesse all’ostensione da parte di un soggetto arrivato dopo il quinto posto in graduatoria, qualora vi fosse tale interesse, il richiedente dovrà presentare tempestivamente istanza di accesso agli atti con ciò che ne consegue in termini procedurali e processuali, secondo le regole ordinarie previste dagli artt. 22 ss., l. n. 241/1990 e 116 c.p.a.^[125]

10. Una ricostruzione dell’accessibilità agli atti di gara a geometrie variabili

Dall’analisi svolta sulla disciplina del nuovo accesso agli atti di gara emerge un

affresco molto composito. Una volta intervenute l’aggiudicazione e la comunicazione digitale della stessa, tutti i partecipanti non esclusi in modo definitivo dalla gara possono accedere, direttamente, mediante piattaforma, a tutti gli atti della procedura che costituiscono un presupposto all’aggiudicazione (ossia, l’offerta dell’aggiudicatario, i verbali, gli atti, i dati e le informazioni, ad eccezione delle offerte dei quattro operatori successivi al primo in graduatoria), mentre i primi cinque concorrenti in graduatoria hanno diritto ad accedere, sempre mediante piattaforma, anche alle reciproche offerte, fatto salvo il caso in cui vi siano stati degli oscuramenti da parte della pubblica amministrazione^[126].

Il complessivo sistema di accessibilità agli atti, pertanto, varia a seconda della posizione del soggetto richiedente con riferimento alla procedura di gara e alla tipologia di atti oggetto della richiesta. Di seguito, pertanto, si proveranno ad enucleare le varie tipologie di accesso che sono azionabili a seconda dello *status* dei soggetti richiedenti.

I soggetti che hanno un minor potere di accesso sono quelli che sono “estranei” alla procedura (*quisque de populo*) e i concorrenti esclusi definitivamente dalla stessa. Essi possono accedere (a titolo di accesso civico semplice, generalizzato e documentale) ai sensi e nei limiti previsti dall’art. 35 del Codice relativamente alle ipotesi di differimento ed esclusione. Pertanto, alla domanda di accesso seguirà una fase di contraddittorio procedimentale e una risposta (espressa o tacita) che potrà essere impugnata dal richiedente davanti al giudice amministrativo con rito ex art. 116 c.p.a.

I concorrenti che hanno partecipato alla gara e che non sono stati esclusi, invece, hanno delle facilitazioni rispetto alla prima categoria, che consistono nel poter visionare tutti gli atti, i verbali, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione e l’offerta del soggetto aggiudicatario, mediante accesso diretto alla piattaforma. La visibilità di tali atti, pertanto, per loro è automatica e prescinde da una richiesta in merito sulla quale la stazione appaltante debba pronunciarsi. Qualora, invece, tali soggetti vogliano accedere alle offerte degli altri concorrenti diversi dall’aggiudicatario, dovranno proporre una specifica richiesta di accesso agli atti, secondo il tradizionale schema procedimentale che implica la partecipazione del controinteressato.

I primi cinque classificati in graduatoria, invece, sono assoggettati ad un diverso regime, ancora più facilitato, per effetto del quale sussiste a loro favore un diritto

alla immediata e diretta accessibilità reciproca delle offerte, a cui corrisponde un obbligo a carico della stazione appaltante di mettere a disposizione tramite la piattaforma le offerte presentate. I primi cinque operatori, pertanto, non devono presentare alcuna richiesta di accesso^[127]. La loro piena accessibilità nei confronti delle offerte di controparte, però, può essere ostacolata dall'oscuramento da parte dei concorrenti di parti delle loro offerte. Nel caso di oscuramento delle offerte, infatti, la pubblica amministrazione deve indicare, nella comunicazione di aggiudicazione inviata a tutti i partecipanti alla gara non definitivamente esclusi, la propria decisione sulle richieste di oscuramento relative alle offerte presentate dai soli primi cinque offerenti in gara (art. 36, comma 3).

In caso di oscuramento, quindi, occorre distinguere ulteriormente la posizione dei primi cinque e degli altri concorrenti non esclusi: per quanto riguarda i primi cinque, gli stessi saranno obbligati ad impugnare le decisioni della stazione appaltante entro il termine di dieci giorni ex art. 36, comma 4; per quanto riguarda i soggetti classificatisi oltre il quinto posto, invece, si deve ritenere che gli stessi non siano vincolati al rispetto della decorrenza del termine di dieci giorni per l'impugnativa delle determinazioni dell'amministrazione sulle istanze di oscuramento, data l'assenza della conoscenza delle offerte oggetto di oscuramento, a loro non messe a disposizione.

Non vi è chi non veda come tale sistema, che sicuramente ha il pregio di implementare notevolmente gli strumenti di accessibilità a disposizione degli operatori economici che partecipano ad una gara, presenti una serie di "diritti di accesso differenziati" a seconda della posizione del soggetto richiedente e, soprattutto, una serie di modalità differenziate per ottenere l'ostensione dei vari atti di gara. Questa differenziazione, a parte i dubbi ontologici che potrebbe far sorgere con i principi di concorrenza e di parità di trattamento nell'ambito delle procedure di gara, è idonea a generare incertezze negli operatori economici sul rito da esperire per ottenere in sede giurisdizionale l'accessibilità agli atti e alle informazioni di gara richieste e non ottenute dalla stazione appaltante.

11. Accesso e intelligenza artificiale: conoscibilità e comprensività delle decisioni assunte mediante automazione

L'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione da parte della

pubblica amministrazione, al fine di raggiungere una progressiva digitalizzazione dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, costituisce una tendenza evolutiva ormai consolidata^[128]. La c.d. attività amministrativa algoritmica (o robotica), ossia l'implementazione di sistemi di intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione per lo svolgimento delle proprie funzioni e per l'adozione delle proprie decisioni, è un tema in continuo divenire che ormai è da anni al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sviluppatosi nell'assenza di un impianto normativo a riguardo^[129].

Nelle sue pronunce più recenti la giurisprudenza amministrativa, in particolare quella del Consiglio di Stato, è giunta ad enucleare un catalogo di principi di carattere generale ai quali dovrebbe uniformarsi l'attività amministrativa algoritmica. Essi sono il principio di conoscibilità dell'algoritmo, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e il principio di non discriminazione algoritmica^[130]. Questi principi costituiscono i tre “pilastri” della c.d. “legittimità algoritmica”, indicando le condizioni di legittimità delle decisioni automatizzate della pubblica amministrazione^[131].

Con il vigente Codice dei contratti, seppur limitatamente all'attività contrattuale, il legislatore ha introdotto la prima norma nazionale prevedente una disciplina espressa sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'attività amministrativa^[132]. L'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 disciplina l'utilizzo delle procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici, prescrivendo che le stazioni appaltanti, ai fini dell'implementazione del principio di efficienza, provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti.

Nei successivi commi della disposizione, il legislatore ha codificato i suindicati principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di “legittimità algoritmica”, prevedendo che le decisioni assunte mediante automazione debbano rispettare i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui deve comunque esistere, nel processo decisionale, un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non

discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici^[133].

Il Codice pone particolare attenzione al primo di questi tre principi, ossia a quello della conoscibilità e comprensibilità del processo decisionale automatizzato, a cui dedica altre due disposizioni: la prima, secondo la quale nell'acquisto o nello sviluppo delle soluzioni di automazione le stazioni appaltanti devono assicurare la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento^[134]; la seconda, secondo la quale le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione “Amministrazione trasparente”, l’elenco delle soluzioni tecnologiche utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività^[135].

Restando aderenti allo specifico tema del presente contributo, pare interessante soffermarsi sulle possibili interazioni tra l’articolata disciplina normativa dell’accesso agli atti di gara prevista agli artt. 35 e 36, con l’accessibilità agli strumenti di automazione di cui all’art. 30.

A tal proposito, occorre evidenziare come l’accessibilità e la conoscibilità della decisione algoritmica (e dei meccanismi ad essa sottesi) si è affermata progressivamente e non senza battute di arresto nell’ambito dell’attività amministrativa^[136]. Senza poter ripercorrere interamente il dibattito sul punto, in tal sede ci si limita ad evidenziare come l’approdo a cui è giunta la nostra giurisprudenza è quello di assicurare un livello più elevato di conoscibilità delle decisioni amministrative qualora queste siano state adottate sulla base di meccanismi automatizzati, specie se di natura avanzata; infatti, relativamente alle decisioni automatizzate, il rispetto del principio di trasparenza dell’azione amministrativa richiede non solo la conoscenza del codice sorgente, ma anche la conoscenza dei dati e delle fasi del processo decisionale secondo una declinazione del suddetto principio che sposta la riflessione giuridica in materia dal diritto di accedere ai singoli atti amministrativi al diritto di comprendere l’intero sviluppo del procedimento amministrativo automatizzato^[137].

Prevedibilmente la tematica dell’accessibilità alle decisioni algoritmiche nell’ambito dei contratti pubblici si svilupperà contestualmente all’incremento del loro utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni nelle procedure di gara. Ma sin d’ora si può affermare come, dalla formulazione dell’art. 30, sembra che

un obbligo di comunicazione “automatica” (*rectius*, senza alcuna richiesta), attraverso la pubblicazione, sia limitato all’indicazione dell’elenco delle soluzioni tecnologiche utilizzate. Per le ulteriori informazioni che l’operatore economico vorrà conoscere, invece, dovrà formulare una richiesta di accesso, anche se non è escluso che le stazioni appaltanti decidano di agire mediante altre forme (*ex ante* e generalizzate) di comunicazione ai concorrenti^[138]. E nel caso in cui l’interesse all’accesso entri in conflitto con la tutela della segretezza connessa ai *software* di tipo “proprietario”, occorrerà che la stazione appaltante effettui un giudizio di bilanciamento tra diritti di privativa intellettuale e il diritto alla conoscibilità della decisione automatizzata, alla luce del criterio della stretta indispensabilità prescritta dall’art. 35, comma 5.

12. Alcune brevi considerazioni sui possibili profili evolutivi della disciplina

La disciplina dell’accesso prevista dal vigente Codice dei contratti ha sicuramente determinato un consistente “cambio di passo” nella trasparenza delle procedure di gara, sia attraverso la generalizzata digitalizzazione dell’accesso, che attraverso la messa a disposizione degli atti e delle offerte di gara ad alcuni dei partecipanti. Il sistema designato dal legislatore, però, pur apprezzabile nell’intento di accrescere la trasparenza nel settore dei contratti pubblici, a parere di chi scrive, è idoneo ad ingenerare una disparità di trattamento tra gli operatori economici che godono di livelli di accessibilità agli atti di gara più o meno “facilitati” a seconda della loro posizione in graduatoria.

Prima di provare a tracciare i possibili profili evolutivi della disciplina, pare opportuno fissare i punti cardine della stessa, nelle more di una più completa esegesi della dottrina e delle soluzioni delle criticità applicative che verranno offerte dalla giurisprudenza.

Innanzitutto, il Codice ha (finalmente) recepito a livello legislativo la piena esperibilità dell’accesso civico (semplice e generalizzato) nell’ambito delle procedure di gara, già affermatasi in giurisprudenza a seguito della pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 10/2020. L’accesso civico generalizzato si affianca così all’accesso documentale che va declinato nei più stringenti limiti dell’art. 35, d.lgs. n. 36/2023 il quale, sostanzialmente, ripropone la disciplina già prevista dai

due previgenti Codici dei contratti. Le cause di differimento e i limiti all'accessibilità agli atti sono rimasti sostanzialmente gli stessi tranne alcune modifiche, tra le quali sicuramente spicca la cristallizzazione della “indispensabilità defensionale” come criterio discrezionale da utilizzare nel bilanciamento tra accessibilità e segretezza in presenza di segreti tecnici o commerciali^[139].

Le novità più significative della disciplina dell'accesso, però, sono sicuramente quelle che vengono dettate a livello procedimentale e processuale. A livello procedimentale, l'accesso ai documenti si deve svolgere in maniera “digitalizzata”, sia quando l'accesso avviene su richiesta dalla parte, sia quando l'ostensione è automatica, ossia nei casi in cui è prevista la messa a disposizione su piattaforma degli atti della procedura e delle offerte di alcuni dei concorrenti. A livello processuale, invece, viene introdotto un “rito super-accelerato” per contestare le decisioni in materia di oscuramento delle offerte. Ed è proprio su questi meccanismi procedurali e processuali che si può provare a tracciare qualche riflessione critica.

In primis, a livello procedimentale, si è rilevato come la decisione amministrativa sulle richieste di oscuramento nella fase di valutazione delle offerte impedisca di fatto una interlocuzione con i soggetti potenzialmente interessati all'accesso, che avranno come momento per opporsi solo quello processuale.

Secondariamente, a livello processuale, il “rito super-accelerato”, pur essendo idoneo a garantire una tutela effettiva all'operatore che segnala esigenze di segretezza su parti della propria offerta, presenta il persistente problematico coordinamento con il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, oltre ad alcune incertezze sul suo perimetro applicativo dal punto di vista soggettivo. A parere di chi scrive, forse, sarebbe stato preferibile disporre l'automatica messa a disposizione in piattaforma di tutte le offerte degli operatori economici in modo che non vi fosse una differenziazione nel novero degli strumenti di accessibilità tra i diversi soggetti che hanno partecipato alla gara in ragione del punteggio loro attribuito. Infatti, grazie all'incipiente digitalizzazione delle procedure di gara, tale generalizzata messa a disposizione degli atti non dovrebbe comportare un aggravamento eccessivo in termini di attività da svolgere da parte delle stazioni appaltanti (al netto delle valutazioni sugli oscuramenti delle offerte), che ben potranno giovarsi di meccanismi automatizzati per l'espletamento di tali

incombenze.

A tal proposito, l'art. 30 del Codice prevede una innovativa regolamentazione specifica sull'automazione, codificando per la prima volta l'utilizzo di quei principi giurisprudenziali secondo i quali, in presenza di meccanismi decisionali automatizzati, specie se assistiti da intelligenza artificiale, una corretta attuazione del principio di trasparenza richiede l'accessibilità a tutti quei dati e a quelle informazioni che permettono all'interessato di comprendere adeguatamente l'intero sviluppo del procedimento amministrativo automatizzato. In ragione di un tanto i meccanismi delineati in materia di accesso agli atti saranno cruciali nella presumibile ed auspicabile diffusione dei sistemi automatizzati assistiti da intelligenza artificiale nell'ambito delle procedure di gara.

Appare più difficile, invece, ipotizzare la misura dell'utilizzo di meccanismi di intelligenza artificiale nell'attività decisionale delle pubbliche amministrazioni in merito alle istanze ostensive, utilizzo che è già stato preconizzato da attenta dottrina che ha già messo in luce le potenzialità degli strumenti di automazione nell'ambito della disciplina dell'accesso^[140]. Quantomeno nell'immediato, però, non pare semplice immaginare una procedura di accesso interamente automatizzata e assistita da meccanismi di intelligenza artificiale, almeno con riferimento a quelle istanze di accesso che involgono la presenza di valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, dato il problematico rapporto tra l'utilizzo degli algoritmi con riferimento all'attività discrezionale^[141]. Tali strumenti di automazione, però, possono sicuramente efficientare alcune fasi dei processi di messa a disposizione della documentazione di gara o dei procedimenti digitali di accesso agli atti, nel rispetto della cornice regolatoria delineata dal nuovo Codice^[142].

Alla luce dei suindicati rilievi, pertanto, appare presto per tracciare un bilancio sulla disciplina dell'accesso agli atti di gara a pochi mesi della sua effettiva entrata in vigore, poiché occorrerà attendere l'applicazione che della stessa faranno le stazioni appaltanti e le soluzioni giurisprudenziali che interverranno sulle suindicate criticità applicative.

Quello che si può sostenere sin d'ora è che la digitalizzazione dell'accesso in materia contrattuale costituisce sicuramente un esempio virtuoso che si spera possa fungere da volano per una digitalizzazione e un'automazione delle procedure di accesso anche al di fuori dell'ambito dell'attività contrattuale della

pubblica amministrazione^[143], dato che le basi normative e gli strumenti per detta evoluzione sono già presenti da diversi anni nel nostro ordinamento, sia nell'art. 3-bis, l. n. 241/1990^[144] che nell'art. 15, C.A.D. (d.lgs. n. 82/2005)^[145].

1. Sul rapporto “inverso” tra trasparenza e corruzione si rimanda al contributo di E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 497 ss., anche per gli ampi riferimenti bibliografici sul tema. Secondo l'A. «Che tra “corruzione” e “trasparenza” vi sia uno stretto rapporto è affermazione così scontata da risultare spesso “auto-evidente”: un punto di partenza indiscutibile dei discorsi sulla prevenzione della “maladministration”. In effetti, la percezione di uno stretto nesso tra visibilità delle azioni e loro correttezza può ricondursi quantomeno a Platone, che ne “La Repubblica”, discutendo di giustizia e inclinazioni umane sviluppava nel II libro un dialogo intorno al mito dell’anello di Gige. Anche una persona apparentemente “giusta” può essere portata a compiere le peggiori nefandezze se sa di essere protetto dall’impunità che dà il fatto di non essere visibile». Il riferimento è al mito dell’anello in grado di rendere invisibili e, quindi, utilizzato da Gige per procurarsi ricchezze e commettere ingiustizie. Sul tema si segnalano anche i contributi di: V. Fanti, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, in *Giustamm.it*, 2016; B. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 123 ss.; A. Police, *New instruments of control over public corruption: the italian reform to restore transparency and accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 189 ss.
2. Sul bilanciamento tra segreto tecnico e commerciale e l'accessibilità agli atti di gara vedasi il recente contributo di G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, in *Pers. e Amm.*, 2022, p. 558 ss.
3. Esemplificativa a tal riguardo è la questione sull'applicabilità o meno dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici, problematica sulla quale si ritornerà nel prosieguo del presente contributo.
4. La disciplina sull'accesso agli atti di gara attualmente è prevista dall'art. 35, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato “Accesso agli atti e riservatezza”) che prevede le regole generali e i limiti all'accessibilità della documentazione di gara e dall'art. 36, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato “Norme procedurali e processuali in tema di accesso”) che disciplina le modalità procedurali dell'accesso e i rimedi processuali per garantirne l'effettiva fruizione.
5. A norma dell'art. 229, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato “Entrata in vigore”), il Codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023 (art. 229, comma 1), ma le sue disposizioni acquistano efficacia il 1° luglio 2023 (art. 229, comma 2). Ma sono molte le deroghe previste a tale disciplina generale sull'efficacia temporale previste da disposizioni transitorie all'interno del Codice stesso. Ai fini dell'analisi dell'accesso agli atti di gara ci si limita a segnalare che l'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 si è continuato ad applicare fino al 31 dicembre 2023. Pertanto, gli artt. 35 e 36 hanno acquistato efficacia a partire dal 1° gennaio 2024.

6. Per un'introduzione sull'applicazione degli strumenti di ICT alla pubblica amministrazione si vedano: G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. del fed.*, 2019, p. 593 ss.; R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020; J.B. Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno di Napoli, 9-10 maggio 2022*, Editoriale Scientifica Napoli, 2023; L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Il Mulino, Bologna, 2023.
7. Per un primo commento sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti si rinvia a: G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 26 aprile 2023; D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023; G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Istit. del fed.*, 2023, p. 357 ss.; G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023.
8. Sul principio di trasparenza, senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano: R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528 ss., 15; R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 416 ss.; S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 46 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995; Id., *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5945 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 101 ss.; F. Merloni, G. Corso, G. Gardini, C. Marzuoli (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008; B. Ponti, *La nuova trasparenza amministrativa e la libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli Editore, Rimini, 2016; M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna, M. Spasiano (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 141 ss.; M. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 117 ss.; A. Corrado (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, E.S.I., Napoli, 2018; G. Gardini, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Maggioli Editore, Rimini, 2019, p. 17 ss.; E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022.
9. L'immagine della pubblica amministrazione come una "casa di vetro" si deve a Filippo Turati che, nel lontano 1908, in un discorso alla Camera dei deputati, affermava come «*Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa*

dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro» (in Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962).

10. Per una panoramica di questa evoluzione normativa si rinvia anche a: D.U. Galetta, *Trasparenza e accesso agli atti*, in *Il Libro dell'anno - Treccani*, 2017, p. 177 ss.; C. De Benetti, *Diritto di accesso agli atti ex lege 241/1990 e "nuovo" accesso civico "generalizzato" ex d.lgs. 97/16: qualche criticità nella sovrapposizione dei procedimenti*, in *Giustamm.it*, 2017.
11. Antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 241/1990, la regola generale prevista dall'art 15 d.P.R. n. 3/1957 (Testo unico sugli impiegati civili dello Stato) era quella della riservatezza e del segreto d'ufficio. Si riteneva, cioè, che i principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa dovessero essere garantiti evitando che il procedimento di formazione della decisione amministrativa fosse influenzato dagli interessi dei soggetti coinvolti a meno che ciò non fosse espressamente previsto da una previsione di legge.
12. In tal senso A. Del Prete, *Criticità e prospettive del diritto di accesso generalizzato*, in *Nuove Autonomie*, 2017, p. 507.
13. L'art. 22, comma 1, l. n. 241/1990, nella sua versione originaria, prevedeva che: «*Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge».*
14. Il riformato art. 24, comma 3, l. n. 241/1990, prevede che «*Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*». Nella medesima direzione, poi, il novellato comma 7 del medesimo art. 24 prescrive che: «*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*».
15. L'art. 22, comma 2, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 15, comma 1, l. n. 15/2005 e dall'art. 10, comma 1, lett. a), l. n. 69/2009, prevede che: «*L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*».
16. L'art. 3, comma 6-decies, l. n. 80/2005 ha aggiunto al comma 5 dell'art. 25, l. n. 241/1990 il seguente periodo: «*Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*». Questa devoluzione, poi, è stata confermata anche dal Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) che all'art. 133 (rubricato "Materie di giurisdizione esclusiva") include anche le controversie in materia di «*diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli*

obblighi di trasparenza amministrativa» (art. 133, comma 1, n. 6, c.p.a.). Per un’analisi storico-evolutiva della giurisdizione esclusiva si rinvia al contributo monografico di A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, CEDAM, Padova, 2000. Sull’ampliamento della giurisdizione esclusiva ad opera del d.lgs. n. 80/1998 anche alla luce della nota sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, tra i tanti contributi si segnala: A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2598 ss. Per un commento sull’assetto della giurisdizione esclusiva così come recepita nel Codice del processo amministrativo, invece, si veda: M.C. Cavallaro, *Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1365 ss.

17. Sulla natura giuridica dell’accesso ai documenti amministrativi c’è sempre stata (e continua ad esserci) diversità di vedute sia in dottrina che in giurisprudenza, anche se la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle relative controversie ha di fatto risolto il problema del riparto di giurisdizione che costituiva il principale corollario di questo dibattito anteriormente al 2005. Sul punto si sono contrapposte due diverse tesi: una prima tesi qualifica il diritto di accesso come un diritto soggettivo, facendo leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri spettanti all’amministrazione in sede di esame dell’istanza di accesso, poteri attraverso i quali verrebbe verificata la mera sussistenza dei presupposti di legge e l’assenza di elementi ostativi all’accesso, senza l’esercizio di un potere discrezionale. In dottrina in tale direzione si segnalano F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui principi sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 262 ss.; A. Ferrucci, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2005; L. Lamberti, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 15/2005*, in *Giustamm.it*, 2005. In giurisprudenza, *ex multis*, vedasi: Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1772, in www.giustizia-amministrativa.it. Secondo un’opposta tesi, invece, il diritto di accesso non va considerato come un vero e proprio diritto soggettivo (in antitesi al brocardo *nomen omen*) bensì come un interesse legittimo, poiché, stante la verifica delle esclusioni normativamente previste, residuerebbe comunque alla pubblica amministrazione (quantomeno in alcuni casi) un bilanciamento tra le contrapposte esigenze (*rectius* interessi) della pubblica amministrazione e dei privati. In tal senso si segnalano: L. Mazzarolli, *L’accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, CEDAM, Padova, 1998; G. Morbidelli, G. Paleologo, *La legge 1990 n. 241; procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 8 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. IV, 2000; A. Police, *Riflessi processuali della disciplina generale dell’azione amministrativa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Jovene editore, Napoli, 2006, p. 461 ss.; G. Virga, *L’araba fenice della natura giuridica del diritto d’accesso*, in *Lexitalia.it*, 2006. La tesi del diritto di accesso

come interesse legittimo è stata sposata dalla nota sentenza, Cons. St., Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 148 ss., con nota di C. Cacciavillani, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*, ivi. L'Adunanza plenaria è tornata ad occuparsi della natura giuridica del diritto di accesso nel 2006 (Cons. St., Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *Dir. proc. amm.* 2007, p. 156 ss., con nota di L. Bertonazzi, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006, con cui l'Adunanza Plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa estensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, ivi) quando, non assumendo una posizione netta sulla questione, si è limitata ad evidenziare come il diritto di accesso abbia natura strumentale rispetto alla tutela di altra posizione giuridica comunque tutelata dal legislatore, sia essa di diritto o di interesse. Sul diritto di accesso come posizione strumentale si veda anche in dottrina: M. Clarich, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 132 ss. Per una “rimeditazione” più recente della problematica della natura giuridica dell’accesso si rinvia a: F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, in *Federalismi.it*, 2019, pp. 27-29.

18. Per un commento a detto regolamento si rinvia ad A. Simonati, *Il regolamento sull’accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1060 ss.
19. Sul punto vedasi D.U. Galetta, *Trasparenza e accesso agli atti*, cit., p. 177.
20. Il d.lgs. n. 33/2013 è stato adottato sulla base della delega prevista dall’art. 1, commi 35 e 36, l. n. 190/2012 e prevede un riordino complessivo in materia di trasparenza amministrativa. Per un commento sull’introduzione del d.lgs. n. 33/2013 si rinvia a: M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la declinazione duplice del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 657 ss.; P. Marsocci, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. n. 33/2013 nell’interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 687 ss.; A. Bonomo, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 725 ss.; M. Clarich, *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in “case di vetro”*, in *Guida dir.*, 2013, p. 64 ss.; B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli Editore, Rimini, 2013; M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 795 ss.; M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in B.G. Mattarella, M. Pellisero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 113 ss.; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 749 ss.; M. Bombardelli, *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazione*, in *Libro dell’anno del diritto*, 2014; L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; A. Contieri, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 563 ss.; G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all’informazione amministrativa*, in

Giorn. dir. amm., 2014, p. 875 ss.; M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 121 ss.; M. Spasiano, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 2015 p. 63 ss.; S. Vaccari, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 151 ss.

21. Art. 5, comma 1, lgs. n. 33/2013, secondo il quale «*L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*».
22. Con l'art. 7, l. n. 124/2015 (c.d. Legge Madia) il Legislatore ha previsto una delega al Governo affinché adottasse uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 33/2013. In attuazione a questa delega è stato emanato il d.lgs. n. 97/2016 (rubricato “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza”), con il quale il Legislatore non si è limitato ad apportare modifiche alla precedente normativa ma ha, altresì, introdotto *ex novo* un’ulteriore tipologia di accesso ai documenti (e ai dati) detenuti dalle pubbliche amministrazioni.
23. Il riferimento è alla Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, avente ad oggetto le «*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*».
24. Ai sensi dell'art. 5, comma 2, lgs. n. 33/2013.
25. Sull'introduzione del Foia nel nostro ordinamento vedasi E. Carloni, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid.it*, 2016; D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 2016; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, p. 593 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 2016; D.U. Galetta, P. Provenzano, *Sul d.lgs. n. 97/2016, recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei provvedimenti attuativi della riforma Madia*, Giuffrè, Milano, 2016; G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 2017; M. Renna, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall’accesso differenziato alla conoscenza diffusa dei documenti amministrativi*, in G. De Giorgi Cezzi, G. Greco, G. Morbidelli, P.L. Portaluri, F.G. Scoca (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, E.S.I., Napoli, 2018, p. 711 ss.; A. Molinteri, *La via italiana al “FOIA”: bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 23 ss.
26. Il Foia nell'ordinamento Unione europea è disciplinato dal regolamento (CE) n. 1049/2001 che ha come obiettivo quello di assicurare l'accesso agli atti delle istituzioni europee al fine di implementare la loro trasparenza. Per un commento al regolamento si rinvia a: D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica*

amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 1019 ss.; G. Sgueo, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in diventare*, in A. Natalini, G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 163 ss.

27. Per una panoramica sull'esperienza degli ordinamenti europei ed internazionali si rinvia a B.G. Mattarella, M. Savino (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
28. Per un confronto con l'esperienza americana si rinvia al contributo di A. Marchetti, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi.it*, 2017.
29. La bibliografia in materia di accesso ai documenti amministrativi è sterminata. Tra le voci encyclopediche si segnalano: M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit.; C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2011. Tra i contributi monografici meritano una menzione: L. Mazzarolli, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, CEDAM; Padova, 1998; A. Corrado, *La disciplina dell'accesso ai documenti*, in A. Corrado (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., p. 115 ss.; A. Simonati, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2002. Tra gli altri contributi più recenti, invece, si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 11 ss.; F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 743 ss.; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit. Per un esaustivo elenco dei principali riferimenti bibliografici sull'istituto si rinvia a: A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 2017, p. 1209 ss.
30. Ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b) e lett. c), l. n. 241/1990.
31. L'art. 24, l. n. 241/1990 individua le categorie di documenti per i quali va escluso l'esercizio dell'accesso.
32. In questi termini si veda F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, cit., p. 17 ss. Tale denominazione è perfettamente in sintonia con la disposizione dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, secondo la quale «*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*». Questa prescrizione, però, deve essere letta insieme alla restante parte della disposizione che impone il bilanciamento con la contrapposta esigenza della tutela della privacy in caso di dati sensibili e giudiziari, prevedendo che «*Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei*

a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». Nel bilanciamento tra l'accesso e la tutela della riservatezza dei controinteressati, infatti, risiede la maggiore problematica dell'accesso documentale. Senza alcuna pretesa di ricostruzione del composito problema di armonizzazione, che non può prescindere dalla contestualizzazione allo specifico caso di specie che viene di volta in volta in rilievo, sul rapporto tra accesso e riservatezza si segnalano i contributi monografici di: M.T. Caputi Jambrenghi, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, Cacucci, Bari, 2000; A Simonati, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, cit., e G. Pepe, *L'accesso ai dati delle Pubbliche Amministrazioni. Tra libertà di informazione e tutela della riservatezza*, Giappichelli, Torino, 2018. Tra gli altri contributi sul tema si segnalano *ex multis*: M. Clarich, *Diritti d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 430 ss.; G.P. Cirillo, *Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 2013; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, cit., p. 19 ss; 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*, 2020. Su tale problematico rapporto si segnala anche la recente e importante sentenza Cons. St., ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.com. Per un commento a tale pronuncia vedasi: V. Mirra, *Accesso difensivo e riservatezza: due diritti in conflitto*, in *Foro it.*, 2021, p. 550 ss.

33. Sull'accesso civico semplice e sugli obblighi di pubblicazione della pubblica amministrazione di cui al d.lgs. n. 33/2013, tra i tanti contributi, si segnalano: B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit.; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, cit., p. 749 ss.; A. Bonomo, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, cit., p. 725 ss.; M. Magri, *Diritti alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 425 ss.; S. Toschei, *Accesso civico: per l'utente arriva l'azione diffusa*, in *Guida dir.*, 2013, p. 73 ss.; M. D'Arienzo, *Diritti alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, p. 123 ss.; M. Renna, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza diffusa dei documenti amministrativi*, cit., p. 711 ss.
34. Secondo S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, cit., p. 5, «L'accesso civico 2013, più che una forma di accesso ai documenti amministrativi in senso classico, ossia come interesse di un soggetto a "prenderne visione" ed "estrarne (eventualmente) copia", appare un rimedio nelle mani del privato per "pungolare" l'amministrazione recalcitrante a pubblicare documenti che per legge aveva già l'obbligo di rendere noti. In sostanza uno strumento funzionale all'emersione di inadempimenti amministrativi».
35. A. Corrado, *La disciplina dell'accesso civico semplice*, cit., p. 145.

36. S. Toschei, *Trasparenza e accesso (documentale e civico) nel sistema di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, Rimini, 2023, p. 111.
37. La disciplina introdotta inizialmente dall'art. 5, d.lgs. n. 33/2013, che prevedeva solo l'accesso relativo ai documenti non pubblicati dalla pubblica amministrazione, è stata riscritta integralmente con il d.lgs. n. 97/2016 che ha "duplicato" la fattispecie dell'accesso civico. Attualmente, al comma 1 è previsto il c.d. accesso civico semplice, relativo alla possibilità di richiedere l'accesso agli atti non pubblicati dalla pubblica amministrazione, mentre al comma 2 è previsto il c.d. accesso civico generalizzato, che riguarda il diritto di conoscere gli atti ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione, purché detta esibizione sia compatibile con i limiti normativamente imposti a tutela degli interessi pubblici e privati.
38. Sull'istituto dell'accesso civico generalizzato si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 579 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, cit.; A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 601 ss.; A. Porporato, *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi.it*, 2017; G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: l'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit.; A. Corrado, *La disciplina dell'accesso civico generalizzato*, in A. Corrado (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., p. 155 ss.; D.U. Galetta, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in *Federalismi.it*, 2018; M. Lipari, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, 2019; M. Filice, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 861 ss.; M. De Rosa, B. Neri, *Profili procedimentali dell'accesso generalizzato*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 793 ss.; I. Piazza, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 645 ss.; A. Molinterni, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 577 ss.; A. Molinterni, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, cit., p. 23 ss.; N. Vettori, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 539 ss.; M. Savino, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 452 ss.; E. Guarneri, *Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbitri*, in *Federalismi.it*, 2020.
39. Secondo A. Corrado, *La disciplina dell'accesso civico generalizzato*, cit., pp. 162-163: «sebbene il co. 2 dell'art. 5 del d.lg. 33/2013 non includa espressamente il termine "informazioni" con riguardo all'oggetto delle istanze di accesso generalizzato, queste devono comunque ritenersi incluse nell'ambito oggettivo in ragione del dettato di cui al comma 3 che, diversamente, reca un riferimento espresso alle informazioni per entrambe le figure di

accesso civico». Nello stesso senso pare andare anche l'ANAC che con la Determinazione n. 1309 del 28/12/2016 (p. 5) descrive l'accesso civico generalizzato come «*un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione».* Per quanto concerne la richiesta di “informazioni”, però, la stessa circolare dell'ANAC (p. 10) precisa che: «*per informazioni si devono considerare le rielaborazioni di dati detenuti dalle amministrazioni effettuate per propri fini contenuti in distinti documenti. Poiché la richiesta di accesso civico generalizzato riguarda i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (art. 5, comma 2 del decreto trasparenza), resta escluso che – per rispondere a tale richiesta – l'amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso. Pertanto, l'amministrazione non ha l'obbligo di rielaborare i dati ai fini dell'accesso generalizzato, ma solo a consentire l'accesso ai documenti nei quali siano contenute le informazioni già detenute e gestite dall'amministrazione stessa».* In tal senso vedasi anche T.A.R. Lazio (Roma), Sez. III, 4 gennaio 2022, n. 25, in www.giustizia-amministrativa.it.

- 40. G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: l'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., p. 16.
- 41. A. Corrado, *La “trasparenza” nella legislazione italiana*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 1417. In senso analogo si veda anche G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: l'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., pp. 2-3, secondo il quale l'introduzione dell'accesso civico generalizzato è stata «*Un'operazione di stratificazione, che non semplifica né razionalizza l'esistente. Affinché il livello generale di trasparenza pubblica possa aumentare, infatti, la convivenza tra strumenti diversi dovrebbe arricchire le opportunità di conoscenza, non generare promiscuità o confusione. Da questo punto di vista, la scelta di operare sull'impianto normativo già esistente, innestando su di esso il “nuovo accesso civico”, è fallimentare in partenza: al netto di un innegabile miglioramento in termini di conoscibilità dei dati pubblici, ciò che si ottiene emendando il vecchio d.lgs. 33/13 è soprattutto sovrapposizione tra gli istituti, incertezza sugli obblighi, indeterminatezza dei limiti».*
- 42. Tra i contributi relativi all'accesso nelle procedure di gara si segnalano: F.A. Caputo, *Il diritto di accesso nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 2007; V. Gastaldo, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1005 ss.; A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, in *Federalismi.it*, 2023. Per un'evoluzione delle tappe normative dell'accesso agli atti di gara dei contratti pubblici (ad esclusione del d.lgs. n. 36/2023) si rinvia a: M. Pani, C. Sanna, *Evoluzione del diritto di accesso in materia di procedure di gara*, in *Lexitalia.it*, 2022.
- 43. Un esempio di questa applicazione giurisprudenziale si deve a T.R.G.A., Sez. Bolzano, 28 marzo 1994, n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it, pronuncia nella quale vi è un

esplicito riferimento alla l. n. 241/1990. L'applicazione della disciplina della legge n. 241/1990 all'ambito dei contratti pubblici (anche se in concorso con la disciplina specialistica prevista dal Codice dei contratti pubblici vigente) viene tutt'oggi riconosciuta dalla più recente giurisprudenza amministrativa. In tal senso si vedano *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 9 ottobre 2020, n. 6009 e, da ultimo, T.A.R. Campania (Napoli), Sez. VIII, 8 aprile 2024, n. 2258, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

44. Questo regolamento è stato adottato con d.P.R. n. 554/1999, il cui art. 5, comma 4, prevedeva un generico rinvio alla l. n. 241/1990, di fatto non introducendo alcuna disciplina differenziata rispetto a quella prevista all'interno della legge generale sul procedimento amministrativo.
45. Dette regole, pur con alcune modifiche su cui si tornerà in seguito, sono state recepite prima dal secondo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) per poi trovare spazio anche nella versione del Codice attualmente vigente (d.lgs. n. 36/2023). Per un commento organico alla disciplina dell'art. 13, d.lgs. n. 163/2006, si rinvia a: D. Vaiano, *Commento all'art. 13*, in R. Garofali, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento SOA*, Neldiritto editore, Roma, 2008, p. 91 ss.; F. Caringella, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in R. De Nictolis, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 93 ss.; V. Gastaldo, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1005 ss.
46. In tal senso Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento su questa pronuncia vedasi: R. Giani, *La pluralità di regimi di accesso agli atti in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 1311 ss.
47. Ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 (ora abrogato), l'accesso doveva essere differente: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate (e in ogni ipotesi di gara informale), in relazione ai soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, a coloro che sono stati invitati a presentare offerte e a quelli che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione; c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.
48. Ai sensi dell'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 (ora abrogato), l'accesso, invece, era escluso in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte che costituiscono segreti tecnici o commerciali; b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento; c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice; d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.
49. Ai sensi dell'art. 13, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 (ora abrogato).
50. Tale modalità di accesso era prevista dall'art. 79, comma 5-quater, d.lgs. n. 163/2006, comma aggiunto dall'art. 2 del d.lgs. n. 53/2010 e ora abrogato.

51. Per un commento sulla disciplina dell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 si rinvia a: M. Lipari, *Informazione dei candidati e degli offerenti e accesso agli atti di gara*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sul codice dei contratti pubblici*, Vol. III – *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 341 ss.; M. Pani, C. Sanna, *Evoluzione del diritto di accesso in materia di procedure di gara*, in *Lexitalia.it*, 2022. Per un affresco della giurisprudenza maggiormente rilevante sull'applicazione di questa norma si rinvia a: P. Provenzano, *Art. 53 (Accesso agli atti)*, in G.A. Giuffrè, P. Provenzano, S. Tranquilli (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 537 ss.
52. Il comma 1 dell'art. 53 prevedeva che «*Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti*», mentre il successivo comma 5 prevede che «*sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione ... alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale*».
53. Più precisamente, nel comma 5 dell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 riguardante le esclusioni, non figurava l'ipotesi relativa «*a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento*» che, invece, era prevista all'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 163/2006.
54. Il riferimento è ai commi 7 e 7-bis dell'art. 13, d.lgs. n. 163/2006, che non trovavano corrispondenza nell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016.
55. Ai sensi del comma 2 dell'art. 76, d.lgs. n. 50/2016.
56. Sempre secondo tale norma, spetta all'ANAC garantire, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'art. 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'art. 73.
57. Ossia, quello che si trovava nella condizione di avere un interesse qualificato ad accedere alla documentazione di gara del concorrente ai fini dell'aggiudicazione della gara.
58. L'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva esclusivamente che l'accesso fosse disciplinato «*dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*». Un riferimento al d.lgs. n. 33/2013 si ha nell'ambito dell'art. 29, ma esclusivamente con riferimento agli obblighi di pubblicazione della stazione appaltante e, quindi, con riferimento all'accesso civico generalizzato.
59. Per una sintesi dei due contrapposti orientamenti si rinvia a: A. Paiano, *I casi speciali di accesso: le interazioni con l'accesso civico generalizzato*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 16 ss.
60. In tal senso vedasi: T.A.R. Emilia-Romagna (Parma), Sez. I, 18 luglio 2018, n. 197; T.A.R. Marche (Ancona), Sez. I, 18 ottobre 2018, n. 677; TAR Lazio (Roma), Sez. II, 14 gennaio 2019, n. 425, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

CERIDAP

61. In tal senso vedasi: TAR Campania (Napoli), Sez.VI, 22 dicembre 2017, n. 6028; TAR Lombardia (Milano), Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.
62. Cons. St., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in www.giustizia-amministrativa.it. Con questa pronuncia la Sezione III sembrava aver chiuso il dibattito, affermando l'applicabilità dell'accesso generalizzato alla materia dei contratti pubblici, in base ad una lettura "dinamica" e "funzionale" dell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 e 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, secondo la quale l'accesso civico generalizzato non sarebbe limitato in relazione a determinate "materie", ma solo con riferimento a "specifiche condizioni, modalità e limiti". Sia l'accesso documentale che quello civico generalizzato mirano all'attuazione del principio di trasparenza e, pertanto, non sussisterebbe alcun motivo per escludere l'accesso civico dalla materia dei contratti pubblici.
63. Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503, in www.giustizia-amministrativa.it. Secondo la Sezione V ammettere sempre l'accesso civico generalizzato in materia di appalti significherebbe di fatto annullare le limitazioni imposte dall'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, limitazioni che mirano a preservare la fluidità di svolgimento delle gare e a contenere la possibilità di fenomeni collusivi. Secondo tale pronuncia, pertanto, per ritenere ammissibile l'accesso civico agli atti di gara sarebbe necessario un intervento esplicito del legislatore, non essendo sufficiente richiamare il difetto di coordinamento fra il d.lgs. n. 33/2013 e il d.lgs. n. 50/2016.
64. Ordinanza Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2019, n. 8501, in www.giustizia-amministrativa.it.
65. Cons. St., Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it. L'Adunanza plenaria, oltre alla questione relativa all'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara, affronta altri due rilevanti quesiti: se vi sia un potere-dovere della pubblica amministrazione di esaminare l'istanza di accesso ai documenti pubblici formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina (a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo e inequivocabile riferimento alla disciplina dell'accesso documentale); se sia ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241/1990, e una conseguente legittimazione ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario.
66. Per un commento a questa fondamentale pronuncia si segnalano: A. Corrado, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2020; M. Ippolito, *La "cultura" della trasparenza nell'accesso agli atti della fase esecutiva di un procedimento ad evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 2020; V. Mirra, *Diritto di accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. e app.*, 2020, p. 680 ss.; F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli*

atti amministrativi, in *Federalismi.it*, 2021; S. Mastroianni, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *Giustamm.it*, 2020; A. Molinterni, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 505 ss.

67. Ai sensi dell'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.
68. Per un primo commento alla disciplina dell'accesso agli atti di gara nel Codice del 2023 si rinvia a: V. Caputi Jambrenghi, *Lineamenti sul vecchio e nuovo esercizio del diritto di accesso nei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2022; A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, in *Federalismi.it*, 2023; F. Gambato Spisani, G. Tulumello, I. Raiola, P. Nasini, N. Durante, V. Neri (a cura di), *Relazione sulle riacadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.
69. Sul tema della digitalizzazione dei contratti pubblici si vedano: G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazioni delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Ammministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 321 ss.; G.M. Racca, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in *Persona e Amministrazione*, 2022; D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023; G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G. Fonderico, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in *Il foro italiano - Gli speciali*, n. 1, 2023, p. 28 ss.; F. Tallaro, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G.M. Palamoni, *Il paradigma digitale dell'evidenza pubblica*, in *CERIDAP*, 2, 2024.
70. G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del fed.*, 2023, p. 357. Secondo l'A., «Già il Codice dei contratti pubblici del 2016 [art. 44 Digitalizzazione delle procedure] sulla digitalizzazione delle procedure richiedeva l'interoperabilità delle piattaforme, ma occorreva prevedere l'estensione della digitalizzazione a tutto il ciclo del contratto pubblico, dalle procedure di affidamento all'esecuzione contrattuale» (pp. 358-359).
71. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 81.
72. L'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, richiamando le modalità di pubblicazione di cui al d.lgs. n. 33/2013, rinvia di fatto all'art. 37 di detto decreto, introdotto dall'art. 224, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, secondo il quale, «*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano i dati, gli atti e le informazioni secondo quanto previsto*

dall'articolo 28 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78».

73. Ai sensi dell'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 36/2023. Per un approfondimento sulle piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all'art. 25 e sulla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, si rinvia a: G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023.
74. Ai sensi dell'art. 28, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
75. Ai sensi dell'art. 28, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
76. Ai sensi dell'art. 28, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
77. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 86, secondo la quale «*Questo nuovo processo ha il vantaggio di attuare in modo concreto il principio dell'once only facendo in modo che i dati vengano inviati una sola volta, soddisfacendo le diverse finalità (pubblicità legale, pubblicità a fini di trasparenza, popolamento della Banca dati sui contratti pubblici) e risultando concentrati in un unico luogo*».
78. Tale possibilità è esplicitamente confermata anche dall'art. 6.1 della delibera ANAC del 20 giugno 2023, n. 264 (emanata in applicazione dell'art. 28, comma 4), dove è previsto che in caso di mancata pubblicazione dei dati, atti e informazioni nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici o nella sezione “Amministrazione trasparente” della stazione appaltante si applica la disciplina sull'accesso civico semplice di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013.
79. Il riferimento è all'art. 13, d.lgs. n. 163/2006 e all'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 di cui si è dato brevemente conto nel precedente paragrafo.
80. Oltre all'innovativo riconoscimento dell'accesso civico generalizzato, giova evidenziare che l'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 prevede anche l'espresso richiamo all'art. 3-bis, l. n. 241/1990, relativo all'uso della telematica, secondo il quale «*Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*».
81. Le ipotesi di differimento sono previste dall'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, mentre prima erano previste dall'art. 52, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Anche la disciplina dei casi di differimento ha subito alcune modifiche, dato che il Codice del 2023 ha previsto, in aggiunta alle ipotesi previste dal Codice del 2016, l'espresso riferimento anche alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione, ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, ai verbali relativi alla valutazione delle offerte e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti e, infine, ai verbali riferiti alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta. Per l'accesso a tutti questi atti, dati, informazioni e documenti, l'ostensione dovrà avvenire solo successivamente all'aggiudicazione.
82. Inoltre, con riferimento a questa tipologia di differimento, viene precisato che «*ai soggetti*

la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare».

83. Così prevede testualmente l'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
84. L'art. 326 c.p. prevede il reato di «*Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio*», attraverso il quale vengono sanzionate due diverse condotte: quella del pubblico ufficiale o della persona incaricata di un pubblico servizio che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza (comma 1); e quella del pubblico ufficiale o della persona incaricata di un pubblico servizio che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete (comma 3).
85. Ai sensi dell'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
86. Ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 36/2023.
87. Ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 36/2023. La disciplina riprende il dettato del previgente art. 53, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale era «*consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*», non essendo previsto specificamente il requisito dell'indispensabilità.
88. Senza alcuna pretesa di addentrarci nella complessa qualificazione, ai fini dell'accesso agli atti di gara, della nozione di segreto tecnico-commerciale, ci si limita a segnalare la pronuncia Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale «*La particolare voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale)*».
89. Sul bilanciamento tra la tutela del segreto tecnico-commerciale e sulle esigenze di difesa in giudizio nell'ambito della gara si rinvia ai seguenti contributi che, pur se relativi al previgente Codice del 2016, risultano tutt'ora di attualità alla luce del riconoscimento legislativo del requisito dell'indispensabilità: A. Avino, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, in *Urb. e app.*, 2018, p. 692 ss.; V. Mirra, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, cit., p. 171

ss.; G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, cit.

90. Sul carattere discrezionale o meno della valutazione della pubblica amministrazione in tale frangente non vi è uniformità di vedute. Sebbene, infatti, la giurisprudenza prevalente qualifichi come discrezionale l'attività che la stazione appaltante deve svolgere nel valutare l'accessibilità dell'offerta tecnica (in tal senso si vedano *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 1° luglio 2020, n. 4220; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 22 giugno 2021, n. 1526, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, tutte in www.giustizia-amministrativa.it), la dottrina prevalente ritiene che tale attività valutativa non debba essere qualificata come discrezionale, nel senso proprio del termine. Secondo F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, cit., p. 17 e ss., nel caso di rapporto tra accesso procedimentale con finalità difensive e tutela della riservatezza, il bilanciamento viene fatto a monte dal legislatore (diversamente da quanto accade per l'accesso civico generalizzato), non residuando attività discrezionale in capo alla pubblica amministrazione. In tal senso si pronuncia anche G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, cit. pp. 558-559, secondo il quale, con specifico riferimento all'accessibilità delle offerte tecniche nell'ambito delle procedure di gara, evidenzia come «*l'attività dell'amministrazione non sia discrezionale in senso proprio, non dovendo l'amministrazione bilanciare in concreto interessi pubblici e privati, con conseguente pienezza della tutela giurisdizionale, anche in punto di ordine di esibizione del documento*».
91. Sul punto, tra le tante, si segnala Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451, in www.giustizia-amministrativa.it, sentenza secondo la quale «[l']accesso difensivo presuppone - secondo costante giurisprudenza - la "stretta indispensabilità" della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che "nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo" (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate", con la conseguenza che "l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce" (Cons. St., III, 26 ottobre 2018, n. 6083; V, 12 novembre 2019, n. 7743; in relazione al criterio della stretta indispensabilità in relazione all'accesso di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, cfr. Cons. St., VI, 16 aprile 2017, n. 1692)».
92. Secondo A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 98, «Ciò porta a ritenere che l'offerta selezionata all'esito di una procedura di gara, una volta individuata dalla stazione appaltante, diventa di "interesse pubblico" in quanto, rispetto alla collettività, è l'offerta che l'amministrazione si impegna a realizzare e

a pagare con soldi pubblici con la possibilità di essere conosciuta da tutti i cittadini e a maggior ragione, dai partecipanti alla procedura di gara che sono legittimati a conoscere gli atti della medesima e a sapere come l'amministrazione ha fatto la sua scelta, anche per tutelare i propri interessi in sede processuale».

93. Come è stato rilevato da F. Gambato Spisani, G. Tulumello, I. Raiola, P. Nasini, N. Durante, V. Neri (a cura di), *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, cit., p. 22, il meccanismo di messa a disposizione automatica in piattaforma delle offerte, «*a ben vedere, in parte qua, non si pone nemmeno un problema di riconducibilità della fattispecie all'accesso documentale o a quello civico, o, per meglio dire, sussiste in capo alla p.a., un vero e proprio obbligo ex lege non derogabile*».
94. L'art. 36, comma 3 fa riferimento all'art. 35, comma 4, lett. a) secondo il quale «*possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*».
95. Espressione presa in prestito da P. Rubechini, *Accesso e processo nella tutela del segreto d'impresa: prime riflessioni sul rito a specialità accelerata introdotto dal nuovo Codice appalti*, in *Giustamm.it*, 2023. Il riferimento è al rito di cui all'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.
96. La *ratio* della norma è di evitare che la decisione di non oscurare le offerte non diventi irrimediabilmente lesiva per l'operatore economico. Infatti, se le decisioni venissero trasmesse fin da subito non oscurate, sarebbe pressoché inutile un oscuramento “postumo” disposto dal giudice. Infatti, così facendo, l'offerente che ha chiesto e non ha ottenuto l'oscuramento dalla stazione appaltante, perderebbe la possibilità di avere un rimedio effettivo se l'immediata ostensione delle parti di cui si è richiesto l'oscuramento diventassero conoscibili prima che il soggetto interessato se ne potesse dolere in sede giurisdizionale.
97. Secondo A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 102, «*Quello che invece è importante che accada, al fine di assicurare un completo contraddittorio procedimentale, è che l'operatore economico già in sede di proposizione dell'offerta e della richiesta di oscuramento della propria offerta spieghi bene le ragioni a supporto di tale scelta, come d'altra parte richiede lo stesso articolo 35, co. 4 del Codice nella parte in cui dispone che “il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*».
98. In tal senso vedasi M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certeze acquisite e problemi aperti*, in *IUS*, 2023.
99. Secondo l'art. 222, comma 9, d.lgs. n. 36/2023, «*Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione*

appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato ai sensi del comma 13. Per un periodo transitorio pari a un anno, decorrente dalla data in cui il codice acquista efficacia, il RUP non è soggetto alle sanzioni irrogabili per la violazione degli obblighi informativi previsti nei confronti della Banca nazionale dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui, entro sessanta giorni dalla comunicazione all'amministrazione di appartenenza, adempia a tutti gli oneri informativi con contestuale autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa all'adempimento degli stessi».

100. Secondo la *Relazione agli articoli e agli allegati – Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 54, «Il comma 6 interviene per scongiurare la pratica abbastanza diffusa tra gli operatori economici di indicare come segrete parti delle offerte senza che sussistano reali ragioni». Secondo M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certeze acquisite e problemi aperti*, cit., «Lo scopo della norma è evidente e certamente condivisibile: prevenire gli abusi delle richieste di oscuramento. Restano però alcune incertezze sul concreto modo di funzionamento della disposizione. Anzitutto, se essa introduce una vera e propria ipotesi di "illecito", cui si connette una sanzione, la stazione appaltante dovrebbe essere obbligata e non meramente facoltizzata ad effettuare la segnalazione all'Anac, qualora riscontri la possibile sussistenza della violazione».
101. I termini per la fissazione dell'udienza in camera di consiglio corrispondono alla metà di quelli previsti per l'udienza cautelare collegiale ex art. 55 c.p.a.
102. Sui rapporti tra accesso e decorrenza del termine di impugnazione si rinvia alla sentenza Cons. St., Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento a questa pronuncia si rinvia a M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, dove vengono compiutamente ricostruiti anche i termini del dibattito. Più di recente, l'impianto dell'Adunanza plenaria è stato confermato dalla recente sentenza Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2024, n. 2882, in www.giustizia-amministrativa.it.
103. Per una panoramica sulla questione, con particolare riferimento ai profili evolutivi si rinvia a: E. Lubrano, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo l'Adunanza Plenaria n. 12/2020: un principio da estendere a tutti i settori del processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2020.
104. In tal senso Cons. St., Sez. V, 7 maggio 2012, n. 2609, in www.giustizia-amministrativa.it.
105. In tal senso Cons. St., Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5681, in www.giustizia-amministrativa.it.
106. In tal senso vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718, Cons. St., Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3253; Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953, Cons. St., Sez. III, 22 luglio

- 2016, n. 3308, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
107. In tale senso vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384, Cons. St., Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064, Cons. St., Sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
 108. In tale senso vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879, Cons. St., Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
 109. Ordinanza Cons. St., Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2215, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tale ordinanza, la Sezione V ha espresso la propria preferenza per l'impostazione che individuava la decorrenza del termine dalla conoscenza delle motivazioni dell'aggiudicazione, richiamando anche a supporto di tale orientamento la pronuncia Corte di giustizia europea, Sez. IV, 14 febbraio 2019, n. C-54/18, secondo la quale, ai fini della decorrenza del termine, non è sufficiente la mera conoscenza della lesività del provvedimento, ma è necessaria la conoscenza delle motivazioni dello stesso e dei relativi atti endoprocedimentali.
 110. Cons. St., Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento a questa pronuncia si rinvia a M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, dove vengono compiutamente ricostruiti anche i termini del dibattito che ha preceduto la decisione della Plenaria.
 111. Tra le tante, esemplificativa a proposito è Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
 112. Il richiamato art. 90, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato “Informazione ai candidati e agli offerenti”) è la norma del nuovo Codice che ha preso il posto del previgente art. 76, d.lgs. n. 50/2016. In base a detto art. 90, comma 1, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dalla rispettiva adozione: l'aggiudicazione all'aggiudicatario; l'aggiudicazione e il nome dell'offerente a cui è stato aggiudicato l'appalto (o parti dell'accordo quadro) a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro le cui candidature o offerte non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.
 113. L'art. 120 c.p.a. è stato integralmente sostituito da ultimo dall'art. 209, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 36/2023, con efficacia a decorrere dal 1° luglio 2023, come stabilito dall'art. 229, comma 2 del medesimo decreto.
 114. In questi termini, A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 107.
 115. In tal senso M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certezze acquisite e problemi aperti*, cit. A tal proposito è interessante segnalare la proposta di modifica legislativa suggerita (ma non recepita dal legislatore) nelle more dell'approvazione definitiva del Codice dei contratti del 2023, da M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e*

tutelle giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice, in Federalismi.it, 2023, p. xxviii, secondo la quale «Dal momento che la certezza del termine di impugnazione costituisce una garanzia di effettività della tutela assolutamente irrinunciabile, anche le riportate disposizioni processuali dovrebbero peraltro essere opportunamente integrate al fine di rendere assolutamente e definitivamente chiaro che (i) la dilazione non può essere un'opzione, ma vale solo per i vizi non ancora conoscibili; (ii) si tratta di una dilazione e non di una anticipazione: quest'ultimo chiarimento è essenziale per non dare spazio a strumentali eccezioni delle amministrazioni resistenti e/o dei controinteressati sulla necessità di anticipare l'impugnazione di verbali e atti endoprocedimentali casualmente conosciuti prima della comunicazione di quello effettivamente lesivo o, all'opposto, a un atteggiamento di estrema prudenza dei ricorrenti (c.d. "contenzioso cautelativo") con sostanziale fallimento delle nuove regole dirette a evitare un inutile spreco della risorsa giustizia. In quest'ottica, come ho già avuto occasione di suggerire, il nuovo secondo periodo del co. 2 dell'art. 120 potrebbe a questi fini essere allora più opportunamente così riformulato come segue: "Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell'atto impugnato ai sensi dell'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure, se si impugnano atti diversi e non direttamente comunicati oppure si denunciano vizi conoscibili dagli atti messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, dai successivi momenti in cui tali atti sono stati effettivamente messi a disposizione". Analogamente, il co. 9 dell'art. 36 potrebbe essere opportunamente integrato con la precisazione "o dai successivi momenti in cui la stazione appaltante o l'ente concedente abbia messo a disposizione gli atti impugnati e quelli da cui sono evincibili i vizi dedotti"».

116. Il riferimento è al rito (c.d. super accelerato) introdotto dal d.lgs. n. 50/2016 nell'art. 120, comma 2-bis e 6-bis, c.p.a. e poi abrogato dal medesimo art. 120 c.p.a. ad opera del d.l. n. 32/2019 (c.d. Decreto Sblocca Cantieri). Si trattava di un rito che prevedeva un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di esclusione o di ammissione dei concorrenti. L'intento era quello di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Per un commento a tale rito (ripetesi, ora abrogato) si rinvia a: I. Lagrotta, *Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in *Federalismi.it*, 2018; P. Clarizia, *La soppressione del ricorso superaccelerato e l'ingiustificato sacrificio della certezza del diritto*, in *Federalismi.it*, 2021.
117. Per un'analisi critica della nuova disciplina si rinvia anche al contributo di: P. Provenzano, *L'accesso agli atti senza istanza. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina (sostanziale e processuale) in materia di accesso agli atti di gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2023, p. 491 ss.
118. Evidenzia tale problematica M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certeze acquisite e problemi aperti*, cit.

119. A tal proposito, secondo A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 102, «Quello che invece è importante che accada, al fine di assicurare un completo contraddittorio procedimentale, è che l'operatore economico già in sede di proposizione dell'offerta e della richiesta di oscuramento della propria offerta spieghi bene le ragioni a supporto di tale scelta, come d'altra parte richiede lo stesso articolo 35, co. 4 del Codice nella parte in cui dispone che “il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”».
120. Secondo l'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, «Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente».
121. Solleva il problema con riferimento all'inversione procedimentale A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., pp. 105-106.
122. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 106.
123. F. Giallombardo, *L'accesso nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024, p. 8, secondo il quale «è comunque opportuno evidenziare come, ancora una volta, il Legislatore abbia inteso introdurre una disciplina processuale “esterna” al codice del processo amministrativo che, in tal modo, ha – seppure temporaneamente e parzialmente – perso il “monopolio della regolazione” del giudizio amministrativo».
124. Il problema viene evidenziato da A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 108 ss.
125. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit. p. 109.
126. In questi termini, F. Gambato Spisani, G. Tulumello, I. Raiola, P. Nasini, N. Durante, V. Neri (a cura di), *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, cit., p. 18, ove viene efficacemente riassunto il contenuto dispositivo dei primi tre commi dell'art. 36, contenenti la disciplina procedimentale dell'accesso “automatico” (*rectius*, della messa a disposizione delle offerte e degli atti di gara) su piattaforma.
127. Salvo casi molto poco frequenti come quello in cui un soggetto dimostri di avere un

interesse ad accedere all'offerta di un soggetto arrivato dopo di lui in graduatoria e, segnatamente, dopo la quinta posizione.

128. Sul percorso di digitalizzazione della pubblica amministrazione tra i tanti contributi si segnalano: L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023; G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, cit.; E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2019, p. 363 ss.; C. Benetazzo, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2020; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 305 ss.; P.S.L. Falletta, *Le trasformazioni del diritto amministrativo nella complessità dell'ambiente digitale*, in *Federalismi.it*, 2022; D.U. Galetta, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Ciberspazio e Diritto*, 2018, p. 319 ss.; D.U. Galetta, J.G. Corválan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019.
129. Sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa, negli ultimi anni la letteratura è diventata davvero molto ampia. Tra i più recenti contributi monografici si segnalano: A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022. Tra gli altri contributi più significativi, senza alcuna pretesa di completezza, meritano una menzione: E. D'Orlando, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Dir. inf.*, 2011, p. 213 ss.; E. D'Orlando, *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessità*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 713 ss.; G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 431 ss.; M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019; S. Civitarese Matteucci, "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 5 ss.; R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 773 ss.; R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 119 ss.; A. Masucci, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 2020, p. 943 ss.; F. Nassuato, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedimentali*, in *CERIDAP*, fasc. Speciale n. 1, 2022, p. 150 ss.; N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 813 ss.; B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli di dialogo nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi.it*, 2020; A. Sola, *Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attività*

amministrativa, in *Federalismi.it*, 2020; M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 753 ss.; S. Tranquilli, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione della decisione amministrativa "robotica"*, in *Dir. soc.*, 2020, p. 281 ss.; P. Otranto, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021; N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 813 ss.; L. Parona, "Government by algorithm": un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni amministrative, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 10 ss.; A. Masucci, *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra big data e machine learning. Verso l'algocratic governance?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, p. 265 ss.

130. Tali principi vengono enucleati compiutamente dalle sentenze Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, 8473 e 8474, in www.giustizia-amministrativa.it. Molto importanti per la disciplina dell'attività amministrativa automatizzata sono anche le sentenze: Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Per un affresco sulla giurisprudenza in materia di attività amministrativa automatizzata si rinvia a: G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. dell'econ.*, 2020, p. 229 ss.; N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giurisprudenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020.
131. F. Nassuato, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, cit., p. 156. Sul concetto di "legittimità algoritmica" si vedano anche: B. Spampinato, *Per un primo inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica*, in *Amb. e dir.*, 2021; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 273 ss.
132. Per un primo commento sull'introduzione della disciplina legislativa dell'intelligenza artificiale nel vigente Codice dei contratti si rinvia a: A. Corrado, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, 2023; D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023.
133. Art. 30, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
134. Art. 30, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 36/2023.
135. Art. 30, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
136. Per un approfondimento dei profili evolutivi riguardanti l'accessibilità e la spiegabilità della decisione automatizzata si rinvia a: L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., p. 199 ss.; A. Corrado, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 199 ss.
137. L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., pp. 232-233, secondo il quale «*sul punto si è affermato che, nel peculiare contesto dell'automazione decisionale, la pretesa del privato di accedere agli atti della procedura amministrativa che lo riguarda debba essere*

intesa sotto una prospettiva più ampia rispetto a quella conosciuta in precedenza. Sicché il destinatario di un atto amministrativo robotico può oggi vantare il diritto di conoscere non solo il testo delle istruzioni che guidano i calcoli compiuti dalla macchina, ma anche tutte quelle informazioni che riguardano la progettazione e il funzionamento del programma, insieme ai dati utilizzati nel corso della procedura. In considerazione di queste affermazioni, pare possibile riconoscere che, quantomeno nell'ambito delle procedure automatizzate che utilizzano algoritmi di tipo deterministico, i soggetti interessati possono esercitare un diritto alla piena ed effettiva conoscibilità degli atti del procedimento».

138. Si pensi, per esempio, alla possibilità di comunicare in sede di indizione della gara (o anche nel suo prosieguo) ai concorrenti del codice sorgente e delle informazioni necessarie per comprenderne il funzionamento.
139. A tal proposito, la pronuncia Cons. St., Sez. V, 14 gennaio 2022, n. 263, in www.giustizia-amministrativa.it, ricorda come «*Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi tra il diritto d'accesso e il diritto alla riservatezza è costituito dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'art. 24, comma 7, secondo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241, giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte - mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" - rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1492; sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463; 21 agosto 2020, n. 5167; 24 maggio 2018, n. 3122; sez. VI, 11 aprile 2017, n. 1692)».*
140. Vedasi al riguardo G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, cit., p. 599.
141. Non si ignora il principio giurisprudenziale sancito da Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e da Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale l'utilizzo nel procedimento amministrativo di una procedura informatica che, attraverso un algoritmo, conduca direttamente alla decisione finale, debba ritenersi ammissibile, in via generale, nel nostro ordinamento, anche nell'attività amministrativa connotata da discrezionalità, a condizione che siano rispettati: a) la piena conoscibilità del modulo; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, cui competono tutte le responsabilità correlate; c) il carattere non discriminatorio dell'algoritmo utilizzato. Sul punto, però, la dottrina serba alcune perplessità. Per un inquadramento della problematica inerente al rapporto tra automazione e potere discrezionale si rinvia a L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., p. 186 ss.
142. Per un inquadramento della problematica inerente al rapporto tra automazione e potere discrezionale si rinvia a L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., p. 186 ss., secondo il quale «*si è chiarito che il ricorso all'algoritmo va inquadrato in termini di*

“modulo organizzativo”, ossia quale strumento procedimentale ed istruttorio che l’autorità precedente può scegliere di utilizzare nell’esercizio delle sue funzioni ... Pertanto, anche nell’esercizio di attività connotate da ambiti di discrezionalità, l’autorità precedente può in astratto beneficiare dei medesimi vantaggi offerti dall’uso di sistemi informatici, per quanto più rilevante in termini qualitativi e quantitativi sia il ricorso a tali strumenti nello svolgimento di attività vincolata». In senso analogo vedasi anche M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, cit., p. 787, secondo il quale «In effetti, gli orientamenti tradizionali che negano la legittimità – o la stessa fattibilità – della valutazione discrezionale informatica, paiono basarsi sull’analisi di modelli in cui il software gestisce il procedimento in modo totalmente autonomo dal funzionario persona fisica, sicché ogni apprezzamento sarebbe rimesso all’elaboratore. In senso opposto, se si riconosce, come chi scrive ritiene opportuno, d’inquadrare l’algoritmo nel più ampio apparato amministrativo le cui redini in ultima istanza sono tenute dalle persone fisiche, non risulta errato ammettere l’uso di strumenti informatici a corredo delle attività discrezionali ... le suesposte considerazioni avrebbero valenza altresì nello svolgersi di procedimenti discrezionali interamente curati da un algoritmo, anche grazie all’affinarsi del machine learning. In questi casi, facendo riferimento al framework di principi elaborati dalla Sezione Sesta [del Consiglio di Stato], il procedimento potrebbe essere demandato al programma, il quale redigerebbe anche il provvedimento finale, da sottoporsi alla “verifica di logicità e legittimità” spettante all’organo titolare del potere”».

143. Evidenziano le potenzialità di una digitalizzazione in materia di accesso G. Orsoni, E. D’Orlando, *Nuove prospettive dell’amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, cit., p. 598, secondo i quali «Infatti, ove un’amministrazione intendesse gestire il tema dell’accesso secondo metodologie tradizionali e cioè corrispondendo alle istanze del cittadino attraverso gli ordinari canali di comunicazione cartacea, è evidente che l’efficacia dell’apertura alla partecipazione del cittadino verrebbe fatalmente smorzata, non solo dalle tempistiche che verrebbero imposte, ma anche dalla barriera, anche psicologica, che tale modo di procedere impone».
144. Secondo l’art. 3-bis, l. n. 241/1990 (rubricato “Uso della telematica”): «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».
145. Secondo l’art. 15, d.lgs. n. 82/2005 (rubricato “Digitalizzazione e riorganizzazione”): «1. La riorganizzazione strutturale e gestionale delle pubbliche amministrazioni volta al perseguimento degli obiettivi di cui all’articolo 12, comma 1, avviene anche attraverso il migliore e più esteso utilizzo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nell’ambito di una coordinata strategia che garantisca il coerente sviluppo del processo di digitalizzazione. 2. In attuazione del comma 1, le pubbliche amministrazioni provvedono in particolare a razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi, le attività gestionali, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese, assicurando che l’utilizzo delle tecnologie

CERIDAP

dell'informazione e della comunicazione avvenga in conformità alle prescrizioni tecnologiche definite nelle Linee guida. 2-bis. Le pubbliche amministrazioni nella valutazione dei progetti di investimento in materia di innovazione tecnologica tengono conto degli effettivi risparmi derivanti dalla razionalizzazione di cui al comma 2, nonché dei costi e delle economie che ne derivano. [...]».

La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento euro-unitario per la sua interpretazione

Marcella Gola

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-8

Lo studio tratta il tema della concessione dei beni demaniali, istituto tipico del Diritto amministrativo, al fine di verificarne l'attualità, anche alla luce della parallela evoluzione del modello giuridico di "proprietà" basato sulle norme del codice civile, che si riflette sulla natura pubblica dei beni riservati alla P.a. e sulla loro gestione. Il potere concessorio, nel consentire l'uso particolare dei beni demaniali da parte di soggetti privati, deve essere riferito al contesto presente, al fine di evidenziare la crescente rilevanza del ruolo della P.a. sia nei rapporti con e tra i privati, sia in termini di corretta valutazione della proficuità della scelta da essa compiuta, ai sensi della contabilità pubblica.

The concession of state-owned assets: verification of its topicality and influence of the EU legal system for its interpretation

The study deals with the issue of the concession of state-owned assets, a typical institution of Administrative Law, in order to verify its topicality, also in the light of the parallel evolution of the legal model of "property" based on the rules of the Civil Code, which is reflected in the public nature of the assets reserved to the Public Administration and their management. The concession power, in allowing the particular use of state-owned property by private subjects, must be referred to the present context, in order to highlight the growing importance of the role of the Public Administration, both in relations with and between private individuals, and in terms of correct assessment of the profitability of the choice made by it, pursuant to public accounting.

Sommario: 1. Premessa. "Concessione" e "proprietà", due istituti giuridici da

attualizzare.- 2. La concessione come strumento del mercato: prevale ancora l'effetto vantaggioso a favore del privato?- 3. Segue. Il ruolo della P.a., dalla promozione dell'economia alla soluzione di conflitti e al controllo della compatibilità con l'interesse pubblico.- 4. Conclusioni. Il contributo della contabilità pubblica per la risposta - positiva - al quesito.

1. Premessa. “Concessione” e “proprietà”, due istituti giuridici da attualizzare

La categoria dei beni pubblici e, tra essi, di quelli demaniali, è un tema di studio che l’ordinamento italiano conosce sin dall’unificazione del Regno, e trova conferma nella Carta costituzionale, nella norma dedicata alla proprietà.

Il risvolto amministrativo della disciplina speciale e della gestione che concerne il demanio sin dalla sua prima definizione pone l’accento sulla stretta attinenza dei relativi usi agli interessi pubblici, diretti o indiretti, enfatizzato nella funzionalizzazione che l’art. 42 cost. assegna alla proprietà, pubblica o privata.

Proprio avviando la riflessione dal presupposto incentrato sulla proprietà – anche se la Costituzione, più neutralmente, utilizza l’espressione “appartenenza” – sono poste in evidenza le evoluzioni degli istituti giuridici qui considerati nell’ambito degli ordinamenti giuridici.

Tra queste, la posizione assegnata proprio all’istituto giuridico della proprietà in ambito europeo rivela la profonda influenza che l’ampliamento dell’orizzonte giuridico ha conosciuto, specie con riferimento al contesto dei “rapporti economici”, per riprendere la collocazione del nostro Costituente.

Questa significativa influenza, destinata a riflettersi nell’ordinamento nazionale anche oltre il dato normativo in costruzione, vincolante per il legislatore nazionale, è stata colta con riferimento all’amministrazione dalla più attenta dottrina, che ha presto evidenziato la conseguente trasformazione del diritto amministrativo così come variamente inteso dai singoli Stati membri.

Il tema si inquadra in quello, più generale, dell’influenza del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale, prospettiva che la più avanzata dottrina ha saputo cogliere ancor prima dell’avvio del periodo di riforme e trasformazioni profonde che hanno caratterizzato gli studi del Diritto amministrativo dal 1990

ad oggi^[2].

I profili da approfondire in questo ampio contesto riguardano tanto l’istituto della proprietà pubblica, già richiamato, tanto quello strettamente connesso – in certo senso pregiudiziale – degli usi dei beni stessi, da mantenere coerenti con la funzionalizzazione del bene cui si riferiscono^[3]. Questa caratteristica ne giustifica infatti il regime differenziato e richiede un’attenta considerazione soprattutto quando le disposizioni dell’Amministrazione cui il bene è ricondotto si traducano nell’uso particolare, perciò sottratto alla collettività o, direttamente alla stessa P.a., a favore di soggetti terzi che ne traggano un vantaggio economico.

Anche il tema delle concessioni di beni demaniali è un classico per gli studi di diritto amministrativo^[4], eppure entrambi i distinti istituti giuridici che la locuzione unisce – beni pubblici^[5] della categoria demaniale e potere concessorio, espressione della titolarità degli stessi – paiono a prima vista poco in linea, poco attuali rispetto all’indirizzo che emerge dalla preferenza per l’ordinamento europeo e le sue classificazioni.

Eppure, oggi più che mai, anche alla luce del contenzioso che ha interessato il tema a tutti i livelli giustiziali, europei e nazionali, e governativi, qui comprendendo anche quelli locali – il riferimento alle c.d. “concessioni balneari” è d’obbligo^[6] – il quadro normativo di riferimento, della cui interpretazione appunto si discute, pare radicato nel nostro sistema.

La disciplina interna e la costruzione del rapporto che ne risulta è d’altronde compatibile con la dimensione europea ove – sintetizzando – la neutralità rispetto alle scelte organizzative – comprese quelle relative alle risorse strumentali, e relativi regimi proprietari – in vigore negli Stati membri, non crea vincoli per l’adozione di modelli comuni, se non per la comune esigenza di garantire il rispetto della libera concorrenza che, quando sussiste, attiene alla scelta della parte privata.

Il riferimento, qui solo accennato, che conferma questa lettura si riscontra nella disciplina europea sull’aggiudicazione dei contratti di concessione relativi a esecuzione di lavori o fornitura di servizi sancita dalla direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, recepita e parte integrante del codice dei contratti pubblici, con crescente dettaglio, sia nel vigente d.lgs. n. 36 del 2023, spec. artt. 176-192, sia già in precedenza dai d.lgs. nn. 163 del 2006, artt. 142-151, e 50 del 2016, artt. 164-173^[7].

Ciò premesso, e confermata quindi la non sussistenza di obblighi di modifica al sistema nazionale vigente per ottemperanza agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, resta comunque opportuno interrogarsi sull'attualità della classificazione codicistica – civilistica – fonte della delineazione del demanio, così come dello strumento concessorio per l'uso a titolo esclusivo dei beni che ne fanno parte, nelle ipotesi in cui questa modalità sia possibile.

In particolare, si pensi al fatto che anche la concessione di beni^[8], come più ampiamente indagato per quella di servizi, accentua sempre più la componente consensuale, allontanandosi dallo schema originario che esaltava la natura unilaterale e autoritativa propria del potere di cui il provvedimento era espressione finale. Senza negare l'esistenza di un potere – e di una correlata responsabilità – in capo alla P.a. con riferimento ai beni in questione, la necessaria presenza della convenzione che regola i rapporti tra concessionario e concedente, dal contenuto condiviso, assume una rilevanza sempre più centrale. La concessione, infatti, oggi, è sempre un atto nominato ma decisamente meno tipico rispetto al passato, in quanto destinato ad assumere una pluralità di declinazioni, a seconda dell'oggetto, a seconda della finalità, a seconda del settore cui è destinato, così da rendere difficile la riconduzione a unità anche concentrandosi sugli effetti prodotti.

Le difficoltà emergono infatti soprattutto quando l'istituto della concessione, unitariamente considerato, debba essere sovrapposto a quella figura originaria già ricordata da parte dei Maestri della nostra disciplina^[9], cioè quel provvedimento – autoritativo e unilaterale – idoneo a trasferire o costituire – ipotesi già affatto distinte l'una dall'altra – un diritto in capo a un soggetto diverso dalla P.a. concedente.

Oggi effettivamente la questione sembra molto diversa: la concessione è diventata sempre di più uno strumento economico; occorre tuttavia subito anticipare che generalizzare è di principio sbagliato, specie in un caso come quello in esame in cui si intendono proprio evidenziare la pluralità e varietà dei "tipi" in cui l'atto si manifesta.

Già una prima importante differenziazione concerne ad esempio le concessioni che conferiscono la cittadinanza; si tratta di provvedimenti che richiedono un approfondimento a parte, estraneo alle finalità qui perseguiti, stante la loro

assoluta peculiarità, oggetto di norme speciali, anche in ragione della necessaria relazione tra P.a. nazionale e Stati di provenienza dei richiedenti, e che perciò richiedono tempi non sempre predeterminabili e fissi come quelli imposti per ogni attività procedimentale dalla l. n. 241 del 1990.

2. La concessione come strumento del mercato: prevale ancora l'effetto vantaggioso a favore del privato?

Con queste premesse, la concessione non può essere certamente considerata come un atto da cancellare dal "pacchetto" degli strumenti appartenenti alla storia amministrativa, obsoleto in quanto superato sia da altri modelli che disegnano forme di partenariato tra P.a. e privati, sia dal ricorso a forme *tout court* negoziali, tutt'altro.

Il fatto stesso che se ne continui a discutere, suffragato dalla giurisprudenza che ne contribuisce ad arricchire la casistica, testimonia che nella realtà non ha prevalso la costruzione in termini negoziali, che ne accentua i caratteri contrattuali – dovuti in definitiva alla circostanza che gli effetti vantaggiosi cui il concessionario aspira siano raggiungibili solo su richiesta di quest'ultimo, in ciò rendendo potenzialmente amico, anziché ostacolo, il titolare del potere espresso con l'atto concessorio. Vale solo la pena di evidenziare che una visione bilaterale, incentrata sul solo rapporto a due, come suggerisce una lettura eccessivamente paritaria tra le parti in questione vanifica la ragione stessa dell'attribuzione del potere e la riserva di disposizione – per quanto attiene ai beni – in capo alla P.a., preposta alla soddisfazione dell'interesse pubblico nel caso concreto che eccede quello dell'aspirante, tanto da consentirne legittimamente l'insoddisfazione attraverso il diniego dell'istanza.

È quindi errato mettere in secondo piano il ruolo specifico della pubblica amministrazione, non ascrivibile a quello di un semplice contraente alla ricerca di un punto di soddisfazione condiviso dalla parte richiedente l'atto e, soprattutto, i diritti esclusivi – espressione particolarmente efficace quando si tratti di proprietà e del suo godimento – che ne conseguono.

Di certo ciò che è profondamente cambiato nel corso del tempo è non tanto il ruolo dell'Amministrazione, che continua a svolgere il suo compito di miglior cura degli interessi pubblici, quanto gli strumenti e le modalità utilizzate per

realizzare i fini che le sono assegnati. Come accennato, rispetto al passato un numero significativo di casi che prevedono il ricorso alla concessione vedono l'Amministrazione agire non tanto in veste di soggetto che conferisce diritti ma in quello di regolatore di un mercato, la cui libera configurazione è ritenuta garanzia dell'equilibrio tra gli interessi che ivi si confrontano.

In questi casi potremmo affermare che la P.a. agisce dando vita a una forma di sussidiarietà, intervenendo a correggere le disfunzioni ma senza cancellare la diseguaglianza tra le parti pubblica e private, che continua ad esistere, altrimenti avremo una piena liberalizzazione che escluderebbe la presenza di un atto quale quello qui considerato.

I modelli giuridici stanno cercando di adeguarsi a quelli propri dell'economia, che nascono e si sviluppano indipendentemente dal diritto, il quale è tuttavia chiamato, come visto, a trovare le risposte più efficienti in grado di assicurare quelle precondizioni – certezza e stabilità in primis – affinché il mercato possa funzionare. Il riferimento alla società in questo caso appare mediato, il ruolo del diritto meno creativo rispetto ai fenomeni dell'economia, che hanno vita autonoma nell'ambito degli spazi lasciati liberi da vincoli esternamente imposti per le ragioni di funzionalizzazione già ricordate.

Le considerazioni svolte cambiano parzialmente quando al tema “concessione” in generale si abbina l’oggetto, il bene demaniale.

Le concessioni sono state analizzate spesso come strumenti di organizzazione, prospettiva che trova conferma anche a fondamento della disciplina europea sopra richiamata, che la lega appunto alla libera scelta della P.a. l’adozione di questo modello – di esternalizzazione – per realizzare le attività di sua competenza^[10].

Quella proposta non è certo da ritenere l'unica lettura possibile – si pensi ancora alla concessione c.d. costitutiva, ritenuta *genus* della *species* quanto agli effetti innovativi prodotti nella sfera giuridica del destinatario –, però, effettivamente, rivela un aspetto importante dell’istituto qui in esame, che come visto regola dei rapporti di cui è parte la Pubblica amministrazione, con particolare rilevanza nell’ambito dell’economia.

Oltre a queste considerazioni occorre anche ricordare che il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, come risulta dalla lettura dell’articolo 174 è indifferente – anche, potremmo dire – al regime della proprietà scelto dagli Stati

membri per definire la relazione che li lega alle vicende che interessano i beni, affermazione tuttavia da ridimensionare alla luce della casistica: si pensi ancora alla scarsità dei beni stessi, che ne limita la fruizione alterando la libera concorrenza. La natura pubblica della proprietà non è l'unico strumento giuridico idoneo a fornire idonee garanzie di accesso ai beni che rivestano un interesse pubblico qualificato ma, una volta adottato, questo ne condiziona conseguentemente i modi di esercizio e di disposizione.

L'affermata, e presunta, neutralità rispetto al regime proprietario definito dalla parte pubblica sostenuta dall'Unione europea deve essere comunque combinata sia a quegli istituti che, come sopra accennato, regolano, ad esempio, l'accesso al mercato, sia anche alla contemporanea definizione, giuridicamente molto forte, che la colloca tra i diritti fondamentali sia nella CEDU sia nella Carta europea dei diritti fondamentali.

Anche in quei testi sovranazionali sono tuttavia presenti dei parametri che, nelle varie declinazioni possibili, tengono sempre aperta la strada per un intervento pubblico statale, qui intendendo per "Stato" riassuntivamente il soggetto responsabile che fa parte dell'Unione europea, e che all'interno delle singole realtà nazionali potrà organizzare per l'appunto come ritenga più opportuno le proprie competenze.

Ci si trova infatti di fronte a situazioni che devono essere risolte con una scelta certo prima politica da parte del legislatore, ma in seguito e con costante frequenza discrezionale da parte dell'Amministrazione. Così è ove si fa riferimento a concetti come l'utilità generale, l'interesse generale, il pubblico interesse: tutte declinazioni che il nostro ordinamento nazionale già conosce, perché presenti con analoga formulazione ampia e indeterminata nella nostra Carta costituzionale.

Spetta quindi all'Amministrazione questo compito importantissimo, cioè quello di realizzare, concretizzandole, le finalità, le funzioni, le attività che soddisfino questi caratteri di rilevanza pubblica tracciati, conformemente, dagli Atti fondamentali che delineano l'ordinamento giuridico attuale, che testimoniano come i beni possano assumere una valenza essenziale per realizzare gli obiettivi dell'Unione europea.

Beninteso, la proprietà pubblica anche ai sensi dell'Unione europea dovrà sempre essere condizionata, come ogni altro fattore, ogni elemento di questo rapporto

funzionale al perseguitamento dei fini, al raggiungimento degli obiettivi che giustificano l'intervento pubblico; quindi, non potrà mai essere svolta in modo contrastante con quelle che sono le finalità del Trattato.

Anche in questa prospettiva europea occorre dunque ridimensionare il valore assoluto assegnato all'asserita neutralità della proprietà all'interno dell'Unione europea, in termini che si riflettono sull'Amministrazione nazionale, fino ad assegnare una rilevanza molto forte agli interventi che l'abbiano ad oggetto. Questa infatti si può estendere fino alla delineazione del risultato da realizzare nel caso concreto, adempimento che – questo è il dato interessante, segno di quel rinnovamento dell'Amministrazione ricordato in principio, - può anche nascere col contributo dei privati.

3. Segue. Il ruolo della P.a., dalla promozione dell'economia alla soluzione di conflitti e al controllo della compatibilità con l'interesse pubblico

Nei casi sopra ipotizzati la Pubblica amministrazione si può trovare anche a svolgere un ruolo promozionale dell'economia, aperto alle proposte, alle progettualità dei privati, impostando una vera e propria relazione che può rappresentare una importante occasione di rendere effettivo il principio di sussidiarietà, non sovrapponibile alla lettura che privilegia il profilo consensuale riconosciuto alla concessione amministrativa.

Il rapporto basato sul *provvedimento* concessorio dovrà realizzare il perseguitamento di fini pubblici, aspetto al quale non sempre è riconosciuta la dovuta attenzione, rendendo il provvedimento concessorio idoneo a far conseguire anche un vantaggio diretto alla stessa Pubblica amministrazione che in tali casi attraverso la concessione diventa attrice del mercato e ne regola una particolare fattispecie, valorizzando il rapporto che si instaura sin dall'origine coi destinatari dell'atto.

Si tratta, come detto, di dare vita a un'espressione del principio della sussidiarietà orizzontale, ma non si deve dimenticare che la pubblica amministrazione non esaurisce il suo ruolo qui, non lo esaurisce nemmeno nella scelta del contraente.

Anzi, proprio in questa configurazione possiamo aggiungere un'altra connotazione, valida a interare la definizione di concessione.

La concessione non si limita più a conferire dei diritti, ma risolve dei conflitti.

Nel caso dei diritti contendibili, infatti, questo è l'effetto prevalente da misurare, non tanto quello di attribuire i diritti a chi non ne aveva, ma quello di risolvere una contesa potenziale, anche non necessariamente conflittuale, facendo una scelta, cioè svolgendo in pieno l'attività amministrativa che consiste nella ricerca e valutazione di soluzioni sia soggettive sia progettuali, che nel settore dei beni risulta particolarmente interessante.

Questo ragionamento mette in luce un altro aspetto: mentre in quanto per quanto riguarda le altre realtà nei confronti delle quali possiamo rinvenire l'atto concessorio, cioè quelle attinenti ai servizi pubblici e alla realizzazione di infrastrutture, esiste una tipizzazione molto forte anche delle procedure, una stessa attenzione manca per quanto riguarda l'amplissima categoria difficilmente riconducibile ad *un unicum* dei beni pubblici.

Qui rileva il ruolo della Pubblica amministrazione, titolare del potere concessorio che si affianca a quello dominicale speciale. Prioritario diviene quindi assumere la determinazione sul *come* utilizzare quei determinati beni, già classificati pubblici *ex lege* e quindi connotati dal riconoscimento di presentare un interesse pubblico intrinseco, ancorché relazionale agli scopi cui sono preordinati, e sul *chi* debba svolgere quel compito: se essa stessa direttamente, quando sia possibile e conveniente, o altri soggetti, esterni all'apparato, che possano avere visioni più ampie, maggiori risorse, adottando criteri di scelta che debbono rispettare i criteri delle “*3 e*”, e della trasparenza.

Risolti questi passaggi prioritari, non si deve dimenticare che la Pubblica amministrazione conserva il delicato compito di *controllare* che effettivamente quelle finalità cui è vincolata, anche in quanto proprietaria, siano perseguiti: non è quindi corretto, come già anticipato, ritenere che il concessionario sia esclusivamente titolare di un privilegio nei confronti di altri aspiranti alla situazione acquisita, in quanto assume contestualmente al diritto di uso la responsabilità di conservare e garantire l'idoneità del bene alla sua destinazione, sostituendosi nella gestione alla P.a. proprietaria -concedente e assumendone i connessi obblighi.

Anche nei confronti della collettività il concessionario assume dunque degli impegni che non si esauriscono nel trasferimento del rischio imprenditoriale, punto centrale, di grande rilevanza se riferito allo sfruttamento economico del

bene, finalità che motiva l'azione del concessionario, ma non unico elemento di obbligazione pubblica.

La Pubblica amministrazione, a sua volta, ha il dovere di controllare la continua ottemperanza agli obblighi assunti, a garanzia della funzione del bene concesso, che per sua natura può richiedere adeguamenti connessi all'interesse pubblico da soddisfare dinamicamente.

Si tratta di un aspetto non sufficientemente considerato dalla legislazione, tanto da rivelare, nei casi più gravi, la difficoltà di trovare le modalità corrette per uscire da una certa situazione che si riscontri non (più) corrispondente alla cura dell'interesse pubblico che sostiene la relazione – decadenza, annullamento o revoca? non sempre in pratica i tre distinti istituti sono facilmente sovrapponibili alle fattispecie da risolvere, come si è osservato con riferimento alle concessioni autostradali –, e per sanzionare, o in generale per reagire, di fronte a situazioni che sicuramente siano censurabili nell'ottica dell'Amministrazione proprietaria.

Molta attenzione all'entrata nel mercato, a vantaggio di quest'ultimo, poca alla fase eventuale dell'uscita, a tutela della P.a.

In questa più ampia prospettiva anche la classificazione della concessione rivela il suo valore più completo: è uno strumento per l'esercizio di funzioni pubbliche, e in questa accezione deve essere sempre interpretata.

Funzionalizzazione della proprietà pubblica ed esercizio della funzione amministrativa si fondono in questo unico atto, la concessione, che conserva quindi appieno la sua attualità nell'ordinamento vigente, pur tenendo conto delle numerose evoluzioni esterne che la P.a., in genere ha conosciuto e conoscerà per corrispondere alla società di cui è espressione, compresa la riconducibilità all'istituto dell'accordo che segna l'avvicinamento tra la parte pubblica e quella privata^[11], senza tuttavia perdere la necessaria connessione con l'attribuzione del potere alla prima delle due, e che giustifica perciò la conservazione di quei requisiti anche formali che l'ordinamento richiede, come ad esempio la necessaria forma scritta.

4. Conclusioni. Il contributo della contabilità pubblica per la risposta – positiva – al quesito

Come anticipato in premessa, le considerazioni svolte sull'attualità, qui

confermata, della concessione come provvedimento amministrativo, pur da aggiornare alla luce dei cambiamenti di cui è stata oggetto l'Amministrazione a partire, specialmente, dall'ultima decade del secolo scorso anche sulla spinta dell'influenza europea si intrecciano con quelle che riguardano l'oggetto qui preso in considerazione, il bene demaniale.

Categoria di "beni" che a sua volta risente della crisi della proprietà. Il tema è amplissimo, ed esula dalla finalità delle presenti osservazioni; di certo, ai fini qui perseguiti, può essere utile ricordare le origini della demanialità, nata mutuando l'ordinamento francese post-rivoluzionario per differenziare alcuni beni destinati a una funzione pubblica, il *domaine de la Nation*, ai quali, in via di eccezione rispetto alla regola, non si è ritenuto applicabile il diritto comune, come alternativa al modello precedente in cui il bene della corona poteva essere utilizzato in modo assolutamente arbitrario^[12].

Anche in questo caso da tempo si evidenzia l'opportunità del superamento delle attuali classificazioni della proprietà pubblica disposte dal codice civile, ritenute non più attuali e fonte di un eccessivo irrigidimento.

Occorre inoltre considerare che si stanno affacciando nuove esigenze, collegate a nuove classificazioni, che portano ad esempio alla configurazione del "bene comune"^[13], non presente nel codice, con la quale si intendono proporre nuove soluzioni all'esigenza di soddisfazione degli interessi pubblici che in precedenza si ritenevano risolte attraverso la categoria del bene demaniale. La teoria del "bene comune" si presenta come difficilmente conciliabile, per non dire direttamente incompatibile, con la stessa nozione di concessione, anche se la sua affermazione non comporterebbe un "abbandono del campo" da parte della Pubblica amministrazione, per usare un'espressione che, curiosamente, richiama proprio l'etimologia del termine "concessione", nel senso di ritirarsi, allontanarsi.

Ecco, quindi, che torna il tema della non corretta considerazione del rapporto che si crea tra concedente e concessionario del bene nei riduttivi termini dell'attribuzione di un privilegio, ma piuttosto in quello di riconoscimento della capacità di assumere un ruolo, funzionalizzato, prioritariamente rivolto direttamente o indirettamente alla collettività, compiendo di conseguenza il proprietario responsabile – la P.a. – un "passo indietro" che comporta la sostituzione col privato che subentra nell'impegno di conforme utilizzo del bene, a fronte di un – auspicato – profitto che ne copra l'impegno professionale e

l'organizzazione di mezzi.

Un parallelo interessante può essere quello della concessione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, settore che risente di una forte influenza europea, in cui la concessione – definita “contratto di concessione” –, principale forma di esternalizzazione, è contemplata tra i modelli di gestione per i servizi a rilevanza economica, ma non è prevista la gestione diretta da parte dell'ente locale, se non nella forma imprenditoriale – privatistica – mediata della società *in house providing*.

L'effetto della sostituzione del privato al pubblico, con trasferimento non solo e non tanto di diritti ma di *responsabilità giuridiche*, caratterizza oggi l'istituto della concessione, che inserisce il privato nel sistema amministrativo: si ricorda il principio espresso dall'art. 1, comma 1-ter della l. n. 241 del 1990, che regola la posizione dei privati preposti all'esercizio di attività amministrative nei rapporti con i destinatari delle stesse, estendendo le stesse garanzie imposte al soggetto pubblico.

Ciò premesso, il giurista deve attenersi alle classificazioni codistiche dei beni, ma ci sono anche riflessioni di carattere sostanziale da collegare per un'interpretazione più coerente con l'ordinamento attuale: l'Unione europea con la propria disciplina volta all'armonizzazione in funzione del libero mercato ha introdotto implicitamente una distinzione tra beni che possono avere un'utilizzazione, una rilevanza per lo sviluppo economico e beni che queste caratteristiche non hanno.

Il tema è complesso, e può ancora una volta richiamare il caso delle “concessioni balneari” per la parte in cui si è dibattuto sulla consistenza dell’oggetto delle stesse, cioè se questo concernesse l’uso del bene demaniale, la spiaggia, o viceversa le attività e dei servizi turistici cui il bene è strumentalmente destinato: ha prevalso, come ormai consolidato, la seconda lettura, che comporta l’operatività della “direttiva servizi” che privilegia l’aspetto dinamico della concessione, l’uso imprenditoriale del bene che perde quindi la sua centralità rispetto all’iniziativa economica che lo sfrutta.

La annosa vicenda qui ancora una volta solo accennata pone in luce tuttavia un aspetto trascurato, cioè il fatto che in genere l’interprete si ponga più frequentemente nella posizione della garanzia da offrire al privato, sia nei confronti della Pubblica amministrazione, sia di eventuali altri competitori,

rispetto ai quali si chiede sia garantita la parità di accesso, mentre assai più raramente ci si pone dalla parte della Pubblica amministrazione.

In questa diversa prospettiva i risultati di una valutazione circa la attualità della concessione di beni demaniali, secondo i criteri tradizionali più attenti agli aspetti formali del rapporto, pure importanti, non sarebbero gli stessi.

Si fa riferimento a un momento centrale, che è quello della *proficuità*, aspetto che riporta il tema del bene demaniale alla sua collocazione originaria negli studi del Diritto amministrativo, cioè alla contabilità pubblica, in cui la distinzione dei beni rileva tuttora per l'inventario del patrimonio dello Stato.

La materia qui trattata non rientra nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, testo normativo in cui oggi è evidente, se non prevalente, l'obiettivo di tutela della concorrenza, ma si applica integralmente la disciplina sulla contabilità dello Stato.

In effetti i principi espressi dal codice dei contratti sono da ritenere comuni anche alla fattispecie qui in esame, in quanto diretta espressione dello "spirito", per così dire, del Trattato sull'Unione, esprimono la finalità per cui quella disciplina è stata posta, quindi al di là del dato testuale sarebbe errato pensare che in futuro operatori amministrativi e giudici non siano influenzati dalla loro applicazione.

È quindi utile richiamare, a titolo esemplificativo, il primo principio, quello del risultato *ex art. 1* del d.lgs. n. 36 cit., che evidenzia la funzione esercitata dalla Pubblica amministrazione nel momento in cui entra in contatto con un operatore privato.

Il primo adempimento richiestole, che del resto rappresenta la sintesi di principi già presenti ed espressi nella legislazione non settoriale, è quello di compiere una valutazione che sia basata anche sulla convenienza di quello che fa, sulla convenienza della scelta. Tale convenienza della scelta non può essere intesa in astratto, ma deve essere rapportata anche agli interessi della stessa Pubblica amministrazione, come soggetto agente.

La P.a. si pone come interprete nella definizione dell'interesse pubblico da soddisfare e, una volta effettuata la scelta di rivolgersi a un terzo ad essa esterno, avviata la gara, a quel punto deve scegliere l'offerta che, richiamando la terminologia utilizzata dall'art. 37 del codice della navigazione riferito al concorso di più domande di concessione a preferire «*il richiedente che offre maggiori garanzie di proficua ultimazione della concessione e si proponga di avvalersi di*

questa per un uso che, a giudizio dell'Amministrazione, risponda a un più rilevante interesse pubblico».

L'attualità del testo è di tutta evidenza, e si accompagna ad altro testo, ancora più lontano nel tempo ma in ciò ancora più interessante in quanto pone il problema alle fondamenta della costituenda Unità nazionale: la legge di contabilità 22 aprile 1869 n. 5026 sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale, che rappresenta l'antecedente per la disciplina sui controlli interni. In quel contesto, la Ragioneria generale dello Stato assume un ruolo fondamentale: infatti, il r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 attribuisce al Ministero del tesoro non solo i controlli di legittimità e contabile, ma anche quello sulla *proficuità* della spesa.

Si tratta, in sostanza, di un controllo di merito, in quanto è diretto a valutare la convenienza della spesa stessa: in definitiva, è la base per verificare la “sana gestione” delle risorse pubbliche, anticipando il controllo di gestione, elemento essenziale del budget economico oggi esteso a tutte le P.a. oltre che al sistema aziendale privato.

Si conferma nella stessa direzione il d.lgs. n.123 del 2011, sulla riforma dei regolarità amministrativa e contabile, il cui art. 2 comma 2, affida appunto alla Ragioneria dello Stato il controllo sulla proficuità della spesa.

In questo contesto, per esprimere un concetto analogo a quello che si è inteso evidenziare con il richiamo alla proficuità attesa dall'utilizzo del bene demaniale, è interessante richiamare l'art. 838 cod. civ., secondo il quale quando il proprietario abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, può farsi luogo all'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa, premesso il pagamento di una giusta indennità. La stessa disposizione si applica se il deperimento dei beni ha per effetto di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica”.

La norma, pur priva di applicazione, anticipa la funzionalizzazione della proprietà in questo caso direttamente collegandola all'interesse economico nazionale, espressione che a sua volta richiama quella dell'unità economica che, ai sensi dell'art. 120 cost. motiva il superamento dell'ordine delle competenze ripartite tra enti territoriali. I collegamenti proposti mettono in relazione norme affatto

diverse, come contesto storico e sistematico ma pongono tutte in luce l'obiettivo prioritario assegnato all'utilizzo qualificato dei beni, strumenti essenziali per garantire lo sviluppo e la realizzazione dei fini pubblici.

Questo pur sintetico richiamo ad alcune disposizioni proprie della contabilità pubblica si intreccia strettamente con la materia qui considerata.

Nella legge annuale per il mercato della concorrenza del 2021, l. n. 118 del 2022, infatti, il Legislatore nazionale decide di "fare i conti" del tesoro che possiede, e decide di provvedere alla mappatura dei beni che, sorprendentemente, non esisteva e ancora non esiste al completo, mappatura dei beni che è necessaria sia per l'attuazione proprio della direttiva Bolkenstein, secondo quanto la legge che prevede questo adempimento che questa legge introduce, dato che per essere in linea con gli obblighi euro-unitari, occorre conoscere l'entità, quantificare le risorse interessate.

Quantificazione che giustamente non esclude la qualificazione: la legge annuale per il mercato del 2021 impone in sostanza alle Amministrazioni di raccogliere ogni dato utile a verificare la proficuità dell'utilizzo economico del bene, in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico. Il d.lgs n. 106 del 2023, che attua la delega legislativa disposta dalla l. n. 118 cit., evidenzia preliminarmente l'eterogeneità del fenomeno delle concessioni dei beni pubblici per soddisfare le necessarie esigenze conoscitive, e torna appunto a chiedere i dati utili per valutare la proficuità della spesa.

Il dossier che accompagna la legge annuale per il mercato del 2021 – A.S. 2469 – B, XVIII Legislatura – riporta la segnalazione 1730 dell'Autorità della concorrenza e del mercato del 22 marzo 2021, dalla quale si rileva che nel 2019 su un totale di 29.689 concessione demaniali marittime – espressamente oggetto dell'intervento legislativo, stante la conflittualità dell'argomento divenuto centrale anche per il dibattito politico – 21.581 sono assoggettate a un canone inferiore a 2.500 euro dalle concessioni demaniali, portando come introito complessivo allo Stato italiano 115 milioni di euro^[14]. Non è difficile rilevare l'esiguità dell'importo a fronte del valore del mercato turistico che si intende comunque valorizzare.

Quello citato, come detto, rappresenta un caso emblematico, accompagnato nella specie da ricorrente ricorso alla sub concessione e alla proroga a tempo indeterminato, determinando un uso inefficiente dello strumento concessorio e

del ruolo proprietario da parte dell'Amministrazione competente.

Il settore del demanio a scopo balneare richiedere un approfondimento che, come più volte affermato, non è obiettivo di queste note, anche in ragione dell'intreccio con tradizioni e valorizzazioni locali che non possono essere disperse; senza quindi entrare nel merito della vicenda, anche in ragione di questa controversa interpretazione della fattispecie occorre esprimere gratitudine all'Unione europea, in quanto da quello che è stato giudicato un nostro inadempimento è nata l'occasione per recuperare valore alle risorse di cui noi, come si è visto anche inconsapevolmente, siamo dotati.

In conclusione, di queste brevi note, e a riprova della complessità della materia, ricca di implicazioni che la collocano in un sistema giuridico plurisetoriale, merita di essere ricordato anche il dibattito in corso che riguarda gli immobili pubblici e le concessioni demaniali.

Anche in questo caso merita di essere richiamato lo Studio della Camera dei deputati del 26 settembre del 2022 che assegna all'Agenzia del demanio il compito di individuare le forme di rigenerazione degli immobili in uso alle amministrazioni statali, di rifunzionalizzazione di beni non strumentali, dando vita a una categoria interessantissima di concessione che è la categoria della *concessione di valorizzazione*.

Si afferma quindi un ulteriore modello di gestione dei beni pubblici attraverso il multiforme strumento della concessione, ancora da sperimentare adeguatamente ma che sin d'ora si presenta coerente con la lettura che si è qui proposta, per evidenziare la necessità di valorizzare, anche nell'accezione patrimoniale che li caratterizza, la categoria sottostimata dei beni che presentano rilevanza economica idonea a sostenere lo sviluppo nell'interesse generale.

La conclusione non può che essere quella di ritenere la concessione di beni demaniali uno strumento tuttora attuale, anzi nel pieno della sua vitalità, che l'Amministrazione è tenuta a utilizzare anche a proprio diretto vantaggio.

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 (Giappichelli, Torino 2024). Se ne anticipa la pubblicazione in quanto di interesse per la Rivista, in ragione dei temi trattati. Data la sua peculiare natura di contributo “dedicato” e destinato a “Scritti in

onore”, non è stato sottoposto alla consueta procedura di referaggio esterna.

2. Il pensiero è rivolto, in particolare, alla creazione della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, attiva dal 1991, che ha realizzato un punto di incontro e confronto scientifico stabile sull’interrelazione tra ordinamento nazionale e quello delle Comunità Europee, analizzando la progressiva evoluzione, sempre più interconnessa, delle due dimensioni istituzionali considerate, evidenziando in particolare l’influenza che il livello sovranazionale, divenuto euro-unitario, ha avuto sulla trasformazione dell’Amministrazione italiana, anche oltre l’adozione di normative europee. La preziosa iniziativa, dovuta ai Direttori M.P. Chiti e G. Greco, crea un collegamento stabile tra studiosi dei Paesi membri dell’Unione, ampliando quindi lo studio con riferimento a modelli e istituti amministrativi presenti in ambito Europeo. All’influenza dell’Unione europea sul diritto amministrativo Guido Greco ha dedicato molta parte della sua ampissima attività scientifica; tra gli studi che maggiormente hanno contribuito all’evidenziazione di questa nuova prospettiva cfr. G. Greco, *Normativa comunitaria e ordinamento nazionale*, in *Il diritto dell’economia*, 1989, p. 371; Id, *Profili di diritto pubblico italo-comunitario*, in *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 30 ss.; Id, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, pp. 85 ss.; Id, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell’ordinamento nazionale)*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 277 ss.; *Il Sistema italiano e l’ordinamento europeo (i rapporti fra i diversi livelli di governo)*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d’Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; Id, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 3, 2014, pp. 585 ss.; Id, *L’inesauribilità del diritto europeo a rilevanza amministrativa*, in G. della Cananea, C. Franchini (a cura di), *Il diritto che cambia. Liber amicorum Mario Pilade Chiti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 97 ss.
3. Cfr. in dottrina M. Dugato, *Il regime dei beni pubblici: dall’appartenenza al fine*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 17 ss.; G. Della Cananea, *Dalla proprietà agli usi: un’analisi comparata*, in *ibidem*, pp. 63 ss.
4. Cfr. F. Fracchia, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, cit., pp. 493 ss.; *ibidem*, M. R., Spasiano, *L’uso dei beni in concessione per finalità non rispondenti a bisogni di interesse generale*, pp. 507 ss.
5. Sul tema v. M. Renna, voce *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2022, pp. 149 ss.
6. Sul punto, ampiamente dibattuto in dottrina e oggetto di numerose pronunce giurisdizionali, Europee e nazionali, sia consentito rinviare a M. Gola, *Il Consiglio di Stato, l’Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, in *Diritto e società*, 3, 2021, pp. 402 ss.; con riferimento agli sviluppi successivi v. L. Corradetti, *Esperienze e soluzioni nella disciplina giuridica delle concessioni demaniali marittime*, in www.giustamm.it, 11, 2023, pp. 1 ss. Per la giurisprudenza più recente v. Cons. St., 20 maggio 2024, n. 4479, che ribadisce l’obbligo di disapplicazione della

normativa nazionale confligente con la direttiva 2006/123/CE, art. 12, e con l'art. 49 T.F.U.E. (fattispecie relativa all'illegittimità delle proroghe automatiche del provvedimento concessionario, fondata sulla valutata scarsità della risorsa che ne è oggetto). In dottrina, con una diversa prospettiva, v. anche A.M. Abruzzese, *Evoluzioni del diritto di proprietà sui beni pubblici. Il demanio marittimo, da demanio necessario a bene comune. Il caso di Napoli*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

7. Il “tipo” di concessione cui si riferisce l’Unione è così esplicitato nell’11° considerando:
«Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l’esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l’acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori». L’armonizzazione così imposta si ferma tuttavia di fronte all’operatività del «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche», sancito all’art. 2, ove si conferma che «La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell’Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici». Resta quindi confermata la compatibilità con l’ordinamento europeo delle discipline nazionali, riconoscimento valido per gli ambiti non ricadenti nell’ambito di applicazione della direttiva richiamata come quello della concessione di beni demaniali qui considerato. Tra i primi scritti che hanno approfondito la portata della disciplina europea sopra richiamata si segnala G. Greco, *La direttiva in materia di «concessioni»*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5, 2015, pp. 1095 ss.
8. Sul tema v. ampiamente B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008, il quale sottolinea il passaggio dal concetto di destinazione a quello di funzionalizzazione: *passim*, spec., p. 210.
9. V. ampiamente M. D’Alberti, voce *Concessioni amministrative*, *Enc giur Treccani*, VII, 1988; F. Fracchia, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. del dir.*, Annali, vol. I, Milano 2007, pp. 250 ss., e bibliografie ivi citate.
10. Cfr *supra*, nota 11.
11. Sul tema, ampiamente, G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, spec. pp. 160, 163.
12. V., tra gli studi più recenti, la puntuale ricostruzione di V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della ‘proprietà’ e dei ‘beni’*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 108 ss., ove si riconduce a quel momento anche l’affermazione del concetto di *destinazione* che connota ancora oggi i beni

pubblici, pur se affiancato e superato da quello della funzionalizzazione. Cfr. anche V. Caputi Jambrenghi, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979 e, dello stesso Autore, il più recente *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, cit. pp. 459 ss. L'istituto trova ancora la sua più completa ricostruzione nell'opera monografica di E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, (rist. anast. 1934), Cedam, Padova 1989.

13. V. ancora, ampiamente, V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, cit., pp. 149 ss., e bibliografia ivi citata cui si rinvia per l'approfondimento del tema.
14. La segnalazione è riportata nel Dossier cit. nel testo, p. 24.

Liechtenstein's quest for space utilisation and its new Space Act

Jakub Handrlíca

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-110

Con l'adozione della propria legge sullo spazio il 5 ottobre 2023, il Principato del Liechtenstein si è unito a un numero crescente di paesi nell'adottare una legislazione nazionale in materia di spazio. La nuova legge sullo spazio prevede norme per l'autorizzazione delle attività spaziali, la registrazione degli oggetti spaziali e la responsabilità e l'assicurazione degli operatori privati. Attraverso la legge sullo spazio, il sesto paese più piccolo del mondo mira a creare un quadro trasparente, prevedibile e competitivo per le attività spaziali, attirando innovatori, imprenditori e start-up e ispirando una nuova ondata di innovazione e progresso. Vale la pena di rilevare che, al momento dell'adozione della nuova legge del Liechtenstein, una legislazione di questo tipo ancora mancava nella Repubblica federale di Germania, in Svizzera e in Italia. Lo scopo di questo articolo è triplice. In primo luogo, di discutere i principali pilastri della legislazione spaziale del Liechtenstein recentemente adottata. In secondo luogo, di mettere in evidenza come la legislazione recentemente adottata rappresenta una legislazione moderna e innovativa che, sebbene orientata principalmente verso l'uso commerciale dello spazio, fornisce anche una solida base giuridica per la ricerca e lo sviluppo nel settore. Infine, discutendo l'ispirazione della nuova legislazione adottata nel Principato del Liechtenstein, questo articolo mira a dimostrare la continua fecondazione incrociata tra le legislazioni nazionali in materia di spazio in Europa.

By adopting its own Space Act on 5th October 2023, the Principality of Liechtenstein has joined a growing number of countries in national space legislation. The newly adopted Space Act provides rules for the authorisation of space activities, registration of space objects, and liability and insurance of private operators. Through the Space Act, the 6th smallest country worldwide aims to establish a transparent, predictable and competitive framework for space activities, attracting space innovators, entrepreneurs and start-ups and inspiring a new wave of innovation and progress. It

is worth noting that this type of legislation was still absent in the Federal Republic of Germany, Switzerland, and Italy when adopting the new Liechtenstein Space Act. The aim of this article is threefold. Firstly, this article discusses the main pillars of the newly adopted Liechtenstein space legislation. Secondly, it is argued that the newly adopted legislation represents modern and novel legislation. While primarily oriented on commercial use of space, it also provides a solid legal basis for research and development of space utilisation. Lastly, by discussing the inspiration of the newly adopted legislation in the Principality of Liechtenstein, this article aims to demonstrate the ongoing cross-fertilisation between national space legislation in Europe.

Summary: 1. *Introduction.*- 2. *Scope of the application of the Space Act.*- 3. *Exercise of space activities under the jurisdiction of the Principality of Liechtenstein.*- 4. *Prevention of damages.*- 4.1. *Liability for damages, mandatory insurance and the right of recourse.*- 4.2. *Change of control of the operator.*- 5. *Registration of space objects.*- 6. *Conclusions.*

1. Introduction

Space law in Europe has been in a process of turbulent changes. In several states, new national space legislation has been adopted to address challenges arising from the activities in space. This has been the case in Belgium (2005), the Netherlands (2007), France (2008), Austria (2011), Denmark (2016), Greece (2017), Finland (2018), Portugal (2019), the Grand Duchy of Luxembourg (2020), Slovenia (2022) and quite recently also in Cyprus (2023). Legislative activities towards adopting national space acts are pending in the Federal Republic of Germany, Latvia and Spain. In June 2024, the Italian Council of Ministers adopted a framework law on space activities to be examined by Parliament. All these legislative activities reflect the challenges arising in the New Space Era, where the commercialisation of space exploration has attracted massive interest from space innovators, emerging start-ups and innovative clusters. At the same time, a legislative initiative to address space activities has been announced by the European Union (EU). The newly proposed EU Space Law, when enacted, will provide a common framework for resilience, safety, and sustainability in space,

ensuring a consistent and EU-wide approach. The fact is, however, that further work on the text of the prospective EU Space Law has been postponed to April 2024. It is important to stress that in several cases, the Member States hesitate to adopt their national legislation due to the pending preparations of a new framework at the EU level, which could significantly impact the European space legislation landscape.

On 5 October 2023, the Principality of Liechtenstein joined these efforts by adopting its own Space Act^[1]. Subsequently, the Space Act was published in the Liechtenstein Law Gazette (*Liechtensteinisches Landesgesetzblatt*)^[2] on 6 December 2023 and entered into force on 1 January 2024^[3].

By adopting its space legislation, the 6th smallest country worldwide aims to establish a transparent, predictable and competitive legal framework for space innovators, entrepreneurs and start-ups^[4]. The background to the Liechtenstein engagement in the space field is a satellite project of a Chinese private enterprise, which aimed to provide broadband internet by placing around 600 satellites with Liechtenstein frequencies into orbit around the earth^[5]. The Explanatory Memorandum, as submitted by the Government to the Parliament of the Principality of Liechtenstein (from now on, “the Explanatory Memorandum”)^[6] outlines the targets of the newly adopted legislation as follows: (i) Firstly, the Space Act reflects the obligations of the Principality of Liechtenstein, arising from the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (from now on “the Liability Convention”)^[7]. The Liability Convention provides that liability for damages caused by space activities is directly linked to the launching State^[8]. In this respect, the Space Act aims to prevent damage caused by space objects for which Liechtenstein may be liable internationally^[9]. (ii) Secondly, the provisions of the Space Act also reflect the obligation to establish a national register of space objects, as arising from the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (from now on, “the Registration Convention”)^[10]. (iii) Thirdly, the Space Act aims to reflect the growing privatisation and commercialisation of the space sector by providing clear rules for the authorisation of space activities in the jurisdiction of Liechtenstein.

At the same time, the very recent adoption of space legislation in the Principality of Liechtenstein represents another demonstration of the growing interest of

small states in the development of the space industry^[11]. So far, two such small states – the Grand Duchy of Luxembourg^[12] and the city-state of Singapore^[13] – have already become successful space hubs. The Principality of Monaco, which established the Office for Outer Space Affairs^[14] in 2021, has announced the same ambitions to attract the space industry to its jurisdiction. All these small states have identified the space industry as a prospective branch of the future economy. At the same time, establishing its space programme is also a matter of prestige, and it elevates the international reputation of small states^[15]. Consequently, they aim to develop an attractive legal and regulatory environment that will be competitive enough to attract space companies, innovators, and start-ups. In this respect, one must bear in mind that the Principality of Liechtenstein adopted the Space Act at the moment, and any similar legislation was missing in neighbouring Switzerland and the Federal Republic of Germany^[16]. Neither Italy possessed any valid legislation on space activities at that time.

This article aims to achieve three goals: first, it discusses the main pillars of the newly adopted Liechtenstein space legislation; second, it argues that it represents modern and novel legislation. While primarily oriented on commercial use of space, it also provides a solid legal basis for research and development of space utilisation. Lastly, by discussing the inspiration sources of the newly adopted legislation in the Principality of Liechtenstein, this article aims to demonstrate the ongoing cross-fertilisation between national space legislation in Europe.

2. Scope of the application of the Space Act

Facing the challenges of the gradual commercialisation of space, the newly adopted Space Act aims to apply to space activity (*Weltraumaktivität*), which is defined^[17] as activity that consists of conducting or initiating the launch of a space object or controlling or utilising a space object during its stay in space and its return to Earth. Further, the scope of the application also «*covers any other activity taking place in space for which Liechtenstein may be held internationally liable*»^[18]. The reason for such a broad scope of application is the desire to cover as wide a range of activities as possible. With such a vast scope of application, the Space Law aims to reflect the scope of application of the Liability Convention, which goes beyond a mere *control* or *utilisation* of space objects. In this respect,

the Explanatory Memorandum reveals^[19] that the discussed wording of the Liechtenstein legislation was inspired by a similar provision provided by the General Act on Space Activities of the Grand Duchy of Luxembourg.

The Space Act explicitly specifies those “space activities”, which international public law considers^[20] to be the international responsibility of the Principality of Liechtenstein. In this respect, the Space Act applies the criteria of “territorial” and “personal” jurisdiction of the Principality. Thus, the Space Act shall apply to space activities conducted or initiated to be conducted (i) on the territory of Liechtenstein^[21] or (ii) on movable or immovable assets registered in Liechtenstein or otherwise subject to Liechtenstein legislation^[22]. Further, the Space Act shall apply to space activities conducted or initiated by a person who (i) has Liechtenstein citizenship^[23] or (ii) is a legal entity with its registered office or is registered in Liechtenstein^[24].

The Space Act entered into force on 1 January 2024. Under a transitional provision, it shall apply to space activities conducted after this date. A special transitional regime is being provided for space activities commissioned before the entry into force of the Space Act^[25].

Concerning the space activities under the international responsibility of the Principality of Liechtenstein, it also must be mentioned that the Space Act has introduced rules for their authorisation and regulatory supervision, prevention of damages, registration of space objects and rules for sustainability and space debris mitigation^[26]. Consequently, neither the regulation of public procurement in the space area nor the research and development fall under the scope of the application of the Space Law.

3. Exercise of space activities under the jurisdiction of the Principality of Liechtenstein

In Chapter II, entitled Exercise of space activities (*Ausübung von Weltraumaktivitäten*), the Space Law provides rules that must be followed if the space activity is to be realised under the jurisdiction of the Principality of Liechtenstein. When these rules were drafted, three different interests were taken into consideration. (i) Firstly, this Chapter aims to fulfil the obligations arising concerning space activities under the jurisdiction of the Principality of

Liechtenstein from international law^[27]. (ii) Secondly, the provisions of this Chapter aim to establish a transparent, predictable and competitive framework for space operators^[28]. In this respect, these provisions aim to attract these operators into the jurisdiction of the Principality of Liechtenstein. (iii) Thirdly, this chapter's provisions also reflect the public's interest in minimising any harmful consequences of space activities. In this respect, quite strict requirements, which a potential space operator must fulfil to obtain an authorisation, have been introduced into the Space Act. These requirements aim to maintain a high level of professional qualification and financial stability of the operators. Thus, the provisions of the Chapter II. represent a compromise between the above outlined interests.

The Space Act provides^[29] that any conduct or any initiation of space activities requires an authorisation (*Genehmigung*) of the Supervisory Authority^[30]. In this respect, the Space Act provides that the Government of the Principality of Liechtenstein shall specify the application details, mainly the information and documents required to demonstrate compliance with the requirements, by an Ordinance (from now on, "the Ordinance")^[31].

The authorisation to conduct or initiate any space activity under the Liechtenstein jurisdiction shall be granted if the operator has fulfilled the following requirements:

1. the operator and its governing bodies and key personnel have the professional qualifications and personal integrity required to conduct a space activity;
2. the operator is financially capable and has a cost and financing plan for the space activity;
3. the space activity is conducted in accordance with the state-of-the-art technology and does not pose an immediate threat to public order, the safety of individuals and property, or health;
4. the space activity is following the obligations under international law and the foreign policy interests of the Principality of Liechtenstein;
5. the space activity does not pose a threat to the national security of the Principality of Liechtenstein;
6. the space activity does not cause harmful contamination of outer space,

including celestial bodies, or harmful alteration of the environment on Earth;

7. adequate measures have been taken to prevent space debris, in particular mission debris;
8. the operator complies with the requirements of the International Telecommunication Union and telecommunications legislation with regard to frequencies and orbital position;
9. the operator complies, with regard to export control, with the Swiss legal provisions applicable in the Principality of Liechtenstein under the Customs Treaty, in particular with the Swiss legislation on arms, goods control and weapons;
10. the operator has obtained mandatory insurance to cover the risks (see below).

Further, the Space Act has also introduced several “innovations” with respect to the authorisation of those space activities which are of research character. (i) Firstly, space activities limited to producing mission data and relaying that data back to Earth (“payload system”) are exempted from the authorisation requirement. This will apply, for example, to research objects under Liechtenstein’s jurisdiction^[32]. With respect to these space activities, a notification requirement (*Anzeigepflicht*) is being used. The reason behind this exemption from the general requirement of authorisation is the low-risk nature of these space activities. (ii) In order to obtain authorisation, the operator is obliged to provide that he has obtained insurance to cover his liability under the Space Act. At the same time, the Space Act provides that space activities serving science, research, or education could be exempted from the insurance obligation^[33]. In this respect, the Ordinance provides^[34] that if such exemption from insurance obligation exists (*sofern eine Befreiung von der Versicherungspflicht gewährt wurde*), the operator must not provide for any insurance when applying for authorisation. In this respect, one may argue that while the new space legislation in Liechtenstein aims primarily for commercial space activities, it also provides an environment for support of space research.

The Space Act also reflects the realities of the New Space Era and the gradual emergence of national space legislation. Therefore, a “conflict-of-law” rule was

introduced to address the situation; foreign law was applied *vis-à-vis* the subject under Liechtenstein's personal jurisdiction^[35]. In this respect, the Space Act provides that when space activities have already been approved and supervised by another state, they are also exempted from the authorisation requirement^[36]. In this case, a mere notification requirement is provided, too. In this respect, the Ordinance requires^[37] that proof of approval and supervision by another state be provided to the Supervisory Authority in this situation. The introduction of this *conflict-of-law* rule into the space legislation represents a significant step towards the future, where the circulation of operators among various jurisdictions is to be highly expected^[38]. The fact is that any similar provision is missing in most of the currently existing national space acts. In the EU, this is partly due to expectations that a future EU Space Act will govern the transboundary issues in space authorisation in the form of a regulation^[39]. A salient exception is being present in the Portuguese space legislation. The Portuguese Space Act provides^[40] that the requirement for an authorisation can be waived when the following two conditions are met: (i) the operator obtained the required authorisations pursuant to the law applicable in other states and (b) an agreement that ensures compliance with international obligations must be concluded between this state and the Portuguese Republic. This scheme relieves the Portuguese operators of the authorisation obligation if the authorisation has been obtained abroad under the same conditions as the Portuguese Space Act provides^[41]. Thus, this "conflict-of-law" rule aims to relieve the operators under the personal jurisdiction of Portugal from unnecessary burden. At the same time, the "conflict-of-law" rule seeks to guarantee compliance with Portugal's obligations, which arise from international conventions. In contrast, the "conflict-of-law" rule, as adopted quite recently in the Liechtenstein space law, does not foresee any agreement between the state that issues the authorisation of the Principality of Liechtenstein. This regulation will undeniably contribute to the free movement of Liechtenstein operators. At the same time, however, the question may arise of whether Liechtenstein will still be able to guarantee that all subjects under its jurisdiction comply with international law.

Lastly, the Space Act also provides rules for modifying or revoking the authorisation^[42], executing supervision by the Supervisory Authority^[43] and penal provisions^[44].

4. Prevention of damages

The Space Act declares at its very beginning that one of its primary purposes is to «*prevent damage caused by space objects for which Liechtenstein may be held internationally liable*»^[45]. With this, the Space Act reflects the obligations of the Principality of Liechtenstein arising from the Liability Convention. This Convention provides that liability for damages caused by space activities is directly linked to the launching State^[46]. Consequently, without any special measures taken, any authorisation of space activities by the competent Liechtenstein authority would constitute a potential risk that the Principality could be held liable for damages caused by the activities authorised. While Liechtenstein aims to attract prospective space enterprises into its jurisdiction, the Principality aims simultaneously to minimise any damages potentially arising from the space activities. One may recall that this intention was also one of the main reasons for adopting the General Act on Space Activities in the Grand Duchy of Luxembourg (in 2020)^[47].

In this respect, the Space Act aims to prevent damages by introducing the following mechanisms: (i) Firstly, a transparent framework for liability and mandatory insurance is provided. This framework guarantees that the duty of compensation will accompany each damage. (ii) Secondly, control over the operators is strictly supervised to guarantee their financial stability.

4.1. Liability for damages, mandatory insurance and the right of recourse

The Liability Convention generally links any liability for damages occurring because of space activities to the launching State. In this respect, however, two different regimes of liability are being distinguished by the provisions of the Convention: (i) Firstly, the Liability Convention provides^[48] that a launching State «*shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft flight*». (ii) Secondly, the Convention further provides^[49] that in the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the earth to a «*space object of one launching State or persons or property on board such a space object by a space object of another*

launching State, the latter shall be liable only if the damage is due to its fault or the fault of persons for whom it is responsible». The first regime is based on absolute liability, which means liability without intent or negligence. This regime aims to protect potential victims on the earth or travelling in an aircraft – in principle, third persons not involved in the space industry. On the other hand, the second liability regime applies in principle *vis-à-vis* third persons who are actively engaged in the space industry. Therefore, the Liability Convention uses the regime of liability based on fault^[50].

Like the space legislation adopted recently in other countries of Europe^[51], the Space Act also provides for the channelling of absolute liability towards the operator. In this respect, the Act provides^[52] that «*the operator is liable for any damage caused by a space object on Earth or to an aircraft in flight as a result of the space activity».* Thus, the Space Act has copy-and-pasted the wording of the Liability Convention and channelled the absolute liability towards the operator. Therefore, the Space Act provides for a direct link between the authorisation and the liability of the authorisation holder (operator) for damages.

The impact of this link between the authorisation and the liability of the licenced person is twofold: (i) Firstly, under the Space Act, the operator is liable for damages caused by a space object on Earth or to an aircraft in flight because of the space activity. This liability's nature is absolute, meaning neither intention nor operators' negligence is required. (ii) Secondly, the operator shall obtain insurance coverage from an insurance company to cover its liability for personal injury or property damage that may arise to third parties due to space activity^[53]. At the same time, the Space Act explicitly states that insurance must cover at least 100 million Swiss francs^[54].

Concerning mandatory insurance, several innovations have been introduced by the new Liechtenstein legislation. In this respect, the Space Act provides^[55] that the Supervisory Authority may, upon request, grant an exemption from the insurance requirement or a reduction in the insurance amount. Such exemption could be approved in the cases of (i) public interest in the space activity^[56] and (ii) when the operator can demonstrate that it has the bank guarantee to cover its liability for personal injury or property damage^[57]. At the same time, the Space Act provides that space activities serving science, research, or education are considered to be in the public interest^[58]. Thus, while the new Liechtenstein

legislation primarily addresses commercial space activities, it also supports space science, research, and education by possibly exempting these activities from mandatory insurance or reducing the amount of insurance. Portuguese space legislation introduced a similar innovative provision concerning scientific, R&D, educational or training purposes or low-risk operations^[59].

Further, the Space Act provides for a right of recourse (*Rückgriff*) of the Principality of Liechtenstein^[60]. This right shall be used if Liechtenstein has compensated an injured party for damage caused by a space activity based on obligations under the Liability Convention. These obligations were already outlined above. This mechanism deserves two comparative remarks: (i) Firstly, the right of recourse of the launching State has been introduced in the majority of the recently adopted national space acts in Europe^[61]. One may argue that it represents a vital instrument of the national space legislation, addressing the liability issue for space activities^[62]. It reflects that while the absolute liability has been channelled to the operator by the national legislation, the obligations of States arising from international conventions still exist. (ii) Secondly, the approach of national space acts to the amount of the recourse varies. For example, Portuguese legislation provides for a recourse right, which is limited in amount. Under its national legislation, the Portuguese Republic can use its right of recourse up to the limits provided for in an administrative rule to be approved by members of the Government in charge of the finance, science, and technology areas. However, this shall not apply where the damage has been caused by intentional fault, serious operator misconduct, or a severe breach of obligations imposed by the authorisation. In these cases, the recourse right of the Portuguese Republic will have no financial limitation^[63]. The recently adopted Cypriot Space Act has also limited the right of recourse^[64]. It provides that the Republic of Cyprus shall have the right to present a claim for indemnification to the authorised operator, which may be up to sixty million euros (€ 60.000.000). At the same time, the Cypriot Space Act also provides^[65] that the amount of the indemnification in favour of the Republic of Cyprus may exceed the amount of sixty million euros. This will apply in cases of authorisation violation on the side of the operator, violation of the Cypriot Space Act, or high-risk space activities. On the other hand, the General Act on Space Activities of the Grand Duchy of Luxembourg does not provide for any limitation on the right of recourse of the

Grand Duchy. As the Explanatory Memorandum reveals, drafting the new Liechtenstein Space Act was mainly influenced by the wording of the General Act on Space Activities^[66]. Therefore, the Principality of Liechtenstein has been provided with an unlimited right of recourse against the operator by the Space Act.

4.2. Change of control of the operator

The provisions of the Space Act, addressing the change of control of the operator (*Änderung der Kontrolle des Betreibers*), represent another measure to prevent potential damages. These provisions reflect the gradually globalised nature of the space industry and the interest of the Principality of Liechtenstein in having information on the identity of each operator that exercises space activities under the jurisdiction of the Principality^[67]. In particular, due to the obligations arising to the Principality of Liechtenstein from the Liability Convention, there was a need to guarantee that only experienced and financially stable companies were conducting space activities. Thus, the Space Act has introduced a notification obligation regarding any intended direct or indirect acquisition and any intended direct or indirect disposition of a qualified ownership in an operator^[68]. The Supervisory Authority shall examine the reliability of the interested acquirer and the financial soundness of the intended acquisition. In this respect, the interest of sound and prudent management of the interested acquirer and the likely influence of the interested acquirer on the operator are to be considered^[69]. If facts and events suggest that an interested acquirer does not meet the requirements of sound and prudent management, the Supervisory Authority may object to the change of control. In this respect, the Space Act declares any civil transactions which occur despite the objection of the Supervisory Authority as void. The Explanatory Memorandum reveals^[70] that the whole conception of these provisions was influenced by the framework already applicable under the General Act on Space Activities in the Grand Duchy of Luxembourg^[71]. Consequently, the newly adopted Liechtenstein regulation in this field may serve as another example of cross-fertilisation between various space legislations in Europe.

5. Registration of space objects

The Registration Convention provides in its Article II that «*when a space object is launched into earth orbit or beyond, the launching State shall register the space object by means of an entry in an appropriate registry which it shall maintain*». This obligation has been reflected in the Space Law by establishing a national registry of space objects (*Register für Weltraumgegenstände*)^[72]. The Supervisory Authority shall keep the national registry. The Supervisory Authority shall also take the necessary actions for the Principality of Liechtenstein, as a launching State, to furnish to the Secretary-General of the United Nations all the information relating to space objects carried on the national registry, as envisaged by the relevant provisions of the Registration Convention^[73].

In line with the obligations arising from international law, the Space Act explicitly declares^[74] that a space object to be registered in this register and its entire personnel shall be subject to the jurisdiction and control of Liechtenstein during its presence in space or on a celestial body. With respect to this tenet, the Space Act also provides rules applicable to a change of operator^[75]. In the case that the acquiring operator is under the jurisdiction of a third state, such change can only occur if an agreement has been adopted between the Principality of Liechtenstein and the third state^[76]. The Principality of Liechtenstein will allow such a change only if the respective agreement provides for the transfer of liability and registration obligation to the acquiring operator's home state. Otherwise, the Principality of Liechtenstein will risk that it will lose control over the space object, but the international liability and registration obligation will remain^[77]. By this mechanism, a change of operator is always accompanied by a transfer of liability and registration^[78].

6. Conclusions

By adopting its own Space Act, the tiny landlocked Principality of Liechtenstein has joined a growing number of countries in national space legislation. The newly adopted legislation aims to establish a transparent, predictable and competitive framework for space activities. Under the situation, any similar framework is missing in the Federal Republic of Germany, Switzerland and Italy;

establishing a framework for the authorisation of space activities in Liechtenstein may indeed attract space entrepreneurs, innovators and start-ups into its jurisdiction. One may argue that the recent adoption of this new legislation underlined the importance of the space sector and the industrial branch of the future.

Having said this, the Space Act of the Principality of Liechtenstein is also of interest from a legal perspective. It represents a transparent and relatively uncomplicated piece of legislation consisting of 29 Articles altogether. While primarily oriented on commercial space activities, it also provides rules that support space research. Further, the Space Act also provides for regulations reflecting prospective transboundary activities of space operators – either by obtaining authorisations abroad or by transferring ownership to the space objects. While most of the recent national space acts project a unilateral perspective of reality into the national legislation, the Liechtenstein approach seems to be more accepting of the existence and future emergence of other national space legislations. Lastly, from a theoretical perspective, the content of the newly adopted Liechtenstein legislation represents a salient example of cross-fertilisation between the space legislations in Europe. In particular, the influence of the Luxembourgish space legislation seems to be decisive. This underlines the argument that even a small state may gain influence when it adopts quality legislation in a field which is emerging.

1. Gesetz vom 5 Oktober 2023 über die Genehmigung von Weltraumaktivitäten und die Registrierung von Weltraumgegenständen (Weltraumgesetz) [Act of 5 October 2023 on the authorisation of space activities and the registration of space objects (Space Act)].
2. Jahrgang 2023, Nr. 443. This article uses the unofficial English translation of the Space Act, as published in the Liechtenstein Law Gazette. For clarity, the primary legal terms are also being referred to in German.
3. Space Act, Article 29.
4. For a much broader perspective of Liechtenstein's stance towards international law, see D. Thürer, *Liechtenstein und die Völkerrechtsordnung*, in *Archiv des Völkerrechts*, 36, 1998, at pp. 98-127.
5. See D. Ignatius, *In fight over satellite array, tiny Liechtenstein roars back at China* in *The Washington Post*, 27 September 2023.
6. Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend den Erlass eines Gesetzes über die Genehmigung von Weltraumaktivitäten und

die Registrierung von Weltraumgegenständen (Weltraumgesetz; WRG) sowie die Abänderung des Beschwerdekommissionsgesetzes [Report and Proposal of the Government to the Parliament of the Principality of Liechtenstein concerning Adoption of the Act on the Authorization of Space Activities and the Registration of Space Objects (Space Act) and on Amendment of the Act on Appeal Committees], Vaduz, 3rd April 2023, LNR 2023-432, at pp. 8-9.

7. Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (adopted 29 March 1972, entered into force 1 September 1972) 961 UNTS 187.
8. Liability Convention, Article II.
9. Space Act, Article 1 in fine.
10. Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (adopted 12 November 1974, entered into force 15 September 1976) 1023 UNTS 15.
11. See M. Passamonti, *Small states in outer space: Monaco's ambitions for the NewSpace age* in *Space News* (18 October 2021).
12. See M. Serrer, *How Luxembourg becomes Europe's commercial space exploration hub*, in *Annales des Mines – Réalités industrielles*, 2, 2019, at pp. 69-72.
13. See L. Lit Xian Ho, *Singapore, a Sustained Ambition Towards a Commercial Space Sector* in Q. Verspieren, M. Berthet, G. Coral, S. Nakasuka, H. Shiroyama (eds), *ASEAN Space Programmes. History and Way Forward*, Springer, Vienna, 2022, at pp. 79-100.
14. *Le Bureau des Affaires Spatiales*.
15. M. Waters, *Small States in Space: Space Club Relevancy and National Interest Influence* in *Journal of Indo-Pacific Affairs*, May-June, 2023, at p. 36.
16. See T. Stellplug, *How a small state is outshining the German Federal Government – Liechtenstein's new space law* in *Taylor Wessing News*, 13 December 2023.
17. Space Act, Article 3. a.
18. Ibid, Article 3.a.3.
19. Explanatory Memorandum, at p. 25.
20. See Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Article 5 (States bear international responsibility for national activities in outer space, whether carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried on in conformity with the principles set forth in the present Declaration. The activities of non-governmental entities in outer space shall require authorisation and continuing supervision by the State concerned. When activities are carried out in outer space by an international organisation, responsibility for compliance with the principles set forth in this Declaration shall be borne by the international organisation and by the States participating in it). Also see F. G. von der Dunk, *The Origins of Authorisation: Article VI of the Outer Space Treaty and International Space Law*, in F. G. von der Dunk (ed), *National Space Legislation in Europe*, Brill, Leiden, 2011, at pp. 3-28.
21. Space Act, Article 2.1.a.
22. Ibid, Article 2.1.b.

23. Ibid, Article 2.1.c.1.
24. Ibid, Article 2.1.c.2.
25. The Space Act provides in Article 28 that in such a case, the authorisation requirements shall be replaced by a notification requirement. Within three months of the Space Act's entry into force, the operator shall submit to the Supervisory Authority all documents enabling verification of the existence of the requirements for authorisation of space activities.
26. Space Act, Article 1.2.
27. See above, *supra* 20.
28. See Space Act, Article 3.1.c. (An operator is a natural or legal person conducting or initiating space activities).
29. Ibid, Article 4.1.
30. The Office for Communications (*Amt für Kommunikation*) acts as the Supervisory Authority under the Space Act.
31. *Verordnung vom 4. Dezember 2023 über die Genehmigung von Weltraumaktivitäten und die Registrierung von Weltraumgegenständen (Weltraumverordnung; WRV)* [Ordinance dated 4 th December 2023 on the Authorization of Space Activities and the Registration of Space Objects (Space Ordinance)].
32. See Explanatory Memorandum, at p. 34.
33. Space Act, Article 8.2.a.
34. Ordinance, Article 4.1.k.
35. Space Act, Articles 2.1.c.1. and 2.1.c.2.
36. Ibid, Article 6. a.
37. Ordinance, Article 5.1.b.
38. See C. Clerc, *Towards a new legal ecosystem for the exploitation of space*, in L. Smith, I Baumann, S. Wintermuth (eds), *Routledge Handbook of Commercial Space Law*, Routledge, London, 2023, at pp. 5-23.
39. See A. Sandulli, *The Growth of Space Regulation in Europe*, in *EU Law Live Weekend Edition*, 165, 2023, at pp. 3-5.
40. See *Decreto-Lei n.º 16/2019, de 22 de janeiro*, Article 4.3.
41. See J. Handrlíca, *The Advent of Space Administrative Law in Europe*, in *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, 2, 2024, at p. 125.
42. Space Act, Article 11.
43. Ibid, Article 19.
44. Ibid, Articles 24-26.
45. Ibid, Article 1 in fine.
46. Liability Convention, Article II, and Article III. In this respect, the Liability Convention provides in its Article I that “launching State” means both (i) a State that launches or procures the launching of a space object and (ii) a State from whose territory or facility a space object is launched.
47. See M. Hofmann, *Entered into Force: The 2020 Space Law of Luxembourg in Air and Space*

- Law*, 4/5, 2021, at pp. 588-89.
48. Liability Convention, Article II.
 49. Ibid, Article III.
 50. See F. G. von der Dunk, *Advanced Introduction to Space Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, at p. 29.
 51. See, for example, in the Grand Duchy of Luxembourg (*Loi du 15 décembre 2020 portant sur les activités spatiales*, Article 4).
 52. Space Act, Article 7.1.
 53. Ibid, Article 8.1.
 54. Ibid.
 55. Ibid, Article 8.2.
 56. Ibid, Article 8.2.a.
 57. Ibid, Article 8.2.b.
 58. Ibid, Article 8.3.
 59. See Decreto-Lei n.º 16/2019, de 22 de janeiro, Article 8.4.
 60. Space Act, Article 9.
 61. See, for example, Portugal (*Decreto-Lei n.º 16/2019, de 22 de janeiro*, Article 18.2.), Slovenia (*Zakon o vesoljskih dejavnostih*, Article 16.3.) and most recently Cyprus (Ο περί Διαστήματος Νόμος του 2023 (N. 93(I)/2023, Article 10.3).
 62. See J. Handrlíca, *The Advent of Space Administrative law in Europe*, at p. 125.
 63. See Decreto-Lei n.º 16/2019, de 22 de janeiro, Article 18.3.
 64. See Ο περί Διαστήματος Νόμος του 2023 (N. 93(I)/2023), Article 10.3.
 65. Ibid, Article 10.4.
 66. Explanatory Memorandum, at p. 39.
 67. Ibid, at p. 45.
 68. Space Act, Articles 13.1.
 69. Ibid, Article 13.3.
 70. Ibid.
 71. However, Liechtenstein didn't implement the provisions of the General Act on Space Activities in the Grand Duchy of Luxembourg literally. For example, while the General Act provides in its Article 13 that acts of a civil nature, being contrary to the objection of the competent authority, are void only if the authority inquires so, the Liechtenstein legislation opted for invalidity *ex lege*.
 72. Space Act, Articles 14-15.
 73. Ibid, Article 15.3.
 74. Ibid, Article 14.4.
 75. Ibid, Article 12.
 76. Ibid, Article 12.4.
 77. Explanatory Memorandum, at pp. 44-45.
 78. See S. Hobe, B. Schmidt-Tedd, K. Schroggl (eds), *Cologne Commentary on Space Law, Volume I*, Carl Heymanns Verlag, Cologne, 2009, at pp. 155-156.

CERIDAP

Attorno alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e alla sua utilità

Gloria Mancini Palamoni

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-65

Nel ripercorrere l'evoluzione della disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla sua natura giuridica, il contributo riflette sull'utilità del rimedio nella prospettiva dell'effettività della tutela dallo stesso accordata. La natura giustiziale del ricorso straordinario, da ultimo confermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, rafforza la posizione del cittadino evitando la "duplicazione" degli strumenti di tutela e consolidando talune garanzie procedurali non senza, tuttavia, porre ulteriori questioni di ordine sistematico.

On the juridical essence of the Extraordinary Appeal to the President of the Republic and its usefulness

The contribution examines the development of the discipline of the extraordinary appeal to the President of the Republic and the doctrinal and jurisprudential debate on its legal nature in order to evaluate the remedy's efficacy in providing legal protection. The extraordinary appeal's justiciable nature, which was most recently upheld by the Plenary Assembly of the Council of State, fortifies the citizen's legal position, prevents the "duplication" of protection instruments, and consolidates specific procedural guarantees. However, it also raises additional questions.

Sommario: 1. L'evoluzione dell'istituto: dal ricorso al Re alla disciplina del ricorso straordinario ex artt. 8 ss. del d.P.R. n. 1191 del 1971.- 2. La novella del 2009 e il tentativo di "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.- 3. L'assimilazione del ricorso al Presidente della Regione Siciliana al ricorso straordinario al Capo dello Stato e la tutela del principio di uguaglianza e

del diritto di difesa dei ricorrenti.- 4. Il ricorso straordinario quale rimedio “giustiziale” alternativo a quello giurisdizionale.- 5. L’utilità della funzione giudiziale del rimedio alternativo nella prospettiva dell’effettività della tutela.

1. L’evoluzione dell’istituto: dal ricorso al Re alla disciplina del ricorso straordinario ex artt. 8 ss. del d.P.R. n. 1191 del 1971

Recentemente, la Corte costituzionale^[1], prima, e l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato^[2], poi, hanno riportato l’attenzione al dibattito, da sempre vivace sia in dottrina che in giurisprudenza, sorto circa la natura giuridica (giustiziale amministrativa o giurisdizionale) del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Il tema induce a riflettere sull’utilità del rimedio posto che, soprattutto in certe epoche storiche, l’istituto è risultato fondamentale per garantire la giustizia amministrativa^[3].

Il nodo della natura giuridica si pone in termini teorici solo in apparenza, incidendo sia sulla disciplina, sia sull’effettività della tutela dallo stesso accordata rispetto ai principi di cui agli artt. 24 Cost. e 1 c.p.a.

L’indagine rileva ai nostri fini quale aspetto preliminare della questione circa l’utilità del rimedio: sulla natura giuridica si sono consolidate nel tempo due principali linee interpretative la cui ricostruzione è stata compiutamente operata dal Consiglio di Stato^[4] e in relazione alle quali si delineano qui le direttive essenziali.

Il primo orientamento, più risalente, in ragione della genesi c.d. regale dell’istituto^[5], ne affermava^[6] e ne afferma la natura amministrativa, ritenendo l’atto decisivo del Presidente della Repubblica un vero e proprio provvedimento amministrativo.

Il ricorso al Capo dello Stato rappresenta, infatti, l’evoluzione del ricorso al Re, introdotto nel 1859^[7], come attribuzione al Sovrano, detentore del potere assoluto^[8], di decidere sugli atti lesivi di posizioni o interessi particolari dei sudditi (c.d. “giustizia ritenuta”^[9]).

Si trattava, in origine, dell’unico strumento di tutela concesso ai sudditi per

proporre istanza avverso provvedimenti illegittimi in via «*di giustizia e di grazia*»^[10]. Attraverso tale rimedio generale di legittimità proponibile nei confronti dei provvedimenti amministrativi definitivi, la tutela dell'interessato si realizza mediante un procedimento amministrativo che si conclude con un atto amministrativo di giustizia avente la forma del decreto reale.

Successivamente all'istituzione del Consiglio di Stato nel 1831, l'ordinamento affianca il ricorso al Re al ricorso al Re in via gerarchica e prevede l'obbligatorietà del parere (tuttavia, non vincolante) del Consiglio di Stato in veste di organo della Corona^[11].

Quest'ultima previsione resiste al tempo: l'art. 9, n. 4, della legge n. 2248 del 1865, all. D), riproduce la legge del 1859 stabilendo l'obbligatorietà del parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato e prevedendo che l'adozione del provvedimento decisorio sul ricorso straordinario in difformità del suddetto parere debba essere deliberata dal Consiglio dei ministri^[12].

Per diversi anni, il ricorso straordinario e il ricorso gerarchico costituiscono i rimedi per la tutela degli “affari” diversi dai diritti soggettivi lesi dagli atti amministrativi. L'istituto vive un'epoca particolarmente fortunata dopo l'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865: la sua utilità, da una parte, risiede nel rimanere l'unico strumento di tutela a disposizione dei singoli contro la lesione degli interessi legittimi, dall'altra, nell'essere il rimedio attraverso il quale il Consiglio di Stato può elaborare i principi edificanti la giustizia amministrativa. Questo assetto subisce significative trasformazioni a seguito dell'introduzione della giustizia amministrativa nell'ordinamento, circostanza che incrementa le possibilità di tutela dei sudditi di fronte all'esercizio del potere pubblico. In particolare, con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (c.d. legge Crispi^[13]), questi possono ottenere tutela attraverso il ricorso al Re o il ricorso giurisdizionale. Avverso gli atti amministrativi illegittimi, i sudditi avrebbero potuto proporre, alternativamente^[14], o il tradizionale ricorso al Sovrano o il ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato per la Giustizia amministrativa, avente natura giurisdizionale^[15]. Poco tempo dopo, il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato si allinea alla descritta normativa^[16] qualificando il rimedio come ricorso «*in sede amministrativa*» parallelo a quello giurisdizionale^[17].

Con l'entrata in vigore della Costituzione, il ricorso al Re, acquisita nel frattempo la natura di ricorso amministrativo^[18], muta la denominazione formale in ricorso

al Presidente della Repubblica, pur senza significative trasformazioni della disciplina: in conformità ai principi costituzionali, al Ministro competente è deferita l’istruzione, l’iniziativa e la decisione del procedimento. La firma del Re perde il suo originario valore di garanzia dal momento che tale ruolo è assunto dal parere del Consiglio di Stato o, in caso di difformità, dalla deliberazione del Consiglio dei ministri.

La Carta costituzionale, peraltro, non fa espresso riferimento al rimedio *de quo*, né prevede l’attribuzione di poteri al Presidente della Repubblica al riguardo. Ad ogni modo, nei lavori dell’Assemblea costituente è richiamata l’espressione “di tutela della giustizia nell’amministrazione” di cui all’art. 100 con riferimento anche alla funzione consultiva del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario^[19].

La mancanza di un esplicito riferimento fa scaturire dubbi in seno alla dottrina, sia in ordine alla permanenza dell’istituto nell’ordinamento^[20], sia in ordine alle sue compatibilità e legittimità con il dettato costituzionale, in particolare con gli artt. 87 e 113^[21].

Con riferimento alla prima disposizione (art. 87 Cost.), poiché questa non prevede tra i poteri attribuiti al Presidente della Repubblica quello di decidere i ricorsi straordinari^[22], sebbene il potere del Capo dello Stato in questo caso sia del tutto simbolico. Il profilo, nondimeno, ha posto la questione dell’individuazione dell’organo competente in senso effettivo ad esercitare il potere decisorio tra il Presidente della Repubblica^[23] e il Consiglio di Stato.

Riguardo all’art. 113 Cost., da una parte, perché il ricorso straordinario contrasterebbe con il principio della tutela giurisdizionale piena davanti agli organi di giurisdizione (ordinaria o amministrativa), in quanto alternativo agli altri mezzi di tutela, sia giurisdizionale che amministrativa; dall’altra, perché, considerata la natura amministrativa dell’atto che decide il ricorso, la sua inoppugnabilità priverebbe della tutela giurisdizionale gli interessati.

Il dibattito sulla permanenza dell’istituto nell’ordinamento e sulla sua compatibilità con la Carta costituzionale si attenua con l’intervento del legislatore ordinario che, prima, con la legge di modificazione del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, mette a sistema la disciplina dell’istituto in parola^[24] e, poi, con la legge di “Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi”, regola analiticamente il ricorso straordinario al Presidente della

Repubblica^[25]. Nel contempo, lo Statuto della regione Sicilia, secondo il quale gli organi giurisdizionali centrali hanno qui le rispettive sezioni per gli affari concernenti la regione, prevede che i ricorsi presentati in linea straordinaria contro gli atti amministrativi regionali siano decisi dal Presidente della regione, sentite le sezioni regionali del Consiglio di Stato^[26].

Dal 1971 in poi, quindi, il cittadino può vedere tutelata la propria situazione giuridica soggettiva o attraverso i ricorsi amministrativi di cui al d.P.R. n. 1199 (che ne conferma la natura amministrativa^[27]) o dinanzi al giudice amministrativo regionale istituito con la c.d. legge TAR^[28]. Alla luce di questo quadro, il principio di alternatività mira a scongiurare il rischio che su una stessa controversia si esprima due volte il medesimo giudice (il Consiglio di Stato), sebbene in veste diversa: nel ricorso straordinario in funzione consultiva, nel ricorso giurisdizionale quale giudice dell'appello^[29]. In altri termini, il cittadino che decide di esperire il ricorso straordinario perde la possibilità di proporre il ricorso al giudice amministrativo e viceversa, onde evitare che il Consiglio di Stato si pronunci due volte (sebbene in veste e con poteri diversi, consultivi e giurisdizionali) nei confronti dello stesso atto^[30].

L'introduzione di una disciplina legislativa apposita non ha, tuttavia, fatto venir meno i dubbi sulla natura giuridica dell'istituto. Se per lungo tempo il ricorso straordinario è ritenuto un rimedio di natura amministrativa, alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria, visti il carattere amministrativo del provvedimento decisorio e dell'organo decadente^[31], nonché il contesto, tutto interno all'amministrazione, in cui il ricorso si sviluppa^[32], nel 1997, la Corte di Giustizia UE solleva dubbi circa detta natura amministrativa, riconoscendo al Consiglio di Stato la funzione giurisdizionale anche quando esprime il parere sul ricorso straordinario, ritenendolo idoneo a sollevare questioni pregiudiziali al Giudice europeo^[33]. Il giudice amministrativo italiano, però, non condivide la posizione della Corte di Giustizia, confermando la natura di rimedio amministrativo, sia pure anomalo e atipico, del ricorso straordinario^[34].

2. La novella del 2009 e il tentativo di “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario al

Presidente della Repubblica

A partire dalla fine del primo decennio degli anni Duemila, a seguito di significative modifiche legislative, alla dottrina tradizionale che ritiene il ricorso straordinario un rimedio amministrativo^[35], si aggiunge l'orientamento interpretativo che attribuisce all'istituto natura sostanzialmente giurisdizionale^[36], assimilando l'atto decisorio alla sentenza del giudice amministrativo. La collocazione del rimedio straordinario nella categoria dei ricorsi amministrativi, in altre parole, viene messa in discussione da quanti sostengono una “giurisdizionalizzazione” dell'istituto^[37] e la sua conseguente attrazione nel sistema della giurisdizione amministrativa.

Tale ultima interpretazione scaturisce dall'evoluzione normativa successiva all'attuazione dell'art. 69, legge 18 giugno 2009, n. 69, che, al comma 1, attribuisce al Consiglio di Stato, in sede di procedimento per ricorso straordinario, la potestà di sollevare questione di legittimità costituzionale^[38] e, al comma 2, elimina il potere governativo di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato, per cui detto parere diviene vincolante per il Ministro istruttore e proponente. A questo quadro normativo va sommato l'art. 7, comma 8, c.p.a. che limita il ricorso straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa^[39].

La legge n. 69 del 2009, in buona sostanza, determina sul piano interpretativo la distinzione tra due posizioni principali: da una parte, quella della dottrina tradizionale, fondata sul dato letterale della normativa di riferimento^[40], sulla procedura che non consente di attribuire al decreto decisorio il valore di giudicato^[41] e sulla sottoposizione del decreto alla registrazione e al controllo della Corte dei conti; dall'altra, l'orientamento, in principio minoritario e sorretto da una parte della giurisprudenza^[42], secondo il quale, avendo la novella del 2009 compiuto una sorta di “mutazione genetica” dell'istituto^[43], uno «svecchiamento» e un adeguamento della disciplina^[44], intervenendo strutturalmente, deve riconoscere ad esso una natura giurisdizionale.

Questa lettura apre la strada ad una progressiva “giurisdizionalizzazione” dell'istituto^[45] e ad un graduale rafforzamento indiretto della veste “giurisdizionale” del Consiglio di Stato dovuto soprattutto all'obbligo di conformità del decreto presidenziale al parere da questi emanato^[46]. Secondo la

giurisprudenza amministrativa tale previsione attribuisce al decreto presidenziale una natura meramente dichiarativa del giudizio sul ricorso straordinario^[47].

È proprio la legge n. 69 del 2009, tra l'altro, ad aver previsto l'introduzione del codice del processo amministrativo nell'ordinamento. Sebbene il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non sia disciplinato in un'apposita disposizione codicistica, è richiamato all'art. 112, comma 2, lett. b), c.p.a.^[48] nella misura in cui ritiene possibile oggetto del giudizio di ottemperanza, in via interpretativa, anche la decisione assunta in sede di ricorso al Capo dello Stato. Il tentativo di risolvere il dubbio circa l'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione della decisione sul ricorso straordinario, infatti, è stato condotto, successivamente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, da una celebre sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, impattando in senso innovativo anche sulla giurisprudenza successiva, ha ritenuto necessario estendere il giudizio di ottemperanza anche a provvedimenti diversi dalle sentenze o comunque non giurisdizionali, operando un'inversione di rotta rispetto a precedenti decisioni^[49].

A ben vedere, però, l'art. 112, comma 2, lett. d), c.p.a. fa esplicito riferimento agli «*altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo*» e agli «*altri provvedimenti [...] equiparati*» alle sentenze passate in giudicato «*per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza*», ma non richiama il decreto presidenziale che conclude il procedimento sul ricorso straordinario^[50].

Tra l'altro, il legislatore della novella del 2009 ha ammesso la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di Stato, superando quanto sostenuto, tempo addietro, dalla Corte costituzionale sulla base della qualificazione del rimedio come di natura amministrativa^[51].

A fondamento delle posizioni di quanti ritengono assimilabile la decisione del ricorso straordinario ad un atto giurisdizionale risiede proprio la vincolatività del parere reso dal Consiglio di Stato. La trasformazione di detto parere da obbligatorio a vincolante renderebbe la decisione nella sostanza giurisdizionale^[52], sebbene la lettura di un rimedio giustiziale avente caratteristiche assimilabili a quelle proprie del processo amministrativo sia preferibile^[53]. I nodi della questione sono, in altre parole, la possibilità o meno che si formi il giudicato sulla decisione del ricorso straordinario^[54] e l'ammissibilità che anche detta decisione possa essere impugnata per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, ultimo

comma, Cost.^[55].

A questi profili si legano due possibilità riconducibili alla natura giurisdizionale dell’istituto (ai quali conseguono anche effetti procedurali come, ad esempio, la notifica del ricorso^[56]): fino al parere del Consiglio di Stato, quella di esperire il regolamento di giurisdizione^[57]; in occasione del parere da parte dello stesso Consesso quella di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Il legislatore, con gli interventi normativi operati tra il 2009 e il 2011, detto altrimenti, intende mantenere il rimedio straordinario nel complessivo sistema giudiziario, nel tentativo di rivitalizzare, attraverso modifiche sostanziali, un istituto ritenuto per lungo tempo sostanzialmente inutile e pertanto auspicabilmente da abolire. Ciò nonostante ne sia fatto uso nella pratica considerate le proprie peculiarità: costi contenuti, termini più lunghi per la sua proposizione, mancata condanna alle spese in caso di rigetto, tempi per la sua conclusione più rapidi rispetto al doppio grado del ricorso giurisdizionale^[58].

Perplessità rispetto alle posizioni a sostegno del carattere giurisdizionale del rimedio sono emerse anche con riferimento al paradigma costituzionale. Si pensi, ad esempio, al giudice naturale precostituito per legge di cui all’art. 102 Cost., all’art. 125 Cost.^[59] e all’art. 111 Cost. sul principio del giusto processo e della parità delle parti^[60]: sebbene il ricorso straordinario sia attratto a quello giurisdizionale per taluni profili procedurali, non ne possiede tutte le caratteristiche e non è pertanto ad esso interamente equiparabile, né fungibile^[61].

Successivamente, l’evoluzione giurisprudenziale susseguitasi dall’entrata in vigore del codice del processo amministrativo in avanti ha portato alla formazione di un terzo orientamento dottrinale: confrontando l’istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica con il paradigma del ricorso giurisdizionale, la tesi maggioritaria, sostanzialmente fondata sulle decisioni dell’Adunanza Plenaria n. 9 e 10 del 2013, ritiene il ricorso straordinario un rimedio sostanzialmente giurisdizionale, ma formalmente amministrativo^[62] sulla base del criterio della specialità dello stesso, intesa come unicità del grado di giudizio liberamente scelta da ogni parte, «*favorevole ad una soluzione della controversia più rapida e snella, in un unico grado*»^[63].

Sul piano ontologico, intendere il ricorso straordinario come giurisdizionale comporta, però, una torsione della sua natura perché costringe a ritenere il parere (divenuto da obbligatorio a vincolante, ma che sempre parere rimane) del

Consiglio di Stato la decisione del ricorso straordinario^[64]. Non solo. Questa lettura assimila il tipico atto espressione del potere giurisdizionale (la sentenza) al decreto adottato dal Presidente della Repubblica che, tuttavia, non è organo giurisdizionale e che può richiedere il riesame del parere (anche se vincolante) per motivi di legittimità al Ministero competente. Se il ricorso fosse “giurisdizionalizzato” il potere di riesame sarebbe precluso poiché un organo amministrativo non sarebbe più legittimato a chiedere ad un altro organo (inteso così giurisdizionale) di riesaminare una propria decisione^[65]. Tra l’altro, la decisione del ricorso straordinario è impugnabile avanti al TAR.^[66]

Una simile interpretazione della disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sembrerebbe allontanarsi anche dall’impostazione costituzionale e affievolire la distinzione tra la funzione consultiva e la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, segnata dal comma 1 dell’art. 100^[67] e dal comma 1 dell’art. 103^[68] Cost., quasi sostenendo quell’orientamento intermedio che ritiene “ibrida” la natura giuridica del ricorso straordinario^[69] e ponendosi parallelamente a quello giurisdizionale al quale, però, non può sovrapporsi interamente.

3. L’assimilazione del ricorso al Presidente della Regione Siciliana al ricorso straordinario al Capo dello Stato e la tutela del principio di uguaglianza e del diritto di difesa dei ricorrenti

Con la recente pronuncia n. 63 del 2023^[70], la Corte costituzionale assimila il ricorso al Presidente della Regione Siciliana al ricorso al Presidente della Repubblica ponendo al centro delle proprie argomentazioni la possibilità (o meno) di decisione del ricorso straordinario in maniera difforme dal parere del competente organo consultivo^[71].

Nodo della questione è la compatibilità della norma suddetta alla novella introdotta dall’art. 69 della legge n. 69 del 2009 che, rendendo vincolante il parere del Consiglio di Stato, ha implicitamente soppresso il potere del Presidente della Repubblica di discostarsi dallo stesso^[72] e, conseguentemente, ha esteso l’applicazione della disciplina di cui al d.P.R. n. 1199 del 1971 al corrispondente ricorso straordinario siciliano.

Il giudice *a quo*^[73] solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003, nella parte in cui, disponendo che, «*[q]ualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l'affare alla deliberazione della Giunta regionale*». È fatto salvo, in altre parole, il potere del Presidente della Regione Sicilia di discostarsi dal parere del CGARS, nonostante la soppressione di questa possibilità nell'omologo rimedio nazionale.

Il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, che, a differenza del ricorso al Presidente della Repubblica, trova fondamento in una disposizione di rango costituzionale, quale è l'art. 23 dello Statuto della Regione Siciliana^[74], è disciplinato dall'art. 9 del d. lgs. n. 373 del 2003, fonte a competenza “separata e riservata” rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica; si statuisce che il Consiglio di Giustizia amministrativa in composizione consultiva è organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo regionale e che sui ricorsi straordinari di cui alla suddetta disposizione il parere reso dall'adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa è obbligatorio.

I parametri costituzionali dei quali il giudice rimettente prospetta la violazione sono le lettere l) ed m) del comma 2 dell'art. 117 Cost.^[75] e gli artt. 3, 24 e 111, comma 2, Cost.^[76], ai quali la parte appellante nel giudizio *a quo* aggiunge il contrasto con gli artt. 102^[77] e 113^[78] Cost.

Alla luce di tale prospettazione, la Corte costituzionale evidenzia come l'elemento di principale diversità tra il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana e il ricorso al Capo dello Stato sia rappresentato proprio dalla natura non vincolante del parere del CGARS e come la mancata abrogazione dell'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 373 del 2003 ad opera della citata legge n. 69 del 2009, discende dalla ritenuta prevalenza delle norme di attuazione statutarie sulle leggi ordinarie, in virtù dell'adozione delle prime «*attraverso un procedimento normativo speciale*», nonché del «*carattere riservato e separato*» della disciplina da essa posta rispetto a quella contenuta nelle altre fonti primarie anche alla luce del principio dell'autonomia regionale^[79].

L'art. 9 del d.lgs. n. 373 del 2003, infatti, quale disposizione «*contenuta in una fonte speciale e rinforzata (posto che il citato d.lgs. n. 373/2003 reca norme di attuazione dello Statuto regionale), certamente prevale in parte qua sull'art. 69*

della menzionata legge n. 69/2009, là dove si prevede la soppressione della decisione in difformità del Consiglio dei Ministri»^[80], con conseguente non vincolatività del parere reso dal CGARS in sede di ricorso straordinario.

La forza vincolante o meno del parere emesso dai due organi consultivi è centrale nell’evoluzione di ambedue gli istituti, specie in quella relativa al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Pur non incidendo sulla giurisdizionalizzazione del rimedio, rispetto al quale la Corte costituzionale ne conferma la natura giustiziale^[81], tale processo evolutivo amplia le garanzie e gli strumenti di tutela a disposizione di quanti decidono di avvalersi di esso proprio sulla base dell’attuale vincolatività del parere.

Successivamente, facendo leva sulle innovazioni legislative introdotte nel 2009 e nel 2010, la Corte di cassazione, partendo dall’intervenuta progressiva assimilazione tra i due istituti, ha mutato la propria precedente giurisprudenza e ha riconosciuto l’ammissibilità dell’azione di ottemperanza per l’esecuzione dei decreti resi su ricorsi straordinari^[82] e la sindacabilità di questi ultimi da parte della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione^[83]. Analogamente, il Consiglio di Stato si è espresso sull’esperibilità dell’azione di ottemperanza, anche in questo caso dando rilievo decisivo allo *ius superveniens*, che ha attribuito carattere vincolante al parere del Consiglio di Stato^[84].

Se l’acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, osserva la Corte, ha determinato il riconoscimento dei diversi strumenti di tutela in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, risolvendosi quindi in un ampliamento delle garanzie dei ricorrenti, è evidente che il permanere della natura non vincolante del parere del CGARS induce a mettere in discussione il riconoscimento (o il mantenimento) delle medesime garanzie in sede di ricorso al Presidente della Regione Siciliana provocando una contrazione della dotazione dei rimedi e delle garanzie sussistenti in capo a colui che ricorre al Presidente della Regione Siciliana, rispetto a quanti si avvalgono del ricorso straordinario al Capo dello Stato, con conseguente violazione degli artt. 3 e 24 Cost.^[85].

Sulla base di tali argomentazioni, non sussistono tra i due istituti differenze tali da giustificare una simile disparità di trattamento, né detta disparità può giustificarsi dall’autonomia speciale di cui gode la Regione Siciliana^[86], trattandosi di rimedi aventi la stessa genesi storica derivante dalle monarchie assolute, oltre che la medesima struttura e una disciplina analoga. In altri termini, dopo la pronuncia

n. 63 del 2023 cessa di avere efficacia l'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003. Del resto, diversamente, la previsione sarebbe risultata distonica rispetto a quanto previsto per il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, peraltro, è espressamente previsto dall'art. 23 dello statuto della Regione Siciliana quale ricorso amministrativo. Altresì le fasi del procedimento decisorio seguono la disciplina di cui agli artt. 8 ss. del d.P.R. n. 1199 del 1971, integrata, in particolare, dall'art. 9 del d.lgs. n. 373 del 2003 per il solo aspetto relativo al parere del CGARS.

Le uniche differenze rinvenibili nei due rimedi, oltre alla differente natura del parere dell'organo consultivo, sono costituite «*dall'accentramento dell'intera procedura presso la Presidenza della Regione, essendo l'istruttoria demandata all'Ufficio legislativo e legale della stessa Presidenza, nonché la diversa posizione e responsabilità istituzionale del Presidente della Regione (nella duplice veste di suprema autorità regionale e di vertice del Governo regionale) rispetto al Presidente della Repubblica»*^[87]. Divergenze che non permettono di giustificare una disparità di rimedi e di garanzie in capo al ricorrente che agisce dinanzi al Presidente della Repubblica o ricorre al Presidente della Regione Siciliana.

Riprendendo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nel parere n. 203 del 2021, semmai, la differenza legata alla natura dell'organo che adotta il provvedimento finale e alle diverse posizione e responsabilità istituzionale del medesimo rispetto al Presidente della Repubblica rinsalda l'esigenza di fornire adeguate garanzie al soggetto che si avvale del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana.

Questa lettura incide inevitabilmente sul rimedio poiché se il Governo regionale siciliano non può più deliberare in senso difforme rispetto al parere reso dal CGARS in sede consultiva significa che lo stesso, come avvenuto per il parere del Consiglio di Stato dopo la riforma del 2009, assume un carattere sostanzialmente decisorio in ragione della sua forza vincolante^[88]. Ciò consolida la non ripetibilità del parere consultivo sul ricorso straordinario e conseguentemente conduce all'impossibilità di ampliare la portata del riesame oltre il perimetro delineato dalla revocazione, unico rimedio esperibile per espressa previsione dell'art. 15 del d.P.R. n. 1199 del 1971, pena il rischio di dilatare all'infinito e senza alcuna regola la possibilità di modificare la decisione e, dunque, di un ingiustificabile pregiudizio della certezza delle situazioni giuridiche definite^[89].

Queste argomentazioni e l'allineamento del ricorso al Presidente della Regione Siciliana al ricorso al Presidente della Repubblica rafforzano la lettura della natura amministrativa dell'ultimo rimedio in una sorta di rapporto osmotico costituitosi tra i due istituti. Come le caratteristiche dell'istituto straordinario siciliano risentono delle modifiche intervenute a quello nazionale per le ragioni sopra esposte, lo stesso dovrebbe valere a parti invertite.

In primo luogo, infatti, la qualifica amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana è ribadita all'art. 23 del r.d. lgs. del 15 maggio 1946, n. 455 (Statuto della Regione Siciliana, avente rango costituzionale), ai sensi del quale i «*ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato*», e all'art. 9 del d.lgs. n. 373 del 2003, più volte richiamato, che esplicitamente riconduce il ricorso straordinario alle funzioni del Consiglio di giustizia amministrativa «*nella sua composizione consultiva*»^[90].

Per quanto riguarda il rito, infine, si osservano avanti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana le medesime disposizioni processuali previste per il Consiglio di Stato, così come relativamente all'organizzazione e al funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa in sede consultiva e in sede giurisdizionale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato^[91].

4. Il ricorso straordinario quale rimedio “giustiziale” alternativo a quello giurisdizionale

Se, sino al 2009, l'orientamento prevalente della giurisprudenza^[92] intende il ricorso straordinario un rimedio contenzioso di natura amministrativa, nel 2015 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritiene il decreto presidenziale che recepisce il parere una «*estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale*» che culmina in una decisione caratterizzata dall'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti^[93]. Diversamente, la Corte costituzionale, pur riconoscendo l'ampliamento delle garanzie e degli strumenti di tutela a disposizione di chi si sia avvalso del rimedio in parola, conferma la natura giustiziale (diversa da quella

giurisdizionale^[94]) dell’istituto^[95]; le sezioni consultive del Consiglio di Stato sostengono che «non vi è coincidenza tout court con gli altri rimedi giurisdizionali sul piano dei principi applicabili» e che l’atto conclusivo dell’iter straordinario è un provvedimento amministrativo equiparato ad una sentenza «solo per certi aspetti»^[96].

I più recenti approdi giurisprudenziali, detto altrimenti, accolgono l’orientamento^[97] che afferma la natura “giustiziale” del rimedio straordinario^[98]: da ultimo, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, condividendo la lettura della Corte costituzionale^[99], ha espresso il principio di diritto secondo cui l’istituto *de quo* è un rimedio giustiziale amministrativo alternativo a quello giurisdizionale, di cui condivide soltanto alcuni profili strutturali e funzionali^[100] e riveste natura esclusivamente impugnatoria^[101].

Le innovazioni apportate al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dalla l. n. 69 del 2009 e dal d.lgs. n. 104 del 2010 non implicano, infatti, la trasformazione della sua natura giuridica; pur avvantaggiando coloro che di esso si avvalgono, alla luce dell’incremento delle garanzie e degli strumenti di tutela in capo al ricorrente, la natura resta “giustiziale” e non giurisdizionale.

Né la disciplina originaria, né la novella del 2009, né il codice del processo amministrativo, poi, gli riconoscono espressamente la natura sostanzialmente giurisdizionale. Nemmeno la trasformazione legislativa dell’istituto è sufficiente ad attribuirgli detta natura; alla decisione conclusiva^[102], peraltro, non sono riconosciuti gli effetti equivalenti del giudicato^[103]. Neppure la vincolatività del parere è in grado di corroborare tale interpretazione posto che lo stesso, anche prima della riforma, assumeva la natura decisionale della controversia: per quanto il parere sia divenuto vincolante, non è mai una sentenza; «la natura giurisdizionale di un atto non può essere disarticolata in un profilo sostanziale e in un altro, diverso, di ordine formale: o l’atto è giurisdizionale, o non lo è. E la tipicità della funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento costituzionale impedisce di assegnare valore di sentenza a un atto che è sempre stato riconosciuto in passato come atto amministrativo e che la legge tratta ancora come tale»^[104].

Seguendo l’impostazione tradizionale che vede nel ricorso straordinario un rimedio amministrativo, la disciplina del ricorso al Presidente della Regione siciliana si adegua a quella del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica^[105] in punto alla vincolatività del parere reso dal Consiglio di giustizia

amministrativa^[106]. La soppressione del potere del Presidente della Regione Siciliana di discostarsi dal contenuto del parere reso dal suddetto Consiglio in sede consultiva^[107] incide sul rimedio in una prospettiva di omogeneità con l'omologo ricorso nazionale^[108] in cui il decreto deve essere conforme al parere del Consiglio di Stato^[109] e nel rispetto del principio di uguaglianza delle tutele: non possono essere negate a chi propone il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia le medesime garanzie di chi si serve del rimedio generale. Sebbene l'estensione del carattere vincolante del parere anche del Consiglio di Giustizia Amministrativa Siciliano parrebbe rappresentare l'ultimo tassello di un'evoluzione dell'istituto nella direzione della giurisdizionalizzazione, le conclusioni dell'Adunanza plenaria non vanno in questa direzione. Nel ricostruire l'*iter* normativo dell'istituto, ripercorrendo i termini del dibattito sulla "natura" del ricorso e segnalando i significativi mutamenti di indirizzo registrati sulla base delle predette disposizioni, quali l'ammissibilità dell'azione di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti resi sui ricorsi straordinari^[110] e la loro impugnabilità per motivi inerenti alla giurisdizione^[111], è affinato il quadro dell'istituto.

L'operazione ermeneutica dell'Adunanza plenaria pone a sostegno della natura di "amministrazione contenziosa" del rimedio alcune fondamentali nozioni (di giurisdizione, di giudice e di tribunale, di alternatività e di giudicato) attraverso le quali sono ricavabili i caratteri indicativi della natura dell'istituto.

In riferimento alla nozione di giurisdizione, la funzione svolta dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non deve essere intesa come specifica e concreta attività statale da disciplinare, ma, in un'ottica teleologica, rappresentazione astratta o ideale della funzione di "rendere giustizia"^[112]. Non è raro, invero, che «*attività rientranti nell'ambito di pertinenza di una funzione sono svolte da organi titolari di una diversa funzione*» in virtù di un «"equilibrio" tra i poteri [...], avente carattere dinamico e non statico». Da questo ragionamento, deriva una soggettività delle nozioni di giurisdizione e di attività giurisdizionale in quanto «*attività di accertamento e decisoria che l'ordinamento imputa ai "giudici" come individuati [a numero chiuso]^[113] dalle norme costituzionali sulla competenza (artt. 101, 102 e 103)*». Dal punto di vista soggettivo, pertanto, per essere formalmente qualificati come tali, l'organizzazione della giurisdizione dev'essere accompagnata dall'azione dei

giudici in termini di indipendenza, imparzialità e terzietà e ispirata al “giusto processo”^[114]. Anche la CEDU^[115], peraltro, interpreta la nozione di tribunale in senso ampio, quale organo capace di soddisfare determinate esigenze di indipendenza, imparzialità, durata del mandato dei componenti, garanzie assicurate dalla relativa procedura, senza però imporre la riorganizzazione del sistema giuridico nazionale, conseguenza derivante dall’inglobare un rimedio amministrativo come quello in esame nel sistema giurisdizionale.

Il quadro rappresentato richiama il concetto di tutela della giustizia nell’amministrazione^[116] nel contesto delle attribuzioni costituzionali del Consiglio di Stato di cui all’art. 100^[117], il quale conferma le proprie funzioni ausiliarie originarie e ben si distingue dalla funzione giurisdizionale di cui agli artt. 103 e 113 Cost.^[118].

Con riferimento ai profili oggettivi e, in particolare, alla questione della “cosa giudicata”, l’Adunanza plenaria mette in luce come detto regime non connota tutti gli atti giurisdizionali, né esclude l’attribuzione del crisma dell’irretrattabilità anche a meccanismi “alternativi” alla giurisdizione: il decreto del Presidente della Repubblica, pur essendo un atto dell’amministrazione, formalmente imputato alla responsabilità dell’organo ministeriale competente, «*definisce una controversia nell’ambito di un procedimento contenzioso in contraddittorio con le parti e avente carattere vincolato in ragione della sua funzione dichiarativa*» (ed «*espressione della volontà del diritto nel caso concreto*»), senza consentire all’amministrazione di rivedere, nel proprio interesse, la determinazione, come accade, invece, nelle ipotesi di amministrazione attiva. Il relativo regime, peraltro, per tutto quanto non previsto dal d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, e dalle pertinenti norme del codice del processo amministrativo, è dettato, dalle disposizioni in materia di procedimento amministrativo^[119]. In buona sostanza, seppure la legge n. 241 del 1990 disciplini l’attività di amministrazione attiva «*svolgerebbe una funzione “sussidiaria” anche rispetto alle eventuali lacune nella disciplina propria del rimedio giustiziale*»^[120].

Non privo di rilevanza è il dato letterale della norma, la quale deve essere, anzitutto, applicata nel senso che le è fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall’intenzione del legislatore^[121]: il d.P.R. n. 1199 del 1971 coeve alla legge 6 dicembre 1971, n. 1034 che ha istituito i Tribunali Amministrativi Regionali configura espressamente il ricorso al

Presidente della Repubblica un rimedio amministrativo, inserendolo tra i ricorsi amministrativi. Analogi ragionamenti pare valere in ordine alle recenti novità, non risultando determinanti a mutarne la natura amministrativa, anzi con essa del tutto compatibili^[122], e alla limitazione operata dall'art. 7, comma 8, c.p.a.^[123]. Questa lettura è corroborata dal principio di tipicità degli atti giurisdizionali che esclude che una sentenza possa essere adottata nella forma del decreto del Presidente della Repubblica poiché tale tipicità non ammette la distinzione fra giurisdizione sostanziale e formale. Il tentativo di “giurisdizionalizzazione” del rimedio (anche quello al Presidente della Regione Siciliana) sulla base della creazione di «una nuova categoria di atti formalmente presidenziali ma sostanzialmente giurisdizionali contrasta anche con la qualificazione scolpita nella legge 12 gennaio 1991, n. 13 [...] che, nel tipizzare gli “atti amministrativi” (non espressamente previsti dalla Costituzione o da norme costituzionali) da adottarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del consiglio o del ministro competente, [...] include espressamente la “[...] decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica” (lettera bb)»^[124].

Anche i profili inerenti al procedimento che conduce alla decisione del ricorso straordinario lasciano desumere una natura non giurisdizionale, col ché pare più ragionevole assumere a paradigma per verificare la natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato il ricorso amministrativo che quello giurisdizionale, mancando le fondamentali caratteristiche dell'attività giurisdizionale: la conoscenza degli atti del procedimento che attiene al contraddittorio si realizza attraverso la domanda di accesso degli interessati, secondo la regola dei procedimenti amministrativi^[125], quindi, senza un contraddittorio pieno. Pur tuttavia, non può automaticamente desumersi che «dove sia garantito il contraddittorio (fra l'altro, in base a innovazioni pretorie) si debba anche riconoscere una funzione giurisdizionale»^[126]. Rilevante in questo senso è l'istituto della revocazione, oggi espressamente prevista dall'art. 15 d.P.R. n. 1199 del 1971 nei casi di cui all'art. 395 c.p.c. quale unica forma di revisione e, prima, ritenuta ammissibile per affinità, in ragione della sua *vis* dinamica di espansione oltre i veri e propri confini giurisdizionali, per impedire il sussistere di giudicati affetti da errori di fatto o da gravi vizi di formazione^[127]. Facendo leva su tale assunto è stata esclusa la possibilità di immediata contestazione di atti

endoprocedimentali come i pareri del Consiglio di Stato^[128] eccetto quelli espressi in sede di ricorso straordinario nei casi in cui sarebbe consentita la revocazione^[129]. Secondo un consolidato indirizzo, la richiesta di riesame del parere espresso dal Consiglio di Stato sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, infatti, deve, normalmente ed in linea di massima, essere ritenuta inammissibile, considerato che tale possibilità non è contemplata dalla vigente legislazione in tema di ricorso straordinario eccetto nei casi, oltre quelli in cui potrebbe essere chiesta la revocazione, di irrimediabile contrasto con gli indirizzi giurisprudenziali consolidati o di chiara e oggettiva non conformità alla legge^[130].

Anche l'istruttoria, ancora embrionale rispetto a quella processuale e incompatibile con i principi di pienezza e necessarietà delle tutele di cui agli artt. 24 e 113 Cost.^[131], ha peculiarità più simili a quelle di un procedimento amministrativo. È svolta dall'amministrazione competente per materia^[132] e solo dopo questa fase, basata sull'affidamento delle indagini alla struttura ministeriale (che potrebbe anche essere parte), l'affare è trasmesso alle Sezioni Consultive del Consiglio di Stato per l'adozione del parere vincolante. Mancano, poi, del tutto la possibilità dell'udienza pubblica e la discussione orale: il parere è espresso in una seduta non pubblica, non occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell'adunanza^[133].

L'operatività del principio di alternatività sorregge, altresì, la natura giustiziale amministrativa del rimedio, secondo il quale l'ammissibilità del ricorso straordinario è subordinata all'impugnazione, dello stesso atto da parte del medesimo interessato, con il ricorso giurisdizionale. *Ratio* dell'alternatività è la tutela della giurisdizione, posto che essa mira ad evitare due decisioni contrastanti su una identica controversia. Alla stregua di detta regola «*la proposizione del ricorso straordinario [...] preclude non soltanto la formale impugnazione del medesimo provvedimento amministrativo innanzi al giudice di primo grado, ma anche la riproposizione della medesima domanda (causa petendi e petitum) oggetto del ricorso straordinario, evitandosi in tal modo [...] il potenziale conflitto tra giudicato (in senso tecnico-giuridico) e vincolo giuridico ad esso sostanzialmente equiparabile*»^[134]. Il rimedio amministrativo diventa, così, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199 del 1971, improcedibile se l'amministrazione o il controinteressato abbiano trasposto il giudizio nella sede giurisdizionale. Detta trasposizione opera come meccanismo di raccordo tra i due rimedi, che restano distinti, dato che mira

a garantire la piena libertà dei controinteressati e delle parti di adire la tutela giurisdizionale, ma non a consentire la scelta tra due rimedi giurisdizionali «*l'uno ordinario*” e *l'altro “meno garantito”*» e inserendo gli istituti in un «*sistema comunicante e integrato di tutela*»^[135].

5. L'utilità della funzione giudiziale del rimedio alternativo nella prospettiva dell'effettività della tutela

Due aspetti connessi alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sono rilevanti, da ultimo, ai fini della valutazione sull'utilità del rimedio nella prospettiva dell'effettività della tutela.

La prima afferisce al piano soggettivo perché riguarda il Consiglio di Stato come organo della giustizia amministrativa che svolge sia attività giurisdizionali che consultive^[136]. Questa ibridazione, dovuta anche al fatto che, per ragioni storiche, il Consiglio di Stato italiano segue quello francese^[137], gli permette di svolgere due funzioni differenti, sebbene strettamente interconnesse, perché accomunate dal medesimo fine di assicurare la giustizia nell'amministrazione. La dottrina osserva come in quest'ottica il Consiglio di Stato sfidi il principio di divisione dei poteri, essendo «*organo di consulenza amministrativa e “pepinière de grands commis” e, allo stesso tempo, giudice*», che, con il tempo, acquistano «*poi una certa indipendenza e adottano procedure in contraddittorio; infine ottengono maggiore indipendenza, assicurata attraverso organi centrali di garanzia*»^[138]. Se occorre mantenere separate la funzione consultiva da quella giurisdizionale allora anche chi la esercita, sul piano soggettivo, non può essere considerato in entrambe le ipotesi un giudice, pur trattandosi di un soggetto che abbia tale dignità^[139].

In questo contesto, la qualificazione del rimedio come giurisdizionale implicherebbe non poche incoerenze di sistema^[140], su tutte, la implicita “costituzione” di un nuovo giudice speciale deputato a risolvere le controversie per le quali risulta istituito un altro giudice pienamente titolare, oltre che il superamento del dato positivo che, invece, inquadra il rimedio straordinario tra i ricorsi amministrativi.

La seconda questione segue un approccio teleologico nel senso che impone una riflessione circa le conseguenze, proprio in termini di utilità del rimedio, che il riconoscimento della natura amministrativa giustiziale comporta.

Nonostante, anche in ragione dei ripetuti interventi sull’istituto, non siano mancati riferimenti ad un suo possibile tramonto^[141], il riconoscimento della natura amministrativa pare restituigli vigore, specie con riferimento ai profili dell’effettività della tutela, se non altro in ragione della facilità di accesso dei cittadini e delle imprese alla tutela giustiziale. Poco senso avrebbe un istituto consistente in una versione “depotenziata” del giudizio davanti al giudice amministrativo, cioè di un rimedio giurisdizionale ulteriore, ma dalle potenzialità ridotte, attivabile anche una volta scaduto il termine per quello ordinario^[142].

Se giurisdizionalizzare il ricorso straordinario significa snaturarlo, valorizzarlo come rimedio di amministrazione contenziosa adduce vantaggi pratici sia per il cittadino che per l’apparato giudiziario: il primo avrebbe a disposizione uno strumento di tutela avente le caratteristiche della semplicità, della snellezza e della concentrazione rispetto al ricorso giurisdizionale, ma nello stesso tempo con maggiori garanzie se paragonato ai ricorsi amministrativi ordinari; l’apparato giudiziario si vedrebbe alleggerito il carico di contenzioso grazie ad uno strumento che in qualche misura si porrebbe come deflattivo del contenzioso giurisdizionale. La giurisdizionalizzazione, in questa prospettiva, non rappresenterebbe un accrescimento della tutela complessiva, anzi, impoverirebbe il sistema delle tutele nell’ordinamento^[143].

La conferma della natura giustiziale del rimedio, infine, rafforza la posizione del cittadino non solo in ordine all’utilità, trattandosi di un ricorso che si aggiunge agli altri rimedi con le proprie specificità e senza “duplicare” quello ordinario, ma anche in ordine all’effettività con riferimento proprio al consolidamento di talune garanzie processuali. Quest’ultimo profilo pone, però, come rilevato da recente dottrina, una nuova questione di ordine sistematico dalla quale possono derivare conseguenze anche in ordine a problemi fondamentali, come a chi spetti la scelta di applicare istituti tipicamente processuali al ricorso straordinario, se al legislatore o alla giurisprudenza^[144]. L’aspetto è assai rilevante e il caso dell’inammissibilità del riesame del parere, eccetto i particolari casi sopra richiamati, perché non previsto dalla disciplina sul ricorso straordinario, è esemplare e presuppone una netta cesura tra la tutela giustiziale e la tutela giurisdizionale. Una novella della disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tesa a positivizzare gli istituti processuali allo stesso applicabili e che ne accentui la natura amministrativa contenziosa (come, ad esempio, la

riduzione dell'importo del contributo unificato o una sua rimodulazione per categorie di controversie^[145]) sarebbe d'auspicio sia in una prospettiva sistematica, perché aderente ai principi di legalità e tipicità e al paradigma costituzionale, sia dal punto di vista dell'utilità del rimedio nella prospettiva dell'effettività della tutela, tanto più in un momento in cui le contingenze economiche rischiano di limitare l'accesso al servizio giustizia da parte di non pochi cittadini. Il profilo della gratuità è peraltro riconosciuto come elemento strutturale del ricorso straordinario in senso bidirezionale poiché nessuna parte, né quella pubblica né quella privata, è tenuta al pagamento delle spese di giudizio in caso di soccombenza^[146]. Una volta eliminato o sensibilmente ridotto il contributo unificato, perciò, il ricorso straordinario tornerebbe ad essere un potente strumento di tutela dei meno abbienti, come da sempre è stato concepito^[147]. Del resto, è proprio la finalità di giustizia che esso persegue nella sua straordinarietà.

1. C. Cost., sent. 21 febbraio 2023, n. 63.
2. Cons. St., Ad. plen., 7 maggio 2024, n. 11.
3. M. L. Torsello, C. Buglia, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *giustizia-amministrativa.it*, 5, 2022.
4. Cons. St., I, parere, 31 luglio 2014, n. 2553 che attribuisce natura amministrativa al rimedio.
5. L'evoluzione dell'istituto ha visto susseguirsi molteplici norme, tra le più significative: la legge del Regno di Sardegna (1859), la legge di unificazione amministrativa del Regno (n. 2248 del 1865 all. D), le leggi istitutiva della IV e della V sezione del Consiglio di Stato, rispettivamente, n. 5992 del 1889 e n. 62 del 1907, la Costituzione (entrata in vigore nel 1948), la legge di modifica del T.U. sul Consiglio di Stato (n. 1018 del 21 dicembre 1950), il d.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971 che disciplina i ricorsi amministrativi, la legge delega n. 69 del 2009 e il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e ss. mm. ii.).
6. V. Bachelet, *Ricorso straordinario e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1959, p. 788.
7. I primi riferimenti si rintracciano nelle Costituzioni piemontesi del 1723, mentre il primo fondamento normativo risale alla legge 30 ottobre 1859, n. 3707 (spec. artt. 15, c. 1, n. 4, e 16) ai sensi della quale detto consesso diventa il giudice supremo del contenzioso amministrativo.
8. M. Immordino, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 619 ss.; O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella P.A.*, Giuffrè, Milano, 1934, p. 265.
9. La giustizia ritenuta rappresentava simbolicamente una delle tre forme afferenti alla figura

del Re-giudice dell'*Ancient Regime*, il Sovrano medievale e dell'età moderna dotato di ampi poteri perché “giusto” e capace di rendere giustizia ai suoi sudditi. A lui era riconosciuta la pienezza dell'autorità di esercizio della giurisdizione, prerogativa regia fondamentale; amministrava la giustizia attraverso organi variamente organizzati e legittimati ed esercitava la funzione giurisdizionale attraverso la “giustizia concessa”, la “giustizia delegata” e, appunto, la “giustizia ritenuta”. Quest’ultima aveva un carattere residuale essendo ciò che rimaneva al Re in persona «*escludendo la giustizia che egli tollera sia amministrata dalla Chiesa o dai signori, e ugualmente escludendo quella che egli ha delegato ai suoi officiers titolari*». L’attività giudiziaria del “Grand Conseil”, delle “évocations” e delle “cassations” erano considerate parte integrante della giustizia ritenuta. Così P. Alvazzi del Frate, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall’assolutismo francese all’Italia repubblicana*, Aracne, Roma, 2009, spec. pp. 15-17 e 23 ss. che richiama R. Villers, *La justice retenue en France, Cours d’histoire des institutions politiques et administratives du Moyen age et des temps modernes (1969-1970)*, Les Cours de droit, Paris, 1970, spec. p. 95.

10. Cons. St., I, parere, n. 2553 del 2014: «*Il ricorso straordinario trae origine dalle istanze in via di giustizia e di grazia proposte al sovrano nelle monarchie assolute e aventi ad oggetto sia provvedimenti giudiziari che amministrativi. Il re pronunciava sul ricorso, acquisito in un primo tempo il parere del Consiglio dei memoriali, successivamente, quando il Consiglio dei memoriali fu unito al Consiglio di Stato, il parere del Consiglio di Stato (Costituzioni generali di Vittorio Amedeo II del 1770). I ricorsi avverso le sentenze furono attribuiti alla cognizione del Magistrato di Cassazione dall’art. 2 del regio editto 30 ottobre 1847, n. 653».*
11. G. Zanobini, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, II, *LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA*, VIII, Giuffré, Milano, 1958, p. 32.
12. In questo periodo il ricorso straordinario al Re costituisce un rimedio assai utilizzato essendo l’unico a tutela delle domande di giustizia dei sudditi contro gli “atti di imperio” dell’amministrazione: V. Bachelet, *IL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO E GARANZIE GIURISDIZIONALI*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, I, Milano, 1965, pp. 99 ss.
13. Legge 31 marzo 1889, n. 5992, art. 7, comma 2.
14. Così evitando che una stessa questione fosse decisa sia dall’Adunanza generale del Consiglio di Stato in sede consultiva di predisposizione del parere nel caso del ricorso al Re, sia dalla nuova sezione, la IV, del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Il principio c.d. di alternatività è tuttora valido (artt. 8 d.P.R. n. 1199 del 1971 e 48 c.p.a.). In dottrina, L. Carbone, *LA REVISIONE DEL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E LA RIAFFERMATA NATURA GIURISDIZIONALE DEL RIMEDIO DI TUTELA*, in *FORO AMM. TAR*, 2009, pp. 2664 ss. che, tra l’altro, ricostruisce l’istituto dal punto di vista storico. In argomento, altresì, Cons. St., I, parere n. 2553 del 2014.
15. Legge 7 marzo 1907, n. 62 istitutiva della V sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato.
16. R.d. 26 giugno 1924, n. 1054, artt. 16, n. 4, e 34 artt. 47, n. 3, 54, 60 e 61 del regolamento di esecuzione T.U. (r.d. 21 aprile 1942, n. 444).
17. Art. 34, T.U. Cons. St. cit.

18. Secondo M. S. Giannini, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1, 1946, p. 50, si tratta «un istituto il quale sta a sé tra il diritto sostanziale e il diritto processuale, perché mentre ha la medesima sostanza di un ricorso amministrativo, in realtà ha funzione di un ricorso giurisdizionale».
19. A.C. CCLXXIII, seduta di sabato 25 ottobre 1947, 1574.
20. Tra gli altri, N. Martire, *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, 3, 1965, p. 191; M. Cantucci, *La permanenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo le recenti riforme*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 167 ss., spec. p. 183. È opportuno, tuttavia, richiamare le parole di Giovanni Giolitti recentemente ricordate da M. L. Torsello, C. Buglia, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., p. 5: «Questa soppressione ... non sarebbe una cosa buona. Il ricorso straordinario al re costituisc una giustizia gratuita, giacché essa non costa che il foglio di carta per ricorrere al Governo».
21. A. S. Agrò, *Osservazioni sull'ammissibilità attuale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Rass. avv. st.*, 10, 1948, pp. 1 ss.; E. Ciardulli, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la nuova Costituzione*, in *Rass. avv. st.*, 1951, pp. 39 ss.; V. Bachelet, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzie giurisdizionali*, cit., p. 840 (che gli riconosceva una natura ibrida); A. M. Sandulli, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna, 1953, p. 89. La Corte costituzionale (sent. n. 78 del 2 luglio 1966) non riteneva il rimedio incompatibile.
22. Sul punto, M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953, p. 86.
23. Come, ad es., G. Zanobini, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, cit., p. 102; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1976, p. 1124.
24. Legge 21 dicembre 1950, n. 1018 “Modificazioni al testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato”, spec. art. 7.
25. D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, spec. artt. 8-15.
26. R.d. lgs. 15 maggio 1946, n. 455, art. 23, c. 3.
27. Artt. 8 ss., d.P.R. n. 1199 del 1971 e ss.mm.ii.
28. Legge 6 dicembre 1971, n. 1034.
29. Artt. 8, c. 2, d.P.R. n. 1199/1971 e 20, c. 4, legge 6 dicembre 1971, n. 1034.
30. Artt. 8 e 10 d.P.R. n. 1199/1971.
31. In dottrina, F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910; P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Vallardi, Milano, 1976, p. 91; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, II, pp. 1265; A. Travi, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. Pubbl.*, 13, 1997, pp. 421 ss.; L. Mazzarolli, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 691 ss.; C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 11 ss.; in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., IV, 5 luglio 2002, n. 604; Id., VI, 26 settembre 2003, n. 5501; IV, 22

settembre 2003, n.5393.

32. M. Immordino, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 711.
33. CGUE, 16 ottobre 1997, n. 69; M. Gola, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il “caso” del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 199, pp. 144 ss.
34. Cons. St., ad. gen. 29 maggio 1997, n. 72. Successivamente, Cons. St., I-II, 7 maggio 2012, n. 2131/12 con nota di G. D’Angelo, *Consiglio di Stato e “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario (Nota a Cons. Stato, sez. riun. I e II, 7 maggio 2012, n.2131/12)*, in *Il Foro italiano*, 11, 2012, pp. 532-534.
35. La Corte costituzionale (sent. 10 gennaio 2018, n. 24) ha ricordato come «per costante giurisprudenza costituzionale, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nel regime anteriore alle riforme introdotte dalla legge n. 69 del 2009 - che hanno reso vincolante il parere del Consiglio di Stato e hanno consentito che in quella sede vengano sollevate questioni di legittimità costituzionale - e dal cod. proc. amm. approvato con il d.lgs. n. 104 del 2010, aveva natura amministrativa, anche se peculiare, trattandosi di un rimedio diretto ad assicurare la risoluzione non giurisdizionale di una controversia in sede amministrativa».
36. Sostiene la c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ad es., Cass. Civ., SS.UU., 19 dicembre 2012, n. 23464; Cons. St., ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *Foro it.*, 3, 2013, p. 476, con nota di A. Travi, *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario*; C. Cost., sent. 2 aprile 2014, n. 73; Cass. Civ., SS.UU., 14 maggio 2014, n. 10414. In argomento, P. Tanda, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, *passim*.
37. S. Battini, *Aggiornamento sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l’ircocervo esiste*, in *Giornale di dir. amm.*, 12, 2014, pp. 1177-1188.
38. Aspetto che sottolinea l’esigenza di una omogeneità di contenuto nella soluzione della controversia tra decisione del ricorso straordinario e pronuncia giurisdizionale, ma che ben si differenzia dall’attribuzione di un valore giurisdizionale alla decisione del ricorso straordinario. Tra l’altro, «vi sono altri casi in cui la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata da organi che non esercitano una funzione giurisdizionale (si pensi, per tutti, al caso della Corte dei conti, nell’esercizio del controllo sugli atti del governo, su cui cfr. Corte cost. 18 novembre 1976, n. 226, *Foro it.*, 1977, I, 18)»: così A. Travi, *La “giurisdizionalizzazione”*, cit.
39. Cons. St., ad. gen., 22 febbraio 2011, n. 808; Id., parere, n. 2553 del 2014, cit., che precisa altresì che «le innovazioni, di cui al richiamato art. 69, abbiano accresciuto la forza della tutela offerta ai soggetti dell’ordinamento dal rimedio del ricorso straordinario, ma non ne abbiano mutato la essenziale natura di rimedio amministrativo che può esistere nel sistema della attuale Costituzione e, in particolare, dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, perché parallelo ad esso vi è il necessario rimedio giurisdizionale. La innovazione di cui all’art. 7, comma 8, della legge delegata per il riordino del processo amministrativo, è stata ritenuta coerente con la delega della

richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 73/2014 sulla base del mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione qui oggetto di esame. Il rimedio, certamente peculiare e non inquadrabile interamente nelle ordinarie categorie, deve la sua attuale vigenza alla tradizione, nel senso che si è ritenuto che trattandosi di uno strumento di tutela aggiuntivo fosse un istituto che valeva la pena mantenere».

40. Il d.P.R. n. 1199 del 1971 che regolamenta il ricorso straordinario è intitolato «*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*» presupponendo la natura amministrativa anche dell’istituto in esame, peraltro, confermata anche dalla legge n. 69 del 2009 che, intitolata “Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione”. Da un punto di vista procedimentale, tuttavia, la dottrina osserva l’emergere di elementi propri dei procedimenti contenziosi come l’interesse a ricorrere, la decorrenza del termine, il rispetto del contraddittorio, l’istruzione probatoria, l’ammissibilità dei motivi aggiuntivi e del ricorso incidentale: L. Migliorini, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, Roma, 1989, XL, 702.
41. M. Immordino, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 725.
42. Ad es., Cons. St., III, 28 ottobre 2013, n. 5162; Id., IV, 25 giugno 2013, n. 3439.
43. M. Immordino, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 619.
44. F. G. Scoca, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato (nota alla sent. Cons. di Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9)*, in *Giur. it.*, 11, 2013, p. 2374.
45. G. D’Angelo, *Consiglio di Stato e “giurisdizionalizzazione”*, cit., pp. 532 ss.; Id., *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *giustamm.it*, 2013; A. Travi, *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2, 2013, pp. 483-484. L’Autore si pone criticamente verso l’orientamento del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, diretto a riconoscere al ricorso straordinario un carattere giurisdizionale sostenendo che ciò comporti, oltre tutto, difficoltà insuperabili di ordine costituzionale.
46. Art. 14, comma 1, d.P.R. n. 1199 del 1971.
47. Cons. St., I-II, n. 2131 del 2012; Id., Ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18 che sostiene la natura giurisdizionale sia del ricorso straordinario, sia del ricorso giurisdizionale a garanzia di una tutela non inferiore a quella conseguibile con la proposizione di un ricorso al TAR; Cons. St., ad. plen., 6 maggio 2013, n.ri 9 e 10 che si allinea alla precedente sentenza dell’Adunanza plenaria sulla base del parere vincolante del Consiglio di Stato e della possibilità per lo stesso di sollevare questione di legittimità costituzionale. In particolare, le questioni avevano ad oggetto la natura giuridica della decisione resa in esito ad un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e il giudice competente a pronunciarsi sul ricorso per ottemperanza; Id., V, 10 aprile 2018, n. 2186.
48. Nell’ambito trova peraltro fondamento il giudizio di ottemperanza per l’esecuzione delle decisioni del ricorso straordinario.
49. Cass. civ., SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *Foro it.*, 1, 2011, p. 742, con nota di G. D’angelo, *Ricorso straordinario e giudizio d’ottemperanza, il «revirement» della Cassazione dopo il codice del processo amministrativo*; Cons. St., IV, 13 marzo 2018, n.

1584.

50. G. D'angelo, *La "giurisdizionalizzazione"*, cit., pp. 532-535. In giurisprudenza: Cass., SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065; Cons. St., ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9 e n. 10.
51. C. Cost., sent., 8 luglio 2004, n. 254, la quale, in relazione agli artt. 3, 24 e 97 ha ritenuto l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale nel procedimento di ricorso straordinario poiché sollevata da un organo non giurisdizionale sulla base della circostanza per cui il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nel cui ambito si inserisce l'attività dell'Organo consultivo che ha sollevato la questione, rappresenta un istituto la cui natura amministrativa è stata più volte affermata dalla giurisprudenza costituzionale (spec. sentenze nn. 78/1966 e 31/1975).
52. Cass., SS.UU., 6 settembre 2013, n. 20569; Cons. St., ad. plen., n. 9 e n. 10 del 2013 cit.
53. C. Cost., sent. 2 aprile 2014, n. 73.
54. Cons. St., ad. plen., 14 luglio 2015, n. 7.
55. Ammissibilità riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (sent. n. 23464 del 19 dicembre 2012).
56. Cons. St., VI, 24 febbraio 2014, n. 859 secondo la quale il ricorso straordinario alle amministrazioni statali andrebbe notificato all'Avvocatura dello Stato.
57. Cass., SS.UU., 18 gennaio 2019, n. 1413.
58. F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 715.
59. Ai sensi del quale «nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsì sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione».
60. Secondo cui «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale» (comma 2).
61. C. Cost., sent. 26 marzo 2014, n. 73.
62. Ad es. L. Carbone, *La revisione del ricorso straordinario*, cit., pp. 2664 ss.
63. G. Urbano, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Uno strumento di tutela tra passato e futuro*, Napoli, 2023, p. 66.
64. F. G. Scoca, *Osservazioni sulla natura*, cit., p. 2374.
65. A. Mazza Laboccetta, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Un rimedio per la "tutela della giustizia nell'amministrazione"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 124.
66. Art. 10, comma 3, d.P.R. 1199 del 1971. La giurisprudenza specifica che l'impugnazione può essere proposta soltanto da alcuni dei soggetti coinvolti: Cons. Stato, ad. plen., 27 giugno 2006, n. 9, Id., 2006, III, 631.
67. Collocato nel Titolo III “Il Governo”, Sezione III su “Gli organi ausiliari”, secondo il quale «il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione».
68. Di cui al Titolo IV “La magistratura”, Sezione I “Ordinamento giurisdizionale”, che attribuisce al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa la «giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione [...]».

CERIDAP

69. P. M. Vipiana, *I ricorsi amministrativi*, in P.M. Vipiana, V. Fanti, M. Trimarchi (a cura di), *Giustizia amministrativa*, CEDAM, Milano, 2019, p. 561; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1976, p. 1939. Parla di «*natura “ibrida” dell’istituto, a metà strada, cioè, tra un ricorso amministrativo e un ricorso giurisdizionale*», anche F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 712. Ritiene “presunta” la natura giuridica del rimedio M. Calabrò, *La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove autonomie*, 1, 2009, pp. 87 ss.
70. Che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. eliminando la possibilità per il Presidente della Regione di discostarsi dal parere reso dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e, di conseguenza, la sostanziale differenza tra i pareri resi da quest’ultimo e quelli resi dal Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica: «*È dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., l’art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003, il quale dispone che qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS), con motivata richiesta deve sottoporre l’affare alla deliberazione della Giunta regionale. La disposizione censurata dal CGARS rende il parere citato non vincolante, mentre lo è quello del Consiglio di Stato a seguito delle modifiche operate dalla legge n. 69 del 2009, che lo hanno reso una vera e propria statuizione vincolante dal carattere sostanzialmente decisorio. Al contrario, il permanere della natura non vincolante del parere del CGARS mette in discussione il riconoscimento (o il mantenimento) delle medesime garanzie in sede di ricorso al Presidente della Regione Siciliana, senza che ciò sia giustificato né da eventuali differenze tra i due istituti, che non sussistono, né dai profili di autonomia speciale di cui gode la Regione Siciliana. Non emergono dunque elementi di differenziazione tra i due istituti, nazionale e regionale, idonei a giustificare una diversità di tale portata tra la disciplina statale e quella siciliana, quanto alla natura del parere dell’organo consultivo e alla possibilità di discostarsi da esso, che si risolva in una minor tutela dei propri diritti e interessi garantita al ricorrente dinanzi al Presidente della Regione Siciliana rispetto al ricorrente in via straordinaria al Presidente della Repubblica*».
71. Ai sensi dell’art. 9, comma 5, del d. lgs. n. 373 del 2003, recante le norme di attuazione del regio d. lgs. 15 maggio 1946, n. 455 convertito in legge cost. 26 febbraio 1948, n. 2.
72. Con conseguente ricorribilità del decreto emesso in sede di decisione del ricorso straordinario alle sezioni unite della Suprema Corte di cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione al pari delle sentenze del Consiglio di Stato (Cass. Civ., SS.UU., 19 dicembre 2012, n. 23464) ed eseguibilità coattiva del decreto emesso in sede di decisione di ricorso straordinario con il rimedio del giudizio di ottemperanza (Cass. Civ., SS.UU., sentenza 28 gennaio 2011, n. 2065) e altri punti acquisiti dalla giurisprudenza quali il riconoscimento della legittimità costituzionale in capo alla sezione consultiva del CGARS a sollevare questione di legittimità costituzionale e la questione pregiudiziale interpretativa ex art. 267 del Trattato

- sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).
73. CGARS, ord. 12 maggio 2022, iscritta al n. 69 reg. ord. 2022.
 74. In argomento V. Martines, *Ricorso straordinario e autonomia regionale: "memoria" e responsabilità del principio di specialità contenuto nell'art. 23 dello statuto della Regione Siciliana*, in *ambitediritto.it*, 3, 2024.
 75. In quanto la norma censurata si porrebbe in contrasto con «*l'esigenza di una uniformità di disciplina sul territorio nazionale, [...] presidiata dall'attribuzione allo Stato [...] della legislazione esclusiva in materia di giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa*»», qualora si aderisca alla tesi dell'avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, nonché di «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» (qualora si aderisca invece alla tesi del mantenimento della natura meramente giudiziale dell'istituto).
 76. Perché si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza, il quale postula che «*a tutti i cittadini della Repubblica venga attribuito un identico corredo di rimedi giustiziali e giurisdizionali*», mentre, in base a tale disposizione, i ricorrenti che si avvalgano del ricorso innanzi al Presidente della Regione Siciliana sono privati «*di un corredo di garanzie e rimedi invece esperibili nel territorio della Repubblica*»; degli artt. 111 e 117, primo comma, Cost. nonché dell'art. 136 Cost., in quanto non si prevede il divieto di discostarsi per l'ipotesi in cui il parere sia stato reso all'esito di un procedimento in cui sia stata sollevata questione di legittimità costituzionale, ovvero questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, e il parere si sia successivamente conformato alle indicazioni provenienti da tali Corti.
 77. Poiché secondo l'appellante nel giudizio *a quo* imponendo il divieto di istituire giudici straordinari o giudici speciali ove venisse confermato il potere del Presidente della Regione Siciliana di emanare il decreto decisorio del ricorso straordinario anche in difformità del parere del CGARS, la decisione di un ricorso sostanzialmente giurisdizionale, come quello in oggetto, sarebbe conferito non ad organi giurisdizionali già esistenti, quali il Consiglio di Stato e il CGARS, ma ad un organo di stampo politico quale è il Presidente della Regione Siciliana.
 78. Da leggere congiuntamente con l'art. 24 Cost. poiché «*l'applicazione dell'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003 determina in concreto un'inaccettabile discriminazione tra i cittadini che si avvalgono del rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e i cittadini siciliani costretti a esperire il rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana. Ne deriverebbe, infatti, la compromissione di quella sostanziale uguaglianza che deve garantirsi ai cittadini su tutto il territorio nazionale*», relativamente alle condizioni di esercizio del diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.)».
 79. In particolare, è stata riconosciuta alle norme di attuazione statutaria la possibilità di introdurre una disciplina particolare e innovativa, purché entro il «*limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*», soggiungendo che esse «*prevalgono, nell'ambito della*

*loro competenza», sulle leggi ordinarie, «con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti» (C. Cost., sent. 353 del 2001). In dottrina V. Martines, *Ricorso straordinario e autonomia regionale*, cit.*

80. Cons. St., I, parere 13 gennaio 2021, n. 203, punto 16; CGARS, parere 25 febbraio 2020, n. 61, punto 12.5.
81. C. Cost., sentenze 2 febbraio 2018, n. 24 e 2 aprile 2014, n. 73.
82. Cass. Civ., SS.UU., n. 2065 del 2011.
83. Cass. Civ., SS.UU., n. 23464 del 2012.
84. Cons. St., ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9.
85. C. Cost., sent. n. 63 del 2023, punti 6 e 6.1.
86. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, quale peculiare articolazione alla luce dello speciale Statuto d'autonomia dell'Isola, è una sezione (staccata) del Consiglio di Stato con sede in Palermo (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003) competente, sia in sede consultiva che in sede giurisdizionale, per le impugnazioni proposte avverso le pronunce del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (art. 4). È individuata, in capo al Presidente della Regione, la competenza a decidere i ricorsi straordinari proposti contro gli atti amministrativi regionali, sentite le sezioni regionali del Consiglio di Stato. In tal senso dispone anche l'art. 40, comma 2, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034. Il Consiglio di giustizia amministrativa, nella sua composizione consultiva, è organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo regionale siciliano (art. 9): rende un parere obbligatorio preventivo sugli atti regolamentari della regione e, con la legge regionale, possono essere determinati altri casi in cui debba essere richiesto il parere del Consiglio di giustizia amministrativa. In ogni caso, la regione siciliana può richiedere il parere facoltativo del Consiglio di giustizia amministrativa ogni qualvolta lo ritenga necessario.
87. C. Cost., sent. 63 del 2023, punto 6.1.
88. CGARS, ad. sez. riunite, 5 febbraio 2024, n. 24, punto 5.5.
89. CGARS, ad. sez. riunite, n. 24 del 2024, punto 7.1, 7.2 e 7.3.
90. Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024.
91. Ricostruisce i due istituti, anche da un punto di vista storico, G. Carlotti, *Consiglio di Stato, in Ius*, 21 settembre 2022.
92. Oltre alle pronunce già richiamate: C. Cost., sent. 21 luglio 2004, n. 254; Id., ord., 13 marzo 2001, n. 56; Id., 31 dicembre 1986, n. 298; Id., 24 luglio 1982, n. 148; 25 febbraio 1975, n. 31; Id., ord. n. 56 del 2001; Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978; 2 ottobre 1953, n. 3141. Fa eccezione la pronuncia dell'ad. generale del 16 gennaio 1908.
93. Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.
94. Sulla nozione di giurisdizione v. *infra*.
95. Prima di C. Cost., sent. 63 del 2023, Id. 9 febbraio 2018, n. 24 e 2 aprile 2014, n. 73.
96. Cons. St., I, parere, 12 novembre 2019, n. 2848; Id., parere, 22 novembre 2019, n. 2935.
97. F. G. Scoca, *Osservazioni sulla natura*, cit., 2376.
98. C. Cost., sent. 63 del 2023; Id., n. 24 del 2018; Cass. civ., sez. un., n. 15978 del 2001, n.

- 3141 del 1953; Cons. Stato, sez. I, n. 2848 del 2019; Ad. plen., n. 7 del 2015, n. 9 del 2006, nn. 1, 2, 5, 6 e 10 del 1992.
99. C. Cost., sent. 21 febbraio 2023, n. 63; Id., n. 24 del 2018.
 100. Cons. St., Ad. pl., 7 maggio 2024, n. 11.
 101. Cons. Stato, sez. I, parere 30 agosto 2024, n. 1166 e, in senso conforme, Cons. Stato, sez. I, parere 29 agosto 2024, n. 1165; Ad. plen., 7 maggio 2024, n. 11; sez. I, parere 17 ottobre 2022, n. 1728; C. Cost., sent. 7 aprile 2023, n. 63.
 102. Art. 14 d.P.R. 1199/71.
 103. C. Cost., sent. 14 febbraio 2018, n. 24.
 104. A. Travi, *La «giurisdizionalizzazione»*, cit.
 105. *Infra*, par. 3.
 106. C. Cost., sent. 7 aprile 2023, n. 63, *infra* par. 3.
 107. C. Cost., sent. 63 del 2023.
 108. L'equivalenza tra i due rimedi è data, tra l'altro, dal fatto che è la stessa norma di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 373 del 2003 a rimandare «*per l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa in sede consultiva e in sede giurisdizionale*» all'osservazione, in quanto applicabili, delle disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato.
 109. Art. 14, comma 1, d.P.R. n. 1199 del 1971, come modificato dalla legge n. 18 giugno 2009, n. 69.
 110. Cass. Civ, SS.UU., n. 2065 del 2011.
 111. Cass. Civ., SS.UU., n. 23464 del 2012, n. 20569 del 2013, n. 10414 del 2014.
 112. Art. 101, comma 1, Cost.
 113. F. G. Scoca, *Osservazioni sulla natura*, cit., p. 2374.
 114. Richiamando la giurisprudenza europea (Corte EDU decisioni 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, e 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia), peraltro, l'Adunanza plenaria n. 11 del 2024 rammenta come la disciplina sul ricorso straordinario consente di riconoscerlo alla stregua di rimedio speciale e come vi sia stato un mutamento di giurisprudenza ad opera di una decisione più recente, sempre della Corte EDU (8 settembre 2020, Medianì contro Italia), ai sensi della quale, proprio alla luce delle modifiche normative che hanno reso il parere vincolante, ha configurato il rimedio come «*un procedimento contenzioso del tipo descritto dall'articolo 6 della Convenzione*».
 115. Spec. art. 6, par. 1.
 116. Espressione che, non a caso, richiama alla memoria il celebre discorso di Bergamo di Silvio Spaventa.
 117. TAR Sicilia, Catania, III, 9 maggio 2024, n. 1696 secondo cui «*il ricorso straordinario, pur non indicato espressamente in Costituzione, era stato considerato dai costituenti nell'ambito dell'art. 100 Cost. e, sulla base delle indicate innovazioni normative, non può ritenersi trasferito nel contenitore forgiato dall'art. 103 Cost.*».
 118. Cons. St., ad. plen. n. 11 del 2024, spec. punto 5.4.
 119. F.G. Scoca, *Decisione del ricorso straordinario e giudicato*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 251.
 120. P. Cerbo, *Natura del procedimento di ricorso straordinario al presidente della repubblica*,

- in *Il Foro It.*, 7-8, 2024, p. 403.
121. Art. 12 delle Preleggi al codice civile.
 122. A. Travi, *La “giurisdizionalizzazione”*, cit.
 123. Cons. St., I, n. 2553 del 2014.
 124. Cons. St., ad. plen., n. 11 del 2024.
 125. Cons. St., n. 2131/2012, sopra citata.
 126. A. Travi, *La “giurisdizionalizzazione”*, cit.
 127. M. Nigro, *Annullamento d’ufficio e revocazione di decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 3, 1956, pp. 53 ss.; prima, con riguardo al ricorso al Re A. De Valles, *Nota a Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 1919*, in *Foro it.*, 3, 1919, p. 179; U. Forti, *Nota a Cons. Stato, par. 7 marzo 1907*, in *Foro it.*, 3, 1907, p. 382; di recente, G. D’angelo, *La giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario: profili critici*, cit., p. 2013.
 128. Cons. Stato, II, 19 dicembre 2011, n. 4738.
 129. «*Essendo irragionevole e in contrasto col principio di economia dei mezzi giuridici che ciò che è ammesso per il decreto presidenziale decisorio non possa esserlo per il prodromico parere di questo Consiglio di Stato*» così Cons. St., I, parere 18 giugno 2018, n. 1553; Id., I, parere, 4 luglio 2017, n. 1601, purché l’istanza di riesame sia stata presentata prima dell’emanazione del decreto decisorio (Cons. Stato, II, 23 giugno 2016, n. 1485).
 130. Da ultimo, Cons. St., I, ad. di sez., 27 marzo-10 aprile 2024, n. 464; CGA Sicilia, ad. sez. riunite, 5 febbraio 2024, n. 24.
 131. F. Volpe, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?* in *giustamm.it.*, 2, 2015.
 132. Art. 11 d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199.
 133. L’ad. plen. del Consiglio di Stato n. 11 del 2024 richiama, sul punto, tra le molte: Cons. St., I, 26 ottobre 2005, n. 1407 e Id, III, 9 gennaio 2003, n. 3600.
 134. T.A.R. Sicilia, Catania, III, 9 maggio 2024, n. 1696.
 135. Sempre Cons. St., ad. plen. n. 11 del 2024. Altresì, Cons. Stato, II, 23 gennaio 2012, n. 1165, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 1, 168.
 136. Artt. 100, comma 1 e 3, 103, comma 1, 111, ultimo comma, e VI disp. Trans. Cost. che confermano la sua natura amministrativa e mettono in rilievo la natura dualistica del sistema italiano di tutela contro la pubblica amministrazione.
 137. A differenza di quanto accade nell’ordinamento spagnolo ove l’organo consultivo e l’organo giurisdizionale sono separati, sebbene anche il Consiglio di Stato spagnolo fino all’entrata in vigore della Costituzione seguiva l’impostazione del Consiglio di Stato francese seppure, per poi distinguere organo giurisdizionale e organo consultivo. Questo assetto influisce anche in relazione alla composizione: l’organo giurisdizionale (Consiglio di Stato) italiano è anche di nomina politica, mentre in Spagna no. A differenza di quanto accade in Spagna, la natura ibrida del rimedio si evince dalla Carta costituzionale.
 138. S. Cassese, *Le molte vite del Consiglio di Stato*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011.
 139. CGCE, V, 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96. Relazione sulla giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Alberto De Roberto, Roma, Palazzo

Spada, 21 marzo 2003.

140. G. D'Angelo, *Consiglio di Stato e «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 3, 2012, p. 532.
141. N. Martire, *Necessità di sopprimere il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro Amm.*, 3, 1965, p. 191.
142. A. Carbone, *Il ricorso straordinario al presidente della repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, pp. 105-106.
143. Cons. St., I, n. 2553 del 2014.
144. P. Cerbo, *Natura del procedimento*, cit., p. 403.
145. G. Carlotti, *Il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 63 del 2023 e dell'Adunanza plenaria n. 11 del 2024*, in *giustizia-amministrativa.it*, 22, 2024.
146. Cons. Stato, sez. I, parere 12 febbraio 2024, n. 135, in senso conforme: Cons. Stato, sez. I, parere 2021, n. 118.
147. In M. L. Torsello, C. Bruglia, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit.

The EU and the AI ACT. Was it worthwhile to be the first?

Benedetta Cappiello

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-175

Il Regolamento UE sull'IA (AI Act) mira ad armonizzare le normative del mercato interno in materia di IA, garantendo la sicurezza dei prodotti AI nel rispetto dei diritti fondamentali. L'analisi qui svolta mira, da un lato, a stabilire se l'UE abbia legittimamente esercitato il suo potere legislativo su una materia di competenza concorrente e, dall'altro, a valutare se il quadro normativo dell'AI Act sia effettivamente idoneo a conseguire il suo obiettivo ultimo, sia al l'interno che all'esterno del l'UE. Esiste infatti il rischio che una legislazione rigorosa, esclusivamente a livello UE, possa ostacolare lo sviluppo senza raggiungere pienamente i suoi obiettivi: proteggere il mercato interno e i diritti fondamentali.

The AI Act aims to harmonise internal market regulations for AI, ensuring the safety of AI products while respecting fundamental rights. This analysis seeks, first, to determine whether the EU has legitimately exercised its legislative power on a subject of shared competence and, second, to assess whether the regulatory framework of the AI Act is truly suited to achieve its ultimate goal, both within and outside the EU. There is a risk that stringent, EU-only legislation may hinder development without fully achieving its objectives: protecting the internal market and fundamental rights.

Summary: 1. Introductory remarks.- 2. Towards the EU digital single market: art. 114 TFEU as the appropriate legal basis.- 3. ... it follows: the AI Act as part of the digital single market.- 4. Abstract requirements, technical standards, and fundamental rights protection: a complex coordination.- 5. The risk of an extra-territorial application.- 6. Preliminary conclusion.

1. Introductory remarks

Since 2018, the EU has been striving to reach its “digital sovereignty” (the precise meaning of “digital sovereignty” is not clearly defined within the EU legal texts). Accordingly, the EU aims to act autonomously as a unified entity regulating rapid technological advancements. The rationale behind this effort is to narrow the gap in the technological sector; currently, the EU heavily relies on non-European digital technologies. Namely, the EU has fallen behind technologically in telecommunications and now relies on non-European technologies for many services delivered through 5G networks. Technological dependence creates vulnerability – making it more susceptible to cyberattacks – which is why the EU is working to achieve greater digital sovereignty. The European policy on artificial intelligence perfectly fits within the referred political approach.

In detail, Regulation (EU) 2024/1689, laying down harmonised rules on artificial intelligence (“AI Act”)^[1], will be the first comprehensive regulation on the deployment and development of AI systems. It reflects the EU’s imperative to integrate AI systems within the digital single market. It prevents member states from normative fragmentation while providing suppliers and operators with a comprehensive and coherent legal framework to guide their activities. In this field, the EU will thus achieve legislative primacy; however, it is doubtful whether technological leadership will derive from this.

The aim of this analysis is, firstly, to ascertain whether the legal bases chosen for the AI Act, namely Articles 114 and 16 TFEU, were the appropriate ones to legitimize the EU legislative action and, secondly, whether the normative framework enacted within the AI Act is truly adapted to ensure the safety of AI products while respecting fundamental rights, both within and outside the EU (Brussels effect).

2. Towards the EU digital single market: art. 114 TFEU as the appropriate legal basis

The final aim of the AI Act is to protect the internal market by preventing the entry and/or distribution of AI systems that affect health, safety, and fundamental rights.

Regarding the chosen instrument, from a legal perspective, the aim to protect the internal market, specifically the digital single market (“DSM”), from the uncontrolled entry of AI systems is precise^[2]. What is doubtful is whether the combination of arts. 114 and 16 TFEU can be easily referred to as the legal basis conferring upon the EU the power to legislate in a field of shared competence.

As regards the combination of legal bases, according to the ECJ case law, in case more than one legal basis is possible, it must be first ascertained whether one of the objectives is relevant or predominant^[3]. That will be the primary legal basis of the act. The primary objective of AI Act is to approximate rules on safety AI products that enter the internal market. Accordingly, Art. 114 TFEU is the primary legal basis, while Art. 16 TFEU is the secondary legal basis (a reference to data privacy is needed for the scenario in which the AI Act legitimizes – for reason of public interest only – real-time remote biometric identification).

As regards the choice of Art. 114 TFEU to legitimize EU legislative power, European case law, and academia have much debated the extent and manner in which it can be relied on. A complete presentation of its extension would exceed the scope of this analysis; it suffices here to summarize the requirements that a new piece of EU legislation, such as the AI Act, must meet to rely on Art. 114 TFEU as legal basis. When dealing with the reliance on Art. 114 TFEU, a double perspective can be followed: general (EU practice to frame the DSM) and specific (AI Act fitting with the EU policy on DSM; see next paragraph).

As for the general perspective, the history of Art. 114 TFEU dates back to the Treaty of Rome when it was Art. 100 EEC; later, the European Single Act enacted Art. 100A (later Art. 95 TEC). This latter has signed a fundamental advancement in the EU integration policy: it has introduced binding rules to help bridge the gaps between national regulations that hinder forming a unified internal market. Since then, the aim to approximate the laws laid down to ensure the establishment and functioning of the internal market has become an EU objective and an instrument to provide (and speed up) European integration.

As of today, we notice that for many years, the EU aim has been to ensure that provisions already in force for the single (physical) market could have found – *mutatis mutandis* – a corresponding application for the digital single market. It has done so by exercising a broad legislative power, constantly referring to Art. 114 TFEU as a legal basis.

Precisely, the electronic commerce directive (2000/31/EC), based on Art. 114 TFEU was first meant to enact an internal market framework for online services. Immediately after, the EU approach to the definition of the EU DSM has become more consistent. Namely, since 2015, the Commission has heavily relied on Communications to lay the foundation for the DSM. In 2017, a Communication from the Commission (COM 2017, 228 final, 10 May 2017) first mentioned artificial intelligence as an issue to be treated as part of the digital single market. Many other Communications followed. These Communications soon evolved into binding derivative acts, resulting in a patchwork of legislation attempting to harmonise or to approximate (the verbs are used interchangeably) provisions across various sectors of the single digital market. Examples include microchip regulation, the Digital Single Market Act, and the Digital Services Act. Also, European space policy and regulations have been rapidly increasing. All the said derived laws rely on Art. 114 TFEU; as such, the provision has become the instrument to legitimize EU legislative power to frame a harmonised level playing field in the digital single market.

3. ... it follows: the AI Act as part of the digital single market

Within the political approach described in the previous paragraph, the regulation of artificial intelligence has also found its place. As a piece of derived law, the said regulation is adopted to harmonise the legislation, and ensure the proper functioning of the internal market in its form in its form as the digital single market^[4]. Accordingly, assuming a specific perspective, we need to ascertain whether the AI Act meets the requirements for the the EU to exercise a legislative power based on Art. 114 TFEU.

Firstly, the internal market is an object of shared competence between the EU and the member States (see Art. 4.2 *lett. a*) TFEU). As such, the reference to the legal basis must be rigorous^[5]. According to the ECJ case law, a measure proposed to realize the internal market must be based on: «*objective factors which are amenable to judicial review*»^[6]. This includes the objectives and the content of the measure.

The AI Act's aim is precise and rooted in two premises.

First, it wants to ensure both fundamental rights protection and innovation. Precisely, the AI Act introduces horizontal provisions to govern the entry into the EU market, the putting into service, and the use of artificial intelligence in the Union, «*in accordance with Union values, to promote the uptake of human-centric and trustworthy artificial intelligence while ensuring a high level of health, safety, democracy, the rule of law, and environmental protection, to protect against the harmful effects of AI systems in the Union, to support innovation*» (AI Act, premises n. 1).

It is a fact that AI systems pose risks to specific fundamental rights; risks are linked to, for instance, discrimination bias linked to algorithms, social scoring, patient health and cure, and AI-product final-users' protection. Also, AI-systems development and training might have a negative environmental impact (in terms of heavy energy consumption), which needs to be controlled. As such, the deployment and use of AI systems put at risk compliance with arts. 9, 12, and 18 TFEU, and arts. 21 and 38 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Additionally, real-time remote biometric identification in publicly accessible spaces for law enforcement purposes risks data privacy.

This being said, the second premise can be derived: the incorrect functioning of DSM increases the risk raised by the AI system to fundamental rights. The need to correlate fundamental rights protection and AI systems is self-evident. However, the protection of fundamental rights alone cannot be used as a legal basis as the EU treaties do not allow it.

Thus, the EU legislator referred to the most general legal basis available: Art. 114 TFEU^[1]. In other words, the primary goal to protect fundamental rights has led the EU legislators to harmonise provisions on AI-product safety within the internal market.

The EU Court of Justice case law has already had several opportunities to legitimize EU harmonisation efforts in the internal market to protect fundamental rights (see EU Court of Justice *Omega*^[8]; *Schmidberger*^[9]; *Safe Harbour*^[10]). From this, it can be derived that fundamental rights protection seems to legitimize the EU legislator's expansive approach to comprehensive AI-product safety regulation.

Secondly, it must be assessed whether the AI Act abides by the principles of subsidiarity and proportionality, which must be ensured when the EU legislator

legislates in a field of shared competence. In this regard, the explanatory memorandum attached to the proposal for a regulation on AI, along with premise n. 176 of the AI Act provides the required answer. Concerning the principle of subsidiarity, the legislator highlights that some member States have already started to introduce provisions on AI systems, creating a concrete risk of fragmentation and an ineffective framework for ensuring product safety, which would directly impact fundamental rights protection. As stated in the proposal: «*the objectives of this proposal can be better achieved at Union level to avoid a further fragmentation of the Single Market into potentially contradictory national frameworks preventing the free circulation of goods and services embedding AI systems*». Moreover, a comprehensive EU regulatory framework will strengthen EU competitiveness in the field. Premise n. 176 of AI Act highlights that the regulation introduces: «*measures in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Art. 5 TEU*».

Regarding the principle of proportionality, the legislator makes clear that the actions and obligations mandated by the AI Act are proportionate and necessary to achieve the objectives that have been pursued. It supports this by recalling that the AI Act enacts a risk-based approach. In detail, AI systems introducing an unacceptable risk are banned outright. The EU intervenes only when the AI systems are likely to pose a high-risk to the internal market. For non-high-risk AI systems, only minimal and non-stringent transparency obligations are required. The above analysis suggests that, in line with the recent legislative practice, the EU has established the principles of subsidiarity and proportionality in framing standardized clauses. It can do that as the European case law has already acknowledged an ample margin of discretion upon the EU legislator once it decides to adopt normative provisions to harmonise the internal market. Also, the EU member States' competent internal organs, when asked their opinion about the proposal for the AI Act, have not raised objections. Few have limited themselves to highlighting that the EU legislator should (have) better ensure that innovation is not stifled (see Estonia, Finland, Germany, Malta, Romania, Slovak Republic).

One last point needs to be raised regarding the choice made by the EU legislator: Article 114 TFEU allows the selection of any derivative act. In the past, the normative provisions based on Article 114 TFEU were enacted within directives

(see, for instance, the approximation of EU member states' provisions on consumer protection). The level of harmonisation pursued by a directive is minimal, as member States are free to adapt the provisions enacted therein at their discretion, as long as the final aim pursued is ensured^[ii].

Conversely, we observe that the recent normative practice aimed at framing the DSM relying on article 114 TFEU has opted for regulations which, like a particular kind of directive – the self-executing one – ensure a higher level of harmonisation as they frame a cap and a bottom. Also, a regulation mandates a uniform (as it is for the self-executing directive) and a horizontal direct application. From this, it is derived that the choice to enact a comprehensive regulation on AI product safety is in line with the most recent practice of ensuring maximum harmonisation. The direct applicability will immediately reduce fragmentation and accelerate the deployment and use of safe AI systems, ensuring that fundamental rights are protected. Aside from that, there are still specific provisions that (seem to) leave member States free to act. Namely, Section 4 of the regulation, titled «*notifying authorities and notified bodies*», leaves the member States free to build up domestic authorities to control the correct application of the AI Act. However, the said (autonomous) action required of member States is merely practical and functional (proper application of the regulation). Also, it has a downside: we see fragmentation in how member states ensure the authorities' excellent and correct functioning – in terms of economic and human resources.

Having said the above, it seems that the legislator has abided by the criteria currently required by Art. 114TFEU to legitimize the entry into force of a regulation in a subject that is part of a shared competence. The recourse to a regulation, thus to a maximum level of harmonisation, was the only way to objectively improve the conditions for establishing and functioning the digital single market in AI.

However, from a political perspective, the EU's choice might have the effect of reopening the debate on exercising its power internally and externally. Internally, despite the recent practice, article 114 TFEU does not confer an open-ended legislative power whenever at stake the is “internal market issue”. Externally, instead of acting solo, the EU should have opted to reach cooperation at the international level. The legislative patchwork of AI systems that the EU wanted

to avoid internally is about to rise externally. And the potential “Brussels effect” risk is not of help.

4. Abstract requirements, technical standards, and fundamental rights protection: a complex coordination

Aside from the procedural aspects scrutinized in the previous paragraphs, what is at stake now is the content of the regulation.

In detail, we observe the following.

Firstly, and generally, we observe that the regulation aims to be “comprehensive”, and this is likely to have a “boomerang” effect. As said, the regulation follows a risk-based^[12] approach, which is a top-down method. Accordingly, specific AI-systems categories are prohibited, while others are not included in the AI Act because they do not raise particular concerns (thus remaining subject to voluntary codes or existing legislation, such as the general product safety regulation). Most provisions focus on high-risk AI systems, which pose risks to fundamental rights such as health, environment, democracy, the rule of law, etc. For these systems, the regulation mandates obligations regarding certain levels of requirements, transparency, information, and control by national authorities.

This being said, the need for such comprehensive regulation in a field that is in constant evolution is debatable, as the provisions (even if general and abstract) easily risk becoming old. And the risk is concrete.

The time required for derived acts to enter into force risks rendering them outdated by the time they become effective. As for AI Act, it had to follow the ordinary legislative procedure (as required by Art. 114 TFEU), which, even if taken short, still objectively takes its time to be concluded. In this case, the proposal dates back to 2021, the regulation entered into force on 2 August 2024, and most provisions will start applying on 2 August 2026. However, prohibitions on AI systems identified as posing an unacceptable risk will take effect in six months, while the regulations for General-Purpose AI models will be implemented after a year. To reduce the risk of “superseded clauses,” it would have been desirable to introduce a clause of “technological obsolescence” as suggested by the French Assemblée Nationale via its *Avis politique* rendered in 2021 when asked for its opinion on the regulation. Namely, the Assemblée

Nationale: «*Émet la proposition qui soit insérée dans le projet d’acte européen, une disposition sur sa révision à venir, une sorte de « borne de temps », tant le risque d’obsolescence juridique peut s’avérer élevé compte tenu de l’évolution très rapide des techniques de l’IA».*

Secondly, we highlight that, as seen, the AI Act raises concerns as its provisions are formulated in abstract terms, being more like general requirements. At the current stage, the only way out of not having AI developers as first interpreters of the AI Act will be to have an “easily updated” technical standard framed from the abstract legal requirements enacted in the AI Act. This option is highly concrete. According to the most recent legislative praxis, known as the “New Legislative Framework,” the EU legislator has incorporated into the AI Act the abstract essential requirements of general interest^[13]; the Commission will then mandate the definition of the executive technical frameworks comprising standards to the designated by the deputy European Standardization Organizations (ESOs) (see arts. 40 AI Act). What is just referred to is a typical example of public-private “co-regulation.” In practice, this means having a non-legislator as the first interpreter of the general requirements of a legislative act whose primary aim is to ensure AI-product safety. The EU institutions’ *ex-post* control exists; if the Commission decides that the technical standard complies with the request and the legislative act at stake *via* an executive decision, it publishes its reference in the Official Journal of the European Union^[14]. However, unlike the recent practice of relying on ESO, the AI Act requires more attention.

The harmonised technical rules that will be developed will need to “ensure” the protection of fundamental rights, as mandated by the primary purpose of the AI Act^[15]. Theoretically, whether and how a technical standard can effectively protect fundamental rights^[16] is debatable. The answer will depend on the AI product and the specific human rights that must be protected. For instance, we expect that if a product complies with a given standard, then it respects the related human rights (because, in principle, the standard is designed to achieve that goal)^[17]. In practice, if we assume the above, there are certain conditions under which a technical standard ensures the protection of a given human right. It is desirable for the technical standards framed for the AI Act to be designed on a case-by-case basis, according to the human rights at stake.

Aside from this, it seems to be a last consideration related to the abstract

requirements within the AI Act. We observe that there are specific abstract provisions that mandate general obligations that cannot be translated into practice. Notably, we focus on two: both articles 10 and 14 mandate requirements that are not feasible to be ensured in practice. In detail, article 10.3 requires that: «*training, validation, and testing data sets shall be relevant, sufficiently representative, and to the best extent possible, free of errors and complete because of the intended purpose*». This provision sounds more like a best practice than a concrete result. A data set representative and free of errors cannot be built up. Alike, “to the best extent possible” is all but a concept that can be easily applicable in a technical context. Art. 14 mandates that: «*high-risk AI systems shall be designed and developed in such a way, including with appropriate human-machine interface tools, that natural persons can effectively oversee them during the period in which they are in use*». This provision risks not being respected; it is intrinsic, like non-conditional algorithms, to escape human oversight. In other words, it is still technically impossible to determine the reasoning – the link – made by a non-conditional algorithm to provide a particular output. During the training session, the developer cannot be sure – and therefore cannot oversee – the correlations made by the algorithm. We will wait to see how the deputy ESO will solve the abovementioned conundrum.

5. The risk of an extra-territorial application

It is foreseeable the AI Act will have effects not just within the EU but also outside.

The potential Brussels effect is indeed concrete^[18]. However, the fear of a boomerang Brussel effect is also highly concrete. The practice distinguishes a *de facto* effect (when companies outside the EU abide by EU standards) from a *de jure* effect (when other jurisdictions emulate EU regulation).

Regarding the former, we see a risk of a decreased level of protection for values that cannot be linked to product safety requirements. This effect will be reflected both internally and externally. As observed, the current version of the AI Act mandates safety to avoid risks to health, the environment, and other fundamental rights. However, the EU’s aim to “export” higher and more stringent standards for AI systems, assuming they are the most comprehensive, is not entirely correct.

Fundamental values, which represent principles and are not easily translated into software rules – such as democracy and the rule of law – are being deprioritized. And from the above, it derives the eventual “boomerang” Brussels effect. Producers and suppliers from outside the EU may likely believe that compliance with the AI Act is sufficient to ensure fundamental rights and values at the level required within the EU. However, voluntary compliance by non-EU producers and suppliers with these standards might not be enough. Risks to fundamental values that cannot be easily ensured by the AI Act requirements will occur, and they will only become evident once they materialize into harm. Therefore, these issues will be resolved differently, according to the legal framework applicable where the damage occurred. This legal framework might not correspond to the European level of protection for fundamental rights. Accordingly, the Brussels *de facto* effect – reflected in mere compliance with the AI Act standards – may not be as desirable regarding specific human rights protections.

Regarding the Brussels *de jure* effect, we see many jurisdictions adopting other approaches to AI-systems regulation; this leads to different consequences.

On one side, we see that the stringent provisions of the AI Act could trigger EU companies to explore different – and more accessible – markets. AI algorithms would then be trained to follow values and principles different from those of European ones. However, output from AI algorithms is nowhere and everywhere. Therefore, output produced by AI algorithms developed outside the EU and abiding by different values might reach the European internal market. If this is the case, article 2 of the AI Act might lead to holding extra-EU producers liable. According to the said provision, the links from which the AI Act application can be derived are either via territorial connection (developers or deployers are established or located within the EU) or via the output (if the output is produced within the EU, the regulation applies no matter where developers and deployers are based). This latter extra-territorial application of the AI Act would become concrete at one condition: the output concept has to be adequately defined, distinguishing between conditional and non-conditional algorithms. Without a definition, the AI Act’s extra-territorial application risk is inapplicable. The question is still open.

Conversely, technically scarce jurisdictions could rely on and copy the management of the AI sector as framed by the EU. Legislators abroad might find

themselves reproducing the pros and cons linked to the AI Act^[19]. In other words, non-EU jurisdictions might also consider the AI Act a regulatory standard and basis. However, given that the regulation, mainly a product safety regulation, omits protecting specific EU fundamental values, the risk is to have a boomerang Brussels *de jure* effect.

6. Preliminary conclusion

The development of AI systems cannot be stopped, and not all the consequences can be foreseen yet. As such, a regulation presented as comprehensive is not, and cannot be, genuinely comprehensive. Accordingly, we stress that stringent and isolated legislation, such as the AI Act, risks stifling technological development without achieving its aim: protecting fundamental rights *via* the definition of harmonised safety product standards. Perhaps the said goal could have been reached by updating, whenever needed, the relevant patchwork of EU legislations already enacted within the DSM. The said approach would have lessened the technological development in the AI sector.

However, the AI Act has entered into force. From what we have scrutinized above, the recourse to annulment procedure on the assumption that the AI Act lacks the legal basis is hardly likely to end in a favorable decision^[20]. The ECJ will have to overturn its previous praxis on Art. 114 TFUE.

Therefore, we must follow the next steps closely, paying particular attention to the type and the level of technical standards the ESO will frame to translate the AI Act abstract and general requirements into practical technical standards.

Additionally, it is essential to monitor the movements of other political powers, particularly those with ‘technical importance’ in the technological field. The goal should be to avoid a situation where a “comprehensive normative level playing field” within the EU leaves it far behind in technological advancement. A European Union that remains dependent on highly sophisticated technology – as is already the case with 5G – risks depriving a much-desired “comprehensive” regulation on AI systems of any meaningful content.

1. Regulation 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).

2. M. Inglese, *Il Regolamento sull'intelligenza artificiale come atto per il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?*, in *Quaderni AISDUE*, 2, 2024.
3. See Court of Justice, judgment 6 November 2008, C-155/07, *Parliament v. Council*, ECLI:EU:C:2008:605.
4. See S. Gröf, *Regulating BigTech. An investigation on the admissibility of Art. 114 TFEU as the appropriate legal basis for the digital markets acts based on an analysis of the Objectives and regulatory mechanism*, 2023. Available here: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4549209 (last accessed September 2024); T.M. Moschetta, *Il raccvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, Cacucci Editore, Bari, 2018.
5. See L.S. Rossi, *Does the Lisbon Treaty provide a clearer separation of competences between EU and MS?*, in A. Biondi (ed.), *EU after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
6. According to the Court of Justice case law «*the object of measures adopted on the basis of Article [114(1) TFEU] must genuinely be to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market. While a mere finding of disparities between national rules and the abstract risk of infringements of fundamental freedoms or distortion of competition is not sufficient to justify the choice of Article [114 TFEU] as a legal basis, the Community legislature may have recourse to it in particular where there are differences between national rules which are such as to obstruct the fundamental freedoms and thus have a direct effect on the functioning of the internal market or to cause significant distortions of competition. §33 Recourse to that provision is also possible if the aim is to prevent the emergence of such obstacles to trade resulting from the divergent development of national laws. However, the emergence of such obstacles must be likely and the measure in question must be designed to prevent them*» §32. See Court of Justice, judgment, 8 June 2010, C-58/08, *The Queen on the application of Vodafone Ltd. et al. v. Secretary of State for business, enterprise and regulatory reform*, ECLI:EU:C:2010:321. See also: Court of Justice, judgment, 2 May 2006, C-217/04, *United Kingdom v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2006:279, § 42; Court of Justice, judgment 10 December 2002, C-491/01, *The Queen and The Secretary of State Health v. British American Tobacco (investments) Ltd. and Imperial Tobacco Ltd*, ECLI:EU:C:2002:741, §60; Court of Justice, judgment, 12 December 2006, C-380/03, *Germany v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2006:772, §37 (see also case law therein quoted). See also Court of Justice, judgment 10 February 2009, C-301/06, *Ireland v. European Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2009:68, at §63; and Court of Justice, judgment 5 October 2000, C-376/98, *Germany v. Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2000:544, at §84 and §106. As for the academia, see A. Lamadrid de Pablo, N. Bayón Fernández, *Why the proposed DMA might be illegal under art. 114 TFUE, and how to fix it*. Available here: <https://chillingcompetition.com/wp-content/uploads/2021/04/why-the-proposed-dma>

- might-be-illegal-under-article-114-tfeu-and-how-to-fix-it-3.pdf (last accessed September 2024).
7. See S. Poli, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *Quaderni AISDUE*, 5, 2021; M. Kellerbauer, *Art. 114 TFEU*, in M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomklin (ed.), *The EU Treaties and the Charter of fundamental rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
 8. Court of Justice, judgment 14 October 2024, C-36/02, *Omega v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614.
 9. Court of Justice, judgement 12 June 2003, C-112/00, *Schmidberger v. Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:333.
 10. Court of Justice, judgment 6 October 2015, C-362/14, *M. Scherms v. Data Protection Commissioner and Digital rights Ireland Ltd (“Safe Harbour”)*, ECLI:EU:C:2015:650.
 11. C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2015.
 12. On the risk-based approach, see among the preliminary comment, M. Ebers, *Truly risk-based Regulation of Artificial intelligence – how to implement the EU AI Act*, 2024. Available <https://ssrn.com/abstract=4870387> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4870387> (last accessed September 2024); C. Novelli, F. Casolari, A. Rotolo et al., *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act (2024)*, in *Digital Society*, 3, 2024; M. Kaminski, *Regulating the Risks of AI*, in *Boston University Law Review*, 103, 2023.
 13. See A. Volpato, *Il ruolo delle norme armonizzate nell’attuazione del Regolamento sull’intelligenza artificiale*, in *Quaderni AISDUE*, 2, 2024.
 14. See A. Volpato, *The Legal Effects of Harmonised Standards in EU Law: From Hard to Soft Law, and Back?*, in P. L. Láncos, N. Xanthoulis, L. Arroyo Jiménez (ed.), *The Legal Effects of EU Soft Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2023; V. B. Lundqvist, *European Harmonised Standards as ‘Part of EU Law’: The Implications of the James Elliott Case for Copyright Protection and, Possibly, for EU Competition Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 4, 2017.
 15. See EU Commission Implementing Decision of 22 of May 2023 on a standardisation request to the European Committee for standardisation and the European Committee for Electrotechnical Standardisation in support of Union policy on artificial intelligence, C(2023) 3215final (issued according to art. 10 EU Reg. 1025/2012).
 16. See UN, Office of the high commission for human rights, Call for inputs: “the relationship between human rights and technical standard-setting process for new and emerging digital technologies (2023), available at: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2023/call-inputs-relationship-between-human-rights-and-technical-standard-setting> (last accessed September 2024); see also UNGA Resolution A/Res/78/213 on the promotion and protection of Human rights in the context of digital technologies, 22 December 2023; P. Delimatsis, *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015;

CERIDAP

- M. Girard, *Global standards for digital cooperation*, in *Centre for International Governance Innovation*, 2019 (see <https://www.cigionline.org/articles/global-standards-digital-cooperation/>).
17. See C. Caeiro, M. McFadden, E. Taylor, *Standards: The New Frontier for the Free and Open Internet*, in *DSN Research Federation*, 2023. Available at: <https://dnsrf.org/blog/standards--the-new-frontier-for-the-free-and-open-internet/index.html> (last accessed September 2024).
 18. See M. Almada, A. Radu, *The Brussels side-effect: how the AI-Act can reduce the global reach of EU policy*, in *German law Journal*, 204, 2024; A. Bradford, *The Brussels effect: How the European union rules the world*, Columbia Law School, 2020.
 19. At date, the Chilean President of the Republic sent to the Chamber of Deputies a bill aimed at regulating Artificial Intelligence. The bill is said to have been framed takin the EU AI - Act as a model. See <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17429&prmBOLETIN=1682119>.
 20. The annulment procedure expires within 2 months from the publication or the notification of the contested measure. See S. Weatherill, *The limits of legislative harmonization Ten Years after Tobacco advertising: how the courts case law has become a “drafting Guide”*, in *German Law Journal*, 3.

Public Administration in the Implementation of Preventive Anti-Corruption Mechanisms: A Case Study of Anti-Corruption Declaration in Times of Martial Law

Rodion Nehara, Kateryna Shvets, Mikhail Sidor, Anatolii Berlach and Julia Iurynets

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-140

Obiettivo dello studio è di identificare le ragioni e i motivi che hanno condotto alla sospensione della presentazione delle dichiarazioni elettroniche anticorruzione da parte dei funzionari pubblici in Ucraina, nonché di valutare la loro adeguatezza e significato al momento. Gli autori giungono alla conclusione che il ripristino delle dichiarazioni elettroniche anticorruzione in Ucraina sia attualmente imperativo. Al contempo, propongono un approccio differenziato per le diverse categorie di funzionari pubblici con riguardo alla presentazione delle dichiarazioni, unitamente all'istituzione di misure preventive obbligatorie. Il bilanciamento di tutte queste misure risulta infatti essere cruciale per il processo di ripristino delle dichiarazioni elettroniche anticorruzione. L'oggetto dello studio, considerato come un'attività di ricerca separata e indipendente in Ucraina per la prima volta, ha prospettive di ulteriore esplorazione, soprattutto nel contesto della creazione di meccanismi per l'attuazione di dichiarazioni anticorruzione elettroniche in un quadro giuridico caratterizzato dalla vigenza della legge marziale.

The aim of this study is to identify the reasons and grounds leading to the suspension of the submission of anti-corruption electronic declarations by public servants in Ukraine, as well as to assess their appropriateness and significance at present. The authors reach the conclusion that the reinstatement of anti-corruption electronic declarations in Ukraine is currently imperative. Simultaneously, the authors propose a differentiated approach for different categories of public servants regarding declaration submissions, along with the establishment of mandatory preventive

measures. Balancing these measures is crucial to the restoration process of anti-corruption electronic declarations. The subject of the study, considered a separate and independent research endeavor in Ukraine for the first time, holds prospects for further exploration, especially in the context of establishing mechanisms for implementing anti-corruption electronic declarations in times of a legal framework of martial law.

Summary: 1. Introduction.- 2. Methods.- 3. Results.- 4. Discussion.- 4.1. Prerequisites for the regulatory update of the regulation regarding anti-corruption declarations during the period of martial law.- 4.2. Declaration risks for individuals authorized to hold positions in state or local government roles.- 4.3. Peculiarities of transformation of the declaration subject during the period of legal martial law framework.- 5. Conclusion.- 6. Bibliographical References.

1. Introduction

The evolution of Ukraine's corruption prevention system has traversed a complex trajectory of formation and development. Preventive anti-corruption mechanisms have become ingrained, operating automatically, and are perceived by both society and public officials as an obligatory component of public authorities' functionality. The imposition of the legal framework of martial law posed a challenge to the national corruption prevention system at large, affecting the application of specific preventive anti-corruption measures. This distinctive legal framework primarily aims to mobilize the entire society to safeguard Ukraine, uphold its territorial integrity, and protect national interests. In addition, it emphasizes the need for a balance to be struck between the use of preventive measures against corruption and maintaining the integrity of Ukraine's corruption prevention system, especially when it comes to disseminating information about public officials, protecting their lives and health, reducing threats, and other related issues. In this context, reevaluation of the decision to halt anti-corruption electronic declarations in Ukraine, undertaken after a year and a half of conflict, becomes imperative^[1].

As of the beginning of 2022, the establishment of Ukraine's corruption

prevention system, mechanisms for preventing corruption, and the cadre of entities specially authorized to combat corruption, tasked with ensuring their effective implementation, was in its final stage. Clearly, the operation of the corruption prevention system in Ukraine, as well as the content and application procedures of anti-corruption mechanisms required refinement, further enhancement of their effectiveness, the incorporation of global anti-corruption practices, and alignment in line with the norms and standards of the European Union. One of the most effective anti-corruption mechanisms that has proved its importance is financial control, which includes:

- 1) submission of declarations individuals authorized to carry out duties within the state or local government, including the recording and public disclosure of declarations;
- 2) monitoring and verification of declarations;
- 3) establishing the punctuality of declaration submission;
- 4) a comprehensive review of declarations;
- 5) monitoring the lifestyle of individuals subjects to declaration^[2].

In addition, electronic declaration is characterized by complexity, as it enables the detection of a significant majority of corruption and related offenses. With the help of electronic declaration, additional anti-corruption measures and restrictions are also implemented, including monitoring the lifestyles of individuals subject to declaration (Article 514) a special check (pp. 56-58), The process for conducting a special inspection of individuals applying for roles involving significant responsibility or positions at heightened risk of corruption, as stipulated by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated March 25, 2015^[3], preventing and resolving conflicts of interest (Articles 28-36) restrictions on receiving gifts (Articles 23-24), etc^[4].

Given this, a primary focus in enhancing electronic declaration has become the proper implementation of the Unified State Register of Declarations of individuals authorized to hold positions in state or local government. This involves the creation and carrying out tools for automated control over the submission of declarations, the accuracy of their completion, identification of deficiencies, violations, discrepancies, and the like. The introduction of the legal regime of martial law, as outlined in the Presidential Decree “On the Introduction of Martial Law in Ukraine” dated February 24, 2022^[5], approved

by the Law of Ukraine No. 2102-IX dated February 24, 2022^[6], affected all spheres of public life, with the prevention and counteraction of corruption being no exception.

On February 24, 2022, the National Agency on Corruption Prevention (NACP) restricted access to the public section of the Declaration Register due to technical maintenance aimed at maximizing the protection of personal data of declarants, political parties, and other users under the circumstances of martial law. However, access to the declarant's personal cabinet in the Declaration Register continued to operate in the regular mode^[7].

The apparent rationale behind this decision was the necessity to conceal information regarding the contact details of individuals directly engaged in countering armed aggression towards Ukraine. The disclosure of such information, including through the submission of electronic declarations, could jeopardize their lives, health, and the effective execution of their respective responsibilities. Subsequently, on February 28, 2022, in Clarification No. 2 regarding the enforcement of specific provisions of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" concerning financial control measures during martial law, the NACP stated that declarants should abstain from submitting declarations or notifications of significant changes in their financial status^[8].

On March 7, 2022, the Law of Ukraine No. 2115-IX "On the Protection of the Interests of Entities Submitting Reports and Other Documents during the Period of Martial Law or State of War" came into effect, which was enacted on March 3, 2022^[9]. According to its provisions, individuals are required to submit documents, the submission of which is mandated by the existing legal framework, in documentary or electronic format, within three months following the conclusion or cancellation of martial law or a state of war, for the entire duration of the requirement to submit documents^[10].

Despite the absence of explicit provisions regarding electronic declarations in the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption"^[11], in Clarification No. 4 issued on March 7, 2022, the NACP judiciously extended its applicability to electronic declarations^[12]. Consequently, the submission of electronic declarations was also postponed until the end or repeal of martial law. On May 20, 2022, the Law of Ukraine No. 2259-IX^[13], came into effect, which also stipulated an exemption from the obligation to submit electronic declarations for candidates applying for

positions in public service, along with the conduct of special checks concerning them.

On August 3, 2022, the Law of Ukraine No. 2381-IX, 2022, came into effect^[14]. Among other provisions, it stipulates that a declarant with a corresponding obligation is required to submit a declaration for an individual authorized to hold positions in state or local government, which is due during the period of martial law. The declarant is also obligated to submit a notification of significant changes in financial status, grounds that arose during the period of martial law. Additionally, the declarant must submit a notification of opening a foreign currency account at a non-resident bank, the grounds for which arose during the duration of martial law, within ninety calendar days from the date of cessation or abolition of martial law.

Currently, after a year and a half of widespread aggression against Ukraine and the imposition of the legal framework governing martial law, it is increasingly evident that military actions are ongoing, leading to the prolonged duration of the martial law regime. Considering the uncertainty and apparent prolonged nature of the military situation, the suspension of almost all financial control measures, including declaration requirements, seems unjustified. This situation creates favorable conditions for potential abuses by unscrupulous public officials. The postponement of declaring during martial law not only impedes the implementation of anti-corruption policies in the country but also complicates the subsequent verification of information provided in the declarations. Meanwhile, the necessity for the appropriate functioning of preventing corruption and counteraction system has not decreased; on the contrary, it has increased. Considering this, there is an objective need to resume the submission of electronic declarations by public servants.

Leading international anti-corruption organizations have called on the Ukrainian government to resume the declaration of public officials, conduct declaration checks, and implement other financial control measures. Transparency International, for instance, notes that Ukraine received a score of 33 out of 100 points in the Corruption Perceptions Index for the year 2022 and recommends the restoration of the declaration process^[15]. Similarly, the International Monetary Fund, in a memorandum dated March 31, 2023, emphasizes the necessity of reinstating mandatory electronic declaration and restoring the

NACP function of declaration verification^[16]. Therefore, the requirement for public servants to submit electronic anti-corruption declarations should be reinstated^[17].

2. Methods

Doctrine-based discussions on the issue of resuming anti-corruption declarations during the duration of martial law are lacking. The theoretical foundation of this research draws from works related, firstly, to corruption prevention and the application of financial control in general. In this regard, significant conclusions regarding the priority directions of transforming the mechanism of corruption prevention include increasing accountability for committing corrupt offenses and the implementation and efficient application of tools designed to detect corruption, as proposed by Kivalov^[18]. It is essential to consider the justification of criteria for contextually applied motivation in exemption from liability due to the insignificance of the committed corruption-related offense^[19]. The specificity of anti-corruption declaration in Ukraine before full-scale war was investigated by Kornuta, Goloyadova, Reva, and Zavhorodnia^[20].

As a result, the indicators of anti-corruption declaration are commonly defined by its orientation towards preventing, averting, and aiding in the identification of indicators of corruption and violations of anti-corruption regulations, prohibitions, and restrictions. It involves objectivization through activities related to verifying the financial status of subjects covered by anti-corruption legislation. Non-compliance with the duty of anti-corruption declaration entails the implementation of state enforcement measures, and so forth.

Secondly, the foundation is based on works related to factors influencing contemporary anti-corruption declaration. Among these, considerations include ensuring national security^[21], defining the topic of national security^[22], shaping policies in the field of national security^[23], highlighting national specifics in regulating social relations^[24]. In this context, this article represents the first exploration of the issues surrounding the full restoration and application of anti-corruption declaration by public officials in Ukraine under contemporary conditions. There is a focus on the importance of taking into account the circumstances and limitations outlined by the legal framework of martial law.

Throughout research process, different approaches to scientific inquiry were employed. General and specific methods were utilized to acquire broad and specific knowledge, respectively. The method of systemic analysis was employed to investigate objects as holistic systems, analyzing their structure and interactions. The dialectical method was applied for analyzing changes and development through the interaction of contradictions. Formal-logical methods were used for logically structuring arguments and conclusions. The structural-functional method was utilized to investigate the structure of objects and their functional interactions. Additionally, empirical methods were employed for the collection and analysis of specific data obtained through observations. These methods facilitated a profound examination of the researched problem and the objects under investigation.

3. Results

Since the beginning of 2023, the NACP has initiated monitoring of the voluntary submission of electronic declarations by public officials. As of the early months of 2023, for the year 2021, according to the data from NACP, a total of 473,404 declarations were submitted by approximately 700,000 declarants^[25]. The distribution of the number of electronic declarations submitted is presented based on various types of declarations and different categories of officials (Figure 1).

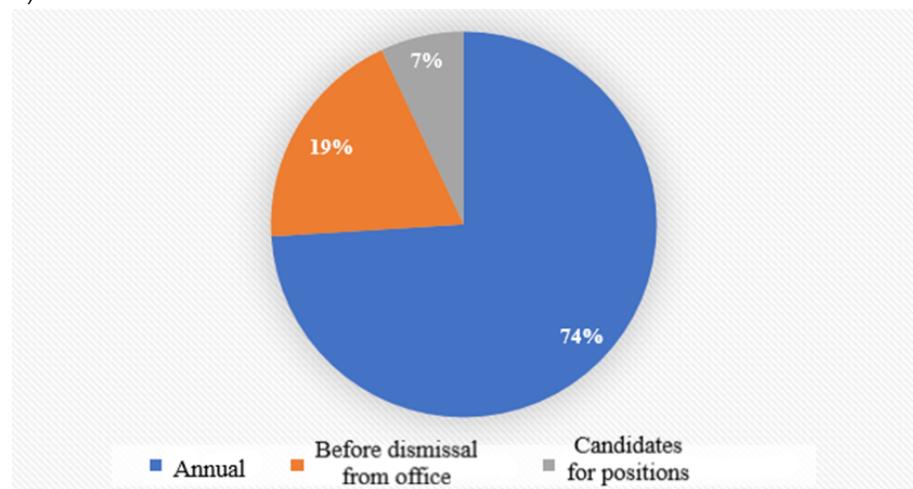


Figure 1. The percentage of electronic declarations submitted divided by the

various kinds of declarations

At the same time, officials holding responsible and especially responsible positions submitted only 33,000 declarations, which is less than 7% of the entire number of submitted declarations (Figure 2).

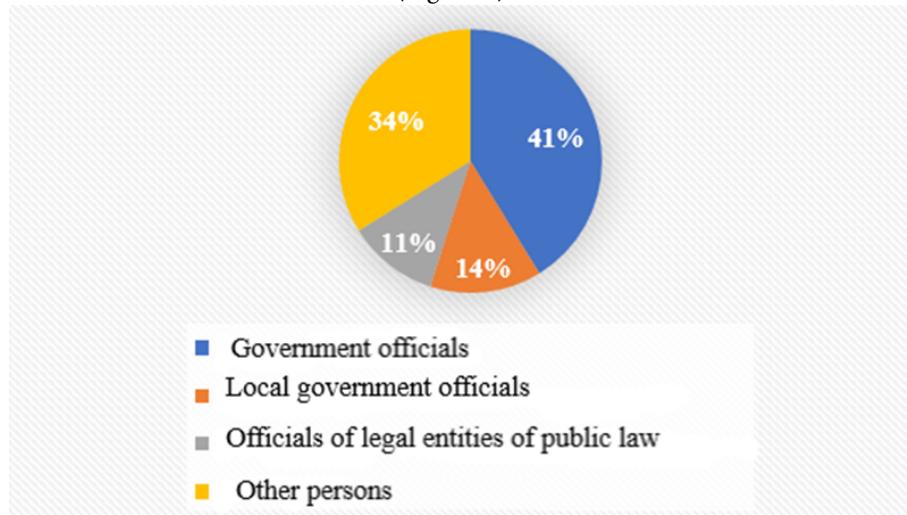


Figure 2. Ratio of the number of submitted electronic declarations by different categories of officials

This, undoubtedly negative trend, seems to have led to even more meticulous attention to the voluntary submission of electronic declarations by public officials occupying positions of responsibility and particularly high responsibility both quantitatively and qualitatively (in terms of their separate categories)^[26]. From March 2023, the National Agency for Corruption Prevention launched the 2021 declaration submission counter, which became a tool to monitor the trend of weekly and monthly submission of electronic declarations (Table 1)^[27].

Table 1. The number of declarations submitted by officials as of 2023

No.	Name of the position	As of March 2023	As of March 2023	As of April 2023	As of May 1, 2023	As of May 29, 2023	As of July 3, 2023	As of July 31, 2023	As of August 28, 2023	As of September 18, 2023
1.	Civil servants of the "A" and "B" categories	29 193	30459 (+2%)	31648 (+4%)	33015 (+4%)	33710 (+2%)	34258 (+1%)	34802 (+1%)	35428 (+2%)	36013 (+2%)
2.	People's Deputies	29	31	32	39 (+18%)	39	42 (+7%)	44 (+4%)	48 (+8%)	53 (+9%)

3.	Ministers	2	3	3	3	4	4	5	5	5
4.	Deputy heads of the Office of the President	2	3	3	3	3	3	3	3	4
5.	Judges	1715	1853 (+4%)	2044 (+9%)	2175 (+6%)	2263 (+4%)	2356 (+4%)	2465 (+4%)	2570 (+4%)	2655 (+3%)
6.	Prosecutors, investigators	7980	8446 (+3%)	8858 (+5%)	9324 (+5%)	9530 (+2%)	9624 (+1%)	9796 (+2%)	9975 (+2%)	10128 (+1%)
7.	Heads of regional state (military) administrations	5	5	5	6	7	7	7	7	7

Source: National Agency of Corruption Prevention^{[28] [29] [30] [31] [32] [33]}.

The analysis of weekly and monthly quantitative and qualitative indicators of voluntary declaration submission reveals modest percentages of declaration submissions across different categories of public officials. This further underscores the necessity of reinstating the declaration submission process.

4. Discussion

4.1. Prerequisites for the regulatory update of the regulation regarding anti-corruption declarations during the period of martial law

While there is consensus among most theorists and practitioners regarding the necessity of reinstating anti-corruption declaration and electronic submission of declarations by public servants, divergent positions emerge when it comes to how this should be implemented.

On September 23, 2022, draft law No. 8071, proposing amendments to certain laws of Ukraine to conform with the requirements of the European Commission for Ukraine's attainment of European Union membership status^[34]. The draft law suggests to obligate individuals who did not submit a declaration as an individual authorized to carry out duties in state or local government in 2022, as

stipulated by Article 45 of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”, and/or notifications outlined in parts 1 and 4 of Article 52 of the same law, to submit such declarations and notifications no later than 60 calendar days from the date the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Laws of Ukraine Aimed at Fulfilling the Requirements of the European Commission Regarding Ukraine’s Acquisition of the Status of a Member of the European Union” enters into force (draft No. 8071)^[35].

Additionally, the draft proposes to exclude from the Law of Ukraine “On the Legal Regime of Martial Law” the provision stating that a person aspiring to political office, a position within the civil service, a position within local self-governing bodies, a position of the head of a state-owned economic entity, or the head of a municipal enterprise, institution, organization, during the period of martial law, does not submit a declaration as an individual authorized to perform functions in state or local self-government, as stipulated by the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”.^[36]

As of now, draft law No. 8071 is under review by the Verkhovna Rada of Ukraine^[37]. Considering this, it is necessary to highlight the main shortcomings of the mentioned draft law. In some parts of Ukraine, armed conflicts are ongoing, and the activities of a significant number of state authorities and local self-government bodies have been blocked. Moreover, the exact number of individuals authorized to perform duties in state or local self-government cannot be determined who are temporarily under occupation due to armed aggression. Therefore, the restoration of declaration submission for all subjects is not considered appropriate.

The Ukrainian state had no prior experience in regulating social relations under the circumstances of martial law, presenting new challenges faced by the country. To ensure the protection of rights and freedoms of citizens authorized to fulfill duties in state or local government, obligated to adhere to financial control requirements, and to prevent the development of corruption on Ukrainian territories, there is a need to develop an effective mechanism for implementing anti-corruption measures, taking into account the state of martial law^[38].

Thus, the key prerequisite for the normative update of anti-corruption declaration is ensuring the state's national security and compliance with international standards as a condition for the support of Ukraine by international

partners. This is prompted by the fact that national security, covering all spheres of public relations, should adhere to fundamental principles of public administration such as the rule of law and good governance, as well as international standards in national security, including gender equality and transparency of information national security status, democratic oversight of public institutions, sectoral organization of national security, and alignment of global security trends with national interests^[39].

4.2. Declaration risks for individuals authorized to hold positions in state or local government roles

The reinstatement of the obligation to declare for all subjects-individuals authorized to perform duties in state or local government could result in a situation where the declarant violates the requirements of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” and is subjected to certain penalties due to circumstances objectively beyond the control of the declarant. For example, the NACP provided Explanation No. 4 dated March 7, 2022, concerning question of “whether it is necessary to declare information about property in the event of its destruction consequently hostilities during the armed aggression of the Russian Federation against Ukraine to submit notifications of significant changes in property due to its destruction”^[40]. NACP stated that “in the event of the destruction of real estate, information about such property should be reflected in Section 3 ‘Real Estate’ of the declaration until the information about such property is excluded from the State Register of Property Rights. Destroyed vehicles are deregistered in compliance with established legislative procedure. Before deregistration of the destroyed vehicle, information about it is reflected in Section 6 ‘Valuable Movable Property - Vehicles’ of the declaration”^[41].

In this case, a situation may arise where the declarant and/or members of their family, who resided in the territory temporarily occupied as of the declaration submission date, are well aware of the destruction of their property (movable or immovable) because of armed aggression. However, the declarant and/or members of their family lack legal documents with which the declarant and/or members of their family can apply to the state registrar with a request to exclude information about the destroyed real estate from the State Register of Property

Rights or with a request to deregister the destroyed vehicle.

Under such conditions, due to reasons beyond the declarant's control, inaccurate information may be provided in the e-declaration. It is evident that some declarants may be located in temporarily occupied territories and, accordingly, may not have the objective opportunity to report by submitting a declaration. This circumstance confirms the thesis that reinstating the obligation to declare for all declarants is inappropriate under the state of martial law. Instead, when addressing the issue of resuming e-declaration, the peculiarities of society's life in a state of martial law should be taken into consideration. Considering that actual hostilities are not taking place throughout the entire territory of Ukraine; it is appropriate to resume e-declaration based on the declarant's actual location.

Thus, according to the order of the Ministry of Reintegration of Temporarily Occupied Territories "On Approval of the list of territories where hostilities are taking place (have taken place) or temporarily occupied by the Russian Federation," the territories where hostilities are ongoing and those temporarily occupied by the Russian Federation in Ukraine have been identified^[42]. According to this Order, the list is updated as needed but no less than twice a month.

Hence, state has the possibility to establish a deferral of declaration submission for declarants located in the territories listed where hostilities are occurring or temporarily occupied by the Russian Federation. Additionally, the approved list contains a separate column specifying the date when hostilities cease, the date of the end of hostilities, and the date of the end of temporary occupation. Therefore, it is possible to set a deadline for e-declaration submission for declarants located in the territories listed where hostilities are ongoing or in territories temporarily occupied, starting from the date when the possibility of hostilities was terminated, actual hostilities were concluded, or temporary occupation ended. In this regard, declarants located in territories controlled by Ukraine, who do not face circumstances preventing the submission of e-declarations, are obliged to continue complying with financial control measures. Therefore, it is proposed to establish a territorial criterion when determining the postponement of e-declaration based on the information contained in the list of territories where hostilities are taking place or temporarily occupied territories, approved by the order of the Ministry of Reintegration of Temporarily

Occupied Territories. For all declarants located on the territory of Ukraine where hostilities are not taking place, financial control measures will continue to apply. This will contribute to achieving the objectives of anti-corruption legislation and fulfilling Ukraine's international obligations in the realm of corruption prevention.

4.3. Peculiarities of transformation of the declaration subject during the period of legal martial law framework

The organization of activities by declarants in terms of collecting and transferring monetary funds or other property for the benefit of the Armed Forces of Ukraine, as well as other military formations established in accordance with the laws of Ukraine, voluntary formations of territorial communities, intelligence agencies, law enforcement agencies, and individuals affected by armed aggression deserves particular attention.

On 26.07.2023, under No. 9534, a draft law was registered in the Verkhovna Rada of Ukraine regarding amendments to certain laws of Ukraine defining the procedure for submitting declarations by individuals authorized to perform functions in state or local self-government during martial law^[43]. This draft law proposes to establish that individuals who have not submitted a declaration for the years 2022-2023 as persons individuals authorized to perform functions in state or local government must submit such declarations no later than 90 calendar days from the date this law takes effect.

Additionally, it is proposed to introduce a new category of declarants, namely, individuals subject to declaration requirements who perform duties related to national security or are situated in territories affected by the military aggression of the Russian Federation against Ukraine. They are to submit the relevant declaration within the timeframes specified for those who submit declarations in a special procedure. In essence, there is a shift in the focus of regulation from the subject of declaration to the declarant, for whom the declaration of these items is legitimate.

At the same time, it is important to focus on reservations expressed by the NACP regarding this draft law. According to NACP, the implementing the necessary technical solutions to enable access to declarations while simultaneously

restricting access to data about other individuals mentioned in the declaration, as well as data about security and defense officials, will require additional time, financial resources, and human resources. The establishment, as an initial step, of registries for security and defense officials, and ensuring access to these through the Declaration Registry, should be included in the final and transitional provisions of the draft law^[44].

These proposed legislative amendments demonstrate the awareness of Ukrainian parliamentarians regarding the need to renew the implementation of financial control measures in accordance with the provisions outlined in the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”^[45]. Overall, the aforementioned observations are also applicable to this draft law. Additionally, during the resumption of electronic declaration submission, it is essential to consider the need for:

1. Ensuring the proper technical functioning of the Unified State Register of Declarations of individuals authorized to perform duties in state or local self-government;
2. Ensuring the confidentiality of information regarding the contact details of official persons within public administration entities, disclosing information about whose declaration submission may endanger their life, health, or the effectiveness of their duties;
3. Establishing a transitional period for the submission of declarations for previous periods, as relevant declarants will need to submit annual declarations for the years 2021-2022, declarations before dismissal and after dismissal, as well as notifications of significant changes in their property status.

5. Conclusion

Addressing the matter of anti-corruption declarations in Ukraine, particularly in light of its suspension due to widespread aggression against Ukraine and the imposition of martial law, requires urgent resolution. The thesis is put forward that a crucial precondition for the normative updating the anti-corruption declaration is crucial for ensuring national security of the state and compliance with international standards as a condition for the support of international partners. It is identified that there is a possibility to establish a deadline for the

submission of e-declarations for declarants located in territories listed as those where hostilities are occurring or territories have been temporarily occupied, beginning from the day when the possibility of hostilities was terminated, actual hostilities ceased, or temporary occupation ended. Meanwhile, declarants situated in territories under Ukraine's control, who do not face circumstances preventing the submission of e-declarations, are obligated to continue adhering to financial control measures.

It is proposed to establish a territorial criterion for determining the deferral of e-declaration depending on the information contained in the roster of territories where hostilities are happening or are temporarily occupied by the Russian Federation, endorsed by the Ministry of Reintegration of Temporarily Occupied Territories. Financial control measures will continue to apply to all declarants located in territories under Ukraine's control. This will contribute to achieving the goals of anti-corruption legislation and fulfilling Ukraine's international obligations in the realm of corruption prevention.

During the resumption of electronic declaration submission, it is necessary to consider the need for: 1) ensuring the proper technical functioning of the Unified State Register of Declarations of individuals authorized to hold positions in state or local self-government; 2) ensuring the confidentiality of information regarding the contact information of official persons of subjects of public administration, disclosure of information about the submission of which could jeopardize their life, health, or the effectiveness of their duties; 3) establishing a transitional period for the submission of declarations for previous periods, as relevant declarants will need to submit annual declarations for the years 2021-2022, declarations before dismissal and after dismissal, as well as notifications of significant changes in their property status.

6. Bibliographical References

- L. Bila-Tiunova, T. Bilous-Osin, D. Kozachuk, V. Vasylkivska, (2019). *Participation of Civil Society in Public Administration: Prospects for International Experience Implementation in Ukraine*, in *Humanities & Social Sciences Reviews*, 7(5), 2019, pp. 757-764.
- A. Iatsyshyn, A. Iatsyshyn, V. Kovach, I. Zinovieva, V. Artemchuk, O. Popov, O.

- Cholyshkina, O. Radchenko, O. Radchenko, A. Turevych, *Application of Open and Specialized Geoinformation Systems for Computer Modelling Studying by Students and PhD Students*, in *CEUR Workshop Proceedings*, 2020, pp. 893-908.
- I. Kalina, V. Khurdei, V. Shevchuk, T. Vlasiuk, I. Leonidov, *Introduction of a corporate Security Risk Management System: The Experience of Poland*, in *Journal of Risk and Financial Management*, 15(8), 2022, pp. 330-335, DOI:10.3390/jrfm15080335
- S.V. Kivalov, *Anti-Corruption Mechanism in Ukraine: Content Actualization under the Conditions of Normative Innovations*, in *Cuestiones Políticas*, 39(71), 2021, pp. 972-985.
- S. Kivalov, (2023). *Public Administration in the Field of National Security: Updating Content during Martial Law*, in *Amazonia Investiga*, 12(65), 2023, pp. 68-76.
- O.P. Khamkhodera, *Insignificance of Administrative Misconduct Regarding the Conflict of Interest: Acceptability and Criteria. Public Administration under Modern Conditions: Concept, Features, Challenges*, Izdevniecība “Baltija Publishing”, 2020
- L. Kornuta, T. Goloyadova, Y. Zavhorodnia, Y. Reva, *Anti-Corruption Declaration as a Measure of Control for the Activities of Subjects of Public Authorities*, in *Journal of Environmental Treatment Techniques*, 8(4), 2020, pp. 1504-1509.
- Y. Mekh, I. Georgievskyi, I. Ignatchenko, I. Maslova, I. Kostenko, *Public-Private Partnership in the Security Sector: Updating in the Conditions of Counteracting the Covid-19 and Armed Aggression in Eastern Ukraine*, in *Revista De La Universidad Del Zulia*, 13(37), 2021, pp. 347-361.
- Y. Mekh, A. Slavytska, N. Bilak, I. Georgievskyi, Y. Maslova, *Features of the Segmental Formation of Ukrainian Politics under Martial Law*, in *Review of Economics and Finance*, 21, 2023, pp. 286-294. DOI:10.55365/1923.x2023.21.27
- Y.O. Reva, *Anti-Corruption Declaration: Theory, Legal Regulation, Practice*, Pravo, 2020
- O. Shevchuk, *The Security Sector of Ukraine as an Object of Public Administration*, in *Pidpryyemnytstvo, Hospodarstvo i Pravo*, 2, 2021, pp. 138-142, DOI:10.32849/2663-5313/2021.2.25

H.P. Sytnyk, O.A. Zubchyk, M.H. Orel, *Conceptual Understanding of the Peculiarities of Managing Innovation-Driven Development of the State in the Current Conditions*, in *Science and Innovation*, 18(2), 2022, pp. 3-15, DOI:10.15407/scine18.02.003

S. Zadereiko, *Technological Processes of Combating Corruption of Our Time*, in *Journal of International Legal Communication*, 5(2), 2022, pp. 69-78. DOI:10.32612/uw.27201643.2022.5.pp.69-78

B.R. Zayats, (2020). *To the Problem of Mechanisms for Involving Civil Society Institutions in the Process of Preventing Corruption in Ukraine Improvement*, in *Legal Horizons*, 22(35), 2020, pp. 22-28. DOI:10.21272/legalhorizons.2020.i22.p22

1. Y.O. Reva, *Anti-Corruption Declaration: Theory, Legal Regulation, Practice*, Pravo, 2020.
2. H.P. Sytnyk, O.A. Zubchyk, M.H. Orel, *Conceptual Understanding of the Peculiarities of Managing Innovation-Driven Development of the State in the Current Conditions*, in *Science and Innovation*, 18(2), 2022, pp. 3-15, DOI:10.15407/scine18.02.003.
3. Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 171-2015-p “On the Approval of the Procedure for Conducting a Special Inspection of Persons Applying for Positions that Involve...”, 2025, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/171-2015-%D0%BF#n11>.
4. Law of Ukraine No. 2381-IX “On Amendments to the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding the Specifics of the Application of Legislation in the Field of Prevention of Corruption in Martial Law”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2381-20#Text>.
5. Decree of the President of Ukraine No. 64/2022 “On the Introduction of Martial Law in Ukraine”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text>.
6. Law of Ukraine No. 2102-IX “On the Approval of the Decree of the President of Ukraine “On the Introduction of Martial Law in Ukraine”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2102-20#Text>
7. National Agency of Corruption Prevention, *Access to the Public Part of the Register of Declarations, the Register of POLITDATA Party Reports and the Register of Corrupt Persons Is Limited. 2022d*, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/dostup-do-publichnoyi-chastyny-reyestru-deklaratsij-reyestru-zvitiv-partij-politdata-ta-reyestru-koruptsioneriv-obmezheno/>.
8. National Agency of Corruption Prevention, *Clarification on the Application of Certain Provisions of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding Financial Control Measures under Martial Law Conditions*, 2022c, in <https://nazk.gov.ua/uk/documents/roz-ysnennya-vid-28-02-2022-2-shhodo-zastosuvannya-okremyh-polozhen-zakonu-ukrayiny-pro-zapobigannya-koruptsiyi-stosovno-zahodiv-finansovogo-kontrolyu-v-umovah-voyennogo-stanu/>.

9. Law of Ukraine No. 2115-IX “On the Protection of the Interests of Subjects Submitting Reports and Other Documents during the Period of Martial Law or a State of War”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2115-20/ed20220303#Text>.
10. B.R. Zayats, (2020). *To the Problem of Mechanisms for Involving Civil Society Institutions in the Process of Preventing Corruption in Ukraine Improvement*, in *Legal Horizons*, 22(35), 2020, pp. 22-28. DOI:10.21272/legalhorizons.2020.i22.p22.
11. Law of Ukraine No. 2381-IX “On Amendments to the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding the Specifics of the Application of Legislation in the Field of Prevention of Corruption in Martial Law”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2381-20#Text>.
12. National Agency of Corruption Prevention, *Clarification Regarding the Application of Certain Provisions of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” in Relation to Financial Control Measures under Martial Law (Declaration Submission, Notification of Significant Changes in Property Status, Notification of Opening a Foreign Currency Account in a Non-Resident Bank Institution, Conducting Inspections)*, 2022b, in <https://nazk.gov.ua/uk/documents/roz-ysnennya-4-vid-07-03-2022-shhodo-zastosuvann-ya-okremyh-polozhen-zakonu-ukrayiny-pro-zapobigannya-koruptsiyi-stosovno-zahodiv-finansovogo-kontrolyu-v-umovah-voyennogo-stanu-podannya-deklaratsiyi-p/?hilite=>.
13. Law of Ukraine No. 2259-IX “On Making Changes to Some Laws of Ukraine Regarding the Functioning of the Civil Service and Local Self-Government during the Period of Martial Law”. 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2259-20#Text>.
14. Law of Ukraine No. 2381-IX “On Amendments to the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding the Specifics of the Application of Legislation in the Field of Prevention of Corruption in Martial Law”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2381-20#Text>.
15. Transparency International Ukraine, *The Pendulum of Fighting Corruption in Ukraine: a Step forward after a Step Back*, 2023, in <https://ti-ukraine.org/news/mayatnyk-borotby-z-koruptsiyeyu-v-ukrayini-krok-vpered-pislyakroku-nazad/>.
16. International Monetary Fund, *Ukraine: Request for an Extended Arrangement Under the Extended Fund Facility and Review of Program Monitoring with Board Involvement-Press Release; Staff Report; and Statement by the Executive Director for Ukraine*, 2023, in https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2023/03/31/Ukraine-Request-for-an-Extended-Arrangement-Under-the-Extended-Fund-Facility-and-Review-of-531687?fbclid=IwAR3ismVUejFJuAxL760KZv6sU7JuN0M2uMC_Y9FXFtKUFZzSqn2VzWQ3r9w/.
17. I. Kalina, V. Khurdei, V. Shevchuk, T. Vlasiuk, I. Leonidov, *Introduction of a corporate Security Risk Management System: The Experience of Poland*, in *Journal of Risk and Financial Management*, 15(8), 2022, pp. 330-335, DOI:10.3390/jrfm15080335.
18. S.V. Kivalov, *Anti-Corruption Mechanism in Ukraine: Content Actualization under the Conditions of Normative Innovations*, in *Cuestiones Políticas*, 39(71), 2021, pp. 972-985.

19. O.P. Khamkhodera, *Insignificance of Administrative Misconduct Regarding the Conflict of Interest: Acceptability and Criteria. Public Administration under Modern Conditions: Concept, Features, Challenges*, Izdevnieciba “Baltija Publishing”, 2020.
20. L. Kornuta, T. Goloyadova, Y. Zavhorodnia, Y. Reva, *Anti-Corruption Declaration as a Measure of Control for the Activities of Subjects of Public Authorities*, in *Journal of Environmental Treatment Techniques*, 8(4), 2020, pp. 1504-1509.
21. Y. Mekh, I. Georgievskyi, I. Ignatchenko, I. Maslova, I. Kostenko, *Public-Private Partnership in the Security Sector: Updating in the Conditions of Counteracting the Covid-19 and Armed Aggression in Eastern Ukraine*, in *Revista De La Universidad Del Zulia*, 13(37), 2021, pp. 347-361.
22. O. Shevchuk, *The Security Sector of Ukraine as an Object of Public Administration*, in *Pidpryyemnytstvo, Hospodarstvo i Pravo*, 2, 2021, pp. 138-142, DOI:10.32849/2663-5313/2021.2.25.
23. Y. Mekh, A. Slavytska, N. Bilak, I. Georgievskyi, Y. Maslova, *Features of the Segmental Formation of Ukrainian Politics under Martial Law*, in *Review of Economics and Finance*, 21, 2023, pp. 286-294. DOI:10.55365/1923.x2023.21.27.
24. L. Bila-Tiunova, T. Bilous-Osin, D. Kozachuk, V. Vasylkivska, (2019). *Participation of Civil Society in Public Administration: Prospects for International Experience Implementation in Ukraine*, in *Humanities & Social Sciences Reviews*, 7(5), 2019, pp. 757-764.
25. National Agency of Corruption Prevention, *Only 33,000 Officials with High Corruption Risks Submitted Declarations for 2021. 2023c*, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/deklaratsiyi-za-2021-rik-podaly-lyshe-33-tys-posadovtsiv-iz-vysokymy-koruptsijnymy-ryzykamy/>.
26. S. Zadereiko, *Technological Processes of Combating Corruption of Our Time*, in *Journal of International Legal Communication*, 5(2), 2022, pp. 69-78. DOI:10.32612/uw.27201643.2022.5.pp.69-78.
27. National Agency of Corruption Prevention, *NACP Has Launched a Counter for Submitting Declarations for 2021, 2023b*, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/nazk-zapustylo-lichylnyk-podannya-deklaratsij-za-2021-rik/>.
28. National Agency of Corruption Prevention, *The Dynamics of Declarations Increased: More than 7,400 People Submitted Declarations for 2021 in One Week*, 2023d, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/dynamika-deklaruvannya-zrosla-za-tyzhden-deklaratsiyi-za-2021-rik-podaly-ponad-7-4-tys-osib/>.
29. National Agency of Corruption Prevention, *Over the Past Week, Twice As Many Officials Were Declared As During the Previous One*, 2023e, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/za-mynulyj-tyzhden-zadeklaruvalosya-vdvichi-bilshe-posadovtsiv-nizh-za-poperednij/>.
30. National Agency of Corruption Prevention, *Over the Past Week, Officials Submitted 12,800 Annual Declarations, 2023f*, in

<https://nazk.gov.ua/uk/novyny/za-mynulyj-tyzhden-posadovtsi-podaly-12-8-tys-shhorichnyh-deklaratsij/>.

31. National Agency of Corruption Prevention, *Dynamics of Declaration: NAZK Updated the Data of the Counter of Voluntary Submission of Declarations*, 2023g, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/dynamika-deklaruvannya-nazk-onovylo-dani-lichylnyka-dobrovilnogo-podannya-deklaratsij/>.
32. National Agency of Corruption Prevention, *In Two Weeks, Officials Voluntarily Submitted 5,700 Declarations for 2021 and 2022*, 2023h, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/za-dva-tyzhni-posadovtsi-dobrovilno-podaly-5-7-tys-deklaratsij-za-2021-ta-2022-roky/>.
33. National Agency of Corruption Prevention, *The Dynamics of Declarations is Increasing: Last Week, Officials Submitted 5,900 Declarations for 2021 and 2022*, 2023i, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/dynamika-deklaruvannya-zrostaye-za-mynulyj-tyzhden-posadovtsi-podaly-5-9-tys-deklaratsij-za-2021-ta-2022-roky/>.
34. Verkhovna Rada of Ukraine, *Draft Law No. 8071 “On Amendments to Certain Laws of Ukraine in order to fulfill the requirements of the European Commission regarding Ukraine’s acquisition of the status of a member of the European Union”*, 2022, in <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40543>.
35. Verkhovna Rada of Ukraine, *Draft Law No. 8071 “On Amendments to Certain Laws of Ukraine in order to fulfill the requirements of the European Commission regarding Ukraine’s acquisition of the status of a member of the European Union”*, 2022, in <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40543>.
36. Law of Ukraine No. 2381-IX “On Amendments to the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding the Specifics of the Application of Legislation in the Field of Prevention of Corruption in Martial Law”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2381-20#Text>.
37. Verkhovna Rada of Ukraine, *Draft Law No. 8071 “On Amendments to Certain Laws of Ukraine in order to fulfill the requirements of the European Commission regarding Ukraine’s acquisition of the status of a member of the European Union”*, 2022, in <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/40543>.
38. S. Kivalov, (2023). *Public Administration in the Field of National Security: Updating Content during Martial Law*, in *Amazonia Investigia*, 12(65), 2023, pp. 68-76.
39. A. Iatsyshyn, A. Iatsyshyn, V. Kovach, I. Zinovieva, V. Artemchuk, O. Popov, O. Cholyshkina, O. Radchenko, O. Radchenko, A. Turevych, *Application of Open and Specialized Geoinformation Systems for Computer Modelling Studying by Students and PhD Students*, in *CEUR Workshop Proceedings*, 2020, pp. 893-908.
40. National Agency of Corruption Prevention, *Clarification Regarding the Application of Certain Provisions of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding Financial Control Measures under Martial Law (Declaration Submission, Notification of Significant Changes in Property Status, Notification of Opening a Foreign Currency Account in a Non-Resident Bank Institution, Conducting Inspections)*, 2022a, in

CERIDAP

<https://nazk.gov.ua/uk/documents/roz-yasnenna-4-vid-07-03-2022-shhodo-zastosuvannya-okremyh-polozhen-zakonu-ukrayiny-pro-zapobigannya-koruptsiyi-stosovno-zahodiv-finansovogo-kontrolyu-v-umovah-voyennogo-stanu-podannya-deklaratsiyi-p/>.

41. National Agency of Corruption Prevention, *Clarification Regarding the Application of Certain Provisions of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding Financial Control Measures under Martial Law (Declaration Submission, Notification of Significant Changes in Property Status, Notification of Opening a Foreign Currency Account in a Non-Resident Bank Institution, Conducting Inspections)*, 2022a, in <https://nazk.gov.ua/uk/documents/roz-yasnenna-4-vid-07-03-2022-shhodo-zastosuvannya-okremyh-polozhen-zakonu-ukrayiny-pro-zapobigannya-koruptsiyi-stosovno-zahodiv-finansovogo-kontrolyu-v-umovah-voyennogo-stanu-podannya-deklaratsiyi-p/>.
42. Order of the Ministry of Justice of Ukraine No. 309 “On the Approval of the List of Territories on Which Hostilities are (were) Conducted or Temporarily Occupied by the Russian Federation”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1668-22#Text>.
43. Verkhovna Rada of Ukraine, *Draft Law No. 9534 of the President of Ukraine to the Law on Amendments to Certain Laws of Ukraine on Determining the Procedure for Submission of Declarations by Persons Authorized to Perform State or Local Self-Government Functions in Martial Law*, 2023, in <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42379>.
44. National Agency of Corruption Prevention, *NAZK Welcomes the Adoption of the Draft Law on the Restoration of E-Declaration in the First Reading, but Warns against Certain Risks*, 2023a, in <https://nazk.gov.ua/uk/novyny/nazk-vitaye-uhvalennya-zakonoproektu-shhodo-vidnovlennya-e-deklaruvannya-u-pershomu-chytanni-prote-zasterigaye-vid-pevnyh-ryzykiv/>.
45. Law of Ukraine No. 2381-IX “On Amendments to the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” Regarding the Specifics of the Application of Legislation in the Field of Prevention of Corruption in Martial Law”, 2022, in <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2381-20#Text>.

La nozione di “decisione completamente automatizzata” sotto la lente della Corte di Giustizia: il caso Schufa

Clara Silvano

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-69

Il contributo analizza la nozione di “decisione completamente automatizzata” ai sensi dell’art. 22 del GDPR alla luce del contenzioso che ha interessato la società tedesca Schufa, dapprima innanzi al giudice amministrativo tedesco e, in seconda battuta, davanti alla Corte di Giustizia, avente ad oggetto il sistema di credit scoring utilizzato dalla Società. Le conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia rispetto alla nozione di “decisione completamente automatizzata” sono messe a confronto con il contesto particolare della decisione amministrativa algoritmica, anche alla luce della recente approvazione del Regolamento 2024/1689 che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale.

The notion of “fully automated decision” under the Court’s lens: the Schufa case

The contribution analyses the notion of “fully automated decision” under Article 22 of the GDPR in light of the litigation involving the German company Schufa, first before the German administrative court and, secondly, before the Court of Justice, concerning the credit scoring system used by the company. The conclusions reached by the Court of Justice with respect to the notion of ‘fully automated decision’ are compared with the particular context of the algorithmic administrative decision, also in light of the recent approval of Regulation 2024/1689 establishing harmonised rules on artificial intelligence.

Sommario: 1. *La Schufa e i sistemi di credit scoring: contestazioni relative al suo utilizzo nel caso di specie.* - 2. *La vertenza davanti al Verwaltungsgericht: il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.* - 3. *La nozione di “decisione completamente*

“automatizzata” secondo la Corte di Giustizia.- 4. Considerazioni in merito alla sentenza e sue ricadute applicative.- 5. Requisiti di ammissibilità del credit scoring tra GDPR e AI ACT.- 6. Considerazioni conclusive: uno sguardo sulla decisione amministrativa algoritmica.

1. La Schufa e i sistemi di *credit scoring*: contestazioni relative al suo utilizzo nel caso di specie

Il caso giudiziario oggetto della presente analisi riguarda il sistema di *credit scoring*^[1] utilizzato in Germania per la valutazione del merito creditizio di una persona fisica o giuridica da parte della società *Schufa*^[2]. Si tratta di una società privata di diritto tedesco che fornisce ai propri partner contrattuali informazioni sul merito creditizio di terzi, in particolare di consumatori. A tal fine, essa effettua un pronostico sulla probabilità di un comportamento futuro di una persona (“*score*”), come il rimborso di un prestito, a partire da talune caratteristiche di tale persona e sulla base di procedure matematiche e statistiche. Il calcolo del punteggio (“*scoring*”) si basa sul presupposto che assegnando una persona a un gruppo con caratteristiche comparabili, si possa prevedere un determinato comportamento. I programmi di *scoring* creditizio costituiscono una sottocategoria di *software* predittivi^[3] focalizzati sulla misura del *social scoring*^[4]. Nello specifico, il *credit scoring* quantifica la probabile solvibilità futura di una persona, basandosi sulla combinazione dei pagamenti effettuati in passato dalla stessa persona e sulla sua classificazione all’interno di una categoria di soggetti simili^[5].

I problemi legati a questo tipo di procedimenti automatizzati, già evidenziati dalla dottrina, consistono nel rischio che la decisione comporti la reiterazione di *bias* ed errori^[6], fino a condurre a vere e proprie discriminazioni^[7]. Inoltre, un altro problema legato a questi sistemi deriva dalle difficoltà, per il soggetto interessato da un procedimento di *credit scoring*, di comprendere in maniera effettiva le ragioni poste alla base del punteggio assegnato, alla luce dei parametri utilizzati, delle modalità della loro ponderazione e della logica utilizzata dalla macchina^[8].

Si tratta allora di verificare se e come questi problemi si sono posti nella vicenda oggetto del contenzioso qui in esame e quali soluzioni siano state trovate in sede

giurisdizionale, in primo luogo dal giudice amministrativo tedesco che, per la prima volta a quanto consta, si occupa del concetto di “decisione completamente automatizzata” e poi, su sollecitazione di quest’ultimo, da parte della Corte di Giustizia.

Nel caso di specie, un soggetto non aveva ottenuto il credito richiesto a una banca in ragione del punteggio attribuitogli da *Schufa* in merito alla sua affidabilità creditizia. Al fine di comprendere le modalità con le quali era stato calcolato suddetto punteggio, l’interessato aveva chiesto alla Società l’accesso ai dati conservati, oltre alla cancellazione di quelle che considerava iscrizioni inesatte. In risposta a siffatta richiesta *Schufa* aveva fornito alla ricorrente l’informazione sulla sua classificazione con uno *scoring* pari a 85,96 %, comunicando altresì all’interessato in termini generali il funzionamento basilare del calcolo di tale punteggio, senza però precisare le informazioni specifiche su cui si basava il valore del punteggio e le modalità con cui queste informazioni erano state ponderate, trattandosi di elementi coperti da segreto industriale e commerciale. Nel rispondere alla richiesta dell’interessato, la Società aveva evidenziato altresì il suo ruolo in un procedimento finalizzato a ottenere un prestito dalla banca, ruolo limitato a fornire informazioni alle sue controparti contrattuali, senza formulare alcuna raccomandazione a favore o a sfavore della conclusione di un contratto con una persona oggetto delle informazioni suddette, di responsabilità esclusiva dei propri partner commerciali. Contro la comunicazione della Società, l’interessato aveva allora proposto un reclamo al Commissario per la protezione dei dati e la libertà di informazione per il Land Assia (*Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, HBDI*)^[9], chiedendo a quest’ultimo di ordinare alla Società di soddisfare la propria precedente richiesta di accesso e di cancellazione dei dati inesatti, nonché di fornire informazioni sulla logica utilizzata, sull’importanza e sulle conseguenze del trattamento dei dati effettuato. Con provvedimento (*Bescheid*) del 3 giugno 2020, l’Autorità adita ha ritenuto di non dover intervenire nei confronti della Società, in quanto il calcolo del tasso di solvibilità effettuato dalla stessa rispettava i requisiti dettagliatamente indicati dal paragrafo 31^[10] del *Bundesdatenschutzgesetz*^[11] (legge federale sulla protezione dei dati personali, d’ora innanzi BDSG).

In questa fase della vicenda entra in gioco il giudice amministrativo^[12], in particolare il *Verwaltungsgericht* di Wiesbaden, competente per territorio,

davanti al quale viene impugnato il rigetto da parte del Commissario per la protezione dei dati personali del reclamo promosso contro *Schufa*.

Le questioni sottoposte all'attenzione del giudice amministrativo riguardano, da un lato, l'interpretazione della normativa europea in materia di protezione dei dati, dall'altro il rapporto tra la normativa attuativa interna, in particolare la *Bundesdatenschutzgesetz* sopra richiamata, e le disposizioni del GDPR.

Nel caso di specie, il giudice amministrativo è chiamato a decidere se l'attività delle agenzie di valutazione del credito consistente nel calcolare punteggi relativi a persone interessate e nel trasmetterli a terzi senza ulteriori raccomandazioni o commenti, rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR^[13], che detta le condizioni di ammissibilità della decisione esclusivamente automatizzata relativa alle persone fisiche e le tutele che devono essere garantite al soggetto interessato nel procedimento che porta alla decisione suddetta^[14]. Il quesito ha una evidente e immediata portata applicativa, in quanto, qualora l'attività di *credit scoring* fosse inquadrata ai sensi dell'art. 22 del GDPR, dovrebbe confrontarsi con tale ulteriore parametro di legittimità, che costituirebbe altresì criterio di revisione dell'attività dell'agenzia di valutazione del credito da parte dell'autorità di controllo competente, valutata invece alla luce della sola normativa nazionale. Inoltre, sempre seguendo il ragionamento del giudice *a quo*, se all'attività di *credit scoring* si applicasse l'art. 22 del GDPR, la stessa sarebbe ammissibile solo in presenza di una espressa autorizzazione normativa ai sensi dell'art. 22, paragrafo 2, lett. b), che potrebbe rinvenirsi nel par. 31 del BDSG. Tuttavia, la compatibilità della normativa nazionale, costituita per l'appunto dal par. 31 del BDSG, con la normativa europea, secondo il giudice, non è scontata e va attentamente verificata perché, in sua mancanza, difetterebbe il parametro normativo rispetto al quale l'autorità competente ha compiuto la propria valutazione in merito alla legittimità dell'operato di *Schufa*.

2. La vertenza davanti al *Verwaltungsgericht*: il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

Per decidere le due questioni di diritto sopra brevemente descritte il giudice amministrativo tedesco ritiene necessario formulare una domanda di rinvio pregiudiziale^[15] alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea avente ad oggetto i

seguenti quesiti:

«1) Se l'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR debba essere interpretato nel senso che il calcolo automatizzato di un tasso di probabilità relativo alla capacità di un interessato di saldare in futuro un debito costituisce già una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incide in modo analogo significativamente sulla sua persona, qualora tale tasso, calcolato sulla base di dati personali relativi all'interessato, sia trasmesso dal titolare del trattamento a un terzo titolare del trattamento e quest'ultimo basi prevalentemente su tale tasso la sua decisione sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con l'interessato.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione pregiudiziale: se l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 22 del GDPR debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale il ricorso a un tasso di probabilità – nella fattispecie relativo alla solvibilità e alla disponibilità a pagare di una persona fisica, che includa informazioni sui crediti – di un certo comportamento futuro di una persona fisica, allo scopo di decidere sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con tale persona (“scoring”), è consentito solo se sono soddisfatte determinate ulteriori condizioni, meglio specificate nella motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale».

Nell'ordinanza di rimessione il giudice evidenzia le ragioni che lo inducono a ritenere applicabile al caso di specie l'art. 22 del GDPR^[16] e che, a suo avviso, rendono quindi necessario l'intervento della Corte di Giustizia in modo da garantirne un'applicazione uniforme a livello unionale.

Il presupposto dal quale parte il Tribunale amministrativo tedesco è che il calcolo di un punteggio di *scoring* da parte di un'agenzia di valutazione del credito non sia meramente una profilazione^[17] funzionale alla decisione del terzo titolare del trattamento, ma sia una «decisione» autonoma ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR.

Questo perché, su un piano fattuale, è evidente l'importanza del punteggio calcolato dalle agenzie di valutazione del credito nella prassi decisionale dei terzi titolari del trattamento.

Sotto questo profilo il giudice del rinvio compie un ragionamento estremamente interessante e attuale sul rapporto tra l'esito del procedimento automatizzato di

profilazione e la decisione assunta a valle del medesimo, dubitando che, in presenza dello *scoring* assegnato alla persona interessata, i terzi titolari del trattamento prendano una decisione non basata unicamente sul risultato fornito dal *software*. In altre parole, secondo il giudice, a determinare in ultima analisi se e come il terzo titolare del trattamento stipulerà un contratto con l'interessato è il punteggio calcolato dall'agenzia di valutazione del credito sulla base di un trattamento automatizzato.

Da ultimo, il giudice ritiene vi siano anche profili sul piano giuridico che inducono a preferire un'interpretazione ampia dell'art. 22, paragrafo 1, del GDPR e ciò alla luce degli obiettivi perseguiti dall'articolo suddetto.

Infatti, l'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR – fatte salve le eccezioni di cui all'articolo 22, paragrafo 2 – mira a proteggere l'interessato proprio dai pericoli di tale processo decisionale basato unicamente sull'automazione^[18], senza che vi sia una valutazione e deliberazione da parte di un essere umano. Tuttavia, è precisamente tale intenzione del legislatore europeo di rendere obbligatorio, in linea di principio, un correttivo umano per il trattamento automatizzato dei dati e di ammettere deroghe solo in limitati casi eccezionali (articolo 22, paragrafo 2, del GDPR) ad essere vanificata nel caso di specie, poiché lo *scoring* calcolato automaticamente assume un peso predominante nel processo decisionale del terzo titolare del trattamento.

Oltre a considerazioni generali in merito alla necessità di assicurare in maniera ampia la tutela ai singoli nei confronti di decisioni completamente automatizzate, la configurazione dell'attività di *scoring* quale “decisione automatizzata” ai sensi dell'art. 22 del GDPR è volta a evitare che si crei una lacuna nella protezione giuridica rispetto al concreto esercizio dei diritti riconosciuti agli interessati nei confronti del processo decisionale automatizzato: infatti, laddove si desse spazio all'interpretazione più restrittiva della norma, il soggetto da cui si dovrebbero ottenere le informazioni necessarie all'interessato - nel caso di specie *Schufa* - non sarebbe obbligato a fornire informazioni ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del GDPR^[19], perché non gestisce un proprio «*processo decisionale automatizzato*» ai sensi di detta disposizione, e il soggetto che basa il suo processo decisionale sul calcolo automatizzato del punteggio di *scoring* ed è obbligato a fornire informazioni ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del GDPR non può fornire le informazioni richieste perché non ne dispone.

Delineate quindi le ragioni che inducono il giudice amministrativo tedesco a preferire un'interpretazione ampia dell'art. 22 del GDPR, quest'ultimo ribadisce la rilevanza della questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia ai fini della decisione del contenzioso posto alla sua attenzione, riguardante l'ambito applicativo dell'art. 22 del GDPR. Se il calcolo di un punteggio di *scoring* da parte di un'agenzia di valutazione del credito fosse considerato alla stregua di una decisione autonoma ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR, tale attività sarebbe soggetta al divieto di decisioni individuali automatizzate e, per poter essere legittima, occorrerebbe un fondamento giuridico dello Stato membro, che può essere ravvisato solo nel par. 31 del BDSG. Tuttavia, secondo il giudice tedesco, sussistono seri dubbi sulla sua compatibilità con l'articolo 22 del GDPR. Tale problema di compatibilità deriverebbe dal fatto che il GDPR prevede il potere di uno Stato membro di legiferare in materia di profilazione solo se la decisione si basa unicamente sul trattamento automatizzato, ai sensi del più volte richiamato art. 22, comma 2, lett. b). Il paragrafo 31 del BDSG, invece, prevede disposizioni indifferenziate relative allo *scoring* anche per quanto riguarda processi decisionali non completamente automatizzati. Sempre secondo la lettura del giudice, il legislatore tedesco, consentendo lo *scoring* in presenza di tutte le condizioni contemplate dalla norma suddetta, disciplina nel dettaglio una materia, quale quella delle condizioni generali di trattamento dei dati di cui all'art. 6 del GDPR, senza però averne il relativo potere normativo^[20].

L'interpretazione del par. 31 e la sua compatibilità con la normativa europea assumono rilevanza ai fini della soluzione della seconda questione pregiudiziale, da dirimere nel caso di risposta negativa alla prima questione pregiudiziale.

In particolare, qualora l'attività di *scoring* dovesse essere qualificata quale attività di profilazione e non quale decisione ai sensi dell'articolo 22, paragrafi 1 e 2, del GDPR, non troverebbe applicazione la clausola di riserva dell'articolo 22, paragrafo 2, lettera b) che consente ai legislatori nazionali di disciplinare i casi in cui ammettere la decisione completamente automatizzata. A causa del carattere fondamentalmente esaustivo del GDPR, diretto a un'armonizzazione completa, occorre quindi individuare un altro potere normativo a livello nazionale relativo alla sola attività di profilazione. Tuttavia, poiché secondo il giudice, tale potere non esiste, la normativa nazionale di cui all'articolo 31 del BDSG non risulta applicabile. Ciò è rilevante per il caso di specie, in quanto modifica il parametro

normativo con il quale deve confrontarsi l'autorità di controllo nazionale, che quindi dovrebbe esaminare la compatibilità dell'attività delle agenzie di valutazione del credito con l'articolo 6 del GDPR e non con la norma specifica nazionale dettata proprio per l'attività di *scoring*.

3. La nozione di “decisione completamente automatizzata” secondo la Corte di Giustizia

Con sentenza del 7 dicembre 2023^[21], la Corte di Giustizia, superando le eccezioni di irricevibilità sollevate da *Schufa*^[22], si pronuncia sulla prima delle due questioni pregiudiziali sollevate dal *Verwaltungsgesetz* di Wiesbaden.

Con riguardo all'interpretazione dell'art. 22 del GDPR, la Corte ricorda innanzitutto come l'applicabilità di tale disposizione sia soggetta al ricorrere di tre condizioni cumulative, quali: l'esistenza di una «*decisione*», che tale decisione sia «*basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione*», e che la medesima produca «*effetti giuridici [riguardanti l'interessato]*» o incidenti «*in modo analogo significativamente sulla sua persona*».

Con riferimento alla nozione di «*decisione*», la Corte osserva che, sebbene essa non sia definita dal Regolamento, lo stesso art. 22 comprende non solo atti che producono effetti giuridici riguardanti il soggetto di cui trattasi, ma anche atti che incidono significativamente su di esso in modo analogo.

L'ampia portata rivestita dalla nozione di «*decisione*» sarebbe del resto confermata dal considerando 71 del GDPR, ai sensi del quale una decisione può «*includere una misura*» che implica la valutazione di taluni aspetti personali di un interessato e che produce «*effetti giuridici che lo riguardano*» o incide «*in modo analogo significativamente sulla sua persona*».

Poiché la nozione di «*decisione*» ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR può quindi includere anche atti che, pur non avendo effetti giuridici, incidono comunque in modo analogo in maniera significativa sulla persona interessata, tale nozione è sufficientemente ampia da ricoprendere il risultato del calcolo della solvibilità di una persona sotto forma di tasso di probabilità relativo alla capacità di tale persona di onorare impegni di pagamento in futuro^[23].

La Corte aggiunge poi che anche il secondo requisito è presente nel caso di specie, in quanto la decisione assunta da *Schufa* si fonda esclusivamente su un calcolo

automatizzato di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardante la capacità di quest'ultima di onorare un prestito in futuro. Anche la terza condizione fissata dalla normativa europea è soddisfatta nel caso di specie, in quanto il tasso di probabilità utilizzato da *Schufa* incide sull'interessato in maniera significativa, non consentendogli, come nel caso di specie, di avere accesso al credito.

Tale interpretazione, sempre secondo la Corte, è corroborata dal contesto in cui si inserisce l'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR, nonché dagli obiettivi e dalla finalità perseguiti da tale disposizione, che consistono nel proteggere le persone contro i rischi specifici per i loro diritti e le loro libertà derivanti dal trattamento automatizzato di dati personali, compresa la profilazione.

Infine, riprendendo sul punto una valutazione già compiuta dal giudice del rinvio, la Corte osserva come un'interpretazione restrittiva dell'art. 22 del GDPR comporterebbe una lacuna nella protezione giuridica per la persona soggetta al *credit scoring*, in quanto quest'ultima non potrebbe far valere presso la società che fornisce informazioni in merito alla sua affidabilità creditizia, il proprio diritto di accesso a tali informazioni, di cui all'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del GDPR, non riscontrandosi un processo decisionale automatizzato da parte di tale agenzia. D'altro canto, le informazioni sul funzionamento dell'algoritmo non potrebbero essere ottenute nemmeno dal terzo che utilizza il punteggio, che non dispone all'evidenza delle informazioni in possesso della Società che lo ha calcolato^[24], spesso coperte dal segreto industriale o commerciale^[25].

Appurato quindi che il punteggio relativo al merito creditizio compiuto da *Schufa* nei confronti dei soggetti interessati costituisce una decisione fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato, lo stesso deve intendersi vietato ai sensi del Regolamento, salvo il caso in cui ricorra una delle eccezioni previste all'articolo 22, paragrafo 2, e fermo restando il rispetto delle specifiche tutele previste dall'articolo 22, paragrafi 3 e 4, di detto Regolamento.

A tal riguardo, spetta al giudice del rinvio verificare se il par. 31 del BDSG possa essere qualificato come base giuridica che autorizza, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2, lettera b), del GDPR l'adozione di una decisione fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato. Qualora tale giudice dovesse giungere alla conclusione che detto par. 31 costituisce una siffatta base giuridica, esso dovrebbe ancora verificare se le condizioni poste dall'articolo 22, paragrafi 2,

lettera b), e 4, del GDPR e quelle di cui agli articoli 5 e 6 di tale regolamento siano soddisfatte nel caso di specie.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la Corte, nel rispondere alla prima questione pregiudiziale, afferma conclusivamente che l'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR deve essere interpretato nel senso che il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardanti la capacità di quest'ultima di onorare in futuro gli impegni di pagamento costituisce un «*processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche*», ai sensi di tale disposizione, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale tale tasso di probabilità è comunicato.

4. Considerazioni in merito alla sentenza e sue ricadute applicative

La sentenza in questione è estremamente importante in ragione del criterio interpretativo fornito, vincolante per gli operatori giuridici, rispetto ad una nozione dai contorni sfumati qual è quella di decisione completamente automatizzata di cui all'art. 22 del GDPR.

Il primo a essere vincolato dal *decisum* della Corte di Giustizia è, all'evidenza, il Tribunale amministrativo di Wiesbaden, chiamato dalla Corte a verificare se il par. 31 del BDSG costituisca una base legale sufficiente a legittimare l'utilizzo di una decisione completamente automatizzata ai sensi dell'art. 22, comma 2, del GDPR, opzione rispetto alla quale, invero, il giudice *a quo* aveva già mostrato i suoi dubbi nell'ordinanza di rinvio.

Tuttavia, proprio all'esito di tale sentenza^[26] è stata pubblicata una bozza di legge di riforma del par. 31 BSDG, che, se approvata, potrebbe modificare gli esiti del giudizio *a quo*.

La bozza in discussione, ovvero il § 37a, che andrebbe a sostituire l'attuale § 31 del BDSG, prevede espressamente che il diritto di non essere oggetto di una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato non si applica – oltre alle eccezioni di cui all'articolo 22, paragrafo 2, lettere a) e c)^[27] del Regolamento (UE) 2016/679 – anche nelle ipotesi in cui vengano creati o utilizzati valori

probabilistici riguardanti uno specifico comportamento futuro di una persona fisica al fine di decidere in merito all'instaurazione, all'esecuzione o alla cessazione di un rapporto contrattuale con la stessa o in relazione alla sua capacità e disponibilità a onorare i propri impegni finanziari, accertata da società specializzate e comprendente informazioni sulla situazione debitoria^[28].

Qualora tale disposizione fosse approvata, dal momento che il *credit scoring* formulato da *Schufa* soddisfa entrambi i criteri previsti dalla normativa, tale modalità di calcolo del merito creditizio continuerebbe a operare^[29] e dovrebbe essere considerata legittima, almeno sotto questo profilo, dal giudice del rinvio.

In secondo luogo, la sentenza della Corte di Giustizia dispiega i propri effetti anche al di fuori del giudizio *a quo* e ciò, per la particolare efficacia riconosciuta alle sentenze con valenza interpretativa formulate dalla Corte all'esito di un rinvio pregiudiziale^[30], dovendosi pertanto considerare l'interpretazione dell'art. 22 del GDPR offerta dalla Corte nel caso di specie come vincolante per gli altri giudici nazionali che dovessero applicare tale disposizione^[31], salva evidentemente la possibilità riconosciuta a questi ultimi di sollevare nuovamente una questione pregiudiziale sull'interpretazione di questa disposizione.

Chiarita la portata applicativa della sentenza, con riguardo all'interpretazione della nozione di «*decisione completamente automatizzata*», la Corte, come detto, ne dà una lettura apparentemente ampia, al fine di offrire maggior tutela ai soggetti sottoposti ai procedimenti algoritmici.

La Corte tocca con questa sentenza uno dei profili più critici di questa definizione, ossia quando una decisione possa dirsi assunta esclusivamente dalla macchina e, di conseguenza, come deve considerarsi l'intervento umano nel processo decisionale per far inverare nel caso concreto il principio di non esclusività algoritmica^[32].

Adottando una visione realistica e decisamente pragmatica del rapporto uomo-macchina nel processo decisionale algoritmico, la Corte osserva che, anche se nei meccanismi di *credit scoring* esiste sempre un intervento umano, in quanto la decisione finale in merito alla conclusione del contratto è adottata da un funzionario persona fisica, la decisione di quest'ultimo non può che essere orientata – talvolta addirittura appiattendosi – dal risultato della procedura automatizzata di *scoring*^[33].

Tale interpretazione “autentica” dovrebbe smentire la posizione di chi ha escluso

lo *scoring* dal raggio di applicazione dell'art. 22 proprio in ragione del fatto che non si tratterebbe di una decisione esclusivamente automatizzata^[34] abbracciando una lettura più ampia della norma che tenga conto dell'effettività e del peso da attribuire all'intervento umano nel caso di specie^[35].

Tuttavia, una lettura così ampia del concetto di "decisione", che la Corte a ben vedere individua alla luce degli effetti a essa riconducibili, ampliandola ai casi in cui la decisione produca effetti che incidano in modo analogo significativamente sulla sua persona, è stata criticata da una parte della dottrina^[36], che ha messo in luce come una tale interpretazione sposterebbe troppo in avanti il momento in cui la "decisione" viene assunta. In questo modo, le agenzie di credito, come *Schufa*, devono già tenere in considerazione l'esistenza di una decisione automatizzata, anche se solo in seguito sarà chiaro se il loro punteggio sarà determinante per la decisione.

In verità, la Corte di Giustizia, condividendo l'interpretazione del giudice del rinvio, ascrive l'attività di *credit scoring* al concetto di "decisione", partendo dal presupposto fattuale che il punteggio ottenuto all'esito di tale procedimento incida sempre in maniera significativa sulla decisione del funzionario di concedere o meno il prestito o di stipulare il contratto e ciò con particolare evidenza nelle ipotesi di punteggio negativo, dal quale molto difficilmente il funzionario si discosterà per compiere la propria scelta^[37].

Pur condividendo la *ratio* tutelante che ha ispirato, in prima battuta, il giudice del rinvio e, in seconda battuta, la Corte di Giustizia nell'interpretazione dell'art. 22 del GDPR, non si può non evidenziare come tale interpretazione sembrerebbe porsi in contrasto con il dato letterale dell'art. 22 del GDPR che parla di «*decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato*» e non sembrerebbe quindi potersi applicare ai casi in cui nella procedura automatizzata si inserisca l'intervento umano.

Inoltre, anche ove si ritenesse di abbracciare la lettura della norma offerta dalla Corte, la stessa comporta una maggior incertezza nell'interpretazione della nozione di "decisione completamente automatizzata", sostituendo a un dato oggettivamente verificabile (se vi sia stato o meno un qualche intervento umano nel processo decisionale) un altro più difficilmente accertabile (se vi sia un condizionamento significativo della scelta umana indotto dalla macchina).

Tuttavia, proprio la forzatura operata dalla Corte nell'interpretazione della

norma dimostra, come già peraltro ampiamente evidenziato in dottrina^[38], l'inadeguatezza di tale normativa ai fini di garantire una tutela effettiva nei confronti delle decisioni algoritmiche.

Ciò, in particolare, alla luce delle numerose eccezioni che la norma prevede rispetto alla sua applicazione, che ne svuotano la portata applicativa^[39].

Della sostanziale volatilità dell'art. 22 del GDPR in chiave tutelante rispetto alle decisioni completamente automatizzate la vicenda qui in esame costituisce ulteriore preziosa testimonianza: infatti, il divieto di essere sottoposti a una decisione completamente automatizzata, quale a oggi risulta riconducibile l'attività di *credit scoring* condotta da *Schufa*, sarebbe neutralizzato qualora venisse effettivamente introdotto nel BDSG il par. 37a che potrebbe costituire, come visto, una idonea base legale.

Ora, alla luce della difficoltà dell'art. 22 del GDPR di offrire una tutela adeguata in capo ai soggetti interessati da procedimenti di *credit scoring*, nonostante gli sforzi interpretativi della Corte di Giustizia, può essere utile verificare come questo tipo di procedimenti sia disciplinato dal Regolamento 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale^[40].

5. Requisiti di ammissibilità del *credit scoring* tra GDPR e AI ACT

Il Regolamento 2024/1689 costituisce un cambio di passo da parte della Commissione rispetto ai precedenti tentativi di regolazione dell'intelligenza artificiale, nato dalla necessità di dotare l'Unione europea di un impianto normativo che assicuri un approccio coordinato a livello europeo sulle implicazioni umane ed etiche dell'intelligenza artificiale (di seguito anche IA)^[41].

Si tratta, invero, del primo tentativo di regolazione cogente^[42] rispetto ai precedenti atti di *soft law* elaborati a livello dell'Unione europea in questa materia, tra i quali si ricordano le risoluzioni del Parlamento europeo sui principi etici dell'IA, della robotica e delle tecnologia correlata e sul regime di responsabilità civile per l'IA^[43] e, più recentemente, sull'uso dell'IA^[44], il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale della Commissione e infine le linee guida in materia di *Trustworthy AI* elaborate dall'*High Level Expert Group on AI*^[45].

Il Regolamento qui in esame si configura come un modello di regolazione fondato sulla gestione del rischio^[46]: in particolare sono individuate quattro diverse categorie di IA a seconda del rischio che le caratterizza, cui corrisponde un diverso regime regolatorio: accanto ai sistemi vietati in assoluto^[47] perché comportanti un rischio inaccettabile e ai sistemi con rischio limitato^[48] o minimo^[49], la categoria più interessante è costituita dai sistemi a rischio elevato^[50], individuati all'allegato III del Regolamento unitamente a tutti i sistemi che vengono usati per i componenti di sicurezza di un prodotto^[51].

Tra i sistemi ad alto rischio sono compresi i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito, a eccezione dei sistemi di IA utilizzati allo scopo di individuare frodi, con ciò attuando il Considerando 58 del Regolamento che ritiene opportuna tale qualificazione «*in quanto determinano l'accesso di tali persone alle risorse finanziarie o a servizi essenziali quali l'alloggio, l'elettricità e i servizi di telecomunicazione. I sistemi di IA utilizzati a tali fini possono portare alla discriminazione fra persone o gruppi e possono perpetuare modelli storici di discriminazione, come quella basata sull'origine razziale o etnica, sul genere, sulle disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale, o possono dar vita a nuove forme di impatti discriminatori»*^[52].

Ora, per i sistemi ad alto rischio, e quindi anche, come visto, per i sistemi di *credit scoring*, la normativa UE onera i fornitori di tali sistemi^[53] a compiere una vasta gamma di attività per mitigare il rischio di errori o discriminazioni.

In primo luogo, il sistema di gestione del rischio deve assicurare la qualità dei dati immessi^[54] che devono essere completi ed esenti da errori e sottoposti ad adeguati meccanismi di *governance*^[55].

Ancora, i sistemi di IA ad alto rischio devono essere progettati e sviluppati in modo tale da conseguire, alla luce della loro finalità prevista, un adeguato livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza che deve essere assicurato per tutto il loro ciclo di vita (art. 15).

Per scongiurare l'effetto *black box*, i sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente in modo da consentire una corretta interpretazione del risultato ottenuto dal sistema e un suo utilizzo adeguato (art. 13)^[56].

Per consentire ciò, ogni sistema ad alto rischio deve essere accompagnato da

istruzioni per l'uso che contengano informazioni sintetiche, complete, corrette e comprensibili agli utenti.

In particolare, devono essere indicati la finalità prevista dal sistema di IA, il suo livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza, le caratteristiche dei dati immessi nel sistema, delle loro modalità di addestramento e di validazione.

La garanzia di conoscibilità e comprensione della logica algoritmica è funzionale altresì alla possibilità di condurre sugli stessi una efficace supervisione umana, così come prevista e disciplinata dall'art. 14 del Regolamento stesso.

La supervisione umana serve a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere anche quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, in particolare quando tali rischi persistono nonostante l'applicazione di tutte le accortezze e garanzie sopra viste.

La disposizione riprende il diritto a non essere sottoposto a un trattamento completamente automatizzato già previsto dall'art. 22 del GDPR, rendendolo tuttavia più concreto e superando le molte eccezioni che, come visto, lo contraddistinguevano e svuotavano, di fatto, la portata della regola.

Nello specifico, il soggetto preposto alla supervisione dovrà comprendere appieno le capacità e i limiti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, in modo che i segnali di anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese possano essere individuati e affrontati quanto prima. Deve essere in grado, altresì, di interpretare correttamente l'*output* del sistema di IA ad alto rischio, tenendo conto, in particolare, delle caratteristiche del sistema, degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili.

Inoltre la supervisione deve essere effettuata in maniera critica, ovvero il supervisore deve restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'*output* prodotto da un sistema di IA ad alto rischio (“distorsione dell’automazione”)^[57], in particolare per i sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche, come per l'appunto, i sistemi di *credit scoring*.

Ciò che è interessante notare ai nostri fini è che il sistema di garanzie pensato dal Regolamento opera sempre e comunque per i sistemi di *credit scoring*, a

prescindere da una valutazione di rilevanza del punteggio rispetto alla decisione finale del funzionario di stipulare o meno un contratto o di concedere o meno un prestito^[58] e questo in virtù della sua qualificazione quale sistema ad alto rischio, dovuta, come menzionato, agli effetti potenzialmente nocivi derivanti all'interessato dal suo funzionamento e utilizzo.

In attesa dell'effettiva entrata in vigore delle disposizioni del Regolamento in relazione ai sistemi ad alto rischio che, come visto, è prevista per il 2 agosto 2026, la questione dell'ammissibilità del sistema di *credit scoring* utilizzato dalla società *Schufa* rimane sotto l'egida del *Verwaltungsgericht* di Wiesbaden, chiamato a verificare se la normativa nazionale costituisce una idonea base legale per poter legittimare, in questi casi, la sottoposizione dell'interessato a una decisione completamente automatizzata.

A prescindere dall'esito del giudizio *a quo*, la sentenza si presta comunque a un ragionamento più ampio, proprio in virtù della sua peculiare portata applicativa e della valenza "autentica" riconosciuta alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

Può allora essere interessante verificare l'applicazione dei principi espressi dalla Corte anche alle decisioni amministrative algoritmiche, per le quali, come si vedrà, la "riserva di umanità" presenta una connotazione particolare.

6. Considerazioni conclusive: uno sguardo sulla decisione amministrativa algoritmica

Per dottrina sostanzialmente pacifica^[59], l'art. 22 del GDPR trova applicazione anche con riferimento alle decisioni amministrative completamente automatizzate, trattandosi di atti che, usando le parole del medesimo articolo, producono effetti giuridici nella sfera dell'interessato^[60].

Tuttavia, è proprio con riferimento a questo settore che si è potuto evidenziare il sostanziale svuotamento della portata del diritto a non essere sottoposti a una decisione completamente automatizzata contenuto all'art. 22, in quanto, come evidenziato dalla dottrina^[61], il successivo articolo 23 prevede che l'applicazione di questo diritto possa essere limitata sia da norme di diritto UE che da norme di diritto nazionale qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società

democratica per salvaguardare tutta una serie di interessi pubblici elencati nel proseguo dell'articolo, che esauriscono o quasi, l'ambito dei compiti svolti dalle Amministrazioni Pubbliche.

Ciò ha indotto la giurisprudenza amministrativa, nel c.d. caso “Buona Scuola”^[62] a elaborare dei principi di legalità algoritmica che, pur partendo dalla normativa europea e in particolare dallo stesso art. 22 del GDPR, meglio si attagliassero alla realtà propria del procedimento amministrativo, facendo in modo che la scelta di ricorrere alla decisione algoritmica, dettata da ragioni di efficienza e speditezza dell’azione amministrativa, non facesse venir meno la congerie di garanzie previste nel procedimento amministrativo condotto con modalità tradizionali^[63].

Tra queste garanzie, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8472/2019 prevede, tra l’altro^[64], il principio di non esclusività della decisione algoritmica, in forza del quale deve «*esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica*».

In una sentenza successiva^[65], sempre relativa al medesimo filone giurisprudenziale del caso “Buona scuola”, il Consiglio di Stato approfondisce espressamente il principio di non esclusività algoritmica, ricavato espressamente dall’art. 22 del GDPR^[66], precisando «*per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo*».

In altre parole, con riferimento alle decisioni adottate dalle pubbliche amministrazioni, è necessario garantire la “riserva di umanità”^[67] nel procedimento algoritmico e l’imputabilità della decisione in capo al responsabile del procedimento o comunque al soggetto a ciò designato^[68].

Tale principio trova oggi, peraltro, esplicito riconoscimento a livello normativo nel nuovo codice dei contratti pubblici^[69] che disciplina l’uso delle procedure automatizzate nel ciclo di vita degli appalti, anche con il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale^[70].

Tuttavia, è proprio con riferimento all’applicazione concreta di questo principio che la dottrina ha riscontrato le maggiori criticità^[71], evidenziando il rischio, vista l’autonomia dei sistemi di IA, che il controllo umano si riveli una “illusione di controllo”^[72].

Il rischio in questione non è puramente teorico, se si tiene a mente che diverse amministrazioni^[73] hanno iniziato ad utilizzare sistemi di IA che sfruttano meccanismi di *Machine Learning* per l'esercizio di alcune funzioni loro affidate. Sebbene, per il momento, l'utilizzo di tali sistemi sia limitato alle fasi del procedimento prodromiche all'emanazione del provvedimento finale, che rimane, almeno formalmente in capo al funzionario, è evidente il rischio che la decisione del funzionario si appiattisca sul risultato dell'istruttoria condotta con modalità algoritmiche^[74] e ciò anche per l'attitudine mostrata dall'amministrazione italiana a rifugiarsi in pratiche di "burocrazia difensiva"^[75].

Il meccanismo sopra descritto, a ben vedere, è il medesimo che la Corte di Giustizia ha stigmatizzato nella sentenza qui in esame, e che l'ha indotta a qualificare il procedimento di *credit scoring* alla stregua di una decisione completamente automatizzata anche nei casi in cui la decisione finale sia adottata da una persona fisica, che si limiti tuttavia a recepire i risultati del punteggio in maniera acritica, non esercitando alcun controllo umano effettivo.

Tuttavia, nell'ambito delle decisioni amministrative algoritmiche, la mancanza di un controllo umano effettivo e quindi, l'impossibilità di riferire la scelta all'organo a ciò incaricato per legge, ha delle ulteriori conseguenze, comportando sempre e irrimediabilmente l'illegittimità del provvedimento così emanato per violazione dei principi di legalità algoritmica espressi dalla giurisprudenza e oggi previsti, sia pure limitatamente alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, dal D.lgs. n. 36/2023.

1. Secondo il Glossario della Banca di Italia per *credit scoring* si intende un sistema automatizzato adottato dalle banche e dagli intermediari finanziari per valutare le richieste di finanziamento della clientela (in genere per la concessione del credito al consumo). Esso si basa su sistemi automatizzati che prevedono l'applicazione di metodi o modelli statistici per valutare il rischio creditizio, e i cui risultati sono espressi in forma di giudizi sintetici, indicatori numerici o punteggi, associati all'interessato, diretti a fornire una rappresentazione, in termini predittivi o probabilistici, del suo profilo di rischio, affidabilità o puntualità nei pagamenti.
2. Il nome completo della società è Schufa Holding AG, acronimo di *Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung*. Sulla rilevanza dell'attività di questa società nell'economia tedesca si confronti U. Wiedemann, *Die rechtliche Stellung der Verbraucher unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, in *Verbraucher und Recht*, 2024, p. 175, il quale osserva come: «Sie ist in den

letzten Jahrzehnten noch einmal erheblich gewachsen und umfasst mittlerweile fast alle Lebensbereiche».

3. Si tratta di *software* che impiegano meccanismi di *Machine Learning* fondati su algoritmi di tipo probabilistico, che possono produrre *output* diversi a partire da uno stesso insieme di dati, dal momento che ad un *input* immesso corrispondono più passi successivi nell'elaborazione dell'algoritmo, ognuno dei quali ha una certa probabilità di essere scelto. Nel caso del *Machine Learning*, è l'algoritmo che consente ai dati stessi di determinare come le informazioni contenute in *input* variabili siano messe insieme per prevedere il valore di un *output* a sua volta variabile. In pratica, il sistema è in grado da solo di apprendere correlazioni e modelli per generare predizioni o per acquisire comprensione di un determinato fenomeno: l'apprendimento avviene in maniera continuativa, in quanto l'algoritmo cerca costantemente di migliorare le proprie *performance* per raggiungere un determinato obiettivo. L'algoritmo posto alla base del sistema di *machine learning* può essere un algoritmo supervisionato o non supervisionato: nel primo caso i dati immessi nella macchina sono già stati classificati o etichettati dallo sviluppatore del *software* e pertanto, quando il sistema si troverà di fronte ad un problema o un quesito cui risponderà attingendo ai dati che sono stati inseriti. Nel caso, invece, di algoritmi non supervisionati, il sistema attinge a dati che non sono stati precedentemente classificati o codificati, ma a dati grezzi ed eterogenei, senza avere alcuna guida sul loro utilizzo e quindi senza sapere quali sono i risultati attesi a seconda della scelta effettuata. In questa ipotesi è il sistema stesso che deve classificare i dati che sono in esso inseriti, apprendendo autonomamente il loro significato e il risultato cui essi portano che non è predeterminato. Sul funzionamento di questo tipo di algoritmi si confronti C. Coglianese, D. Lehr, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, 2017, p. 1156. Sul ruolo della componente umana nello sviluppo, utilizzo e controllo degli algoritmi posti alla base del *machine learning* si confronti C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 2019, 15.
4. Sui sistemi di *social scoring* si confronti il recente lavoro di G. Cerrina Feroni, *Intelligenza artificiale e sistemi di “scoring” sociale. Tra distopia e realtà*, in *Dir. inf.*, 2023, p. 1. Molto interessante è l'analisi condotta sul sistema di *social scoring* utilizzato dal Governo Cinese, noto come il Sistema di Credito Sociale (SCS), del quale si evidenziano le ricadute concrete sulla vita delle persone ad esso sottoposte, «*Per quanto riguarda i cittadini, sono già riscontrabili esempi di punizioni causate dalla violazione dei protocolli sociali: il sistema ha già negato a nove milioni di persone con “punteggi bassi” il diritto di comprare voli domestici. Il sistema risulta utilizzato anche per escludere la possibilità a genitori di iscrivere i loro figli in determinate scuole, proibire a coloro che hanno un punteggio basso di affittare camere d’albergo, di usare carte di credito, e per inserire in una black list determinati individui con l’obiettivo di precludergli l’ottenimento di lavoro. Il sistema è applicato in funzione anche di valutare le abitudini di navigazione su internet della gente (troppo tempo passato giocando ai video giochi riduce il punteggio), le abitudini riguardanti gli acquisti e*

una varietà di azioni personali e assolutamente innocue che non hanno alcun impatto sulla comunità» (p. 4).

5. Così E. Faletti, *Alcune riflessioni sull'applicabilità dell'art. 22 GDPR in materia di scoring creditizio*, in *Dir. inf.*, 2024, p. 113.
6. Ciò può dipendere da errori legati ai dati che sono immessi, oppure, più spesso, ad errori nella fase di programmazione, in cui il comando giuridico si trasforma in linguaggio algoritmico. In realtà, il calcolo algoritmico su vasta scala pone sempre un problema di affidabilità e un invisibile margine di errore, il quale è ridotto attraverso approssimazioni o perdite di precisione del sistema. L'errore contenuto nell'algoritmo, prima di essere scoperto e corretto, può riprodursi per un numero potenzialmente infinito di volte con grave danno dei soggetti coinvolti. Su questi aspetti si confronti K. Citron, *Technological Due Process*, in *Washington Law Review*, 2008, p. 1261.
7. E. Mostacci, *L'intelligenza artificiale in ambito economico e finanziario*, in *DPCEonline.it*, 1, 2022, p. 367, il quale evidenzia in quale modo il sistema di *credit scoring* possa avere effetti discriminatori verso un determinato gruppo sociale «È il caso dell'utilizzo di categorie stereotipate, come ad esempio l'appartenenza a una minoranza razziale, i cui membri provengano in genere dalle classi meno abbienti. Ora, date le premesse è evidente che ci possa essere una correlazione statisticamente significativa tra l'appartenenza alla minoranza e il maggior rischio di credito. Tuttavia, è la relazione causa effetto ad essere criticabile: non è l'appartenenza alla minoranza, ma la peggiore condizione economica a rendere più probabile il mancato adempimento alle proprie obbligazioni contrattuali». Sul punto si confronti anche U. Wiedemann, *Die rechtliche Stellung der Verbraucher*, cit., p. 181, il quale mette in evidenza, con tre distinti esempi, come la decisione sul merito creditizio compiuta da queste società non sia sempre fondata su rigorosi parametri scientifici, a svantaggio dei consumatori.
8. Le nuove tecniche di *Machine Learning* sono per natura opache, delle vere e proprie *black box* difficilmente espugnabili. Ciò deriva anche dal fatto che gli algoritmi di apprendimento sono dinamici, si autoimplementano e migliorano sulla base dell'esperienza. Per questo non è sempre spiegabile e comprensibile perché e in quale modo l'algoritmo abbia formulato quella risposta in quel caso, sfuggendo dal paradigma epistemologico causale sul quale si fondano le decisioni umana. Oltre a questa forma intrinseca di opacità, ve ne sono altre due che si accompagnano: da un lato, il funzionamento dell'algoritmo potrebbe essere coperto dal segreto industriale, a tutela della compagnia privata che lo ha ideato e messo a disposizione di una pubblica amministrazione. Dall'altro, anche ove l'algoritmo fosse reso accessibile, il linguaggio con cui è scritto sarebbe comprensibile solo ad una stretta cerchia di esperti in grado di decifrarlo e di riprodurne il contenuto in un linguaggio accessibile a tutti. Su questi aspetti si confronti, *ex multis*, J. Burrell, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big data and society*, 2016, p. 1; F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Massachusetts, 2015; C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and algorithmic governance*,

cit., p. 4.

9. In Germania ogni Land ha un proprio Garante della privacy. Nella maggior parte dei casi questo funzionario è responsabile sia per il settore pubblico che per quello privato. L'unica eccezione è rappresentata dalla Baviera, dove il responsabile statale della protezione dei dati è responsabile solo della protezione dei dati nel settore pubblico, mentre per il settore privato è responsabile l'Ufficio statale per il controllo della protezione dei dati di Ansbach (*Landesamt für Datenschutzaufsicht*). L'Incarnato federale per la protezione dei dati e la libertà d'informazione (*BfDI*), a sua volta, è responsabile di tutte le autorità federali. Anche le aziende del settore delle telecomunicazioni e delle poste rientrano nelle sue competenze. Il Commissario federale per la protezione dei dati e le 17 autorità statali formano insieme la Conferenza delle autorità federali e statali indipendenti per la protezione dei dati, che dovrebbe consentire un coordinamento reciproco.
 10. La norma regola in maniera puntuale, da un lato il ricorso a un tasso di probabilità di un certo comportamento futuro di una persona fisica allo scopo di decidere sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con tale persona («*scoring*») che è consentito solo se: «*1. le disposizioni della normativa sulla protezione dei dati sono state rispettate; 2. i dati utilizzati per il calcolo probabilistico risultano in maniera comprovata rilevanti per il calcolo del tasso di probabilità del comportamento specifico, sulla base di un procedimento matematico-statistico scientificamente riconosciuto;*
 - 3. per il calcolo del tasso di probabilità non sono stati utilizzati esclusivamente dati relativi all'indirizzo, e*
 - 4. in caso di utilizzo di dati relativi all'indirizzo, la persona interessata è stata informata dell'utilizzo previsto di tali dati prima del calcolo probabilistico; l'informazione dev'essere documentata».*
- Dall'altro, il secondo comma, disciplina in maniera ancora più specifica il ricorso a un tasso di probabilità calcolato da agenzie di valutazione del credito, relativo alla solvibilità e alla disponibilità a pagare di una persona fisica, laddove includa informazioni sui crediti, che è consentito «*solo se sussistono le condizioni di cui al paragrafo 1 ed esclusivamente se si tratta di crediti relativi a prestazioni dovute e non adempiute, malgrado la scadenza,*
- 1. che sono stati accertati con sentenza definitiva o provvisoriamente esecutiva o per i quali esiste un titolo di credito ai sensi dell'articolo 794 del Zivilprozessordnung (codice di procedura civile);*
 - 2. che sono stati accertati ai sensi dell'articolo 178 dell'Insolvenzordnung (legge in materia di procedure di insolvenza) e non sono stati contestati dal debitore in sede di verifica;*
 - 3. che il debitore ha espressamente riconosciuto;*
 - 4. relativamente ai quali*
- a) il debitore è stato sollecitato per iscritto almeno due volte dopo la data di scadenza del credito,*
 - b) sono trascorse almeno quattro settimane dal primo sollecito,*
 - c) il debitore è stato informato previamente – ma non prima del primo sollecito – di una possibile valutazione da parte di un'agenzia di valutazione del credito, e*

d) non vi è stata contestazione da parte del debitore, oppure

5. derivanti da un rapporto contrattuale che può essere risolto senza preavviso a causa di ritardi di pagamento e relativamente ai quali il debitore è stato previamente informato di una possibile valutazione da parte di un'agenzia di valutazione del credito.

*Resta salva la liceità del trattamento – incluso il calcolo di tassi di probabilità – di altri dati rilevanti relativi alla solvibilità ai sensi della normativa generale sulla protezione dei dati». Secondo T. Lapp, § 31 BDSG, in P. Gola, D. Heckmann (a cura di), *DS-VGO-BDSG Kommentar*, C.H.Beck, Monaco di Baviera, Germania, 2022, Rn. 36, la necessità di disciplinare in maniera specifica il ricorso a un tasso di probabilità relativo alla solvibilità e alla disponibilità a pagare di una persona fisica deriva dal fatto che, per calcolare questo tasso, sono impiegati dati negativi, ad esempio informazioni sulla cancellazione di un prestito o su crediti insoluti e non contestati che, secondo la disposizione qui in analisi, possono essere utilizzati solo se l'incapacità o la non volontà di pagare del soggetto interessato sia stata stabilita in modo “certo”.*

11. *Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU).* Si tratta della legge, di livello federale, con la quale la Germania ha dato attuazione al GDPR (Regolamento 2016/679/UE). Nonostante il Regolamento generale sulla protezione dei dati abbia portata generale, sia obbligatorio in tutti i suoi elementi e sia direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri, esso contiene varie clausole cosiddette di riserva, che danno agli Stati membri un certo margine di manovra. In considerazione della concessione di tali poteri normativi, è stato approvata la *Bundesdatenschutzgesetz* il cui paragrafo 31, come visto alla nota precedente, contiene disposizioni dettagliate sul *credit scoring*. Sulle modalità di attuazione del GDPR in Germania si confronti J. Kühling, M. Martini, *Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2016, pp. 448 ss.
12. L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie contro gli atti delle autorità di controllo in materia di protezione dei dati personali, sia di livello statale sia di livello federale, è disposta dal par. 20 della BDSG che attua quanto previsto dall'art. 78 del GDPR in relazione al diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti dell'autorità di controllo. In Italia, invece, come noto, la tutela contro i provvedimenti assunti dal Garante per la protezione dei dati personali è affidata al giudice ordinario e segue il procedimento disciplinato dall'art. 10 del d.lgs. n. 150/2011 e ciò ai sensi dell'art. 152 del d.lgs. n. 196/2003, che attribuisce al giudice ordinario non solo «*tutte le controversie che riguardano le materie oggetto dei ricorsi giurisdizionali di cui agli articoli 78 e 79 del Regolamento*» ma anche «*quelle comunque riguardanti l'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali*». L'estensione della giurisdizione del giudice ordinario a tutte le controversie riguardanti l'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali ha indotto alcuni interpreti a ritenere che si tratti di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, per cui la materia

apparterrebbe *in toto* a siffatto giudice, indipendentemente dalle posizioni giuridiche soggettive che possono venire in rilievo. In questo senso si confronti F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 298 e ss. Ritiene condivisibile la scelta di attribuire la tutela in questa materia al giudice ordinario, trattandosi di offrire tutela a un diritto della personalità R. Giordano, *La tutela amministrativa e giurisdizionale dei dati personali*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1010.

13. L'art. 22 del GDPR disciplina il c.d. "principio di non esclusività algoritmica", prevedendo che: «*l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*». Già l'enunciazione del principio generale sconta però delle criticità, legate alla difficoltà di interpretare la nozione di decisione che "incida in modo analogo significativamente sulla persona", come, infatti, sottolineato da C. Sarra, *ICT 2.0. Decisioni automatizzate e sistemi contestabili: la via antica alla vera innovazione*, in C. Sarra (a cura di), *Il mondo-dato. Saggi su datificazione e diritto*, Cleup, Padova, 2019, p. 137. Il principio generale soffre poi di diverse eccezioni, che consentono la decisione automatizzata nel caso in cui a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento, b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato, c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato. Secondo A. Simoncini, *Profili costituzionali della decisione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4 2019, pp. 1172-1173 «È evidente che la portata delle eccezioni è, nei fatti, amplissima tanto che verrebbe da chiedersi se, in realtà, residui uno spazio residuo effettivo per la regola».
14. L'art. 22, comma 3, del GDPR prevede che: «*Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e gli interessi legittimi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione*».
15. Sullo strumento del rinvio pregiudiziale si confronti, *ex multis*, D.U. Galetta, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2012, pp. 431 ss. In giurisprudenza si confronti Cort. giust., Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA*, ECLI:EU:C:2021:799 per la quale: «occorre rammentare che il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, che costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai trattati, instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri che mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima

istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai trattati [v., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 176 e giurisprudenza ivi citata, nonché sentenza del 6 marzo 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, punto 37]. Infatti, il meccanismo pregiudiziale istituito da tale disposizione mira a garantire in ogni circostanza al diritto dell'Unione la stessa efficacia in tutti gli Stati membri e a prevenire così divergenze interpretative di quest'ultimo che i giudici nazionali devono applicare e tende a garantire quest'applicazione, conferendo al giudice nazionale un mezzo per eliminare le difficoltà che possa generare il dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri. Pertanto, i giudici nazionali hanno la più ampia facoltà, se non l'obbligo, di adire la Corte qualora ritengano che una causa pendente dinanzi ad essi sollevi questioni implicanti un'interpretazione o una valutazione della validità delle norme giuridiche dell'Unione che impongano una decisione da parte loro [v., in tal senso, parere 1/09 (Accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punto 83 e giurisprudenza ivi citata]. Il sistema introdotto dall'articolo 267 TFUE istituisce, pertanto, una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ultimo ai singoli».

16. Secondo consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte giust., ordinanza 13 gennaio 2010, C-292/09, *Calestani*, ECLI:EU:C:2010:7, p.ti 22 e 23; Corte giust., sentenza 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, ECLI:EU:C:2007:227, punto 33, e sentenza del 31 gennaio 2008, C- 380/05, *Centro Europa 7*, ECLI:EU:C:2008:59, punto 54, nonché ordinanza 17 settembre 2009, causa C-181/09, *Canon Kabushiki Kaisha*, ECLI:EU:C:2009:565, punto 10) è indispensabile che il giudice nazionale precisi, nella stessa decisione di rinvio, il contesto di fatto e normativo della causa principale fornendo un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni comunitarie di cui chiede l'interpretazione nonché il nesso individuato tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia principale. La Corte ha parimenti insistito sull'importanza dell'indicazione, da parte del giudice nazionale, dei motivi precisi che l'hanno indotto ad interrogarsi sull'interpretazione del diritto comunitario e a ritenerne necessaria la sottoposizione di questioni pregiudiziali alla Corte (Corte giust., sentenza 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *ABNA e a.*, ECLI:EU:C:2005:741, punto 46, nonché ordinanza 13 giugno 2007, cause riunite C-72/07 e C-11/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, ECLI:EU:C:2007:336, punto 18, e ordinanza 17 settembre 2009, cause riunite C-404/08 e C-409/08, *Investitionsbank Sachsen-Anhalt*, ECLI:EU:C:2009:563, punto 30).
17. Secondo l'articolo 4, punto 4, del GDPR per profilazione si intende «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione

economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». In dottrina, sulla profilazione si confronti, *ex multis*, E. Pellecchia, *Privacy, decisioni automatizzate e algoritmi*, in E. Tosi (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 417 ss.; R. Messinetti, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 167 ss.; A. De Franceschi, sub *Articolo 4*, in R. D'orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 153 ss.

18. In questo senso si esprimono S. Schulz, § 22 DS-GVO, in P. Gola, D. Heckmann (a cura di), *DS-GVO BDSG Kommentar*, cit., Rn. 1-5; M. Martini, *Art. 22*, in B.P. Paal, D.A. Pauly (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO BDSG Kommentar*, C.H.BECK, Monaco di Baviera,, Germania, 2021, Rn 1-2. Inizio moduloFine modulo
19. L'art. 15, comma 1, lett. h) del GDPR prevede che l'interessato sia reso edotto dell'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, gli siano fornite informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. Sul diritto a ottenere informazioni specifiche nei casi di processi decisionali completamente automatizzati si confronti S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, Vol. 7, no. 2, 2017, p. 78, ove si distingue tra il "diritto alla spiegazione" esercitato *ex ante* e quello esercitato *ex post*, con un esempio proprio in materia di *credit scoring*: «*An example may help clarify how these distinctions interact. Take an automated credit scoring system. Prior to a decision being made (ex ante), the system provider can inform the data subject about the system functionality, including the general logic (such as types of data and features considered, categories in the decision tree), purpose or significance (in this case, to assign a credit score), and envisaged consequences (eg the credit score can be used by lenders to assess credit worthiness, affecting the terms of credit such as interest rate). After a decision has been made (ex post), an explanation of system functionality can still be provided to the data subject. However, the provider can also explain to the data subject the logic and individual circumstances of their specific decision, such as her credit score, the data or features that were considered in her particular case, and their weighting within the decision tree or model*».
20. Sulla mancanza di una riserva normativa nazionale per l'attuazione del GDPR si confronti T. Lapp, § 31 BDSG, in P. Gola, D. Heckmann (a cura di), *DS-GVO BDSG Kommentar*, cit., Rn. 3-5 per il quale: «*Ein Regelungsspielraum des deutschen Gesetzgebers im Rahmen der DS-GVO wird teilweise verneint, da es an einer entsprechenden Öffnungsklausel fehlt. Richtig ist, dass weder die in der Gesetzesbegründung beschworene Bedeutung von Scoring und Bonitätsauskünften noch die (angebliche) allgemeine Akzeptanz der Regelungen eine Öffnungsklausel ersetzen können*».

punto K. Blasek, *Auskunftsreis und Kredit-Scoring in unruhigem Fahrwasser Ein Spagat zwischen Individualschutz und Rechtssicherheit*, in ZD, 2022, p. 435. L'Autrice critica l'interpretazione del Tribunale amministrativo del § 31 BDSG, che porterebbe a una notevole incertezza giuridica (p. 436).

21. Corte giust., sentenza 7 dicembre 2023, C-634/21, *Schufa Holding AG*, ECLI:EU:C:2023:957.
22. In particolare il primo motivo di irricevibilità verteva sull'ampiezza da riconoscersi al controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa competente che, secondo *Schufa*, sarebbe assolutamente limitato a controllare se tale autorità abbia rispettato gli obblighi ad essa incombenti in forza del GDPR, mentre, la Corte ribadisce che questo tipo di decisioni, conformemente all'articolo 78, paragrafo 1, del GDPR, sono soggette ad un controllo giurisdizionale completo (*full judicial overview*). La questione era già stata oggetto di un apposito rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del Tribunale amministrativo di Wiesbaden nell'ambito di un'altra controversia che ha visto sempre coinvolta la società *Schufa* (Corte giust., sentenza 7 dicembre 2023, C-26/22 e C-64/22, *Schufa Holding AG*, ECLI:EU:C:2023:958). Tale sentenza riguarda due soggetti che nell'ambito di procedure di insolvenza in Germania avevano ottenuto una esdebitazione anticipata sulla base di ordinanze giudiziarie. In accordo con la disciplina di diritto tedesco in materia, la pubblicazione ufficiale su Internet di tali decisioni era stata cancellata dopo sei mesi dalla rispettiva data di adozione (§ 3, par. 1 *InsoBekV*). Tuttavia, tali informazioni erano ancora presenti nelle banche dati detenute dalla *Schufa* in quanto quest'ultima cancella le informazioni solo dopo tre anni dalla registrazione, sulla base di un codice di condotta elaborato dall'associazione che riunisce le società che forniscono informazioni commerciali in Germania, approvato dall'Autorità di controllo competente. Interrogata per l'appunto la Corte di Giustizia in merito alla legittimità della conservazione dei dati relativi alle procedure di esdebitazione da parte di *Schufa* per un periodo sensibilmente maggiore rispetto a quello previsto per legge nei registri pubblici a ciò dedicati la Corte precisa che: «*In tali circostanze, gli interessi del settore creditizio a disporre delle informazioni su un'esdebitazione non possono giustificare un trattamento dei dati personali come quello di cui trattasi nei procedimenti principali oltre il termine di conservazione dei dati nel registro pubblico fallimentare, cosicché la conservazione di tali dati da parte di una società che fornisce informazioni commerciali non può essere fondata sull'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f), del RGPD per quanto riguarda il periodo successivo alla cancellazione di detti dati da un registro pubblico fallimentare*». Per un commento di tale sentenza si confronti M. Ahrens, *Sechsmonatige Speicherung der Information über Restschuldbefreiung*, in *Neue Juristische Wochenschrift Spezial*, 2024, pp. 85 ss.
23. Corte giust., sentenza 7 dicembre 2023, C-634/21, *Schufa Holding AG*, cit., punto 46.
24. Corte giust., sentenza 7 dicembre 2023, C-634/21, *Schufa Holding AG*, cit., par. 63.
25. Il *Bundesgerichtshof* tedesco, nella sentenza del 28/01/2014, VI ZR 156/13, consultabile in <https://openjur.de/u/677956.html> ha affermato che il metodo di calcolo del punteggio effettuato da *Schufa* è protetto dal segreto industriale e di conseguenza gli interessati, pur

avendo diritto ad ottenere informazioni su quali dati vengono utilizzati e qual elementi influenzino il punteggio, non hanno invece diritto ad ottenere informazioni ulteriori. In particolare, le informazioni sul metodo di calcolo comprenderebbero l'algoritmo astratto, i valori statistici, la ponderazione e l'interazione dei vari elementi considerati e informazioni sulla formazione delle classi di riferimento.

26. Così infatti si legge nella bozza di legge di modifica del *BDSG (Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 7.2.2024 für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BT-Drs.20/10859) «Der Koalitionsvertrag (Zeilen 5763 f.) sieht darüber hinaus vor: „Wir werden umgehend prüfen, wie die Transparenz beim Kredit-Scoring zugunsten der Betroffenen erhöht werden kann. Handlungsempfehlungen werden wir zeitnah umsetzen.“ Dies und das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7.12.2023 – C-634/21 „SCHUFA Holding (Scoring)“ – aufgreifend, wird § 31 durch einen neuen § 37a ersetzt».*
27. La lettera a) riguarda il caso in cui la sottoposizione a una decisione completamente automatizzata sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento, mentre l'ipotesi sub. c) legittima tale decisione in presenza del consenso esplicito dell'interessato. Con riferimento al consenso esplicito dell'interessato rispetto all'utilizzo di procedimenti algoritmici nei suoi confronti si segnala una interessante ordinanza della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2023, n. 28358), relativa al funzionamento di un algoritmo di *rating* reputazionale nella quale la Corte specifica che: *«ad integrare i presupposti del “libero e specifico” consenso, affinché esso sia legittimo e valido, è richiesto che l'aspirante associato sia in grado di conoscere l'algoritmo, inteso come procedimento affidabile per ottenere un certo risultato o risolvere un certo problema, che venga descritto all'utente in modo non ambiguo ed in maniera dettagliata, come capace di condurre al risultato in un tempo finito»*. Per un commento di questa ordinanza si confronti F. Cerea, *Trattamento algoritmico dei dati a fini reputazionali tra consenso dell'interessato e controllo ex ante di conformità al GDPR e all'AI ACT*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2023, p. 2005; I. Rapisarda, *Autodeterminazione informativa e trattamento algoritmico dei dati personali. Il caso del rating reputazionale*, in *Dir. Fam. e delle Persone*, 4, 2023, p. 1567.
28. Così recita il primo comma del §37a: *«(1) Das Recht gemäß Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679, keiner ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, besteht über die in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a und c der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Ausnahmen hinaus nicht, wenn zu einer natürlichen Person Wahrscheinlichkeitswerte erstellt oder verwendet werden über 1. ein bestimmtes zukünftiges Verhalten der Person zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dieser Person oder 2. ihre Zahlungsfähig- und -willigkeit durch Auskunfteien und unter Einbeziehung von Informationen über Forderungen».*
29. U. Wiedemann, *Die rechtliche Stellung der Verbraucher*, cit., p. 181, «Da das Schufa-Scoring beide Varianten erfüllt, würde das bedeuten, dass das Scoring wie bisher weiter

durchgeführt werden kann. Sollte dieser Gesetzesentwurf Wirklichkeit werden, wäre nicht nur dem Verbraucherschutz ein Bären Dienst erwiesen. Art. 22 Abs. 1 DSGVO, der ja gerade der menschlichen Letztentscheidung den Vorrang vor der automatisierten Bewertung gibt, wäre in Deutschland außer Kraft gesetzt».

30. La posizione della dottrina maggioritaria, con varie sfumature, è nel senso di riconoscere alle decisioni pregiudiziali della Corte capacità estensiva nei confronti di altri procedimenti, in forza di una loro dichiarata efficacia *erga omnes* o almeno de facto *ultra partes*, per la necessaria garanzia della uniforme applicazione dell'interpretazione del diritto euro-unitario, assistita dall'obbligo degli Stati membri di adottare ogni misura «*atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o consequenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*» (art. 4, TUE). Su questi aspetti si confronti G. Martinico, *The interpretative rulings of the ECJ as a legal source in the EC law*, in Stals Research Paper, 2008, p. 2. Più di recente si confronti l'approfondito studio di E. Cimiotta, *L'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2023.
31. Il valore vincolante delle sentenze della Corte di Giustizia pronunciate all'esito di un rinvio pregiudiziale si ricava, indirettamente, anche dai criteri che la Corte stessa ha stabilito nella nota sentenza *Cilfit* (Corte giust. sentenza 6 ottobre 1982, 283/81, *Cilfit e a.*, ECLI:EU:C:1982:335), ribaditi recentemente nella sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA*, cit., che devono essere sussistenti per esonerare il giudice di ultima istanza dall'obbligo di rinvio. In particolare ciò è possibile solo quando il giudice nazionale abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi. Con riferimento, in particolare, al secondo requisito, la Corte aggiunge che: «*In secondo luogo, occorre rammentare che l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte in forza dell'articolo 267 TFUE può far cadere la causa dell'obbligo previsto dall'articolo 267, terzo comma, TFUE, e renderlo senza contenuto, segnatamente, qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoghe fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale o, a maggior ragione, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, o qualora una giurisprudenza consolidata della Corte risolva il punto di diritto di cui trattasi, quale che sia la natura dei procedimenti che hanno dato luogo a tale giurisprudenza, anche in mancanza di una stretta identità delle questioni controverse (v., in tal senso, sentenze del 27 marzo 1963, *Da Costa e a.*, da 28/62 a 30/62, EU:C:1963:6, pag. 73; del 6 ottobre 1982, *Cilfit e a.*, 283/81, EU:C:1982:335, punti 13 e 14; del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, EU:C:1997:517, punto 29, e del 2 aprile 2009, *Pedro IV Servicios*, C-260/07, EU:C:2009:215, punto 36)», ribadendo tuttavia che il fatto che le disposizioni di cui si chiede l'interpretazione siano già state interpretate dalla Corte non ha l'effetto di ostacolare una nuova pronuncia da parte della stessa (Corte giust., sentenze 17 luglio 2014,*

cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, EU:C:2014:2088, punto 32 nonché giurisprudenza ivi citata, e sentenza 3 marzo 2020, C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, ECLI:EU:C:2020:140, punto 46).

32. Sul principio di non esclusività algoritmica si confronti l'interessante la posizione di G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 119, per il quale «non risulta appagante costruire il principio in termini puramente negativi, quale mero divieto di svolgimento dell'attività amministrativa in forma totalmente automatizzata. La "non esclusività", infatti, non dà contezza della portata positiva del principio e di come lo stesso condiziona la sostanza dell'azione amministrativa. È per evitare una lettura asfittica e restituire la giusta profondità al concetto che sembra, pertanto, preferibile impiegare l'espressione "riserva" di umanità».
33. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal*, 1, 2019, p. 81: «In realtà, questo principio – codificato nella normativa europeo-nazionale – è del tutto inefficace di-fronte a quella che potremmo definire la travolgente forza pratica dell'algoritmo. Formulerei così l'azione di questa forza: una volta introdotto un sistema automatico di decisione all'interno di un processo decisionale umano, il sistema automatico tende, nel tempo, a catturare la decisione stessa. Questo accade, si badi, non per ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma eminentemente per ragioni di convenienza pratica» e ancora « In secondo luogo, però, il principio di non esclusività sembra non riconoscere l'evidente forza "pratica" di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal burden of motivation, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di "qualificare" la propria decisione con un crisma di "scientificità" ovvero "neutralità" che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare – quanto infondata – "autorità».
34. M. Martini, § 22 DS-GVO, cit., Rn. 24, 24a; S. Schulz, § 22 DS-GVO, cit., Rn. 13.
35. C. Djeffal, *The Normative Potential of the European Rule on Automated Decisions: A New Reading for Art. 22 GDPR*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2020, p. 863: «Concerning automated decisions, the question is rather whether this is to be extended to situations in which there is only a formal but non-essential human intervention. Several criteria are put forward to qualify decisions that are indeed taken by humans but must be classified as automated decisions: qualification and competence, actual human influence, inter alia. The normative potential of these views is to disqualify certain kinds of human involvement as insufficient. The opposite view stresses the sole human accountability even in those situations. One can reframe this issue as a question of an extension of responsibility for decisions despite the fact that certain people are nevertheless involved».
36. K. Blasken, *Die Rolle von Scorewerten bei automatisierten Entscheidungen. Auswirkungen des EuGH-Urteils und der geplanten BDSG-Novelle*, in *ZD*, 2024, p. 258, in particolare p. 260.

37. Così la Corte giust., sentenza 7 dicembre 2023, C-634/21, *Schufa Holding AG*, cit., punto 48: «Pertanto, secondo gli accertamenti di fatto del giudice del rinvio, in caso di domanda di mutuo rivolta da un consumatore a una banca, un tasso di probabilità insufficiente comporta, in quasi tutti i casi, il rifiuto di quest'ultima di concedere il prestito richiesto».
38. G. Finocchiaro, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur.it.*, 2019, p. 1674 per la quale «Grandemente sopravvalutato è quanto disposto dal Regolamento con riguardo alle decisioni automatizzate»; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 80; S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, cit., pp. 92 ss.
39. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., «Innanzitutto, nella sua stessa definizione legislativa è soggetto ad un numero rilevantissimo di eccezioni che hanno fatto sollevare numerosi dubbi nella dottrina più consapevole. In base al vigente diritto europeo (e nazionale), una decisione algoritmica può legittimamente incidere sui diritti della persona anche senza intervento umano: a) quando vi sia il consenso esplicito dell'interessato; b) quando sia necessaria per concludere o eseguire un contratto tra interessato e titolare del trattamento; infine c) quando sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello stato membro, In questi casi (eccetto il caso b) il titolare del trattamento deve adottare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, quantomeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. Orbene, è evidente che la portata di queste eccezioni è nei fatti amplissima, tanto che viene da chiedersi quando, in realtà, si possa applicare la regola».
40. Il Regolamento in questione è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 12 luglio scorso, ed è entrato in vigore il 2 agosto. La maggior parte delle norme di tale Regolamento inizierà ad applicarsi il 2 agosto 2026. Tuttavia, i divieti dei sistemi di IA che si ritiene presentino un rischio inaccettabile si applicheranno già dopo sei mesi, mentre le norme per i cosiddetti modelli di IA per finalità generali si applicheranno dopo dodici mesi.
41. Come giustamente osservano M. Macchia, A. Mascolo, *Intelligenza artificiale e regolazione*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Volume 2, Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 128, dall'analisi dell'allora proposta di Regolamento, presentata ancora nell'aprile 2021, emerge che «per un verso, infatti, l'Europa intende imporsi come leader nel settore delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale; per l'altro è presente nell'approccio delle istituzioni europee l'obiettivo di assicurare che lo sviluppo dell'IA non comprima il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute ai cittadini europei».
42. La base giuridica per poter approvare un Regolamento in questo ambito è costituita dall'articolo 114 T.F.U.E. che prevede l'adozione di misure destinate ad assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Nell'*Explanatory Memorandum*

che accompagna la proposta la Commissione specifica come l'obiettivo principale della stessa sia di assicurare il buon funzionamento del mercato interno fissando regole armonizzate, in particolare per quanto concerne lo sviluppo, l'immissione sul mercato dell'Unione e l'utilizzo di prodotti e servizi che ricorrono a tecnologie di intelligenza artificiale o forniti come sistemi di IA indipendenti (“*stand-alone*”). Sempre secondo la Commissione, la mancanza di armonizzazione tra gli Stati membri in questo ambito comporterebbe due problemi principali: i) una frammentazione del mercato interno su elementi essenziali concernenti in particolare i requisiti dei prodotti e dei servizi di IA, la loro commercializzazione, il loro utilizzo, la responsabilità e il controllo da parte delle autorità pubbliche; ii) la riduzione sostanziale della certezza del diritto tanto per i fornitori quanto per gli utenti dei sistemi di IA in merito alle modalità secondo cui le regole nuove e quelle esistenti si applicheranno a tali sistemi nell'Unione.

43. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'Intelligenza Artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)).
44. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'Intelligenza Artificiale: questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale (2020/2013(INI)).
45. Gruppo di esperti ad alto livello sull'Intelligenza artificiale, Orientamenti etici per un' IA affidabile, 8 aprile 2019.
46. Come osserva G. Finocchiaro, *La proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inform.*, 2, 2022, p. 320 non è la prima volta che il Legislatore europeo sceglie un approccio regolatorio fondato sulla gestione del rischio, ricordando come «*il caso più recente e più importante è quello costituito dal Regolamento europeo relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*». Tuttavia secondo l'Autrice, mentre nel GDPR è il titolare del trattamento a dover valutare e gestire il rischio a seconda del tipo e delle modalità del trattamento dei dati, nell'ambito della allora Proposta sull'intelligenza artificiale è il Legislatore che a monte fa una valutazione del rischio e definisce come tale rischio debba essere affrontato. Per un commento critico sull'approccio “risk-based” utilizzato per l'AI Act si confronti C. Novelli, *L'Artificial Intelligence Act Europeo: alcune questioni di implementazione*, in *Federalismi.it*, 2, 2024, p. 95.
47. Si confronti sul punto l'art. 5 del Regolamento che comprende i sistemi o le applicazioni di IA che manipolano il comportamento umano per eludere la libera volontà degli utenti, come i giocattoli che utilizzano l'assistenza vocale che incoraggiano comportamenti pericolosi dei minori, i sistemi che consentono il “punteggio sociale” da parte di governi o imprese e alcune applicazioni di polizia predittiva. Inoltre, sono vietati alcuni usi dei sistemi biometrici, ad esempio i sistemi di riconoscimento delle emozioni utilizzati sul luogo di lavoro e alcuni sistemi per classificare le persone o l'identificazione biometrica remota in tempo reale.

48. Per tale categoria, ricavabile in via residuale, la circolazione all'interno del mercato unico è libera, salvo che non debbano essere previsti, per la loro natura, degli obblighi di trasparenza in capo al provider. Ciò avviene, ai sensi dell'art. 50, ad esempio nei casi in cui si utilizzi un sistema di interazione “artificiale” con il pubblico (chatbots) in un contesto in cui per il pubblico non sia evidente tale natura. Si confronti sul punto la lettera inviata dal Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB) in data 22 febbraio 2022, nella quale, facendo peraltro seguito al parere elaborato congiuntamente con il Garante europeo della protezione dei dati (EDPB-EDPS Joint Opinion 5/2021 on the *proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 18 June 2021, disponibile al: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-ed-ps-joint-opinion52021-proposal_en), il Comitato fa presente come anche i sistemi esclusi dall'ambito di applicazione del complesso di regole previsto dalla proposta di Regolamento, perché non qualificabili quali sistemi ad alto rischio, richiedano delle norme che disciplinino le responsabilità per il loro cattivo funzionamento.
49. Si tratta dei sistemi di IA per il filtraggio dello spam e per videogiochi per i quali sono previsti unicamente codici di condotta volontari.
50. L'AI Act disciplina anche la c.d. “AI generativa” costituita da modelli di IA (*General Purpose Model*) che possono eseguire una vasta varietà di compiti in diversi domini e che sono solitamente addestrati su enormi quantità di dati con metodi diversi. La “generalità” riguarda pertanto i compiti che tali modelli possono svolgere sulla base del medesimo addestramento e quindi la loro attitudine ad essere impiegati nei più disparati domini, compreso quello legale. La sottocategoria di GPM sotto l'attenzione negli ultimi mesi, e dagli effetti dirompenti ancora da esplorare nel campo giuridico, sono i modelli linguistici (*Large Language Models*), capaci di elaborare e generare testi in linguaggio naturale come ad esempio ChatGPT. In particolare il Regolamento prevede una *summa divisio* (Capo V), a seconda che tali modelli presentino o meno un “rischio sistemico” (Sezione 1 Capo V, articoli 51-52); solo per questi ultimi, è prevista la pubblicazione di un elenco in cui essi devono essere registrati ed obblighi per i fornitori analoghi a quelli previsti per i sistemi di AI classificati ad alto rischio (valutazione ex ante, misure dirette a mitigare i rischi anche per la cybersicurezza, notifica di eventuali incidenti). Sulla regolazione dell'IA generativa da parte dell'AI Act si confronti P. Hacker, A. Engel, M. Mauer, *Regulating ChatGPT and other Large Generative AI Models*, in arxiv.org, 2023; C. Novelli, F. Casolari, P. Hacker, G. Spedicato, L. Floridi, *Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity*, in SSRN, 2024; M. Martini, C. Wieschöfer, *Auf dem Weg zur Regulierung von General-Purpose-AI – eine erste Bestandsaufnahme und Kritik der Regelungsentwürfe*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1, 2024, p. 1.
51. Il Considerando 50 individua qualifica come tali «*macchine, giocattoli, ascensori, apparecchi e sistemi di protezione destinati a essere utilizzati in atmosfera potenzialmente esplosiva, apparecchiature radio, attrezzature a pressione, attrezzature per imbarcazioni da diporto, impianti a fune, apparecchi che bruciano carburanti gassosi, dispositivi medici,*

- dispositivi medico-diagnostici in vitro, veicoli automobilistici e aeronautici».*
52. La classificazione dei sistemi di *credit scoring* quali sistemi di IA ad alto rischio deriva dalla componente assiologica presente nella valutazione del rischio compiuta dal legislatore europeo messa ben in evidenza da C. Novelli, *L'Artificial Intelligence Act Europeo: alcune questioni di implementazione*, cit., p. 102, per il quale: «*la categoria dei sistemi a rischio alto dipende da una lista di valori cardine dell'UE, rappresentanti come ambiti di adozione dei sistemi di IA: istruzione, lavoro, uguaglianza, diritto d'asilo, stato di diritto, democrazia, e altri. Ciò non sorprende, soprattutto perché lo stesso approccio caratterizza altri atti legislativi UE adottati nell'ambito del digitale. Tuttavia, spesso l'AIA predetermina il peso di questi valori senza sottoporre la categorizzazione del rischio a una valutazione più dettagliata».*

53. L'art. 2 del Regolamento disegna un campo di applicazione della disciplina molto ampio che si applicherà: a) ai fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di IA o immettono sul mercato modelli di IA per finalità generali nell'Unione, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti o ubicati nell'Unione o in un paese terzo; b) ai *deployer* dei sistemi di IA che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati all'interno dell'Unione; c) ai fornitori e ai *deployer* di sistemi di IA che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati in un paese terzo, laddove l'output prodotto dal sistema di IA sia utilizzato nell'Unione; d) agli importatori e ai distributori di sistemi di IA; e) ai fabbricanti di prodotti che immettono sul mercato o mettono in servizio un sistema di IA insieme al loro prodotto e con il loro nome o marchio; f) ai rappresentanti autorizzati di fornitori, non stabiliti nell'Unione; g) alle persone interessate che si trovano nell'Unione. Inoltre il sistema distingue tra obblighi in capo ai fornitori (art. 16), agli importatori (art. 23), ai distributori (art. 24) e ai *deployer* (art. 26). Si confronti però G. Finocchiaro, *La proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, cit., 321, che critica la scelta del Legislatore europeo di aver posto «*in capo ad ogni tipo di imprenditore i medesimi obblighi, a prescindere dalle dimensioni dell'impresa e della criticità delle attività*».

54. Sull'importanza della qualità dei dati di cui si serve la pubblica amministrazione si confronti da ultimo E. Carloni, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i Big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Università degli Studi di Torino, 2021, p. 118, il quale osserva come: «*la qualità dei dati si pone dunque in termini nuovi rispetto ai tradizionali principi di adeguatezza conoscitiva procedimentale e come sfida centrale nel momento in cui le amministrazioni sviluppano i propri processi conoscitivi e decisionali tramite l'acquisizione diretta, ed automatica, di informazioni raccolte altrove o precedentemente: questo determina la perdita di consapevolezza e controllo sulle informazioni utilizzate, e produce la generalizzazione di un'esigenza di qualità "standard" che prima si concentrava solo su alcune specifiche informazioni contenute in determinati archivi pubblici*». (p. 120).

55. Le pratiche di gestione dei dati sono descritte all'art. 10 del Regolamento, il quale prevede

che: «I set di dati di addestramento, convalida e prova sono pertinenti, sufficientemente rappresentativi e, nella misura del possibile, esenti da errori e completi nell'ottica della finalità prevista. Essi possiedono le proprietà statistiche appropriate anche, ove applicabile, per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone relativamente ai quali il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato. Queste caratteristiche dei set di dati possono essere soddisfatte a livello di singoli set di dati o a livello di una combinazione degli stessi».

56. Con riferimento alla declinazione dell'obbligo di trasparenza contenuto nel Regolamento osserva criticamente G. Lo Sapiò, *L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza della legalità algoritmica*, in *Federalismi.it*, 16, 2024, «occorre allora chiedersi se in esso vi sia la medesima idea di trasparenza che è stata affermata dalla giurisprudenza e dal legislatore italiani, o piuttosto una sua versione “praticabile”, un surrogato possibile, il massimo risultato ottenibile nel trade-off tra sviluppo tecnologico ed efficienza da esso promesso, da un lato, e i principi dello Stato di diritto democratico, dall'altro».
57. Noto anche come “effet moutonnier”. Si confronti sul punto A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2021 (o A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digital. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Parigi, Francia, 2018).
58. Così chiaramente K. Langenbucher, *Die Schufa vor dem EuGH*, in *BKR*, 2024, p. 67: «Zur teleologischen Abrundung mag auf die Erwägungsgründe (16a), (17), (37), Art. 3 Abs. 1 (44k) des EU AI Act verwiesen werden. Soweit eine KI zur Erstellung eines Kreditscores eingesetzt wird, führt dies bekanntlich künftig zur Einordnung der KI als Hochrisikosystem. Ob der Score in der Folge von einem Dritten „maßgeblich“ verwendet wird, war für den Verordnungsgeber irrelevant. Die Bedeutung eines Scores steht diesem klar vor Augen, wenn er auf dessen Verwendung für „essenzielle private und öffentliche Serviceleistungen“ hinweist und neben Kreditscores auch die Gewähr von Wohnraum, Elektrizität, Heizung/Klimaanlagen und Internet aufzählt».
59. Di recente G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit., p. 124, il quale ricorda: «Come noto, i nr. 7), 8), 9) e 10) dell'art. 4 del G.D.P.R. recanti la definizione di “titolare del trattamento”, di “responsabile del trattamento”, di “destinatario” e di “terzo” vi ricomprendono anche “l'Autorità pubblica”. Inoltre, l'art. 6, par. 1, lett e) contempla come condizione di licetità del trattamento dei dati personali, accanto al consenso dell'interessato, anche “l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”».
60. M. Martini, D. Nink, *Wenn Maschinen entscheiden ... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra*, 10, 2017, 4.
61. D.U. Galetta, J. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per un'amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, p. 17, per i quali «ai sensi del GDPR, i trattamenti automatizzati da parte di amministrazioni pubbliche sono ammissibili sempre: purché siano basati su specifiche

previsioni normative (principio di legalità) e purché rispettino il principio di proporzionalità, inteso nei termini classici di idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto del trattamento rispetto alla tutela dell’interesse pubblico in concreto perseguito dal titolare del trattamento».

62. Il caso sorge nell’ambito di un piano di assunzione straordinaria del personale docente, educativo ed A.T.A. per l’anno scolastico 2016/2017, contemplato dalla l. n. 107/2015, nota per l’appunto con il nome “Buona scuola”. Per gestire al meglio le numerose richieste di mobilità pervenute, che dovevano essere vagliate sulla base di criteri particolarmente complessi, stabiliti con l’ordinanza del M.I.U.R. n. 241 dell’8 aprile 2016, il Ministero decide di avvalersi di un *software* prodotto dalla società privata HPE Service s.r.l., individuata in seguito a regolare procedura di evidenza pubblica. Tale algoritmo era stato programmato per combinare i punteggi relativi ai diversi profili con le preferenze espresse dai singoli docenti. L’algoritmo, nella sua applicazione concreta, aveva commesso errori clamorosi, assegnando diversi docenti a scuole localizzate in province più lontane da quella di propria residenza o quella comunque scelta con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché in tali province di elezione fossero disponibili svariati posti, oppure destinandoli a una nomina su classi di concorso ed ordine di scuola in cui non avevano mai lavorato; inoltre, pur avendo espresso nella domanda di assunzione la preferenza per la scuola superiore di secondo grado, sono risultati destinatari di proposta di assunzione in una scuola di primo grado. Ciò ha dato luogo ad un vivace contenzioso, nel quale il giudice amministrativo ha cercato di riempire il pericoloso vuoto di regolamentazione riguardante l’utilizzo da parte della pubblica amministrazione di meccanismi di algoritmi che sostituiscono interamente la sequenza procedimentale, cercando di individuare i limiti a questa applicazione e soprattutto i principi e le regole che essa deve rispettare.
63. È importante precisare che i principi di “legalità algoritmica” enunciati dal Consiglio di Stato nel caso “Buona scuola” riguardavano l’impiego di algoritmi c.d. “deterministici” e non i sistemi più evoluti di intelligenza artificiale. Ciò pone il nostro ordinamento ad un livello più avanzato di tutela rispetto a quello disegnato dall’AI ACT nel quale le garanzie sono circoscritte, come visto, ai sistemi ad alto rischio. Evidenzia questa circostanza G.F. Licata, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in CERIDAP, 2, 2024, p. 46.
64. Gli altri principi che deve rispettare l’amministrazione nell’utilizzo degli algoritmi sono, secondo il Consiglio di Stato «*la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati*» in forza del quale «*il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l’algoritmo) debba essere “conoscibile”, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell’algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento*

robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato»; il principio di non discriminazione algoritmica, secondo cui «è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti».

65. Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 881.
66. «L'articolo 22, paragrafo 1, riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo».
67. Utilizzando la bella espressione di G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit.
68. Sul ruolo del responsabile del procedimento nel nuovo contesto algoritmico si confronti D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 85.
69. Come affermato nella Relazione del Consiglio di Stato allo schema del codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022 disponibile in www.giustiziaamministrativa.it, costituisce «una disciplina di grande novità per l'ordinamento italiano perché, per la prima volta, sebbene nel solo settore dei contratti pubblici, sono individuati a livello normativo i principi da rispettare in caso di utilizzo di procedure automatizzate».
70. Si tratta, come visto alla nota 64, dei principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici, elaborati a livello sovranazionale e recepiti dalla nostra giurisprudenza amministrativa. Per un'analisi della disciplina si confronti G.F. Licata, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, cit., pp. 30 ss.

71. Come osserva B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journal*, 2, 2021, p. 373, «questo significa un peso potenzialmente determinante dell'IA sull'autorità chiamata ad adottare la decisione finale». Si confronti anche D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 12, 2023, p. xi, che parla «della difficoltà, segnalata più volte in dottrina, che il funzionario essere umano si assuma la responsabilità di discostarsi dal risultato che gli viene proposto dalla onnipotente "macchina". L'essere umano funzionario farà ovviamente molta fatica a discostarsi dalle risultanze dell'algoritmo; e, quindi, la decisione, pur formalmente adottata dal funzionario, sarà in realtà, nel 99% dei casi quella suggerita dal sistema di IA di supporto».
72. G. Lo Sapiò, *L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza della legalità algoritmica*, cit., 278.
73. Un'interessante e recente analisi dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale da parte di alcune autorità amministrative indipendenti è stata condotta da E. Chiti, B. Marchetti, N. Rangone, *Rapporto 1/2021 – L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di CONSOB, AGCOM e ARERA*, in *Biolaw Journal*, 4, 2021, p. 214, cui segue un secondo rapporto sull'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività di Banca d'Italia, *Ivi*, p. 229. Altri esempi di utilizzo sono evidenziati da L. Parona, *Poteri tecnico discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Volume 2, Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, cit., pp. 134 ss.
74. *Ibidem*, il quale evidenzia «che gli esempi considerati mostrano come gli impieghi e le sperimentazioni attuali dell'IA assolvano prevalentemente ad una funzione strumentale rispetto all'assunzione della decisione amministrativa, quantomeno laddove quest'ultima, come nelle ipotesi qui in rilievo, abbia natura tecnico-discrezionale». Tuttavia «il fatto che in tali casi l'IA non sia direttamente impiegata in funzione decisoria, essendo in queste ipotesi evidentemente lontana la sostituzione del funzionario amministrativo da parte di una macchina intelligente non vale ad escludere che essa possa influire sulla decisione finale e, in particolare, tornando agli esempi qui considerati, sull'an e sul quid del provvedimento sanzionatorio eventualmente adottato».
75. G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. ec.*, 1, 2020, pp. 117 ss. Secondo l'Autore, «gli agenti pubblici, nell'assumere un atteggiamento «difensivo», optano per la scelta decisionale in grado di minimizzare sempre –in concreto –il rischio che gli effetti di quella scelta si traducano dapprima nella attivazione, a loro carico, di ciascuna responsabilità pubblica, di poi nell'affermazione di queste responsabilità e nelle relative sanzioni».

Le novità in materia di progettazione e appalto integrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)

Maria Francesca Tropea

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-157

Il contributo analizza le principali novità in materia di progettazione e appalto integrato introdotte dalla riforma del Codice degli appalti, di cui al d.lgs. n. 36/2023. Nello specifico, l'Autrice, dopo aver proposto un confronto fra la vecchia e nuova disciplina, tenta di rispondere al seguente interrogativo: vale a dire se, il nuovo quadro normativo sia idoneo a rendere effettivi due fondamentali principi introdotti dal nuovo Codice, ovverosia, il principio di risultato e il principio della fiducia.

The innovations in the field of design and integrated procurement set out in the new Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36 of 31 March 2023)

The paper examines the primary improvements in design and integrated contracts brought by the revision of the Public Procurement Code, as outlined in Legislative Decree n. 36/2023. After presenting a comparison of the old and new iterations, the paper seeks to address whether the new regulatory framework is adequate for implementing two essential principles introduced by the new Code: the ‘principle of result’ and the principle of trust.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. La disciplina in materia di progettazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici.- 3. Le novità in materia di progettazione digitale: il “BIM” nel nuovo Codice dei contratti pubblici.- 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il presente contributo si pone l’obiettivo di analizzare le principali novità in materia di progettazione previste dal nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36^[2].

Prima di procedere con la disamina delle novità in materia di progettazione, anche al fine di comprendere l’importanza di tale fase nel perseguitamento di un’Amministrazione di risultato e nell’attuazione del fondamentale principio di fiducia, di cui al nuovo Codice, occorre effettuare una concisa introduzione al fine di mettere in evidenza i principi e gli obiettivi sottesi alla riforma e di rispondere all’interrogativo se la nuova progettazione contribuisca all’effettività del principio di risultato e del principio di fiducia.

Occorre premettere che il nuovo Codice dei contratti pubblici si caratterizza per un cambio di paradigma rispetto al vecchio Codice^[3], introducendo, attraverso l’individuazione di una serie di principi, norme improntate alla fiducia nelle pubbliche amministrazioni e negli operatori economici^[4].

La previsione di «*principi generali*», cui il nuovo Codice ha dedicato «*enfaticamente*^[5]» un Titolo *ad hoc*^[6], ha inteso introdurre nuovi criteri interpretativi, colmare vuoti normativi e incoraggiare le stazioni appaltanti a fare uso della discrezionalità amministrativa in sede applicativa^[7], riducendo la c.d. “paura di amministrare”^[8], in un contesto nel quale il diritto positivo è fortemente influenzato dal cambiamento sociale, economico, scientifico e tecnologico^[9].

In particolare, come precisato dall’art. 4, tra questi principi generali, il nuovo Codice attribuisce un primato gerarchico ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3, del risultato, della fiducia reciproca e di accesso al mercato (o di massima concorrenza), che assumono portata generale e di vera e propria chiave di lettura ermeneutica^[10] per l’interpretazione dell’intera disciplina codicistica.

In questo senso, ove residui in capo all’Amministrazione un qualche margine di discrezionalità, questa dovrà preferire, in sede di applicazione della norma al caso concreto, l’interpretazione maggiormente idonea, di volta in volta, ad agevolare il conseguimento del risultato, a realizzare il patto di fiducia reciproca tra le parti e a garantire la maggior apertura al mercato.

Occorre precisare poi che, tra i principi generali, il principio del risultato, ai sensi del comma 4, dell’art. 1, costituisce il «*criterio prioritario per l’esercizio del potere*

discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto».

Il principio del risultato – per la prima volta nella storia dell'ordinamento italiano, iscritto nel sistema del diritto positivo – ancor più rispetto ai principi di fiducia e di apertura al mercato, persegue l'obiettivo di conciliare il rapporto, sempre più conflittuale, tra norma e realtà, ove l'opera di codificazione di un Legislatore «*impotente*»^[11], a fronte di una cornice in continuo mutamento, tenta di evitare così il rischio di un invecchiamento troppo precoce^[12].

La collocazione del principio del risultato nell'art. 1 del nuovo Codice, con la precisazione effettuata ai sensi del comma 4 e del successivo art. 4, consente di affermare che l'evidente intento del legislatore sia quello di garantire che l'Amministrazione addivenga, in ogni caso e senza intralcio, al risultato dell'aggiudicazione e della successiva esecuzione del contratto.

Un altro principio cardine è quello della fiducia, di cui all'art. 2.

La fiducia, ai sensi del nuovo Codice, costituisce elemento fondante ogni ipotesi di attribuzione del potere nel settore dei contratti pubblici. Il potere, infatti, trova legittimazione nella fiducia in un'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici^[13].

L'analisi delle novità in materia di progettazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici è preliminare per poter sostenere come la nuova disciplina contribuisca alla realizzazione di un'Amministrazione di risultato^[14], in grado di dar luogo, mediante l'esercizio del potere discrezionale, in attuazione del principio della fiducia, alla aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti pubblici, nella consapevolezza della rilevanza assunta da tale settore nel sistema economico nazionale (11% del PIL italiano) ed europeo (14% del PIL dell'Unione europea)^[15].

2. La disciplina in materia di progettazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

La Parte IV del Libro I del nuovo Codice dei contratti pubblici, titolato “*Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione*” è dedicata interamente al tema della “Progettazione”^[16], come si evince dalla relativa rubrica (artt. 41-47).

Le principali novità in materia di progettazione^[17], oggetto di analisi nel presente contributo, rispondono tutte a esigenze di semplificazione^[18], razionalizzazione e

digitalizzazione sottese alle disposizioni del nuovo Codice, che contribuiscono ulteriormente a configurare i contratti pubblici come uno strumento strategico per superare le criticità emerse a seguito dell'emergenza pandemica ed attuare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza^[19].

Nella specie, con particolare riferimento all'art. 41, in materia di livelli e contenuti della progettazione, è prevista una significativa revisione della disciplina previgente con lo scopo di semplificare i contenuti della disciplina contenuta nel Codice, rinviando ad allegati, dalla natura regolamentare, per aspetti di carattere prettamente tecnico e operativo.

Nella specie, nella prospettiva di dar vita a un codice «autoconclusivo»^[20], la disciplina dei contenuti della progettazione, della verifica della progettazione medesima, delle modalità di redazione del documento di indirizzo della progettazione da parte del RUP^[21], nonché dei requisiti delle prestazioni che devono essere ricomprese nel progetto di fattibilità tecnico-economica è contenuta nell'Allegato 1.7.

Diverse sono le innovazioni della nuova disciplina in termini di semplificazione.

In primo luogo, va segnalata una differenza strutturale, consistente nell'eliminazione di uno dei tre previgenti livelli di progettazione, in una prospettiva di semplificazione, snellimento e razionalizzazione delle procedure in materia di appalti di lavori pubblici.

Nell'art. 41, rubricato “*Livelli e contenuti della progettazione*”, il progetto definitivo scompare, in attuazione del criterio direttivo di cui alla legge delega n. 78/2022^[22], che ha indicato la «*semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell'attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici*».

Con il vecchio Codice, ove la relativa disciplina era contemplata dall'art. 23, i livelli di progettazione erano tre e si distinguevano nel progetto di fattibilità tecnica ed economica, nel progetto definitivo e nel progetto esecutivo.

In secondo luogo, il comma 5 dell'art. 41 traduce in concreto la disposta riduzione dei livelli di progettazione, stabilendo che la stazione appaltante o l'ente concedente definisce, in funzione della specifica tipologia e dimensione

dell'intervento, le caratteristiche, i requisiti e gli elaborati progettuali necessari per la definizione di ogni fase della relativa progettazione. La disposizione specifica, inoltre, in prospettiva semplificatoria, che, per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, possa omettersi la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

In terzo luogo, da un punto di vista dei contenuti della progettazione: alla lettera f) del comma 6 dell'art. 41, si precisa che il progetto di fattibilità tecnico-economica deve contenere tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte.

In questo modo, la verifica del progetto è volta ad effettuare un controllo di tutte le autorizzazioni necessarie, in modo tale che, a seguito dell'affidamento del contratto non occorrono più ulteriori verifiche e non vi sono più ulteriori attese e tempi burocratici.

Più nello specifico, la finalità perseguita dal progetto di fattibilità tecnico-economica, ai sensi del nuovo art. 41, al comma 6, è quella di individuare, tra più soluzioni possibili, quella che esprima il miglior rapporto possibile tra costi e benefici in favore della collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da effettuare.

In altri termini, il progetto di fattibilità tecnico-economica, quale primo livello di progettazione, individua le caratteristiche dimensionali, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei progetti da realizzare.

È stata inoltre contemplata la progettazione con un unico livello, quanto agli appalti di servizi e forniture. In tale ipotesi, ai sensi del comma 12, la progettazione è devoluta ai dipendenti in servizio presso le stazioni appaltanti e gli enti concedenti.

Con riferimento poi alla *ratio* della progettazione, si evince chiaramente una maggiore attenzione al tema ambientale^[23].

La progettazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, rispetto al vecchio Codice – oltre ad assicurare la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza; il rispetto dei vincoli idrogeologici, sismici e forestali nonché degli altri vincoli esistenti; il risparmio e l'efficientamento ed il recupero energetico – ad oggi deve essere altresì

orientata a perseguire la minimizzazione dell’impiego di risorse materiali non rinnovabili nell’intero ciclo di vita delle opere (lett. e), comma 1, art. 41) e il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell’intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani (lett. f), comma 1, art. 41).

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, in definitiva, contribuisce così ad attribuire alla fase della progettazione una nuova valenza strategica.

La fase della progettazione nel nuovo Codice diviene centrale e la sua eventuale carenza finisce per riverberarsi su tutte le successive fasi di realizzazione dell’opera pubblica.

L’attività di progettazione diviene così fondamentale per la realizzazione di progetti qualitativamente validi ed efficaci, nel perseguimento di un miglior rapporto tra costi e benefici, considerando, altresì, che è proprio in tale fase che trovano attuazione le esigenze connesse alla sostenibilità ambientale delle opere^[24].

3. Le novità in materia di progettazione digitale: il “BIM” nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Un’ulteriore rilevante innovazione in tema di progettazione è quella concernente il tema della progettazione digitale.

In questo caso, il riferimento è all’art. 43 che si prefigge di attuare i principi e criteri di cui all’art. 1, comma 2, lettere m) e q) della legge delega che, in coerenza con l’introduzione del principio del risultato di cui all’art. 1 del nuovo Codice^[25], mira a favorire, attraverso l’uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale, il miglior esito dell’investimento pubblico.

Sotto il profilo terminologico, si evidenzia che la locuzione utilizzata corrisponde, sia pure in senso non strettamente letterale, alla definizione generalmente utilizzata a livello internazionale per indicare il *Building Information Modeling* (BIM)^[26] entro il contesto più ampio dell’*Information Management*.

La metodologia di gestione, infatti, assicura la riduzione della complessità dei procedimenti, oltre al contenimento delle tempistiche, in tal modo implementando il livello di efficienza e di efficacia nella realizzazione e gestione delle opere e dei servizi connessi.

L’uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni non costituisce una novità.

L’istituto era infatti già previsto dall’art. 23, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016, in attuazione del quale è stato emanato il d.m. n. 560/2017, recante la specifica disciplina, successivamente integrato e modificato con il d.m. n. 312/2021, conseguente all’entrata in vigore dell’art. 48, comma 6 del d.l. n. 77/2021.

Il nuovo Codice segna un cambio di rotta sotto il profilo dell’ampliamento applicativo della metodologia di gestione in esame.

Il comma 1 attiene all’individuazione dei casi nei quali l’uso dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale è obbligatorio, fissando la data di entrata in vigore di detto obbligo al 1° gennaio 2025.

L’art. 43, rubricato: “*Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni*”, prevede, nella specie, che: «*A decorrere dal 1° gennaio 2025, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro*».

Le previsioni contenute nell’art. 43, aventi carattere generale, sono poi integrate dall’apposito Allegato I.9.

La citata disposizione, dunque, sostituisce le tempistiche attualmente stabilite ove il riferimento era alla data del 1° gennaio 2023 (per le opere di nuova costruzione e interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore alla soglia di cui all’articolo 35 del vecchio codice dei contratti pubblici) ed alla data del 1° gennaio 2025 (per le opere di nuova costruzione, e interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 1 milione di euro).

Come emerge dalla relazione allo schema di codice del Consiglio di Stato, l’opzione seguita risponde all’esigenza di stabilire nella fonte normativa primaria il termine di entrata in vigore dell’obbligo con lo scopo di rafforzarne certezza ed effettività.

È stata mantenuta poi l’esclusione dell’operatività dell’obbligo relativamente alle opere di ordinaria e straordinaria manutenzione salvo che non siano state realizzate con l’utilizzazione dei metodi e strumenti in esame; nell’ipotesi da

ultimo indicata, infatti, si è ritenuta prevalente l'esigenza di evitare "asimmetrie" suscettibili di dar luogo a problematiche applicative e difficoltà nella gestione.

Il comma 2 attiene, invece, alla possibilità per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di prevedere l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma precedente.

La previsione ricalca, con ampliamento della relativa applicazione, quanto previsto dall'art. 48, comma 6 del decreto legge n. 77/2021, con lo scopo di incentivare il ricorso alla metodologia in argomento.

Il comma 3 disciplina poi l'interoperabilità delle piattaforme, costituente un paradigma cruciale nel processo di digitalizzazione, ponendosi un vincolo, ancora una volta a livello di fonte primaria, di utilizzazione di formati aperti non proprietari al precipuo scopo di escludere una incidenza pregiudizievole sulla concorrenza, favorendo anche la possibilità di condivisione dei dati tra le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici partecipanti alla procedura aggiudicatari o incaricati dell'esecuzione del contratto (appaltatori, subappaltatori, collaudatori).

Come noto, l'effettività dell'interoperabilità delle piattaforme costituisce un reale problema, che ha di fatto costituito da ostacolo nell'attuazione dell'istituto già previsto e incentivato sotto il vigore del vecchio Codice del 2016, inizialmente con il d.m. 1 dicembre 2017, n. 560, e successivamente, perdurando resistenze e difficoltà nell'introduzione di tali tecnologie di modellazione e gestione presso le stazioni appaltanti, con il d.m. 2 agosto 2021, n. 312, emanato a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 48, comma 6, del d.l. n. 77/2021.

Ad oggi, non è possibile prevedere con certezza quale sarà l'effettiva applicazione delle tecnologie sinora descritte, anche in considerazione di una verosimile proroga del termine di entrata in vigore dell'obbligo.

Tuttavia, allo stato, è sicuramente prevedibile un ampio ricorso a tale istituto che di fatto è destinato a trovare applicazione in lavori pubblici non poi così rilevanti, considerato che l'importo a base di gara è fissato in 1 milione di euro, cifra non difficilmente raggiungibile, visto il rincaro dei prezzi promanante altresì dai conflitti russo-ucraino e israeliano-palestinese a tutt'oggi in corso.

Quel che è certo è che simili innovazioni richiedono un rinnovato patto di fiducia^[27], di "collaborazione e buona fede" fra amministrazioni professionalmente

ed organizzativamente adeguate – riferendosi con ciò, inoltre, al nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti – e capaci operatori economici, che assicurino il perseguimento del comune interesse alla qualità e tempestività della selezione ed esecuzione dei contratti pubblici.

4. Le novità in materia di appalto integrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Proseguendo con l’analisi delle novità in materia di progettazione, deve ora farsi riferimento alla nuova disciplina dell’appalto integrato, di cui all’art. 44 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Anzitutto, per una migliore comprensione del tema, occorre definire l’istituto dell’appalto integrato^[28], che di fatto, prima dell’intervento manipolatore del vecchio Codice – prima con il Decreto Sblocca Cantieri, poi con il Decreto Semplificazioni *bis* – era sconosciuto, trattandosi di strumento, di regola, non utilizzabile.

L’appalto integrato è uno strumento che consiste nell’affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell’esecuzione dei lavori e si caratterizza per il contributo di idee nelle soluzioni progettuali da parte dell’appaltatore.

Tuttavia, tale contributo deve avvenire nel rispetto dei profili strutturali e morfologici dell’opera pubblica, delineata nelle linee essenziali nel progetto esecutivo-preliminare posto a base di gara, il cui contenuto garantisce la rispondenza dell’opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti.

Pertanto, il progetto esecutivo predisposto dall’appaltatore non deve costituire un *aliud*, cioè un progetto differente, rispetto a quello posto a base di gara^[29].

La principale novità in materia è senz’altro data dalla codificazione di una quasi ordinarietà del ricorso a tale strumento.

In linea generale, nell’assetto previgente, l’appalto integrato era vietato in ragione della disciplina contenuta nell’art. 59, comma 1, del d.lgs. 50/2016.

La normativa di riferimento, con riguardo al vecchio Codice, è quella di cui all’art. 59, comma 1, terzo e quarto periodo, comma 1-*bis* e comma 1-*ter*.

Il quarto periodo, del comma 1, dell’art. 59, poneva espressamente il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione dei lavori^[30] ad esclusione di determinati casi – affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di

disponibilità, locazione finanziaria, opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'art. 1, comma 2, lett. e).

Infine, il comma 1-*bis* ammetteva la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo predisposto dall'Amministrazione aggiudicatrice nel caso in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto fosse nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori.

La sussistenza di tale condizione che legittimava il ricorso all'appalto integrato doveva risultare da un'esplicita motivazione inserita nella determina a contrarre (comma 1-*ter*).

La determina doveva illustrare non solo la prevalenza degli elementi innovativi, ma anche l'incidenza sui termini di realizzazione delle opere, che il ricorso all'appalto integrato consentiva di ottimizzare.

Pertanto, è stata espressamente ammessa la deroga al divieto di appalto integrato tenuto conto dell'oggetto del contratto.

Il Legislatore, successivamente, nella prospettiva di realizzare tempestivamente gli interventi connessi al PNRR o comunque finanziati con i fondi europei, è intervenuto a modificare questa originaria impostazione, derogando all'iniziale limitazione.

Il divieto di affidare lavori con appalto integrato è stato, tuttavia, oggetto di sospensione fino al 30 giugno 2023 per effetto dell'art. 1, comma 1, lett. b) della l. n. 55/2019, come modificata dall'art. 8, comma 7 del d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020, ed ancora, per effetto del differimento previsto dall'art. 52, comma 1, lett. a) della l. n. 108/2021.

Va, peraltro, considerato che per gli appalti nell'ambito del PNRR l'affidamento di progettazione ed esecuzione è ammesso sulla base di quanto previsto dall'art. 48, comma 5 del d.l. n. 77/2021, convertito nella l. n. 108/2021.

L'obiettivo perseguito è quello di coprire i ritardi delle stazioni appaltanti sui progetti del PNRR e di realizzare una procedura più accelerata per le cc.dd. "grandi opere" ad esso connesse.

Infatti, il progetto di fattibilità tecnica ed economica, sulla cui base si avvia la procedura di appalto integrato, rappresenta un livello di progettazione al cui interno vengono indicate tutte le informazioni necessarie per definire le

caratteristiche salienti delle opere pubbliche da progettare e realizzare.

Una simile apertura all’istituto dell’appalto integrato nella versione del Codice per come approvata dal Governo porta con sé una domanda, vale a dire se l’art. 44 rispetti o meno i principi della delega e le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato e dalle Commissioni parlamentari.

In particolare, l’art. 44 contempla parecchie “innovazioni” rispetto allo schema di decreto legislativo predisposto dal Consiglio di Stato e diverse incongruenze rispetto ai principi della legge delega n. 78/2022^[31] e alle indicazioni delle Commissioni parlamentari.

Il comma 1 del testo predisposto da Palazzo Spada, infatti, così prevedeva: «*Negli appalti di lavori complessi, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l’ente concedente, se qualificati, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Tale facoltà non può essere esercitata per gli appalti di opere con importo inferiore a €...,00 e, indipendentemente dal loro importo, di opere di manutenzione ordinaria e straordinaria».*

Diversamente, il testo approvato dal Governo e pubblicato in Gazzetta recita: «*Negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l’ente concedente, se qualificati, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Tale facoltà non può essere esercitata per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria».*

Mentre nel testo del Consiglio di Stato restavano escluse dall’appalto integrato tutte le opere al di sotto di un certo importo (da determinare “politicamente”) e tutte le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria, nel d.lgs. n. 36/2023 l’appalto integrato è possibile per tutte le opere di qualsiasi tipologia (anche non complesse) e di qualsiasi importo con la sola esclusione delle opere di manutenzione ordinaria.

Sussiste dunque una profonda differenza tra il testo del Consiglio di Stato che ammette l’appalto integrato per i lavori complessi con facoltà non esercitabile per appalti al di sotto di un valore predefinito e per appalti che, indipendentemente dal loro valore, abbiano ad oggetto opere di manutenzione ordinaria e straordinaria, ed il testo pubblicato sulla Gazzetta ufficiale che, di fatto, liberalizza l’appalto integrato – escludendolo soltanto per le opere di manutenzione

ordinaria.

Tale soluzione risulta peraltro in controtendenza rispetto alle osservazioni espresse dalle Commissioni parlamentari e al principio di cui alla lettera ee) della legge delega che delegava il Governo all'individuazione delle ipotesi – così riferendosi ad un sistema di carattere eccezionale – in cui le stazioni appaltanti potessero ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, fermo restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti.

Se il testo del Consiglio di Stato aveva rispettato il principio indicato nella legge delega, lo stesso non può dirsi per il testo approvato e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, ove, per converso, si prevede che è possibile utilizzare l'appalto integrato in tutti i lavori di qualsiasi tipologia e di qualsiasi importo con esclusione soltanto dei lavori di manutenzione ordinaria.

È lo stesso Presidente Luigi Carbone, coordinatore della Commissione speciale di riforma del Codice dei contratti pubblici, ad affermare che a guidare i lavori di stesura del testo del nuovo Codice: «*Il riferimento principale è stato ovviamente (al)la legge delega, con i suoi principi. [...]. In aggiunta ai principi della delega, su indicazione del Governo (che inoltrava una esplicita richiesta della Commissione UE), si sono messe a regime molte delle innovazioni introdotte, in via di emergenza e a tempo determinato, dai decreti legge di semplificazione n. 76/20 e n. 77/21*»^[32].

Sulla base di tale consapevolezza, può dunque affermarsi con ferma convinzione che il Governo, in tema di progettazione, BIM e appalto integrato, nel licenziare il testo definitivo del nuovo Codice, abbia inteso dare prevalenza all'esigenza di permettere di perseguire gli obiettivi sottesi al PNRR, conferendo ordinarietà alle misure emergenziali a ciò destinate solo nel breve periodo.

5. Considerazioni conclusive

Non è un caso che alcune delle innovazioni più rilevanti della riforma in materia di contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 abbiano interessato proprio la fase della progettazione, quale fase preliminare della vita del contratto.

Le maggiori lungaggini^[33], nel contesto ordinamentale previgente, venivano infatti ad individuarsi proprio entro tale fase prodromica alla gara vera e propria e all'affidamento.

Dall’analisi delle novità richiamate nel presente contributo, si evince l’importante sforzo del Consiglio di Stato – onorato estensore della disciplina in commento – di dettare un quadro normativo che possa adeguatamente rispondere alle esigenze di rilancio del Paese, anche attraverso importanti investimenti nel settore edilizio. Analizzate le principali novità della disciplina in materia di progettazione, si tratta ora di rispondere agli interrogativi posti all’inizio del presente lavoro.

Snellendo l’articolazione in fasi dell’attività di progettazione (nuovo art. 41), conferendo portata applicativa più ampia e certa agli strumenti e ai modelli di gestione digitale delle costruzioni (nuovo art. 43) e, ancora, attribuendo natura quasi ordinaria all’istituto dell’appalto integrato (nuovo art. 44), come modello semplificato per pervenire da ultimo alla realizzazione dell’opera pubblica, si pongono le basi per un rinnovato contesto in cui la pubblica Amministrazione diviene sempre di più un importante attore economico con più ampio spazio di esercizio del potere discrezionale.

Un siffatto traguardo, tuttavia, potrà realizzarsi solo attraverso l’effettiva attuazione dei principi del risultato e di fiducia reciproca.

Del resto, i principi in questione, costituiscono norme di diritto positivo e non mere aspirazioni.

I principi del risultato e di fiducia reciproca, vista anche la loro collocazione nel codice, costituiscono infatti precetti esplicativi e diretti che devono necessariamente tradursi in criteri specifici atti ad orientare l’assunzione delle scelte discrezionali dell’Amministrazione.

La nuova progettazione disciplinata dal Codice dei contratti pubblici costituisce un importante strumento per l’attuazione del principio del risultato, di cui all’art. 1 del Codice, esprimendosi in termini di effettività del conseguimento dell’obiettivo dell’affidamento e della successiva esecuzione del contratto pubblico, ad ulteriore attuazione del principio del buon andamento di cui all’art. 97 Cost.

Si ricordi che lo stesso comma 4 dell’art. 1, prevede che il principio del risultato costituisce, non solo «*criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale nell’individuazione della regola del caso concreto*», ma anche per «*valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione*

collettiva».

Una fase di progettazione più snella, trasparente, realizzata attraverso metodi di gestione digitale e per il tramite di piattaforme aperte, è infatti funzionale a garantire che il contratto venga poi effettivamente affidato e portato ad esecuzione, senza la configurabilità di profili di responsabilità^[34] in capo al personale che ha svolto funzioni in fase di progettazione.

E ciò, sulla base di un’accezione di Amministrazione di risultato in forza della quale il risultato amministrativo non ha necessariamente a che vedere con la filosofia manageriale^[35], non risponde alla logica del risultato “a tutti i costi”, e non si fonda sul baratto legalità-efficienza^[36], poiché il risultato stesso si colloca nella norma attributiva di potere, alla luce del principio di buon andamento di cui all’art. 97 Cost.

Il risultato amministrativo quale articolazione del principio di buona fede si esplica nel senso di garantire la necessaria e tempestiva presa in considerazione di tutti gli interessi coinvolti nell’ambito di un procedimento amministrativo. Ne consegue che Amministrazione di risultato non è solo quella che perviene all’affidamento del contratto, ma anche quella che, a fronte di una progettazione di un’opera non confacente con il pubblico interesse, si determini nel senso di non pervenire all’affidamento e all’esecuzione del contratto.

Il risultato è infatti dato dalla effettività dell’affidamento del contratto e dalla sua esecuzione, finalizzati alla realizzazione dell’interesse pubblico primario costituito dalla realizzazione dell’opera pubblica, condizione da tenersi in primis considerazione ogni qual volta vi sia da esercitare, da parte dell’amministrazione.

Così, la realizzazione dell’opera, o, in altri termini, il risultato dell’azione amministrativa, risulta già elemento essenziale della fattispecie normativa e procedimentale, e contribuisce a definire la regola del caso che fisserà le più adeguate condizioni operative della fattispecie.

Sulla scorta del principio del risultato, dunque, ciò che occorrerà chiedersi è se l’amministrazione con la propria condotta e con i propri atti abbia tenuto in primis considerazione l’obiettivo dell’affidamento, già a partire dalla fase di progettazione; se i tempi previsti siano stati rispettati e se i mezzi per conseguire il risultato siano stati predisposti in misura adeguata^[37].

Anche il principio della fiducia reciproca trova effettiva implementazione attraverso la nuova fase di progettazione, in quanto contempla nuovi rapporti di

collaborazione orientati dall'esigenza di conseguire con tempestività prestazioni di qualità per la realizzazione e gestione di migliori servizi e infrastrutture.

Il principio della fiducia trova altresì attuazione in fase di progettazione grazie anche alla condivisione dei dati mediante piattaforme interoperabili in formato non proprietario da parte di ciascun soggetto coinvolto nell'attività di progettazione medesima.

Le novità in materia di progettazione sono fondamentali per l'implementazione del principio della fiducia in quanto fiducia e semplificazione sono da considerarsi due facce della stessa medaglia e, soprattutto, due elementi parimenti ineliminabili per lo sviluppo^[38].

Senza fiducia, infatti, si assisterebbe ad una produzione smisurata di regole la cui effettività sarebbe peraltro inevitabilmente compromessa^[39].

Si evince così un chiaro collegamento funzionale tra il principio del risultato e quello della fiducia.

Si è detto infatti che il principio del risultato si pone l'obiettivo di evitare il rischio di un invecchiamento troppo precoce della normativa a fronte dei continui mutamenti delle tecnologie e della scienza.

Così anche il principio di fiducia persegue un obiettivo parallelo nell'evitare che il sistema sia completamente ingessato dal rispetto di un complesso e dettagliato quadro normativo, talvolta sovrabbondante, ampliando invece la sfera di discrezionalità del legislatore.

In definitiva, può senz'altro affermarsi che la progettazione, come da ultimo dal legislatore del Codice, contribuisce a perseguire tali obiettivi essendo stata interessata anch'essa da un'imponente semplificazione.

1. Il presente contributo è la versione scritta, integrata e corredata di note della relazione presentata dall'A. in occasione del Convegno “*La riforma del Codice dei contratti pubblici*”, tenutosi il 14 aprile 2023 presso l'Università degli Studi di Brescia.
2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici è stato adottato con il d.lgs. n. 36/2023, recante “*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*”, in G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 – Suppl. Ordinario n. 12. Come da richiesta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi del comma 4 dell'art. 1 della legge n. 78 del 21 giugno 2022, il progetto di Codice è stato formulato dal Consiglio di Stato, in seno al quale è stata istituita una Commissione speciale, presieduta da Franco Frattini. La Relazione illustrativa al Codice è disponibile sul sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

Per una prima ricognizione in ordine alla dottrina esistente in materia (invero, già vasta), cfr. A. Massari, *Gli Appalti Pubblici dopo il nuovo Codice - Primo commento al D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Maggioli, Rimini, 2023; P. Cucumile, *Prima illustrazione dei principali istituti del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Lexitalia.it, 8, 2023; S. Bardelloni, D. Capotorto, *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici e la disciplina vigente nel periodo transitorio*, Maggioli, Rimini, 2023; M. Corradino (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Giuffrè, Milano, 2023; F. Armenante, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano 2023; A. Buonanno, P. Cosmai, *La riforma del codice degli appalti. Guida teorico-pratica al D. Lgs. n. 36/2023 per professionisti, operatori e stazioni appaltanti*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2023; C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale dei contratti pubblici alla luce del nuovo codice D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Nel Diritto, Molfetta-Bari, 2023; B. Bruno, M. Mariani, E. Toma, *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Giappichelli, Torino, 2023; F. Caringella, M. Giustiniani, A. Napoleone, *La Riforma dei Contratti Pubblici – Commento organico alla riforma degli appalti pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36)*, Dike Giuridica, Roma, 2023; F. Russo (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici 2023*, Legis Giuridica, Roma, 2023; L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato - D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, Milano, 2023; M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, D. Caldriola, M. Casati, D. Ielo, A. Napoleone, M. Rizzo (a cura di), *Nuovo Codice dei contratti pubblici. Commentario ragionato D. Lgs. n. 36/2023*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2023; F. Dall'acqua, A. Meola, A.S. Purcaro (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Pacini giuridica, Pisa, 2023; F. Elefante (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023.

3. D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016 - Suppl. Ordinario n. 10.
4. Sul principio della fiducia, si legga R. Spagnuolo Vigorita, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Aa.Vv., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 43 e ss.
5. Così, D. Capotorto, *I rischi di derive nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 14, 2023, pp. 14, 49.
6. Artt. 1-12, Libro I, Parte I, Titolo I, dedicato ai "Principi generali".
7. M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 49.
8. Sul punto, si legga il saggio di G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco G. Scoca*, II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 1101.
9. Sul punto, si legga M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in Aa.Vv., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 11 ss., ove l'Autore,

richiamando gli insegnamenti di F. Benvenuti, secondo il quale «*il diritto è la materia viva che producono i rapporti sociali, continuamente in movimento*» (Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva, Marsilio, Venezia, 1994, p. 119), ritiene che, in senso più attuale, «*si potrebbe affermare che oggi il diritto è la materia che producono la scienza, la tecnologia e la loro interazione con i rapporti sociali in movimento*».

10. Così, M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., p.18.
11. Così, M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., p. 11.
12. In questo senso, si legga M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., p. 12, ove l'Autore ricorda il pensiero espresso da P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 121 ss., sottolineando che continuiamo ad assistere all'evolversi di «*una prassi che forma istituti nuovi e continuamente li supera stravolgendoli o creandone di nuovi, in una rincorsa segnata da una estrema rapidità*», sì che anche «*una codificazione rischia di essere [...] una veste troppo rigida col rischio ulteriore di un invecchiamento precoce del testo normativo e di una prassi che seguita a galoppare dietro i fatti prescindendo dalle inadeguate regole autoritative*».
13. R. Spagnuolo Vigorita, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 50.
14. In dottrina si è parlato di Amministrazione “di risultato”, o “di risultati” o “per risultati”: tra i contributi più significativi, si vedano L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Riv. Dir. amm.*, I, 1999, pp. 57 ss.; Id., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Riv. Dir. proc. amm.*, I, 2005, pp. 1 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, pp. 813 ss.; Id., *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., pp. 1 ss.; V. Cerulli Irelli, *Invalidità e risultato*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., pp. 79 ss.; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall'amministrazione” alla “libertà dell'amministrazione”*, in *Riv. Dir. soc.*, 2000, pp. 101 ss.; F. Merusi, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., pp. 36 ss.; A. Police, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., pp. 101 ss.; A. Zito, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., pp. 87 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003. Di recente, L. Giani, *Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo della accountability dell'amministrazione. Spunti a margine del volume di Cristiano Celone*, in M. Immordino, C. Celone (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 237 ss.; M.R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Studi per Franco G. Scoca*, V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 4845 ss. Da ultimo, cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il*

principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici, in *Scritti in onore di F. Salvia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

15. Sulla rilevanza del comparto dei contratti pubblici in Italia e in Europa, cfr. M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di centralizzazione della committenza negli appalti pubblici*, in *CERIDAP*, 1, 2023, disponibile su www.ceridap.eu.
16. In materia di progettazione, nel vecchio Codice dei contratti pubblici, cfr. M. Pini, *L'affidamento degli incarichi di progettazione e degli altri servizi tecnici dopo il codice dei contratti*, Maggioli, Rimini, 2008; T. Paparo, *La progettazione*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010; M.R. Spasiano, M. Calabro, *Dall'individuazione delle esigenze del committente alla progettazione degli interventi*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010; A. Coletta, *Progettazione, contenuto tecnico amministrativo, piani di sicurezza e verifica tecnica dei progetti*, in A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014; R. Dipace, *Pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 324 ss.. Nel nuovo Codice, cfr. A. Cancrini, *La programmazione e la progettazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, pp. 317 ss.; P. De Bernardinis, *La progettazione e l'appalto integrato (artt. 41-47)*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale dei contratti pubblici. Alla luce del Nuovo Codice. D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, III Edizione, Nel Diritto, Bari, 2023, pp. 275 ss.
17. Per una nozione di progettazione, cfr. P. De Bernardinis, *La progettazione e l'appalto integrato (artt. 41-47)*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale dei contratti pubblici. Alla luce del Nuovo Codice. D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, cit., p. 275, «la progettazione consiste nell'insieme dei disegni rappresentativi e dei relativi elaborati complementari (relazioni esplicative, computi metrici, prezzi unitari, stima dei lavori, grafici, planimetrie, tavole, ecc.) che definiscono la natura, la forma, le dimensioni, la struttura e le caratteristiche dell'opera da eseguire, nonché le modalità tecniche della sua costruzione. Nell'ottica legislativa, la progettazione è volta ad assicurare la qualità dell'opera e la rispondenza alle relative finalità, dunque è espressione dell'art. 97 Cost.»; R. Greco, *Programmazione e progettazione le novità del nuovo codice*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2023. Meno di recente, cfr. A. Cianfolone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 665 ss.; M.A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 2331 ss.; F. Pubusa, *La progettazione dell'opera pubblica tra disciplina vigente, disciplina futura e disciplina speciale*, in *Giustamm.it*, 2023.
18. Come si evince dalla Relazione agli articoli e agli allegati di cui al Nuovo Codice, reperibile sul sito istituzionale Giustizia-amministrativa.it. Sugli obiettivi della riforma, P. Chirulli, *Contratti pubblici e amministrazione del futuro*, in *Ceridap.it*, 3, 2023, p. 30: «Le finalità della riforma sono state quelle di semplificare, rispetto al numero e alla complessità delle regole, accelerare rispetto alle procedure, promuovere, rispetto alla concorrenza e alla partecipazione delle piccole e medie imprese, digitalizzare, qualificare e professionalizzare

rispetto alle stazioni appaltanti. Il tutto, in un'ottica di massimizzazione del raggiungimento del miglior rapporto qualità- prezzo, e dunque, almeno in teoria, nel dichiarato intento di assicurare che il contratto e il contraente rispondano alle attese della stazione appaltante e, tramite essa, della collettività».

19. Il riferimento è al Piano nazionale di ripresa e resilienza trasmesso dal Governo italiano in data 30 aprile 2021 alla Commissione europea e al Parlamento italiano. In data 13 luglio 2021 il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea. Sono attualmente disponibili due relazioni al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR: una risalente al mese di dicembre 2021 e un'altra, più recente, del 5 ottobre 2022. I relativi documenti sono reperibili sul sito istituzionale del Governo italiano. In materia di contratti pubblici, l'obiettivo da perseguire, nell'ambito delle riforme "orizzontali", si legge che: «*La semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia [...]. Tale semplificazione deve avere a oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione, programmazione e progettazione*». In dottrina, si vedano M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 1, 2022, pp. 1 ss., ove si legge che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) non è uno strumento di gestione di finanziamenti europei o un progetto di spesa, ma un atto di pianificazione strategica ed economica; V. Bontempi, G. Mocavini, E. Tati, *L'attività normativa del governo nel periodo 2020-2021*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2022, pp. 467 ss., per alcuni rilievi critici, si vedano G. De Minico, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza?*, in *Federalismi*, 4, 2022, pp. 368 ss.; P. Cucumile, *Il piano italiano di ripresa e resilienza: la sua architettura e lo stato attuale*, in *Lexitalia.it*, 1, 2022; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 1, 2022; M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID-Rassegna*, 12, 2021; P. Lombardi, *La lotta alla corruzione come obiettivo di sviluppo sostenibile: nuove prospettive anche alla luce del PNRR*, in *Federalismi.it*, 29, 2021; P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, B.P. Amicarelli, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano, A. Renzi, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021, pp. 1137 ss. Il testo integrale del PNRR è pubblicato e consultabile sul sito istituzionale del Governo (www.governo.it).
20. Lo definisce tale P. Carbone, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo, *Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023, p. 23, reperibile sul sito istituzionale Giustizia-amministrativa.it. Si tratta di una tecnica legislativa che consente di «*non rinviare, come sempre avvenuto in passato, a una normativa secondaria o a linee guida da approvare in futuro, ma di scrivere anche allegati che avranno, a regime, un valore regolamentare*

(anticipando peraltro di 3 mesi i termini del PNRR). Ciò grazie a un meccanismo di delegificazione speciale [...] costruito sulla base di quella straordinaria best practice mondiale costituita dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988». L'Autore, peraltro, segnala, tra le principali novità, proprio l'allegato tecnico in materia di progetti. In dottrina, D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi*, 12, 2023, Editoriale 31 maggio 2023.

21. Il riferimento è al RUP quale nuovo acronimo che definisce la figura del Responsabile Unico di Progetto, che soppianta il vecchio Responsabile Unico di Procedimento nell'ambito dei contratti pubblici, ai sensi del nuovo art. 15, d.lgs. n. 36/2023.
In dottrina, cfr. M. Nunziata, *Le stazioni appaltanti e il RUP*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2023, pp. 315 ss.; G. Brenca, *Il Responsabile Unico del Progetto nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Ceridap*, 3, 2023, pp. 180 ss. Precedentemente al nuovo Codice, e, quindi, in riferimento alla figura – antecedente – del Responsabile Unico del Procedimento, cfr. S. Usai, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2, 2018, pp. 170 ss.; C. Saltelli, *Responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 53 ss.
22. Il riferimento è alla l. 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici. L'approvazione di tale legge rappresenta uno specifico traguardo del PNRR da conseguire entro il 30 giugno 2022 ed è stata pubblicata nella G.U. del 24 giugno 2022.
23. Sul tema, si vedano P. Chirulli, *Contratti pubblici e amministrazione del futuro*, cit., p. 26; F. Fracchia, P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, pp. 243 ss.; F. De Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadr. dir. amm.*, 2020, pp. 62 ss.
24. A. Cancrini, *La programmazione e la progettazione*, cit., p. 321.
25. Il nuovo Codice è un Codice di principi. Così, D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, cit., ivi; M.L.L. Morra, R. Murino, *Appalti: nuove regole del gioco con la carta imprevisti si passa dal via*, in *Federalismi*, 12, 2023, pp. 82 ss.
26. In tema di BIM nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in dottrina, cfr. B.N. Romano, *Il BIM come strumento di semplificazione ed efficienza nell'e-procurement*, in *Amministrativamente*, 1, 2023, pp. 105 ss.; A. Cancrini, *La programmazione e la progettazione*, cit., p. 322; E. Quadri, *La modellazione digitale dei contratti e gli accordi collaborativi*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene Editore, 2022, pp. 95 ss.; M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 12, 2022, p. 141. Meno di recente, in dottrina, per una disamina si rinvia a S. D'Ancona, *Contributo allo studio della progettazione in materia di*

appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 134 ss.; G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 333 ss.; G.M. Di Giuda, G.M. Racca, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 223 ss.; G.M. Racca, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, pp. 739 ss.; R. Picaro, *La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture*, in *Riv. giur. edilizia*, 5, 2018, pp. 393 ss. G.M. Di Giuda, S. Valaguzza, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Working paper dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, accessibile sul sito istituzionale www.anticorruzione.it.; A.L.C. Ciribini, *BIM e digitalizzazione dell'ambiente costruito*, Grafill, Palermo, 2016; V. Sessa, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *Giust. amm.*, 2, 2016; A.L.C. Ciribini, M. Bolpagni, E. Oliveria, *Innovative Approach to e-public Tendering Based on Model Checking*, in *Procedia Economics and Finance*, 2015, pp. 32 ss. In Giurisprudenza, T.A.R. Lombardia (sezione I), sentenza del 29 maggio 2017 n. 1210, in *Bimportale.com*, 10 giugno 2017, con commento di F. Ruperto, *BIM. Primi orientamenti giurisprudenziali. Sentenza Tar Lombardia*. Tuttavia, occorre segnalare, come affermato in dottrina che: «*Non c'è ancora possibile ravvisare un preciso orientamento giurisprudenziale in tema di modellazione digitale perché sono ancora poche le pronunce che si registrano e queste non denotano una particolare "sensibilità" circa gli aspetti tecnologici da valutare relativamente all'offerta economicamente più vantaggiosa in termini BIM. Si tratta di sentenze espresse, per il momento, ancora solo dal giudice amministrativo, che affrontano prevalentemente questioni relative all'attribuzione del punteggio, da parte delle stazioni appaltanti, ai soggetti offerenti per l'aggiudicazione della gara e rispetto alle quali tale giudice non può entrare nel merito delle valutazioni discrezionali fatte dalla commissione di gara perché verrebbe ad esercitare un sindacato sostitutorio che non gli è consentito se non in casi tassativamente previsti».*

27. In questo senso, G. Racca, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in *PA Persona e amministrazione, Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, XI, 2, 2022, pp. 201 ss., ove l'Autrice parla di «*patto collaborativo digitale*».
28. In dottrina, sull'appalto integrato e, nella specie, sulle novità introdotte in materia dal nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda A. Cancrini, *La programmazione e la progettazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, pp. 322 ss.
Sul tema, in giurisprudenza, cfr. T.A.R. Sicilia, Catania (sezione I), sentenza del 20 giugno 2022, n. 1638, in *Giur. It.*, 1, 2023, p. 161, ove si precisa che l'appalto integrato è contratto avente oggetto negoziale unico, consistente tanto nella progettazione quanto nella

esecuzione dei lavori; nello stesso senso, Cons. giust. amm. Regione Sicilia (sezione giurisdizionale), sentenza del 31 marzo 2021, n. 276, in *Giustizia-amministrativa*, ove si ribadisce che l'appalto integrato è caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è una doppia gara, una per la progettazione e l'altra per l'esecuzione dei lavori, ma un'unica gara, con un unico aggiudicatario, che diviene il solo contraente della stazione appaltante per tutte le prestazioni pattuite; T.A.R. Lombardia, Milano (sezione I), sentenza del 12 giugno 2020, n. 1054, precisa che mediante l'appalto integrato, oltreché l'esecuzione di un'opera pubblica, le amministrazioni aggiudicatrici affidano contestualmente un servizio di progettazione, che se anche svolto da progettisti indicati dal concorrente per effetto di un incarico, comporta l'esecuzione di una pubblica commessa da parte di operatori economici, ciò che non può pertanto prescindere, tra l'altro, da una loro assunzione di responsabilità, consistente nella sottoscrizione degli elaborati tecnici dagli stessi redatti, in *Quotidiano Giuridico*, 2020; Cons. St., 28 febbraio 2019, n. 1412, in *Giustizia-amministrativa.it*, con nota di G. Rondoni, C. Pagliaroli, *Relazione geologica e progetto esecutivo: un binomio ancora in fase di definizione*, in *Urb. e app.*, 4, 2019, p. 531.

29. Sul punto, in giurisprudenza, Cons. St., Ad. pl., 9 luglio 2020, n. 13, in *Giustizia-amministrativa*; Cons. St., 14 settembre 2018, n. 5388, in *Diritto & Giustizia*, 17 settembre 2018, ove si legge che: «*l'appalto integrato si caratterizza per il contributo di idee nelle soluzioni progettuali maggiorative individuate nel progetto definitivo (cfr. Cons. Stato, V, 7 luglio 2014 n. 3435 e Id., 16 marzo 2016, n. 1047), ma pur sempre nel rispetto dei profili strutturali e morfologici dell'opera pubblica definita nelle linee essenziali nel progetto preliminare posto a base di gara, della quale perciò non devono essere alterati i caratteri, proponendo una sorta di progetto alternativo, costituente un aliud rispetto a quello posto a base di gara (cfr. Cons. Stato, V, 27 marzo 2015, n. 1601)*».
30. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cons. St., Sez. V, 2 aprile 2024, n. 3007, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2024, «*Il divieto di cumulo della qualità di progettista e di esecutore dei lavori per la stessa opera pubblica ha la duplice funzione di evitare, nella fase di selezione dell'appaltatore dei lavori, che sia attenuata la valenza pubblicistica della progettazione di opere pubbliche, e cioè che gli interessi di carattere generale ad essa sottesi siano svilati a favore dell'interesse privato di un operatore economico, con la predisposizione di progetto da mettere a gara ritagliato "su misura" per quest'ultimo, anziché per l'amministrazione aggiudicatrice, e che la competizione per aggiudicarsi i lavori sia perciò falsata a vantaggio dello stesso operatore*». Nello stesso senso, cfr. Cons. St., Sez. V, 9 aprile 2020, n. 2333, ivi, 2020; Cons. St., 17 aprile 2017, n. 3779, in www.iustizia-amministrativa.it; Cons. St., 2 dicembre 2015, n. 5454, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2015; Cons. St., 21 giugno 2012, n. 3656, in *Foro amm.*, C.d.S., 6, 2012, p. 1618.
31. Il riferimento è alla già citata l. 21 giugno 2022, n. 78, quale specifico traguardo del PNRR da conseguire entro il 30 giugno 2022. Il PNRR ha ribadito l'importanza del Green public procurement: con la Riforma 1.3, «*Supporto tecnico alle autorità locali*», si prevede che il Ministero per la Transizione Ecologica svilupperà uno specifico piano d'azione al fine di supportare le stazioni appaltanti nell'applicazione alle procedure di gara dei Criteri

Ambientali Minimi (CAM) fissati dalla legge. Inoltre, per migliorare l'impronta ecologica degli eventi culturali, la riforma 3.1 prevede l'adozione di criteri ambientali minimi per gli eventi culturali finanziati dalle pubbliche autorità. Per un'analisi dei criteri delega di cui alla l. n. 78/2022, si veda P. Carbone, *Verso nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale appalti*, 3, 2022, pp. 677 ss.

32. Il riferimento è alla già richiamata Relazione introduttiva al Convegno *Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, 27 gennaio 2023, del Presidente Luigi Carbone, pubblicata sul sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.
33. Il dato si evince dal Rapporto sui tempi di realizzazione delle opere pubbliche, in www.agenziacoesione.gov.it, del mese di luglio 2018. Ivi si precisa che la fase di maggiore impatto temporale è quella appunto della progettazione preliminare, ove i tempi di attraversamento arrivano a pesare il 69%. In dottrina, sul punto, R. Greco, *Programmazione e progettazione le novità del nuovo codice*, cit., 1-2; C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 6, 2021, pp. 751 ss., ove si evidenzia come le norme introdotte in attuazione del PNRR intervengano per ridurre i tempi di realizzazione delle opere pubbliche proprio sulle fasi di progettazione e approvazione del progetto.
34. Sul punto, in senso critico e, soprattutto, in un momento antecedente alla codificazione del principio di fiducia, cfr. S. D'Ancona, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessione. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, cit., pp. 75 ss. e Id., *La progettazione nei lavori pubblici: quadro attuale e prospettive di riforma*, in *Federalismi.it*, 3, 2022, p. 91. L'Autore sosteneva che – in merito all'appalto integrato – la coincidenza tra appaltatore e progettista unico potessero favorire condotte opportunistiche pericolose ai fini del corretto svolgimento dell'appalto e che – in ordine al processo di riduzione dei livelli di progettazione, effettivamente realizzatosi poi con la riforma dei contratti pubblici – vi fosse un rischio di errore più elevato nelle previsioni progettuali, andandosi a concentrare sempre di più le decisioni su un solo soggetto.
35. Così M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 9, 2024, p. 210.
36. Così M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., p. 29.
37. In dottrina, M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., p. 40, precisa che dall'applicazione del principio del risultato deriva la necessità di chiedersi altresì se le eventuali carenze siano dipese dalla inadeguatezza dei disposti normativi o dalle scelte amministrative operate; se le comparazioni tra gli interessi e i beni della vita in gioco, oggetto di scelte amministrative a carattere discrezionale, abbiano tenuto in conto la gerarchia fra gli stessi fissata nella regola del caso definita dall'amministrazione; se la fissazione della “regola del caso” sia stata frutto di un’istruttoria adeguata; se la scelta dei modelli organizzativi necessari sia stata compiuta nella primaria considerazione del risultato da conseguire anche in termini di adeguata predisposizione di risorse umane; se le motivazioni addotte a fondamento delle scelte esprimano valutazioni coerenti e consone

- allo sforzo di conseguimento del risultato da perseguire.
38. Così, R. Spagnuolo Vigorita, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 46. Sul tema, cfr. S. D'Ancona, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessione. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, cit., pp. 75 ss., 105 ss., 122 ss., 182 ss. e Id., *La progettazione nei lavori pubblici: quadro attuale e prospettive di riforma*, cit., p. 90. L'Autore, negli studi richiamati sottolinea l'importanza di rafforzare il processo di progettazione già nella sua fase di primo livello, di verifica della fattibilità, nella quale possono essere commessi gli "errori" più gravi in termini previsionali, anche in virtù di una influenza sulle scelte progettuali di fattori politici e in considerazione della contiguità con la fase di programmazione.
 39. Così, R. Spagnuolo Vigorita, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 44.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2024, n. 14

Margherita Sias

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-180

La sentenza si pronuncia sulla disciplina sanzionatoria applicabile all'ipotesi di mancato completamento delle opere qualora, a seguito di decaduta del permesso di costruire, le stesse non possano essere ultimata.

The ruling pronounces on the penalty rules applicable to the hypothesis of non-completion of works where, following the forfeiture of the building permit, they cannot be completed.

Con sentenza non definitiva del 7 marzo 2024 la II Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto all'Adunanza Plenaria di precisare quale fosse «*la disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio*». La questione riguarda dunque la sorte delle opere parzialmente eseguite nell'ipotesi di decaduta del permesso di costruire qualora non possa essere rilasciato un nuovo titolo per l'ultimazione di quanto precedentemente assentito.

La vicenda prende le mosse, in particolare, dal contenzioso instaurato dal proprietario dell'area interessata allorché si è visto notificare dal Comune un provvedimento di demolizione delle opere *ex art. 31 del d.P.R. n. 380/2001*.

Più specificamente all'iniziale avvio della costruzione delle opere era seguita l'interruzione dei lavori conseguente ad un'indagine penale, poi sfociata in una sentenza contenente la condanna dei commissari *ad acta* che avevano rilasciato il permesso di costruire nonché del proprietario dell'area. Tale sentenza è stata successivamente confermata in appello ed ha, tra l'altro, accertato «*la assoluta e macroscopica illegittimità del permesso a costruire n. 33 del 24.11.2010*».

A seguito della pronuncia appena richiamata il Comune, sebbene consapevole, a questo punto, dell'illegittimità del titolo, non ha tuttavia provveduto ad annullarlo, limitandosi invece a dichiararne l'avvenuta decadenza a causa dello spirare del termine di ultimazione dei lavori. L'impossibilità di ottenere un nuovo titolo che consentisse il completamento delle opere ha successivamente indotto l'amministrazione a ordinarne la demolizione ai sensi dell'art. 31, comma 2, del d.P.R. sopra richiamato. La norma citata, in particolare, prevede che in caso di realizzazione di interventi in assenza di permesso di costruire, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, il Comune debba ordinare la demolizione di quanto eseguito. Qualora il proprietario non provveda, il bene e l'area di sedime sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. Tuttavia, dal momento che le opere parzialmente eseguite si fondavano comunque su un titolo inizialmente rilasciato, anche se poi dichiarato decaduto, è evidente che la fattispecie in esame non potesse rientrare nell'ipotesi di assenza del permesso di costruire.

Da qui, pertanto, i dubbi della Sezione rimettente circa l'effettiva applicabilità dell'art. 31 al caso di specie. Il Collegio in particolare si è premurato di richiamare i principi desumibili dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato secondo cui «*le opere eseguite sulla base di un efficace titolo edilizio non possono essere oggetto di ordine di demolizione ex art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, che riguarda le opere eseguite abusivamente, sicché - data la tassatività delle norme sanzionatorie - tale previsione non potrebbe essere estesa a fattispecie non espressamente contemplate*. A tal proposito, osserva la Sezione, «*l'art. 38 dello stesso testo unico ha previsto, nel caso di "interventi eseguiti in base a permesso di costruire, poi annullato", la possibilità che in luogo dell'ingiunzione a demolire possa essere applicata dall'Amministrazione una sanzione pecuniaria che quindi lasci salve le opere*» con la conseguenza che «*striderebbe con i principi ritraibili dall'esame comparativo di tali norme un'applicazione estensiva della più grave sanzione demolitoria ex art. 31 del T.U. prima citato, in una fattispecie di opere eseguite in conformità ad un titolo (nemmeno rimosso ma semplicemente) decaduto*ex nunc e non *ex tunc*.

Il Collegio rimettente, nel porre il quesito all'Adunanza Plenaria, evidenzia d'altra parte anche la possibilità che il caso di specie, pur non potendo rientrare nell'ipotesi di assenza del permesso di costruire di cui all'art. 31 del d.P.R. per i motivi già esposti, possa nondimeno essere ricondotto alla diversa ipotesi, prevista dallo stesso articolo, di difformità delle opere rispetto a quanto assentito, con conseguente applicabilità dell'obbligo di demolizione e ripristino.

L'Adunanza Plenaria con la sentenza del 30 luglio 2024, n. 14, partendo dalla ricostruzione avanzata dalla II sezione del Consiglio di Stato, offre una soluzione fondata sull'interpretazione dell'art. 31 del d.P.R. e, in particolare, sulla corretta considerazione di ciò che si debba intendere per «*divergenza tra consentito e realizzato*». Più nello specifico l'Alto Consesso, dopo aver evidenziato che «*l'art. 31 del testo unico sanziona allo stesso modo le ipotesi di edificazione in assenza del permesso di costruire con le ipotesi dell'edificazione in totale difformità o con variazioni essenziali*», sottolinea come la totale difformità dell'intervento si verifichi «*non solo in caso di ampliamento non autorizzato, ma anche nel caso di mancato completamento della costruzione e vi sia un aliud pro alio*». A parere del Collegio, dunque, «*nei casi di 'divergenza tra consentito e realizzato' rientra il "non finito architettonico", il quale è ravvisabile quando le opere realizzate sono incomplete strutturalmente e funzionalmente, tanto da far individuare un manufatto diverso da quello autorizzato*» con la conseguenza che deve ritenersi sussistente «*il fondamento normativo per disporre la restituzione in pristino - in caso di decadenza del permesso di costruire - qualora siano state eseguite solo opere parziali, non riconducibili al progetto approvato sotto il profilo strutturale e funzionale*». Tale ipotesi ricorre ovviamente qualora non sia possibile ottenere un nuovo titolo abilitativo, il che esclude in radice la possibilità di ultimare le opere iniziate affinché le stesse possano corrispondere a quanto assentito dal permesso di costruire.

Proprio sulla scorta di tali considerazioni l'Adunanza Plenaria sviluppa ulteriormente il proprio ragionamento precisando che l'art. 31 deve ritenersi però applicabile non a tutte le ipotesi di mancato completamento delle opere ma soltanto quando queste ultime «*non sono autonome, scindibili e funzionali*». A parere del Collegio, infatti, occorre distinguere: nelle ipotesi di opere «*prive dei suddetti requisiti di autonomia e funzionalità il Comune deve disporne la demolizione e la riduzione in pristino ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001*,

in quanto eseguite in totale difformità rispetto al permesso di costruire». Al contrario, se il permesso di costruire ha previsto la realizzazione di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome «*gli immobili edificati [...] devono intendersi supportati da un titolo idoneo, anche se i manufatti realizzati non siano totalmente completati, ma – in quanto caratterizzati da tutti gli elementi costitutivi ed essenziali - necessitino solo di opere minori che non richiedono il rilascio di un nuovo permesso di costruire».* Un’ulteriore ipotesi, a parere dell’Adunanza Plenaria, è quella in cui le opere incomplete, ma funzionalmente autonome, presentino difformità non qualificabili come gravi. In tal caso «*l’Amministrazione potrà adottare la sanzione recata dall’art. 34 del T.U.*».

Inoltre, conclude il Consiglio di Stato «*e’fatta salva la possibilità per la parte interessata, ove ne sussistano tutti i presupposti, di ottenere un titolo che consenta di conservare l’esistente e di chiedere l’accertamento di conformità ex art. 36 del T.U. nel caso di opere “minori” (quanto a perimetro, volumi, altezze) rispetto a quelle assentite, in modo da dotare il manufatto – di per sé funzionale e fruibile - di un titolo idoneo, quanto alla sua regolarità urbanistica».*

Infine, con riferimento alla possibilità di applicare l’art. 38 del T.U. in luogo dell’art. 31, l’Adunanza Plenaria evidenzia che «*non sono fondati i dubbi di proporzionalità evocati dalla Sezione remittente tra la disciplina recata dall’art. 38 e quella dell’art. 31 del testo unico: l’abuso, sanzionato con la demolizione, infatti, deriva dalla accertata “divergenza tra consentito e realizzato” che non sussiste nell’ipotesi dell’art. 38 cit., in quanto in quel caso il legislatore ha ritenuto di disciplinare una fattispecie peculiare, caratterizzata dall’annullamento del permesso di costruire e dalla conformità delle opere al titolo ormai annullato».*

A)Cons. Stato, Ad. pl., 30 luglio 2024, n. 14

Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 agosto 2024, n.
7243, Ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte
di giustizia

Corso Tozzi Martelli

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-133

Con l'ordinanza in commento, il Consiglio di Stato solleva una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, chiedendo se le norme europee ostino a una disciplina nazionale che, in materia di vigilanza su intese restrittive della concorrenza, consente all'AGCM di prorogare unilateralmente i termini di conclusione dei procedimenti sanzionatori. Inoltre, si sottolinea la necessità di un equo bilanciamento tra le garanzie di difesa previste per gli operatori economici e la tutela dei consumatori.

In the reported ordinance, the Council of State refers to the Court of Justice a preliminary question, asking whether European law precludes a national framework that permits the AGCM to unilaterally extend the deadlines for concluding sanctioning procedures in the context of the monitoring of agreements restricting competition. Moreover, it is highlighted the need for a fair balance between the procedural safeguards provided for economic operators and consumer protection.

Con l'ordinanza del 26 agosto 2024, n. 7243, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha sollevato una questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE. In particolare, ha sottoposto alla Corte di giustizia UE il seguente quesito: «se gli articoli 41 e 47 CDFUE e l'art. 6 CEDU ostino ad una disciplina quale quella nazionale che, in materia di vigilanza su intese restrittive della libertà di concorrenza, ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori e fermo restando l'esercizio dei poteri conformativi, non prevede

espressamente la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento fissato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con la comunicazione di contestazione degli addebiti, consentendo all'Autorità di prorogare unilateralmente il detto temine di conclusione, con atti di proroga motivati, al sopravvenire di circostanze che determinano un ampliamento oggettivo o soggettivo dell'accertamento» (p.to 70, Ordinanza).

La controversia oggetto del giudizio principale trae origine da un provvedimento sanzionatorio adottato il 17 luglio 2019 dall'AGCM nei confronti di una Società operante nel mercato del cartone ondulato, accusata di aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza, contraria all'art. 101 TFUE, nota come “intesa fogli”. A seguito di una lunga istruttoria, avviata ai sensi dell'art. 14 della l. n. 287/1990, l'Autorità antitrust ha irrogato alla Società una sanzione pecuniaria di oltre sei milioni di euro.

Durante il procedimento, il termine di conclusione – originariamente fissato, con la delibera del 22 marzo 2017, al 31 maggio 2018 – è stato più volte prorogato – dapprima con la delibera del 31 gennaio 2018, che lo ha differito al 31 dicembre 2018 e, poi, con la delibera del 31 ottobre 2018, che lo ha ulteriormente esteso al 19 luglio 2019 –, a causa della crescente complessità del caso, nonché dell'estensione del numero di soggetti coinvolti e delle condotte oggetto dell'accertamento.

La Società appellante, quindi, ha contestato in giudizio la tardività del provvedimento sanzionatorio, argomentando che l'AGCM avesse violato il termine di conclusione del procedimento, da considerarsi perentorio. A tal riguardo, ha inoltre richiesto di sottoporre alla Corte di giustizia UE un quesito pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, in ordine all'interpretazione del diritto UE con riferimento alla natura perentoria (o meno) del termine di conclusione del procedimento fissato dall'Autorità antitrust con la comunicazione di contestazione degli addebiti.

Il Consiglio di Stato, pur ritenendo che la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento debba essere esclusa – come verrà meglio illustrato *infra* –, ha giudicato la questione pregiudiziale sollevata dalla Società rilevante e pertinente e, dunque, meritevole di un approfondimento da parte della Corte di giustizia UE.

Tanto premesso, il Collegio ha osservato che non esiste alcuna norma, né a livello

europeo né a livello nazionale, che preveda un termine per la conclusione del procedimento volto all'accertamento di intese restrittive della concorrenza da parte delle Autorità di garanzia e di vigilanza. In effetti, l'art. 2, comma 5, della l. n. 241/1990 stabilisce che «*Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza.*» Inoltre, l'art. 6, comma 3, del d.P.R. n. 217/1998 (c.d. Regolamento in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza) prevede che «*Il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni*» e «*il termine di conclusione del procedimento*», senza tuttavia qualificarlo come perentorio.

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, in assenza di una previsione espressa di perentorietà, l'AGCM «*ha il potere di autodeterminare caso per caso lo scadere temporale necessario alla conclusione del procedimento, l'Autorità ha parimenti il potere di rideterminarne la durata in corso di accertamento, purché ciò avvenga prima della scadenza del termine e con atto congruamente motivato (cfr. ex multis, Cons, Stato, 29 maggio 2018, n. 3197)*» (p.to 32, Ordinanza).

Ciò posto, il Consiglio di Stato ha ricordato che, in merito alla natura perentoria od ordinatoria del termine di conclusione dei procedimenti sanzionatori, la questione era già stata affrontata in relazione a una controversia relativa all'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA).

Così, dando conto del precedente relativo al caso ARERA, il Collegio ha riportato l'affermazione secondo cui «*se il termine per la conclusione del procedimento (dell'ARERA) è indicato nella comunicazione di avvio, esso (...) costituisce comunque un "autovincolo" al cui rispetto l'Autorità si assoggetta, con la conseguenza che il suo superamento comporta l'illegittimità della sanzione, sia per la natura perentoria che deve essergli riconosciuta, quale termine comunque riferito a una procedura sanzionatoria, sia in considerazione del dovere di buona fede che informa i rapporti tra Amministrazione e privato, in forza del quale la prima non può frustrare l'affidamento ingenerato circa il momento in cui il secondo vedrà definita la propria situazione giuridica (...)*»; pertanto «*il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, comunque (ragionevolmente) determinato, deve considerarsi perentorio, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto degli artt. 3, 23, 24 e 97 Cost. e dello*

“statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni» (così Cons. St., Sez. II, sentenza del 19 aprile 2023, n. 3977, p.ti 52.2. e 53, richiamata espressamente nell’Ordinanza)

Sicché, in determinate circostanze, nonostante il silenzio del legislatore, il termine di conclusione dei procedimenti sanzionatori di ARERA può assumere una portata perentoria. Per i procedimenti in materia antitrust, invece, il Collegio sostiene che *«il termine di conclusione del procedimento possa considerarsi perentorio, nel solo senso che il dies ad quem, ove ragionevolmente differito, non possa essere disatteso, ma non anche nel senso che il termine originariamente indicato debba essere necessariamente osservato, con esclusione di un motivato differimento, pena la decadenza dall’esercizio del potere sanzionatorio»* (p.to 40, Ordinanza).

Di particolare interesse è anche il confronto tracciato dal Consiglio di Stato tra la disciplina dei procedimenti sanzionatori dell’ARERA e dell’AGCM, compresa quella sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore (ossia il Regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette approvato con la delibera AGCM del 1° aprile 2015, n. 25411, adottata in applicazione dell’art. 27, comma 11, del Codice del consumo).

Nell’Ordinanza oggetto di segnalazione, il Consiglio di Stato evidenzia che il Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori dell’ARERA stabilisce un termine per la conclusione del procedimento, precisamente di 220 giorni, decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento, salvo che ricorrono motivate esigenze procedurali. Similmente, il Regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette fissa un termine di 180 giorni dalla data di comunicazione di avvio. Diversamente, il Regolamento in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza (d.P.R. n. 217/1998) non introduce *«in via generale ed astratta alcun termine di conclusione del procedimento, rimettendone la fissazione, volta per volta, alla valutazione discrezionale dell’organo precedente, in ragione delle caratteristiche e della complessità della vicenda sottoposta al suo esame»* (p.to 42, Ordinanza).

Ad ogni modo, per sostenere l’assenza di perentorietà del termine nel caso oggetto di giudizio, il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza europea, sottolineando che la “ragionevole” durata del procedimento non può essere stabilita in base a un limite massimo preciso, determinato astrattamente, ma deve

essere valutata caso per caso, tenendo conto delle circostanze specifiche (cfr. Corte giust., sentenza del 28 febbraio 2013, C-334/12, *Oscar Orlando Arango Jaramillo e altri contro BEI*, la quale richiama la sentenza 15 ottobre 2002, C-238/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*). Inoltre, il superamento del termine ragionevole può costituire motivo di annullamento del provvedimento solo se si dimostra che tale violazione ha effettivamente pregiudicato l'esercizio dei diritti di difesa dell'impresa interessata (cfr. Tribunale UE, sentenza del 27 giugno 2012, T-372/10, *Bolloré contro Commissione europea*, e Corte giust., sentenza del 25 marzo 2021, C-611/16 P, *Xellia Pharmaceuticals ApS e Alpharma LLC contro Commissione europea*).

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato afferma che la Società non ha dimostrato come il differimento del termine abbia compromesso l'esercizio del suo diritto di difesa. Al contrario, il differimento è stato disposto per consentire la corretta instaurazione del contraddittorio con tutte le parti coinvolte, in particolare alla luce dell'ampliamento soggettivo e oggettivo della vicenda oggetto di accertamento.

Il Consiglio di Stato ha quindi osservato che collegare automaticamente l'illegittimità di un provvedimento al superamento del termine *ab origine* fissato, soprattutto in procedimenti di elevata complessità come quello in esame, rischierebbe di pregiudicare l'effettiva applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, consentendo così che violazioni del diritto della concorrenza restino impunite. Del resto, il "vero" destinatario della disciplina sulla tutela della concorrenza è il consumatore; di conseguenza, le garanzie previste per l'operatore economico non possono pregiudicare la tutela del consumatore, richiedendo un equo bilanciamento tra le contrapposte esigenze. Per tale ragione, anche qualora dovesse considerarsi perentorio (e, quindi, non prorogabile) il termine inizialmente fissato dall'Autorità antitrust per la conclusione del procedimento, la decadenza conseguente a un eventuale superamento del *dies ad quem* riguarderebbe soltanto il potere sanzionatorio, e non anche quello conformativo, cioè la capacità di accertare le condotte anticoncorrenziali e di diffidare alle imprese la cessazione dell'infrazione e dei suoi effetti.

Un ulteriore aspetto che merita poi di essere segnalato riguarda la decisione del Consiglio di Stato di respingere la richiesta dell'AGCM di attendere, con sospensione del giudizio *ex art. 79 c.p.a.*, la pronuncia della Corte di giustizia UE

sulla questione pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Lazio con l'ordinanza del 1° agosto 2023, n. 12962, relativa a un procedimento in materia di abuso di posizione dominante.

Il Collegio ha evidenziato che la questione pregiudiziale sollevata con tale ordinanza, così come quelle sollevate con l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 9 luglio 2024, n. 6057, e con l'ordinanza del T.A.R. Lazio del 2 agosto 2023, n. 13016, riguardano l'interpretazione del diritto UE in relazione alla durata della *fase preliminare all'istruttoria* dei procedimenti antitrust. Tali questioni pregiudiziali attengono, quindi, al termine di avvio del procedimento; invece, la questione sollevata con l'Ordinanza segnalata riguarda il termine di conclusione del procedimento, ossia la durata complessiva del procedimento. Si tratta di una problematica distinta rispetto a quelle già sottoposte alla Corte di giustizia UE, e che, in quanto tale, potrebbe ricevere una soluzione differente.

Concludendo, l'Ordinanza in esame merita di essere segnalata poiché rimette alla Corte di giustizia UE un importante quesito pregiudiziale, la cui risposta sarà decisiva per chiarire se il termine per la contestazione degli addebiti nei procedimenti sanzionatori dell'AGCM debba essere considerato perentorio od ordinatorio e, conseguentemente, se il potere dell'Autorità antitrust di prorogare unilateralmente i termini di conclusione dei procedimenti possa essere compatibile con i principi europei di equità processuale e di ragionevole durata del procedimento. Tale pronuncia potrà altresì definire il delicato equilibrio tra l'esigenza di garantire il corretto esercizio del diritto di difesa dell'inculpato con la necessità di un'attuazione effettiva ed efficace degli artt. 101 e 102 TFUE, al fine di salvaguardare il benessere dei consumatori ed evitare distorsioni nel funzionamento del mercato interno causate da condotte anticoncorrenziali.

B)Cons. Stato, sez. VI, ord. 26 agosto 2024, n. 7243