ISSN 2723-9195

# CERIDAP

## Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche

Fascicolo
3 / 2025

LUGLIO - SETTEMBRE

**CERIDAP** **Fascicolo 3/2025**

**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 DI DIREZIONE:** Prof. Gabriele Bottino

**COMITATO DI DIREZIONE:** 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. Grégory Kalflèche, 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, Paolo Provenzano, Giulia Re Ferrè, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Leonardo Scuto, Margherita Sias, Corso Tozzi Martelli

**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 Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistriana di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia) †
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-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 di Direzione, 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 Committe 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*, 2025, 3, p. 35 ss.

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

© 2025 CERIDAP

# INDICE SOMMARIO

## ARTICOLI

CHIARA CASTALDO, *Le servitù prediali pubbliche nel contesto della proprietà pubblica* ..... 1

ALESSIA DEPIETRI, NICOLA GRANATO, MONICA COCCONI, *Public Administration and Agromafia: Administrative Law Profiles between Coordination, Prevention, and Control in the Agri-food Sector* ..... 29

ANNA GRIGNANI, *I Power Purchase Agreement: un utile strumento per la transizione energetica* ..... 129

INGEBORG GRUENWALD, *Is No One Truly left Beh(A)Ind?: A Comparative Approach to Regulating Artificial Intelligence to the Benefit of Persons with Disabilities* ..... 147

GIULIA MATTIOLI, *Localizzazione e approvazione del progetto delle opere pubbliche: un tentativo di composizione del binomio tra semplificazione e tutela dell'ambiente* ..... 177

ANNA SIMONATI, *I dati personali in possesso dell'amministrazione: beni a destinazione pubblica?* ..... 208

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA, GIOVANNI BATTISTA CONTE, ANTONIO PERSICO, *La presunzione di interesse pubblico prevalente per le fonti energetiche rinnovabili: un tentativo di inquadramento sistematico* ..... 239

## RASSEGNE E COMMENTI

PIERANDREA CORLETO, *Il self-cleaning nel Codice dei contratti pubblici: un'opportunità concreta per il Modello 231* ..... 271

STELLA KELBIA, ROMAN LUTSKYI, VITALII SKOMOROVSKYI, OLEXANDR POLISHCHUK, MAKSYM LYSAK, *Ensuring the Rule of Law under Martial Law: A Comparative Study of Constitutional*

*Mechanisms* ..... 315
KLAUDIA KURCANI, *Infrastrutture di trasporto e politiche di coesione: il caso delle autostrade* ..... 346
LUCA PELLIZZONI, *Governance del digitale: fondamenti teorici e il ruolo di legislatore e interpreti* ..... 376
ZAMIRA SINAJ, ISMAIL SAIFNAZAROV, TURSINBAY SULTANOV, ANSATBAY YEMBERGENOV, BERMETA TUGELBAEVA, *Institutions and corruption in Public administration: A study of the relationship and methods of preventing corruption* ..... 424

## HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

CHIARA CASTALDO, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Torino.

MONICA COCCONI, Professore associato di Diritto Amministrativo e Responsabile Scientifica dell'Osservatorio Permanente Legalità, Università di Parma.

GIOVANNI BATTISTA CONTE, Avvocato cassazionista nel Foro di Roma.

PIERANDREA CORLETO, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università del Salento e Avvocato nel Foro di Lecce.

ALESSIA DEPIETRI, Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo e Collaboratrice dell'Osservatorio Permanente Legalità, Università di Parma.

NICOLA GRANATO, Assegnista di ricerca e Collaboratore dell'Osservatorio Permanente Legalità, Università di Parma. Dottore di ricerca, Università Sapienza di Roma.

ANNA GRIGNANI, PhD; Ricercatrice Postdoc nel Politecnico di Milano.

INGEBORG GRUENWALD, Juris Doctor (JD) Candidate nell'Università di Miami.

STELLA KELBIA, Dottore di Ricerca, Preside della Facoltà di Giurisprudenza, Istituto privato di istruzione superiore "Bukovinian University", Chernivtsi, Ucraina.

KLAUDIA KURCANI, Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo nell'Università IUAV di Venezia.

ROMAN LUTSKYI, Professore nel Dipartimento di Diritto e Pubblica Amministrazione dell'Università King Danylo, Ivano-Frankivsk, Ucraina.

MAKSYM LYSAK, Dottore in giurisprudenza nell'Università "KROK", Kiev, Ucraina.

GIULIA MATTIOLI, Ricercatore (RTDA) di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Ferrara.

LUCA PELLIZZONI, Dottorando di ricerca in "Applied Data Science and Artificial Intelligence" (Ambito Pubblica Amministrazione - Diritto Amministrativo), nell'Università degli Studi di Trieste.

ANTONIO PERSICO, Assegnista di ricerca in Science with and for Society, Università Luiss Guido Carli. Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi Roma Tre.

OLEXANDR POLISHCHUK, Dottore in giurisprudenza nell'Università "KROK", Kiev, Ucraina.

ISMAIL SAIFNAZAROV, Professore nel Dipartimento di Scienze Socio-Umane, Università Statale di Economia di Tashkent, Tashkent, Uzbekistan.

ANNA SIMONATI, Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Trento.

ZAMIRA SINAJ, Professore associato nel Dipartimento di Amministrazione Aziendale, Università "Ismail Qemali" Vlora, Vlorë, Albania.

VITALII SKOMOROVSKYI, Professore nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "KROK", Kiev, Ucraina.

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

TURSINBAY SULTANOV, Professore associato nel Dipartimento di Scienze Socio-Umane, Università Statale di Economia di Tashkent, Tashkent, Uzbekistan.

BERMETA TUGELBAEVA, Direttore dell'Istituto per la Prevenzione della Distruttività e dell'Estremismo tra i Giovani, Università Slava Kirghiso-Russa, Biškek, Repubblica del Kirghizistan.

ANSATBAY YEMBERGENOV, Professore associato nell'Istituto Pedagogico Statale di Nukus intitolato ad Ajiniyaz, Nukus, Repubblica del Karakalpakstan.

# Le servitù prediali pubbliche nel contesto della proprietà pubblica

*Chiara Castaldo*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-2

*L'articolo si sofferma sulle servitù pubbliche, con distinzione da quelle private e dalle limitazioni amministrative, ponendo l'analisi nel contesto della proprietà pubblica ed evidenziandone rispetto a quest'ultima un'"identità di causa" e "funzionalizzazione" all'interesse pubblico ed uso generale.*

***Public easements in the context of public property***
*The article focuses on public easements, distinguishing them from private ones and from administrative constraints, within the context of public property and highlighting their "identity of purpose" and "functional subordination" to the public interest and general use.*

*Sommario: 1. La delimitazione dell'indagine alle servitù prediali come diritti reali pubblici.- 2. L'oggetto delle servitù prediali pubbliche.- 3. La distinzione dalle servitù private per causa dell'uso generale.- 4. La distinzione dalle limitazioni amministrative alla proprietà.*

## 1. La delimitazione dell'indagine alle servitù prediali come diritti reali pubblici

La definizione delle servitù prediali pubbliche[1] è questione che anima il dibattito da tempo, con generalizzazione dell'attenzione alla natura giuridica dei diritti reali minori della pubblica amministrazione[2], essenzialmente in ragione della norma che accomuna i diritti costituiti per l'utilità dei beni demaniali e quelli costituiti «*per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui*

*servono i beni medesimi*» (art. 825, c.c.)[3]. Non agevole è individuare le fattispecie – che si distinguono tra servitù su fondi privati a favore di beni pubblici, oggetto del presente lavoro, servitù su fondi pubblici a favore di beni pubblici e, infine, servitù su fondi pubblici a favore di beni privati[4] – con sussistenza di una disciplina generale sull'espropriazione (d.p.r. n. 327/2001[5]), cui s'affiancano altre ipotesi espressamente individuate in legge[6] o comunque destinatarie di una disciplina speciale[7].

L'analisi sulle servitù prediali – pubbliche o private – è argomentata tanto in ragione della differente disciplina e natura giuridica[8], quanto in ragione del soggetto che ne è titolare[9].

È noto che, nel diritto privato, le servitù sono definite come «*peso imposto sopra un fondo per l'utilità di altro fondo*» (art. 1027, c.c.), con facile individuazione degli elementi che le caratterizzano e ne consentono l'inquadramento nell'ambito dei diritti reali[10]. Di questi condividono i tratti fondamentali[11], con peculiare declinazione di alcuni di essi, tra cui l'inerenza, come stretta interrelazione tra "cosa" e diritto[12], in un rapporto inscindibile e indivisibile di asservimento tra una "cosa" – il fondo servente – e l'altra – il fondo dominante –, rispondendo il diritto ad un'utilità specifica del secondo[13]. L'utilità deve essere durevole e stabile[14] e si determina nelle funzionalità di uno specifico bene immobile (il fondo dominante), in ciò definendosi il carattere di predialità[15].

La circostanza che il fondo dominante sia individuato in un bene di proprietà pubblica[16] ha indotto a individuare proprio in ciò la specificità della servitù pubblica: quest'ultima si definisce nell'asservimento del fondo a beni che si pongono in "funzione" del perseguimento di un interesse pubblico o della realizzazione delle libertà fondamentali dell'individuo[17].

Senza doversi spingere fino all'individuazione di una nozione di "fondo dominante" «*incentrata sull'interesse pubblico e priva di qualsivoglia addentellato con l'attributo della "realità"*»[18], come talora accaduto[19], tale impostazione coglie la peculiarità delle servitù pubbliche nella relazione tra taluni beni e le finalità sociali che questi consentono di perseguire[20], direttamente o in via indiretta (art. 42, co. 2, Cost.)[21]. È nel diritto pubblico che questo tratto assume contorni più definiti, con accostamento dell'analisi al più ampio contesto della proprietà pubblica[22].

Così, l'assoggettamento delle servitù prediali pubbliche al peculiare regime

giuridico dei diritti di proprietà pubblica diviene elemento chiave per l'individuazione del loro fondamento in un "uso generale"[23], che muta il rapporto giuridico instaurato tra il titolare del diritto e la generalità dei consociati, in contrapposizione alla disciplina privatistica, senza che per ciò solo possa negarsi una natura reale del diritto[24], permanendo una parziale comunanza di caratteristiche con il diritto di servitù elaborato in ambito civilistico[25].
È la stessa scelta normativa (art. 825, c.c.) a definire la servitù prediale pubblica[26], la quale trova la propria *ratio* in una "funzionalizzazione" di tali diritti alla realizzazione di finalità generali, cosicché qualsiasi distinzione strutturale e contenutistica – ad esempio, in termini di perpetuità[27] ed utilità[28] – tra le servitù private e pubbliche[29] sarebbe all'uopo conseguenza dell'assoggettamento a tale specifico regime, piuttosto che fondamento della distinzione tra l'une e le altre.
Individuato l'oggetto delle servitù prediali pubbliche (§ 2), l'analisi di queste ultime è posta nel più ampio contesto della proprietà pubblica, aprendo all'individuazione di specifiche posizioni giuridiche soggettive, che definiscono il discrimine con le servitù private[30] (§ 3), oltre che con qualsiasi limitazione amministrativa alla proprietà privata[31] (§ 4).

## 2. L'oggetto delle servitù prediali pubbliche

S'è detto della non agevole individuazione delle fattispecie di servitù prediali pubbliche, in primo luogo con opportunità di un'analisi più approfondita di una norma (art. 825, c.c.), il cui collocamento e la cui letteralità potrebbero erroneamente indurre a individuarvi una limitativa portata della categoria[32].
È noto che il diritto di servitù determina un rapporto di asservimento tra fondi[33] e, in particolare, ove il riferimento sia alle servitù prediali pubbliche, individua il fondo dominante in «*alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti*» (art. 825, c.c., con rimando all'art. 822, c.c.). Il fondo dominante è, pertanto, testualmente individuato in un bene demaniale[34], e le ipotesi espressamente contemplate dalla legge sono ciascuna riconducibile ad uno di essi – le acque[35], le opere destinate alla difesa nazionale[36], le strade anche ferrate[37] – a nulla rilevando che la servitù sia costituita per effetto della legge o di un atto d'autorità[38], ancor più ove si consideri che è ormai acquisito che la demanialità possa sorgere per atto dell'amministrazione, perlomeno nei casi di demanio accidentale[39].

In tale contesto, s'è talora argomentato della tipicità delle servitù prediali pubbliche – così escludendosi la possibilità di individuare fattispecie diverse da quelle espressamente definite in norme di rango primario[40] – poiché servitù coattive[41], nonché in ragione di una tipicità degli stessi beni demaniali cui le prime sono strumentali[42].

Anche in diritto privato s'afferma una tassatività delle fattispecie che consentono la costituzione coattiva del diritto reale minore[43], ammettendosi, tuttavia, l'individuazione per accordo contrattuale (volontario) di altre ipotesi di servitù in presenza di qualsivoglia utilità prediale[44]. In quest'ultimo caso, a fronte di una tipicità dei diritti reali, s'individua un'atipicità del contenuto della servitù[45], purché questa possa essere rinvenuta nei suoi caratteri fondamentali di asservimento stabile e duraturo (seppur non perpetuo) di un fondo ad altro fondo[46].

Nonostante le tesi contrarie[47], tale ultima considerazione deve essere estesa alle servitù prediali pubbliche, benché coattive[48], anche in ragione di una generale capacità di diritto della pubblica amministrazione (art. 1, co. 1-*bis*, l. n. 241/1990)[49], ponendosi piuttosto un problema di tipicità dei poteri che possono essere esercitati dall'autorità pubblica sulle situazioni giuridiche soggettive altrui – nella specie, il diritto di proprietà privata (art. 42, Cost.)[50] – ove la costituzione non sia volontaria ma imposta[51]. La strumentalità o asservimento del fondo servente al bene di proprietà pubblica fonda la tipicità dell'atto d'autorità che costituisce il diritto reale minore, potendosi rinvenire utilità non strettamente circoscritte in norme di rango primario, purché comunque definite in «*fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi*» (art. 825, c.c.)[52]. La previsione di un potere di imposizione della servitù da parte della pubblica amministrazione (artt. 1 e 44, d.p.r. n. 327/2001)[53] trova, pertanto, specificazione della sua tipicità in ragione di un nesso di strumentalità del diritto reale minore ai beni demaniali (art. 825, c.c.)[54] e per talune disposizioni[55] anche a favore di un bene pubblico patrimoniale indisponibile[56]. In tal senso la natura di servitù prediali pubbliche[57] si afferma, ove il diritto reale minore serva fini di pubblico interesse, seppur corrispondenti a beni pubblici diversi da quelli demaniali e, dunque, oltre le strette maglie della disposizione codicistica (art. 825, c.c.)[58]. Tali servitù pubbliche, non attratte alla disciplina del demanio (art. 825, c.c.), possono essere assoggettate alla disciplina dei beni cui sono serventi

(funzione o servizio pubblico[59]), sia per principio generale[60] sia per norme di diritto positivo (artt. 826 e 830, c.c.)[61]. L'estensione della disciplina della proprietà pubblica ai «*diritti reali che spettano allo Stato, alle provincie e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti*» (art. 825, c.c.)[62] o ad enti pubblici diversi da questi (artt. 826 e 830, c.c.) è conseguente all'idea che, in presenza di qualsiasi «*legame funzionale (il diritto reale, con le utilitates che è atto a fornire, è destinato al "servizio" del bene), il diritto stesso viene attratto nell'orbita del bene*» pubblico cui è servente[63].

## 3. La distinzione dalle servitù private per causa dell'uso generale

Delineato l'oggetto delle servitù prediali pubbliche, l'attrazione di queste alla disciplina della proprietà pubblica – per espressa disposizione di legge (art. 825, c.c.) nonché per principio generale[64] – suggerisce di porre il discrimine con le ipotesi di diritto privato nelle specifiche posizioni giuridiche soggettive configurabili, delle quali può argomentarsi nel più generale contesto dei diritti reali della pubblica amministrazione.

La proprietà è pubblica o privata (art. 42, Cost.), e l'analisi delle due categorie è in ragione di una differente disciplina di diritto positivo (art. 822 ss., c.c.; art. 823 ss., c.c.)[65]. La Costituzione, dopo aver riconosciuto che la proprietà può essere pubblica o privata, afferma che i beni economici appartengono allo Stato, agli enti o ai privati (art. 42, co. 1, Cost.), ove tale secondo periodo non può essere letto come mera specificazione di quanto già affermato[66].

L'analisi, forse, non è stata favorita dall'assenza di una definizione generale della proprietà pubblica[67], limitandosi l'ordinamento ad individuare poteri e facoltà esercitabili dall'amministrazione su determinati beni[68], con norme generali o speciali[69]. Diversamente per la proprietà privata, quale «*diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*» (art. 832, c.c.)[70], con individuazione di specifici caratteri[71] di tale posizione giuridica soggettiva[72], tra cui di particolare rilievo è, in questa sede, l'esclusività[73].

Carattere, quest'ultimo, che definisce la possibilità del proprietario di impedire qualsiasi interferenza con l'esercizio del suo diritto, e che si esprime nel

riconoscimento di plurime facoltà – dalla possibilità di chiusura del fondo (art. 841, c.c.)[74] alle azioni a sua difesa (art. 948 ss., c.c.) – che definiscono un uso, appunto "esclusivo", del solo titolare. La proprietà privata è, in primo luogo, privazione dell'uso del bene e delle utilità da questo ricavabili da parte di qualsiasi soggetto diverso dal suo titolare[75]: anche in presenza di ipotesi di limitazione di tale uso[76], tale privilegio costituisce elemento costitutivo del diritto, che è negato nei soli estremi casi di espropriazione (d.p.r. n. 327/2001[77]).

S'affianca o contrappone alla proprietà privata – così brevemente definita nei suoi caratteri essenziali, ai fini della presente analisi – la complessa definizione della proprietà pubblica[78], la quale pur condivide con la prima altri caratteri che non ne escludono la natura di diritto reale[79]. Della proprietà pubblica s'afferma la funzionalità all'esercizio dei diritti fondamentali degli individui[80] e al perseguimento di un interesse pubblico[81], con individuazione di posizioni giuridiche soggettive che chiaramente la distinguono dalla proprietà privata[82]. Mancherebbe in capo al titolare del bene qualsiasi esclusività del godimento, spettando al contrario un uso generale direttamente o indirettamente alla generalità dei consociati[83], e individuandosi in capo al titolare posizioni giuridiche soggettive di dovere od obbligo correlate al tale uso generale[84].

La distinzione tra proprietà pubblica e privata, prima ancora che mera distinzione normativa[85], avrebbe carattere teleologico[86]: il riconoscimento di un diritto reale pubblico su taluni beni s'afferma funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali degli individui e della collettività o strumentale alla realizzazione degli interessi pubblici alla cui cura l'amministrazione è preposta[87]. La categoria è data dalle due caratteristiche cumulative della natura del diritto – che, s'è detto, non si nega essere un diritto reale pubblico[88] – e dello scopo, trattandosi di beni che sono normalmente al servizio di una generalità di soggetti[89]. Si identificano, conseguentemente, quali espressioni di proprietà pubblica in senso proprio, soltanto il demanio e il patrimonio indisponibile[90], costituendo, al contrario, il patrimonio disponibile una forma di proprietà privata in titolarità della pubblica amministrazione, la quale esercita su di esso i poteri del proprietario secondo gli schemi codicistici[91].

La proprietà pubblica si definisce nella destinazione all'uso pubblico[92] – così che la sua delimitazione debba essere posta in ragione di un criterio non *quoad proprietatem* ma *quoad usum*[93], con la sola eccezione del demanio artificiale

militare[94] – a prescindere dall'ulteriore questione se tale uso sia diretto da parte di tutta la comunità[95] o indiretto, per il tramite dell'uso "particolare" del gestore[96], la cui ragione istitutiva permane in un beneficio della collettività di riferimento[97]. In nessun caso il bene è sottratto all'uso a vantaggio della collettività[98], distinguendosi la disciplina dei beni pubblici per la negazione di qualsivoglia istanza di "enclosure" o comunque di privazione del godimento da parte dei terzi, sia esso anche indiretto[99].

Ove si intendesse l'attrazione delle servitù pubbliche alla proprietà pubblica non come mera estensione della relativa disciplina in punto di gestione e alienazione del bene (artt. 823 e 828, co. 2, c.c.), quanto piuttosto come riconoscimento per esse della medesima natura giuridica della proprietà pubblica – in netta contrapposizione con il corrispondente di diritto privato (artt. 832 e 1027, c.c.) – deve ritenersi che anche la servitù pubblica individui la necessità di un uso generale della collettività, se non dello stesso diritto reale minore[100], perlomeno indirettamente del bene finale cui essa accede[101]. L'asservimento del fondo servente al fondo dominante condivide il medesimo rapporto di necessità che lega il bene pubblico (fondo dominante) alla funzione pubblica[102], e così al suo uso generale diretto o indiretto da parte della collettività, incidendo sulle stesse potestà che caratterizzano il diritto di servitù[103]. Se può dirsi che il diritto di servitù, in generale e del pari di ogni diritto reale, si esplica tanto in un rapporto interno (tra il soggetto titolare e ciò che ne è oggetto) quanto in un rapporto esterno (tra il soggetto titolare e gli altri soggetti)[104], quest'ultimo si definisce nelle servitù pubbliche in un uso generale del bene cui tali diritti reali minori sono serventi[105]. Ciò, non soltanto con riferimento alle servitù in favore di quei beni (demaniali) che per definizione sono destinati all'uso generale, quanto anche con riferimento alle servitù in favore di beni patrimoniali indisponibili, in quanto il diritto reale minore si pone in funzione di un'opera di pubblica utilità che è destinata alla «*utilizzazione da parte della collettività*» (art. 1, co. 2, d.p.r. n. 327/2001)[106].

Gli enti pubblici o il concessionario, titolari di un diritto di servitù pubblica su di un bene in proprietà privata, pur non essendo gravati da un'obbligazione a far fruire di tale diritto il cittadino[107], sono tenuti a «*fare un uso del bene di uso generale che non vada a negare l'uso degli altri soggetti giuridici*»[108], così che non si possa rivendicare verso la generalità dei consociati una "privativa" sul diritto di

servitù pubblica – del pari che sul bene cui essa è asservita[109] –, dovendo piuttosto esercitarlo nel loro interesse[110].

Ove si individui il fondamento della proprietà pubblica in un uso generale delle risorse soggette a tale regime giuridico, s'individua non tanto un diritto reale minore attivo (di "privativa") in capo alla pubblica amministrazione o al concessionario titolari del fondo dominante, quanto piuttosto un diritto soggettivo all'uso, anche indiretto, di quest'ultimo e delle sue utilità da parte della collettività[111].

## 4. La distinzione dalle limitazioni amministrative alla proprietà

S'è detto che le servitù pubbliche costituiscono diritti reali, la cui sottoposizione alla disciplina della proprietà pubblica consente di individuarne un fondamento comune a quest'ultima – di utilità od uso generale – ed in particolare a definire specifiche posizioni giuridiche soggettive in capo alla generalità dei consociati[112] – di manifestazione di libertà costituzionalmente garantite alla fruizione dell'utilità finale[113] per cui la "cosa" si fa "bene giuridico"[114].

L'affermazione pare sufficiente per tracciare una distinzione non soltanto con le servitù prediali private (§ 3), quanto anche con le limitazioni amministrative alla proprietà[115], le quali possono essere ora brevemente definite come imposizioni «*dirette essenzialmente a comprimere l'esercizio di poteri in un determinato soggetto*», a tutela di interessi trascendenti al medesimo, «*senza modificare per nulla la struttura del diritto e della situazione giuridica in genere alla quale i poteri si ricollegano*»[116]. La distinzione è tanto più necessaria ove si consideri che non ogni ipotesi di rapporto tra fondi[117] né di "incidenza" sul diritto di proprietà privata in ragione di un interesse pubblico[118] è sufficiente a delineare una servitù prediale pubblica.

Si considerino, in particolare, quei vincoli gravanti su beni immobili derivanti da un rapporto di "vicinato", ossia dalla «*contiguità o vicinanza di determinate cose immobili rispetto a beni pubblici*»[119], i quali peraltro trovano giustificazione diretta in legge, senza che all'uopo sia necessario l'intervento autoritativo della pubblica amministrazione[120]. Del pari della disciplina riguardante i rapporti tra fondi privati (Libro III, Titolo II, Capo II, Sez. VI, c.c.), tali vincoli imposti *ex*

*lege* per l'utilità di un bene pubblico sono stati talvolta considerati vere e proprie servitù, ritenendosi sussistente un potere del titolare del fondo dominante di ingerirsi nella sfera giuridica soggettiva del titolare del fondo servente[121]; talaltra, s'è ritenuto che si trattasse di mere forme di regolamentazione del godimento del bene e dell'esercizio del diritto reale su di esso insistente[122]. Ciò, con esclusione di qualsiasi forma di indennizzo[123], poiché le limitazioni amministrative, pur non essendo assimilabili ad un concetto di limite o confine[124], non incidono direttamente sul contenuto del diritto[125].

V'è peraltro chi nega una netta distinzione tra le ipotesi ora contemplate – per le quali si discorre piuttosto di "conformazione" e non "limitazione" della proprietà privata[126] – e il diritto di servitù pubblica, in entrambi i casi consistendo l'imposizione dell'ordinamento giuridico in divieti a compressione di alcune delle facoltà rientranti nel diritto dominicale[127]. L'argomentazione logica condurrebbe a ritenere che "servitù", "limitazione" e "vincoli" differiscano tra loro soltanto terminologicamente, essendo «*nella sostanza caratterizzati da un'intensa funzionalizzazione alla tutela di interessi pubblici o collettivi immanente alle differenti matrici e giustificazioni teoriche della demanialità (o della immutabilità di destinazione propria del concetto di patrimonio indisponibile)*»[128].

Di contro, si rileva che, ove si ritenga il diritto reale un diritto autodeterminato, ossia distinto in ragione del contenuto, la negazione di alcune specifiche facoltà vantate dal titolare del diritto dominicale determina il mutamento di struttura di quest'ultimo[129].

Così, s'afferma piuttosto l'opportunità di una distinzione, la quale è posta talvolta in ragione di una diversità di fonte[130], talaltra in ragione di una diversità di disciplina[131] od anche di contenuto[132]. Secondo tale ultima impostazione, nell'un caso (limitazioni amministrative alla proprietà privata), il proprietario è tenuto a non impedire l'ingerenza di terzi o a conformare l'esercizio delle proprie facoltà secondo quanto prescritto[133]; nell'altro (servitù), il proprietario può essere destinatario di una limitazione contenutistica del suo diritto reale, con individuazione in capo alla pubblica amministrazione o al concessionario di un potere sulla cosa, potendo il proprietario finanche essere tenuto a concedere il diritto reale minore (servitù coattive)[134].

L'affermazione cela l'opportunità di individuare la distinzione tra l'una e l'altra fattispecie[135] nelle relative posizioni giuridiche soggettive, ove si consideri che solo

per mezzo della servitù è possibile l'individuazione di un diritto nuovo, la cui efficacia si esplica su di un bene immobile[136], e consistendo le limitazioni amministrative in meri divieti a non esorbitare dai limiti imposti al privato proprietario, senza in alcun modo intaccare l'esclusività del diritto da questo vantato[137]. Ricondurre le limitazioni amministrative a riflesso del diritto obiettivo[138] esclude in radice la possibilità di individuare un rapporto giuridico tra il soggetto limitato e i terzi che vada oltre un «*obbligo di reciproca tolleranza*»[139], con riflessi in termini di tutela[140], diversamente da quanto accade in presenza di un diritto di servitù. Questo, ancora una volta, come s'è detto, si esplica tanto in un rapporto interno (tra il soggetto titolare e ciò che ne è oggetto) quanto in un rapporto esterno (tra il soggetto titolare e gli altri soggetti)[141], e fonda per quest'ultimo, nel contesto della disciplina dei diritti reali degli enti pubblici, un "uso generale", a individuazione di specifiche posizioni subbiettive distinte da un mero rapporto patrimoniale reale[142].

1. Per una analisi onnicomprensiva delle questioni che verranno trattate nel presente lavoro, si vedano tra gli scritti di diritto pubblico: A. D'Amelio, *Servitù pubbliche amministrative*, in *Dig. it*., vol. XXI, Utet, Torino, 1895-1902, p. 188 ss.; C. Girola, *Le servitù prediali pubbliche*, Cedam, Padova, 1937; F. Invrea, *Servitù pubbliche*, in *Noviss. dig. it*., vol. XII, Utet, Torino, 1940, p. 197 ss.; C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, in *Noviss. dig. it*., vol. XVII, Utet, Torino, 1970, p. 167 ss.; V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico*), in *Enc. dir.,* vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 332 ss.; A. Pubusa, *Servitù pubbliche*, in *Enc. giur*., vol. XXVIII, Treccani, Roma, 1992, p. 1 ss.; A. Angiuli, *Servitù pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl*., vol. XIV, Utet, Torino, 1999. Per la dottrina privatistica, senza pretesa di esaustività: L. Barassi, *I diritti reali limitati*, Giuffrè, Milano, 1947; F. Messineo, *Le servitù*, Giuffrè, Milano, 1949; G. Grosso, G. Deiana, *Le servitù prediali*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, tomo 1, III ed., Utet, Torino, 1963, p. 182; B. Biondi, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1967, p. 77; A. Burdese, *Servitù prediali (diritto vigente)*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Noviss. dig. it*., vol. XVII, Utet, Torino, 1970, p. 130 ss.; G. Branca, *Servitù prediali*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, *Libro III: Della proprietà. Art. 1027-1099*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1987, p. 389.
2. All'uopo in particolare O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo II: I beni demaniali del nostro diritto positivo*, in *Giur. it*., 1898, pp. 113-217, ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. IV: *I beni pubblici*, Jovene, Napoli, 1992, p. 75 ss., il quale peraltro, unico tra tanti, spende alcune parole per il diritto di superficie (pur diritto reale minore) in: *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria*, in *Riv. it. sc. giur*., 1898, p. 45, ora in *Scritti giuridici scelti,* vol. IV*: I beni pubblici*, Jovene, Napoli,

1992, p. 175.

3. È frequente vedersi affermato che solo i primi possono essere definiti servitù prediali pubbliche, ossia diritti costituiti su beni altrui a vantaggio di altri beni pubblici (ivi il carattere di predialità, su cui si tornerà) affinché questi ultimi ottengano piena funzionalità demaniale in riferimento al loro scopo. L'ultima parte individua, piuttosto, "diritti di uso pubblico", ossia diritti costituiti su beni altrui a vantaggio di una generalità di consociati. Per tutti: V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico)*, cit., pp. 332-333. Sui diritti di uso pubblico, che fuoriescono dall'ambito dell'analisi, salvo specificazioni ove necessario: E. Eula, *Uso pubblico*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Utet, Torino, 1940, p. 769 ss.; C. Franchini, *La destinazione, elemento necessario della servitù d'uso pubblico*, in *Giur. compl. cass. civ.,* 1946, p. 563 ss.; L. Orusa, *Riflessioni in materia di diritti di uso pubblico*, in *Giur. it*., 1965, p. 90 ss.; C. Ferrari, *Uso pubblico (diritto di)*, in *Noviss. dig. it*., vol. XX, Utet, Torino, 1975, p. 270 ss.; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983; Id., *Uso pubblico*, in *Enc. dir*., vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 953 ss.; L'analisi coinvolge, peraltro, i diritti collettivi e gli usi civici: U. Petronio, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in E. Cortese (a cura di), *La proprietà e le proprietà, Atti del Convegno di Pontignano*, 30 settembre – 3 ottobre 1985, Giuffrè, Milano, 1988, p. 509 ss.; P. Colombo, *I diritti di uso pubblico*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 305 ss.; U. Petronio, *Usi civici*, in *Enc. dir.,* vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 930 ss. In giurisprudenza: Cass. civ., sez, II, 21 maggio 2001, n. 6924; Cass. civ., sez. II, 13 febbraio 2006, n. 3075; Cons. St., sez. II, 12 maggio 2020, n. 2999.
4. Per un'analisi di ciascuna delle dette categorie: C. Girola, *op. cit*., pp. 127-311.
5. D.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità). L'espropriazione costituirà oggetto di analisi nei limiti in cui può essere utile per la definizione delle servitù pubbliche come categoria giuridica e della loro natura, non intendendosi addentrare in uno studio sistematico dei correlativi poteri e provvedimenti ablatori, per cui si rimanda sinteticamente a: G. Chiovenda, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.,* 1, 1926, p. 85 ss.; M.S. Giannini, *Ablazioni, requisizioni, occupazioni d'urgenza*, in *Stato e diritto*, 1942, p. 403 ss.; R. Gianquinto, *Espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 1955; P. Carugno, *L'espropriazione per pubblica utilità,* Giuffrè, Milano, 1962; F. Bartolomei, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1965; G. Landi, *Espropriazione di pubblica utilità*, in *Enc. dir.,* vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 806 ss.; G. Morbidelli, *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.,* vol. V, Utet, Torino, 1990, p. 60 ss.; D. Sorace, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.,* vol. VI, Utet, Torino, 1990, p. 186 ss.; F.G. Scoca, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 3, 2006, p. 519 ss.; F. Saitta, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm*., 4, 2013, p. 627 ss. Da ultimi: F. Fracchia, Q*uestioni (ancora) controverse in tema di espropriazione. Il danno da occupazione senza titolo: profili di giurisdizione e determinazione del quantum, considerando categorie, paradigmi e fisionomia della proprietà*, in *Dir. proc. amm*., 3, 2022, p. 565 ss.; E. Picozza,

*Ai confini dell'espropriazione indiretta: problematiche sostanziali e processuali*, in *Il Processo*, 2, 2022, p. 261 ss.; L. Azzena, *L'espropriazione per pubblica utilità e i provvedimenti ablatori*, Giappichelli, Torino, 2021.

6. Ossia: la servitù di via alzaia, di cui all'art. 52, r.d. 11 luglio 1913, n. 959 (Testo unico delle disposizioni di legge sulla navigazione interna e sulla fluitazione); la servitù di scolo delle acque dalle strade pubbliche sui terreni adiacenti, di cui all'art. 1, n. 3 e 4, r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740 (Testo unico di norme per la tutela delle strade e per la circolazione), poi abrogato, ed ora art. 15, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), e artt. 908 e 1094 ss., c.c.; le servitù militari, di cui agli artt. 320 ss., d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare); le servitù per aree sciabili e contenimento valanghe, di cui al d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 40 (Attuazione dell'articolo 9 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante misura in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali); le servitù connesse alle infrastrutture di trasporto dell'energia, su cui meglio infra la nota 55. Le singole fattispecie verranno poi riprese infra, §§ 2 e 4.
7. Riconoscono il carattere speciale di tali discipline: Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 1998, n. 481; Cass. civ., sez. I, 6 marzo 1998, n. 2505; Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2000, n. 8097; e da ultima: Cass. civ., sez. II, 13 giugno 2022, n. 19037.
8. Caratterizzano il diritto di servitù, come elaborato in diritto privato, l'immediatezza, inerenza, stabilità, indivisibilità e utilità specifica (M. Comporti, *Le servitù prediali*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. VIII: *Proprietà*, tomo 2, Utet, Torino, 1968; Id., *Servitù (dir. priv.*), in *Enc. dir*., vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 274 ss.). Su questi ultimi nell'ambito delle servitù pubbliche, in particolare: C. Ferrari, *Le servitù pubbliche*, Giappichelli, Torino, 1967, spec. p. 133 ss. Sul punto anche infra la nota 25.
9. Sull'elemento soggettivo, in particolare: C. Ferrari, *Le servitù pubbliche*, cit., spec. p. 41 ss.
10. Non è questa la sede per ripercorrere la dottrina privatistica in materia. Sia pertanto consentito il breve rimando a: L. Barassi, *op. cit*.; F. Messineo, *op. cit*.; A. Burdese, *Servitù prediali*, in G. Grosso, F. Santoro-Passarelli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1960; Id., *Servitù prediali (diritto vigente)*, cit., p. 130 ss.; M. Comporti, *Le servitù prediali*, cit.; Id., *Servitù (dir. priv.)*, cit., p. 274 ss.
11. Ossia l'assolutezza, l'immediatezza e l'inerenza al bene che ne è oggetto: G. Pugliese, *Diritti reali*, in *Enc. dir*., vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 755 ss. e, con più specifico riferimento al diritto di proprietà e al suo carattere "esclusivo": P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 254 ss.; S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, spec. p. 123 ss. Trattasi peraltro di caratteri che assumono una precisa connotazione nell'ambito delle servitù, ove l'immediatezza si traduce nell'impossibilità che la servitù comporti, per il titolare del fondo servente, obblighi di fare (Cass. civ., sez. II, 27 giugno 2011, n. 14179; Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2010, n. 14622; Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 1979, n. 5402). Anche l'inerenza del diritto ad un fondo è elemento che distingue le servitù personali dalle servitù reali (Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 2022, n. 1140; Cass. civ., sez. II, 17 settembre 2021, n. 25195; Cass.

civ., sez. II, 18 marzo 2019, n. 7561; Cass. civ., sez. II, 26 febbraio 2019, n. 5603). Non è possibile in questa sede soffermarsi su un più ampio studio dei diritti reali, dovendosi piuttosto presupporre alcune nozioni, salvo quanto possa essere ripreso infra, rimandandosi per alcune considerazioni di carattere generale agli scritti già supra citati in nota 1.

12. P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, cit., p. 294 ss.
13. M. Comporti, *Servitù (dir. priv.),* cit., p. 289 ss.
14. Piuttosto che perpetua, con riferimento tanto alle servitù private (Cass. civ., sez. II, 5 novembre 2021, n. 32100; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2001, n. 883), quanto alle servitù pubbliche (Cons. St., sez. IV, 24 aprile 1964, n. 352, in *Foro amm.*, 1964, I, 449; Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 1964, n. 25, in *Foro amm.*, 1964, I, 25). In dottrina: C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 181.
15. Il punto è ben affrontato in relazione alle servitù di parcheggio, su cui prima Cass. civ., sez. II, 26 febbraio 2019, n. 5603 e poi Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925.
16. A. Angiuli, *Servitù pubbliche*, cit., par. 3. Sul punto meglio *infra*, § 2.
17. C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 273.
18. A. Angiuli, *Servitù pubbliche*, cit., par. 2.
19. Così C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche,* cit., p. 167 ss. e Id. *Le servitù pubbliche,* cit., p. 136. Per una critica: A. Angiuli, *Servitù pubbliche,* cit., par. 2; A. Pubusa, *op. cit.*, p. 1 ss.
20. G. Grosso, G. Deiana, *op. cit.*, p. 191.
21. Sul punto si tornerà *infra* (§ 3), evidenziandosi, in questa sede e ad introduzione, che, anche ove non vi sia un accesso diretto della collettività al bene pubblico e sia piuttosto individuato un "uso particolare" del gestore, quest'ultimo attua tale gestione in ragione di una utilità (seppur indiretta) per la generalità dei consociati: R. Cavallo Perin, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di liberta`e doveri di solidarietà*, in *Dir. amm*., 4, 2018, p. 859.
22. Sono risalenti gli scritti che, nell'intento di definire la proprietà pubblica come categoria, espressamente ed ampiamente affrontano il tema delle servitù prediali pubbliche (unitamente ai diritti di uso civico): O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo II: I beni demaniali del nostro diritto positivo,* cit., p. 75 ss.; S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, III ed., S.E.L., Milano, 1912, p. 535 ss.; E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, Cedam, 1989, p. 155 ss.; C. Vitta, *Diritto amministrativo, Parte generale*, vol. I: *Parte generale*, II ed., Utet, Torino, 1937, p. 212 ss.
23. A. Angiuli, *Servitù pubbliche*, cit., par. 3, non si spinge fino a tal punto, seppur sottolinei la rilevanza del «*collegamento funzionale tra il diritto "demaniale" e il bene che ne risulti avvantaggiato*» nella caratterizzazione dell'istituto, in funzione dell'esigenza del raggiungimento dell'interesse pubblico.
24. C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., pp. 167 ss. *Contra*, quella risalente dottrina tedesca che definiva le servitù pubbliche come servitù disposte in favore di una impresa pubblica: O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* III ed., vol. II, Duncker und Humblot, Munchen un Leipzig, 1924, p. 108 ss., poi ripresa sotto il previgente codice civile da S.

Romano, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 559 ss.; O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo II: I beni demaniali del nostro diritto positivo,* cit., p. 75 ss.), seppur già v'era chi ne affermava il carattere di predialità con parziale assimilazione al corrispondente di diritto privato (in particolare F. Bianchi, *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano,* vol. I: *Teoria generale,* R. Carabba Editore, Lanciano, 1888, p. 106; C. Fadda, *Servitù,* Napoli, 1913, p. 53 ss.). Si consideri che non è più negabile la natura di diritto reale a fronte di copiosa giurisprudenza che ammette l'usucapione di servitù pubblica: Cass. civ., 16 aprile 1981, n. 2306, in *Rass. giur. Enel*, 1981, 755; Cass. civ., 28 aprile 1981, n. 2579, in *Rass. giur. Enel,* 1981, 755; Cass. civ., 23 maggio 1984, n. 3248, in *Rass. giur. Enel*, 1985, 454; Cass. civ., sez. un., 26 luglio 1994, n. 6962; Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23623.

25. Seppur, come si dirà (§ 3), la distinzione tra pubblico e privato sia insita nell'uso generale od esclusivo del diritto, non vengono meno quegli altri caratteri che contribuiscono alla definizione della servitù pubblica come diritto reale minore (*supra*, già le note 8 e 11): G. Grosso, G. Deiana, *op. cit.*, p. 191. Non si nega che detti caratteri presentino alcune peculiarità nelle servitù pubbliche in ragione della loro funzionalità alla realizzazione di un interesse pubblico: così, si pensi all'applicazione fatta dalla giurisprudenza del criterio del "minor aggravio del fondo servente" (art. 1065, c.c.), su cui: Cass. civ., 15 novembre 1960, n. 3043, in *Mass. Giur. it.,* 1960, 791; Cass. civ., 28 luglio 1962, n. 2191, in *Mass. Giur. it.*, 1962, 773; Cass. civ., 16 giugno 1962, n. 1521, in *Mass. Giur. it.,* 1962, 547; Cass. civ., 12 giugno 1961, n. 1368, in *Temi napol.*, 1961, I, 421.
26. Si argomenta da C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., pp. 167 ss., che ricorda la necessità di «*richiamarsi alla situazione dei beni pubblici sui quali le due figure (diritti di uso pubblico e servitù prediali pubbliche) di compressione influiscono, in quanto da essa, essenzialmente, queste ultime traggono qualificazione*» (parentesi aggiunte).
27. Si consideri, tuttavia, che il carattere di perpetuità da tempo s'afferma non più caratteristico delle servitù genericamente considerate, a favore piuttosto di un concetto di durevolezza e stabilità: B. Biondi, *op. cit.*, p. 117; M. Comporti, *Servitù (dir. priv.),* cit., p. 295. Per la giurisprudenza, già *supra* la nota 14.
28. Cerca di evidenziarne le distinzioni C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., p. 167 ss. In ogni caso, si ricorda che, con riferimento alle servitù tanto pubbliche che private, l'utilità è intesa sia in termini di maggiore comodità sia in termini di necessità, su cui da ultime: Corte d'Appello, Palermo, sez. II, 12 novembre 2021, n. 1822; Cass. civ., sez. II, 4 settembre 2020, n. 18465; Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2019, n. 5737; Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2002, n. 14693.
29. Con minuziosa analisi delle differenze tra esse rinvenibili: in particolare, v. C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., p. 167 ss.
30. Un'analisi completa delle tesi in merito sostenute dalla dottrina si rinviene in *op. ult. cit.*, p. 168 nota 2.
31. Peraltro, certa dottrina ha escluso la sussistenza delle servitù pubbliche come categoria giuridica, ritenendo che si trattasse più in generale di limitazioni amministrative alla

proprietà: F. Ciccaglione, *Servitù*, in *Dig. it.,* vol. XXI, parte III, sez. I, Utet, Torino, 1895-1902; G.P. Chironi, *Elementi di diritto civile*, F.lli Bocca, Torino, 1914, p. 146.

32. V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico),* cit., p. 335; C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., p. 58 ss.
33. M. Comporti, *Servitù (dir. priv.),* cit., pp. 289 ss.
34. È evidente che nell'elenco dei beni demaniali di cui all'art. 822, c.c., cui la norma in commento rimanda, siano ricomprese universalità di mobili o comunque beni della cui natura immobiliare è dato dubitare: C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 57. Con differenza rispetto alle servitù di diritto privato, per le quali il "fondo" non può che costituire un bene immobile: M. Comporti, *Servitù (dir. priv.),* cit., p. 277.
35. Costituiscono servitù a favore dell'acqua come bene demaniale, le servitù di via alzaia, (art. 72, r.d. 25 luglio 1904, n. 523; art. 52, r.d. 11 luglio 1913, n. 959). Per un inquadramento specifico: A. Colasurdo, *Alzaia,* in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 116 ss. Nella presente e nelle successive note, sono distinte le servitù pubbliche in ragione del bene cui servono, seppure si possa affermare che «*è pur vero che nella elencazione legislativa i beni pubblici sono indicati per lo più singolarmente, ma a ciascuno di essi corrispondono scopi – quali la navigazione, la viabilità, la difesa militare, la cultura, etc. – la cui complessità implica esigenze di collaborazione anche se circoscritta, fra beni aventi la stessa destinazione*»: C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 67.
36. Artt. 320 ss., d.l.gs. n. 66/2010. Per un inquadramento specifico: G. Galante, *Servitù militari,* in *Dig. it.*, vol. XXI, Utet, Torino, 1895-1902, p. 259 ss. In giurisprudenza, senza pretesa d'esaustività: Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32227; Cons. St., sez. IV, 26 gennaio 2004, n. 246; Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2003, n. 7075; Cass. civ., sez. un., 8 marzo 1986, n. 1549.
37. Costituiscono servitù a favore delle strade pubbliche come bene demaniale, le servitù di scolo (art. 15, d.lgs. n. 285/1992, e artt. 908 e 1904 ss., c.c.); le servitù di attraversamento (art. 25, d.lgs. n. 285/1992). In giurisprudenza: Cass. civ., 13 marzo 2013, n. 6387; Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 2007, n. 2566 (servitù di scolo). Per un inquadramento specifico: A.M. Sandulli, *Attraversamento,* in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 279 ss.; R. Cecchetti, *Scolo delle acque (dir. vig.)*, in *Enc. dir.,* vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 753 ss.; A. Burdese, *Scoli e avanzi di acqua (servitù di),* in *Noviss. dig. it.,* vol. XVI, Utet, Torino, 1969, p. 763 ss.
38. Ad esempio, è costituita per legge la servitù di scolo (art. 15, d.lgs. n. 285/1992), mentre si costituiscono per atto amministrativo le servitù di elettrodotto, metanodotto, gasdotto e per infrastrutture lineari energetiche (*infra*, nota 55)
39. S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, Virzì, Palermo, 1898, p. 23. Più in generale si v. anche A.M. Sandulli, *Appunti in tema di inizio e cessazione della demanialità,* in *Giur. it.*, I, 1956, p. 528 ss.
40. In giurisprudenza: T.A.R. Puglia, sez. Bari, sez. III, 12 settembre 2008, n. 2088. In dottrina: F. Siciliano, *Note sull'espansione delle servitù pubbliche "improprie" di rilevanza economica, con specifico riguardo alla cd. Servitù di metanodotto: tra difetto di tipizzazione*

*dell'art. 825, secondo inciso, c.c. e insufficienza del modello espropriativo*, in *Il diritto dell'economia,* 1, 2019, p. 111 ss.

41. Che l'imposizione della servitù costituisca atto d'autorità pare evidente, tanto da indurre a riflessioni sulla possibilità che tale diritto reale minore sia costituito con sentenza, a partire da Cass. civ., sez. un.,15 ottobre 1963, n. 2768 e fino a Cass., civ., sez. II, 23 febbraio 2021, n. 4829; Cass. civ., sez. II, 23 giugno 2021, n. 18011; Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2023, n. 33910. Si sofferma sulla questione A. Angiuli, *Servitù di elettrodotto,* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. XIV, Utet, Torino, 1999, p. 48 ss.
42. Sulla tipicità dei beni appartenenti al demanio: R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo,* vol. I: *I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 473 ss.; A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir*., vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 277 ss.
43. Tra tante: Cass. civ., sez. II, 13 ottobre 1992, n. 11130; Cass. civ., sez. II, 25 gennaio 1993, n. 820; Cass. civ., sez. II, 23 giugno 2021, n. 18011, tanto da spingere taluna giurisprudenza a ritenere che tale tipicità s'estenda alle servitù "coattive" pubbliche (seppur il riferimento debba essere limitato alla possibilità di costituire tali servitù per sentenza, e non per atto amministrativo): Cass. civ., sez. un., 16 gennaio 1986, n. 207 (riguardante una servitù di telefonia); Cass. civ., sez. II, 6 giugno 2016, n. 11563 (riguardante un gasdotto). Sul punto anche la Corte Costituzionale (sulla legittimità dell'art. 1033, c.c. nella parte in cui limita la costituzione di servitù coattiva al solo acquedotto e non anche al metanodotto), 17 luglio 2002, ord. n. 357. Dubita, tuttavia, della tipicità delle servitù coattive: F. Milani, *Distinzione delle servitù prediali,* Giuffrè, Milano, 1948, pp. 123 ss.
44. Sono ammesse servitù atipiche, purché il riferimento sia alle servitù volontarie: D. Barbero, *Tipicità, predialità ed indivisibilità nel problema della identificazione della servitù,* in *Foro Pad.,* I, 1957, p. 1042; B. Biondi, *op. cit.*, p. 70 ss.; M. Comporti, *Servitù (dir. priv.),* cit., p. 276 (quest'ultimo tuttavia nega il carattere eccezionale delle ipotesi di servitù coattive). La giurisprudenza sulle servitù volontarie atipiche è copiosa, a partire da Cass. civ., 30 luglio 1953, n. 2622, in *Rep. Giur. it.,* 1953, fino a Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2022, n. 6357.
45. M. Comporti, *Servitù (dir. priv.),* cit., p. 297.
46. L'atipicità non può spingersi a negare la natura reale del diritto, ponendo l'utilità a vantaggio di una azienda (servitù industriali) o delle esigenze del titolare del bene (servitù personali). Sulla natura prediale della servitù, già *supra* nota 10.
47. Già *supra* alla nota 40.
48. Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3723 che peraltro richiama l'art. 834, co. 2, c.c., che contempla espressamente la possibilità di regimi espropriativi speciali e ricorda che il potere amministrativo è «*direttamente correlato al perseguimento dell'interesse pubblico cui è preordinato un determinato servizio di interesse generale, potere di certo da esercitare secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza sindacabili in sede giurisdizionale, ma necessariamente strutturato in modo da consentire la scelta discrezionale delle modalità concrete di esercizio della servitù*».
49. La giurisprudenza riconosce una distinzione tra servitù volontaria e servitù coattiva (ossia

quella che può costituirsi con atto d'autorità): Cass. civ., 23 luglio 1983, n. 5077, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2776; Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2007, n. 9325; Trib. Brescia, 9 settembre 2019, n. 2452,.

50. V. art. 2, d.p.r. n. 327/ 2001. Sull'espropriazione in generale (ed in particolare sui poteri ablatori correlati alla costituzione di un diritto reale minore), *supra* nota 5.
51. C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 41 ss., ricorda, peraltro, che tutte le servitù pubbliche costituirebbero servitù coattive, poiché la loro costituzione non richiede il consenso del proprietario in presenza di discipline speciali o generali che attribuiscono alla pubblica amministrazione il potere di incidere unilateralmente sulla posizione giuridica del proprietario del fondo servente.
52. Si pensi alla c.d. servitù di allagamento, che si pone ad utilità (atipica) di un bene demaniale: Cass. civ., sez. un., 3 agosto 2017, n. 19402 (benché al suo interno si legga di "tipicità selle servitù"). Più recentemente, sul relativo contenuto: Cass. civ., sez. un. 11 gennaio 2019, n. 542.
53. S'è peraltro dubitato della possibilità che il provvedimento di espropriazione potesse "limitarsi" ad espropriare soltanto un diritto reale minore, non trattandosi di vero e proprio "trasferimento coattivo" rimanendo il diritto di proprietà in capo all'originario titolare. Si soffermano sul punto: M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-63*, Bulzoni, Roma, 1963, p. 175; G. Grosso, G. Deiana, *op. cit*., p. 605. Gli A. citati argomentano anche in relazione alla previgente disciplina: art. 1, l. 25 giugno 1865, n. 2359 (Sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica).
54. C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 66, sebbene rilevi che spesso il fine che si suole ricollegare ad un singolo bene pubblico è in realtà da ricollegare ad un complesso – quasi sempre eterogeneo – di beni, accumunati sotto il profilo della funzionalità.
55. È il caso della servitù d'elettrodotto, di cui agli artt. 119 ss., r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici) e alla l. 28 giugno 1986, n. 339 (Nuove norme per la disciplina della costruzione e dell'esercizio di linee elettriche esterne), oltre che di gasdotto e metanodotto, di cui all'art. 3, l. 28 luglio 2016, n. 154 (Deleghe al Governo e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale) e più in generale delle servitù legate alle infrastrutture lineari energetiche (artt. 52-*bis* e ss., d.p.r. n. 327/2001). Per un inquadramento: G. Calandra, *Elettrodotto (dir. amm.*), in *Enc. dir.,* vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 596 ss.; I. Saverio, *Metano,* in *Enc. dir.,* vol. XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 172 ss.; G. Deiana, *Elettrodotto (servitù di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 595 ss.; A. Angiuli, *Servitù di elettrodotto,* cit., p. 48 ss.; G. Paternò, *La servitù di elettrodotto,* Giuffrè, Milano, 2000. È altresì il caso delle servitù telefoniche, di cui agli artt. 181 ss., r.d. 27 febbraio 1936, n. 645 (Approvazione del Codice postale e delle telecomunicazioni) e all'art. 90, co. 1, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), oltre che più in generale delle servitù c.d. di appoggio per sostegni quali impianti aerei elettrici, telefonici, per

l'illuminazione pubblica, o di tabelle toponomastiche o altro. Per un inquadramento: A.M. Sandulli, *Appoggio (dir. amm.),* in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 807 ss.; P. Sullo, *Le servitù telefoniche,* in *Nuova rassegna leg. dottr. giur.*, 1980, p. 1158 ss. È infine il caso delle servitù di funivia, di cui alla l. 13 giugno 1907, n. 403 (Impianto di vie funicolari aeree) e al d.p.r. 28 giugno 1955, n. 771 (Decentramento dei servizi del Ministero dei trasporti, Ispettorato generale della motorizzazione civile e dei trasporti in concessione), su cui per tutti: M. Colacito, *Funivia (servitù di)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 268 ss.; A. Matteucci, *In tema di servitù coattiva di funicolare aerea: autorizzazione prefettizia e costituzione della servitù,* in *Foro it.,* I, 1955, 1518.

56. Per la qualificazione del bene patrimoniale indisponibile: Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2024, n. 100; Cons. St., sez. V, 8 luglio 2019, n. 4784; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2019, n. 596; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2017, n. 2034; Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2012, n. 9460; Cass. civ., sez. un. 27 febbraio 2006, n. 4269; T.A.R. Milano, sez. III, 24 ottobre 2005, n. 3893. Il riferimento è a quelle servitù pubbliche costituite per atto d'autorità a seguito di autorizzazione di impianti ed opere di pubblica utilità, di cui alla precedente nota 55. S'è peraltro discusso se l'efficacia ablatoria del diritto di servitù, ove costituito con atto d'autorità, fosse da ricondurre all'atto di autorizzazione della costruzione degli impianti oppure ad atto *ad hoc*: il punto è ben argomentato in M. Colacito, *op. cit.*, p. 268 ss. Per la giurisprudenza, da ultime: Corte app., Catanzaro, sez. II, 18 gennaio 2024, n. 69, in *DeJure*; Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2023, n. 33910; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. III, 7 ottobre 2022, n. 12776; Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 2021, n. 4839.
57. Da ultime: Cons. St., sez. IV, 1° giugno 2023, n. 5424; Cass. civ., sez. I, 12 gennaio 2023, ord. n. 701; Cass. civ., sez. I, 19 aprile 2022, ord. n. 12487. Peraltro, sulle servitù telefoniche non vi è concordia circa la natura di servitù prediale o diritto reale di uso, come da ultimo evidenziato in Cass. civ., 12 gennaio 2022, ord. n. 788.
58. Cass. civ., sez. un., 9 aprile 2024, n. 9448 (sulla costruzione di un impianto eolico); Cass. civ., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 3891 (servitù di passo carrabile).
59. A. Angiuli, *Servitù pubbliche*, cit., par. 3.
60. Così V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico)*, cit., p. 332 ss., proprio in ragione di un nesso di strumentalità.
61. A differenza dell'art. 826, c.c., l'art. 830 c.c. non individua "cose" che, se appartenenti ad enti pubblici, seguono il regime dei beni patrimoniali indisponibili, facendo piuttosto riferimento a "beni", ed utilizzando, pertanto, un termine avente plurimi significati in ragione del contesto. Così, spesso il riferimento è a diritti suscettibili di negoziazione: si pensi, ad esempio, all'art. 320, c.c., che, nel riconoscere il potere dei genitori di amministrazione dei beni del figlio, intende chiaramente riferirsi ai diritti patrimoniali negoziabili sussistenti nel suo patrimonio. Sul punto: S. Pugliatti, *Beni (teoria generale),* in *Enc. dir.*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 164 ss.
62. *Rectius,* agli enti territoriali, atteso che l'art. 11, comma 2, l. 16 maggio 1970, n. 281 (Provvedimenti finanziari per l'attuazione delle Regioni a statuto ordinario), estende tale disposizione anche alle Regioni.

63. V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico)*, cit., pp. 332-333. Pertanto, la collocazione dell'art. 825, c.c., deve ritenersi infelice, essendo ammessi anche diritti reali minori posti in favore di un bene patrimoniale indisponibile, alla cui disciplina sono attratti per le ragioni ora esposte: C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., p. 176; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi,* cit., p. 205; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo,* XIV ed., Jovene, Napoli, 1984, p. 790.
64. *Supra* § 2, richiamandosi in questa sede per tutti A. Angiuli, *Servitù pubbliche*, cit., par. 3 e V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico)*, cit., pp. 332-333.
65. C. Vitta, *Distinzione della proprietà pubblica dalla privata nel progetto di codice civile*, Tivoli, Mantero, 1938; S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., p. 145 ss.; M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni*, cit., p. 1.
66. A.M. Sandulli, *Beni pubblici (voce)*, cit., p. 277 ss.
67. C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., p. 171.
68. S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit., p. 6.
69. Sul punto in particolare: V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario,* in *Dir. amm.,* 2, 2007, p. 165 ss. Si pensi, senza pretesa di esaustività, alla disciplina: dei beni culturali, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio); delle cave e torbiere, di cui all'art. 45, d.lgs. 29 luglio 1927, n. 1443 (Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere del Regno); degli atti e archivi notarili, di cui all'art. 9, l. 22 dicembre 1939, n. 2006 (Nuovo ordinamento degli Archivi del Regno), benché abrogato. Le considerazioni possono essere estese a questioni inerenti alla cartolarizzazione e privatizzazione dei beni pubblici, su cui per tutti: M. Renna, *Il problema della destinazione pubblica dei beni "privati"*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 220 ss.; F. Francario. *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici* (p. 191 ss.) e G. Napolitano, *La patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici* (p. 251 ss.), e M. Renna, *I beni "pubblici" degli enti "privatizzati"* (p. 295 ss.), tutti in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego,* Annuario 2003 dell'Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2004; A. Rota, *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 76 ss.
70. Nessuna nota a piè pagina potrebbe essere esaustiva per un inquadramento della proprietà privata, limitandosi in questa sede ad un richiamo della sua definizione nel contesto costituzionale: S. Rodotà, *Art. 42,* in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Zanichelli, Bologna, 1982, p. 69 ss.; U. Coli, *La proprietà e l'iniziativa privata,* in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico della Costituzione*, vol. I, G. Barbera Editore, Firenze, 1950, p. 341 ss.; M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata,* in *Pol. dir.,* 1971, p. 443 ss.; A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà*

*privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, ora in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi,* Padova, Cedam, 1975, p. 27 ss.; F. Santoro Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. dir. pubbl.,* 1972, p. 960 ss.; Id., *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, Cedam, 1976; P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.),* cit., p. 273 ss.; F. Macario, *Art. 42*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 864 ss.

71. Come già ricordato *supra* in nota 11, i caratteri del diritto di proprietà privata sono, per consolidata dottrina, la realità del diritto (in termini di inerenza al bene che ne è oggetto), l'assolutezza (intesa quale possibilità di far valere il diritto verso qualsiasi soggetto terzo), l'esclusività (su cui si tornerà), l'immediatezza (come non necessità di collaborazione dei terzi per l'esercizio del diritto e l'utilizzo del bene che ne è oggetto). Sul punto, per tutti: P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.),* cit., p. 273 ss.
72. Non si utilizza l'espressione "diritto", ritenendosi preferibile la più neutra formulazione di cui nel testo, in quanto non si può negare che la proprietà si compone altresì di un fascio di posizioni giuridiche passive (oneri ed obbligazioni reali, doveri) che contribuiscono alla definizione della stessa, divenendo così riduttiva la definizione in termini di "diritto soggettivo", quale termine che invoca in primo luogo situazioni giuridiche attive. L'affermazione si rinviene in F. Longobucco, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà "obbliga",* in *Riv. giur. ed.,* 5, 2016, p. 527 ss., e l'analisi è già in parte stata condotta in precedente lavoro: C. Castaldo, *Liberta`individuali e open data. Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 1-78.
73. Un'analisi, che tiene conto anche del rapporto con l'interesse pubblico e la proprietà pubblica si ha, per il diritto privato, per tutti, in S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., p. 107 ss., e per il diritto pubblico, per tutti, in A.M. Sandulli, *Beni Pubblici (voce)*, cit., p. 277 ss.
74. Il riferimento è evidentemente al limite – fisico, ma anche giuridico – che separa l'una proprietà dall'altra, distinguendo ciò che è "mio" da ciò che è "tuo": S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., p. 1-50.
75. R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 839 ss.
76. Si pensi alla peculiare disciplina dei beni culturali, in punto di conservazione (artt. 10 ss., d.lgs. n. 42 del 2004, cit.), che peraltro solo in tempi risalenti è stata ritenuta una forma di limitazione amministrativa alla proprietà privata (su cui *infra,* § 4): G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV: *I mezzi dell'azione amministrativa,* Giuffrè, Milano, 1955, p. 210 ss. Diverso è il caso della fruizione dei beni culturali, per la quale può invece discorrersi – seppur entro certi limiti – di "uso generale": il rimando è in primo luogo a M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1976, p. 36 ss., e la questione è affrontata in precedente scritto: C. Castaldo, *La fruizione come elemento di definizione del regime giuridico del bene culturale,* in *Dir. amm.*, 4, 2022, p. 1145 ss.
77. Sull'espropriazione, già *supra* nota 5.
78. M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni*, cit., p. 7. Sulla proprietà pubblica,

oltre agli autori citati *infra*: G. Zanobini, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, Torino, Bocca, 1923; A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, cit., p. 277 ss.; E. Cortese, *Demanio*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 70 ss.; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit.; G. Palma, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, Utet, 1983; V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, in *Dig, disc. pubbl.*, vol. II, Torino, Utet, 1987, p. 273 ss.; E. Guicciardi, *Il demanio*, cit.; M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale,* vol. II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1265 ss.; A. Police, *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008; G. Colombini, *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

79. E. Guicciardi, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM*, Cedam, Padova, 1953, p. 425 ss., ad eccezione dell'esclusività, come ora si argomenta. Ed infatti, può ritenersi che carattere indefettibile e necessario perché un diritto possa dirsi reale è, prima ancora dell'esclusività, la «*relazione diretta e immediata tra il soggetto del diritto ed il bene*»: F. Santoro-Passarelli, *Diritti assoluti e relativi,* in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 752. Sull'assolutezza del diritto reale in relazione alla proprietà pubblica, *infra* nota 83.
80. Per tratti, da ultimo: R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 839 ss. V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario,* cit., p. 165 ss.; S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit., p. 6.
81. A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, cit., p. 277 ss.
82. Come emerge sin da C. Vitta, *Distinzione della proprietà pubblica dalla privata nel progetto di codice civile*, cit.
83. E. Castorina, G. Chiara, *Beni pubblici*, cit., p. 20 ss., si esprimono in termini di "unirealità", ritenendo che manchi un soggetto passivo del rapporto, dal momento che la generalità dei consociati non è tenuta ad un'astensione da qualsiasi ingerenza ma gode, direttamente o indirettamente, dei beni. In tal senso, l'esclusività del diritto sfuma forse nella sua stessa assolutezza, in termini di dovere di astensione (più che di opponibilità *erga omnes*), quest'ultimo caratterizzando la proprietà privata secondo impostazione tradizionale (P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.),* cit., p. 254 ss.), ma già da tempo posta in dubbio (in particolare: S. Romano, *Diritti assoluti,* in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 57 ss., ma anche M. Giorgianni, *Diritti reali (diritto civile),* in *Noviss. dig. it.,* vol. V, Utet, Torino, 1960, p. 750 e per uno sguardo più generale F. Santoro-Passarelli, *Diritti assoluti e relativi,* in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 748 ss.), ove si consideri che l'assolutezza per definizione escluderebbe l'individuazione di un soggetto passivo, con distinzione dai diritti personali di godimento e dai diritti di credito. In tale contesto, la natura dell'uso generale sui beni in proprietà pubblica è piuttosto posta nel rapporto con la pubblica amministrazione e non nei rapporti tra generalità di "utenti", come si rinviene sin da: S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit.

84. V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario,* cit., p. 165 ss.; Id., *Beni pubblici (uso dei),* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, Utet, 1987 p. 303 ss. Si esprime in termini di "signoria per conto altrui": C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., p. 171.
85. Visibile anche nella separazione della disciplina nel codice civile in due diversi capi del medesimo Titolo I del Libro III del codice civile. Se tale scelta legislativa (opposta rispetto al precedente codice civile) sia scelta occasionale o rilevi un mutamento di tipo sostanziale: C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., p. 171.
86. La distinzione è stata talora negata: F. Rovelli, *I beni demaniali*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1937, p. 3; E. Guicciardi, *La proprietà pubblica nella riforma del Codice civile*, in *Arch. giur.*, 1938, p. 383 ss., Con seguito di critiche: F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova. 1959, p. 186 ss.
87. Nei termini di cui nel testo: O. Ranelletti, *Concetto natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria,* cit., p. 129 ss.
88. Seppur con le peculiarità già ricordate: *supra* § 1 e in particolare nota 25.
89. S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit., come citato da G. Zanobini, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità,* cit., che ne è critico, seppur il primo A. si riferisse esclusivamente al demanio. Più in generale, anche: P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947.
90. V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, cit., p. 273 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici (uso dei),* cit., p. 303 ss.
91. C. Vitta, *Distinzione della proprietà pubblica dalla privata nel progetto di codice civile*, cit.
92. Ricorda M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni*, cit., p. 54 che spetta «*all'ente territoriale la proprietà individuale del bene e ai componenti la collettività un diritto reale parziario di uso o di utilizzazione sul bene altrui*». L'uso pubblico non è negato, seppure in via indiretta, nel caso di beni patrimoniali indisponibili, dei quali vi è asservimento alla realizzazione di una funzione cui è preposta l'amministrazione: G. Zanobini, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità,* cit., e più di recente V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario,* cit., p. 165 ss.
93. V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario,* cit., p. 165 ss. Si dà in un certo qual senso per presupposta la nozione di "uso pubblico", seppur che «*cosa debba intendersi per "uso pubblico" è, com'è noto, vivamente disputato: se esso debba essere diretto o indiretto, se e fino a qual punto debba distinguersi dal servizio pubblico, se sia necessaria la possibile occupazione materiale della cosa o basti qualche altra specie di godimento, sono altrettante vexatae quaestiones*»: S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit., p. 9.
94. Diversamente conclude G. Zanobini, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità,* cit., p. 80, ove afferma che è cosa pubblica quella che è oggetto immediato di pubblica amministrazione. Ove, infatti, la categoria delle cose pubbliche si

distingua in ragione della sussistenza di un diritto reale dell'amministrazione su beni che soddisfano in sé una funzione amministrativa, in essa potrebbe essere agevolmente ricondotto il demanio militare. Viste le peculiarità del demanio militare, si esclude in parallelo dalla presente analisi la disciplina delle servitù militari.

95. Non rileva per la definizione dell'uso diretto la necessità o meno che sia richiesto il pagamento di una somma di denaro per l'accesso (ad esempio, il pedaggio autostradale o il biglietto museale): A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, cit., p. 277 ss.
96. V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario,* cit., p. 165 ss. In termini simili anche C. Vitta, *Distinzione della proprietà pubblica dalla privata nel progetto di codice civile*, cit. Critico è G. Zanobini, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, cit., p. 77 ss. che ricorda che l'uso pubblico manca nel caso del demanio militare o sussiste in caso di biblioteche e musei anche se non inquadrati nell'ambito dei beni pubblici. G. Palma, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, tomo 7, *Proprietà*, vol. I, II ed., Utet, Torino, 2005, p. 217, rinviene una diversa distinzione, assoggettando il demanio a diversa disciplina in ragione delle specifiche e proprie caratteristiche del bene, piuttosto che in ragione di un atto di destinazione della pubblica amministrazione.
97. A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, cit., p. 277 ss., che pone i seguenti esempi: l'accesso a strade, spiagge e musei, come uso diretto della comunità; l'utilizzo dei canali di bonifica, come uso indiretto della pubblica amministrazione; gli alloggi di edilizia popolare e qualsiasi altra forma di concessione di beni pubblici, come uso da parte di soggetti diversi dall'amministrazione.
98. R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 839 ss.
99. Rileva C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., pp. 172-173 che «*l'*jus excludendi alios [...] *è una potestà che l'ente pubblico esplica non tanto in quanto titolare del bene, bensì piuttosto in quanto ente che rappresenta e provvede agli interessi della collettività, ossia quale tutore del pubblico interesse. Lo* jus exlcudendi alios *è cioè una potestà che non partecipa alla configurazione della proprietà pubblica, se non in un senso del tutto particolare*».
100. Come sarebbe per i diritti di uso pubblico: C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche,* cit., p. 167 ss., che estende l'analisi in Id., *Uso pubblico (diritto di),* cit., p. 270 ss.
101. R. Resta, *Beni pubblici,* in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro III: Della proprietà. Art. 810-956*, III ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1962, p. 104 che richiama G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV: *I mezzi dell'azione amministrativa*, cit., p. 14: «*si identificano per la presenza di un positivo godimento del fondo servente da parte del soggetto attivo della servitù (di solito tale godimento consiste nell'uso pubblico), di una attività amministrativa concernente il bene e di una attività di polizia per la difesa dell'integrità materiale del fondo servente e per la disciplina del godimento*».
102. Su tale rapporto di necessità: R. Resta, *op. cit.*, p. 73. L'affermazione potrebbe condurre a ritenere preferibili quelle tesi secondo cui, venendo meno l'utilità generale cui è asservita la

servitù, quest'ultima debba venire meno (a differenza di quanto ordinariamente affermato per le servitù private), previo provvedimento dell'amministrazione titolare e senza essere acquisita al patrimonio disponibile dell'ente: C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche*, cit., pp. 186-186 e conforme A. Angiuli, *Servitù pubbliche,* cit., par. 7. *Contra,* v'è chi ritiene che venuta meno l'utilità che è causa costitutiva della servitù, questa non si estinguerebbe, restando il diritto reale nella sfera patrimoniale dell'ente, salvi i casi in cui è espressamente prevista l'estinzione della servitù (art. 123, r.d. n. 1775/1933) o in cui è previsto un termine di durata (art. 41, l. n. 403/1907): V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico)*, cit., p. 342. Si ricorda che l'utilità viene meno non soltanto una volta venuta meno l'esigenza di asservimento al bene demaniale, quanto anche una volta cessata la demanialità del fondo dominante.

103. Concetto ben espresso da O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo II: I beni demaniali del nostro diritto positivo,* cit., p. 109, che – seppure concepisca le servitù pubbliche come diritti né personali né reali, ma funzionali ad una impresa pubblica – ricorda che i titolari della servitù pubblica «*non sono senz'altro autorizzat(i) a fare delle servitù ogni uso, che si possa di queste fare nei limiti del loro diritto, come può fare il titolare di una servitù personale nel diritto civile, ma sono autorizzat(i) solamente a valersene per una determinata pubblica impresa e in quanto questa ha bisogno della servitù*».
104. R. Resta, *op. cit*., p. 66. La questione è peraltro, ancora una volta, legata al carattere assoluto del diritto reale, su cui già *supra* le note 11 e 83.
105. A. Angiuli, *Servitù pubbliche,* cit., par. 3. Da ultimo, sebbene con riferimento piuttosto a "diritti di uso pubblico": Cons. Stato, sez. II, 12 maggio 2020, n. 2999.
106. Così ai fini che qui interessano, seppure la nozione di "opera pubblica" possa e debba essere in certo qual senso più ampia, ricomprendendo qualsiasi costruzione idonea a conseguire fini di interesse pubblico: M.A. Carnevale Venchi, *Opere pubbliche (ordinamento amministrativo),* in *Enc. dir.,* vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 332 ss. In giurisprudenza: Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 1998, n. 1389; Cons. St., ad. plen., 25 gennaio 2000, n. 9. In particolare, si evidenzia che si esprimono in termini di "opere private di pubblica utilità", con riferimento agli impianti di telefonia mobile: Cons. St., sez. III, 4 gennaio 2012, n. 11; Cons. St., sez. VI, 26 agosto 2003, n. 4847.
107. La fruizione consentita dalla servitù prediale pubblica è sempre una fruizione indiretta, in quanto l'utilità di tale diritto reale minore è diretta alla soddisfazione dell'interesse o diritto cui è "funzionale" il fondo dominante (sia esso demaniale o patrimoniale indisponibile): G. Grosso, G. Deiana, *op. cit.*, p. 190. Si avrebbe fruizione diretta del diritto reale minore soltanto in presenza di servitù di uso pubblico in senso proprio: Cass. civ., sez. II, 9 maggio 1987, n. 4284; Cass. civ., 21 maggio 2001, n. 6924; Cons. St., sez. II, 12 maggio 2020, n. 2999. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., p. 793.
108. R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 839 ss.
109. Quasi a indurre a ritenere che il fondamento delle pretese dei terzi alla fruizione del bene finale – si pensi agli individui che fruiscono dell'energia, dell'acqua, dell'illuminazione, ed

altre, distribuite per il tramite di una rete che beneficia di diritti di servitù pubblica per la relativa erogazione – si radichi non tanto in un diritto a natura obbligatoria (discendente dalla prestazione di servizio pubblico corrispondente) quanto in un diritto che condivide i medesimi caratteri del diritto di proprietà pubblica e per il quale si può adire alle relative azioni a tutela. Sulla rilevanza del titolo: S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit., p. 25 ss. Sulla tutela della proprietà pubblica, che spetta all'ente titolare del diritto: Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2024, n. 28897; Cons. St., sez. VII, 5 febbraio 2024, n. 1132; Cons. St., sez. VII, 5 gennaio 2024, n. 221; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2023, n. 2926; Cass. civ., sez. II, 23 gennaio 2023, n. 1986; Cons. st., sez. VI, 8 marzo 2022, n. 1656; Cass. civ., sez. un. 28 dicembre 2018, n. 33657. Si consideri, tuttavia, che è negata la legittimazione passiva (Cass. civ., sez. II, 25 marzo 1980, n. 1991; Cass. civ., sez. II, 19 maggio 2006, n. 11784; Cass. civ., sez. II, 25 gennaio 2018, n. 1882; Cass. civ., sez. II, 11 settembre 2018, n. 22050) ed attiva (Cass. civ., sez. II, 23 giugno 2021, n. 18011) del soggetto utente dell'utilità finale cui la servitù è strumentale, a differenza di quanto s'afferma per le servitù di uso pubblico: Cass. civ., sez. II, 13 giugno 2019, n. 15931; Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 333.

110. Il pensiero espresso è rinvenibile, seppur non nei medesimi termini, in A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., p. 792. L'affermazione pare confermata da quella giurisprudenza che ritiene illegittimo l'esercizio di un'attività *uti singulus* su un bene privato gravato da servitù pubblica: Cons. St., sez. II, 12 maggio 2020, n. 2999. Potrebbe tuttavia argomentarsi che, il caso di specie, riguardi piuttosto "diritti di uso pubblico".
111. In simili termini, seppur non con specifico riferimento alle servitù prediali pubbliche, V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi,* in *Politica del diritto,* 1, 2014.
112. S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit., p. 25 ss., ricorda che «*l'atto con cui la pubblica amministrazione dichiara la demanialità necessaria di un bene può aver l'effetto di un riconoscimento di diritto altrui*», producendo diritti soggettivi a favore dei cittadini e con precisazione che «*i diritti generali nel senso più ampio, appartenenti cioè a tutti i cittadini, senza limitazione alcuna, sono, secondo noi, veri diritti subbiettivi, ma che non si possono qualificare né per civici né per patrimoniali*».
113. Con specifico riferimento alle servitù pubbliche: C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 273.
114. S. Pugliatti, *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, in *Enc. dir*., vol. IX, Milano, Giuffrè, 1962, p. 19 ss.
115. L'analisi è comune a molti scritti inerenti alle servitù, sia pubbliche che private, richiamandosi in questa sede: C. Vitta, *Diritto amministrativo*, cit., p. 260; D. Donati, *Principi generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Cedam, Padova, 1927, p. 162; F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. II, Utet, Torino, 1934, p. 36 ss.; S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., pp. 15 ss. In generale sulle limitazioni amministrative, oltre agli A. *infra* citati: G. Vignocchi, *Limitazioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 705 ss.; G.

Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV: *I mezzi dell'azione amministrativa*, cit., p. 210 ss.; S. Romano, *Doveri, obblighi,* in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 91-110; E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo generale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1920, p. 243 ss.; G. Fragola, *Teoria delle limitazioni amministrative al diritto di proprietà con speciale riferimento ai Regolamenti Comunali*, Società editrice libraria, Milano, 1910.

116. G. Vignocchi, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1953, p. 57. S'esprime in termini di «*modi relazionali di conformazione fisica del bene stabiliti da norme imperative*» M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni,* cit., p. 178.
117. Può rinvenirsi un "rapporto tra fondi" anche in caso di limitazioni alla proprietà (per un elenco *infra*, nota 120), dovendosi peraltro ricordare che questo non è unico elemento di definizione del diritto di servitù (su cui *supra*, § 1).
118. C. Girola, *op. cit.*, p. 55 ss.
119. V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico)*, cit., p. 336.
120. Si richiamano in particolare i vincoli di distanza imposti dagli artt. 67-70, r.d. n. 1447/1912 (relativo alle strade ferrate); art. 21, l. n. 1089/1939 (sulle cose di interesse culturale); art. 879, co. 1, c.c. (che impedisce la costruzione in aderenza all'edificio demaniale); le plurime ipotesi di fasce di rispetto, tra cui ad esempio, cimiteriale, di cui al r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie); delle condutture, di cui alla deliberazione del Comitato dei ministri per la tutela dell'acque dall'inquinamento del 4 febbraio 1977 portante criteri, metodologie e norme tecniche generali di cui all'art. 2, lettere b), d) ed e), della legge 10 maggio 1976, n. 319, recante norme per la tutela delle acque dall'inquinamento.
121. G. Grosso, G. Deiana, *op. cit.*, pp. 37-41.
122. C. Girola, *op. cit.*, p. 50. In particolare, C. Ferrari, *Servitù prediali pubbliche,* cit., p. 170, ritiene si tratti di limitazioni amministrative e non servitù pubbliche in quanto non negano l'autosufficienza del bene alla realizzazione della sua utilità.
123. L'indennizzo è assunto quale punto di discrimine in taluna giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 29 maggio 1968, nn. 55 e 56; Corte Cost., 15 luglio 1969, n. 136; Corte Cost., 11 marzo 1971, n. 94; Corte cost. 26 aprile 1971, n. 79; Corte Cost. 20 febbraio 1973, n. 9; Corte Cost., 4 luglio 1974, n. 202.
124. Si tratterebbe piuttosto di categoria giuridica autonoma: G. Vignocchi, *Limitazioni amministrative*, cit., pp. 705-707.
125. Se per taluni l'affermazione vale ad escludere che le limitazioni abbiano ad oggetto prestazioni di *fare* (S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., p. 107 ss.), per altri (E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo generale*, cit., p. 243 ss.) ciò non ha da ritenersi vero. La possibilità che le limitazioni abbiano ad oggetto prestazioni di *fare* ha peraltro costituito talvolta elemento per argomentare un discrimine tra queste e le servitù: C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 17 ss.
126. A. Angiuli, *Servitù pubbliche,* cit., par. 2. Recentemente, sulla limitazione e conformazione

del diritto di proprietà: G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di "conformazione",* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 599 ss.

127. Ed infatti, sono considerate servitù le deroghe volontarie alle distanze legali: G. Grosso, *Servitù e limitazioni di proprietà,* in *Giur. it.,* I, 1946, 471, ora in *Scritti storico-giuridici*, vol. II: *Diritto privato. Cose e diritti reali*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 446 ss., ma più recentemente A. Ciatti Càimi, *Problemi in materia di deroghe alle distanze legali (riflessioni sull'orientamento attuale della giurisprudenza)*, Studio n. 128-2021/C del Consiglio Nazionale del Notariato.
128. A. Angiuli, *Servitù pubbliche,* cit., par. 3.
129. Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2020, n. 22591, sul diritto di proprietà piena, ma con riferimento specifico al diritto di servitù da ultime: Cass. civ., sez. II, 8 novembre 2022, n. 32858; Cass. civ., sez. II, 17 novembre 2014, n. 2440.
130. La legge per le limitazioni legali alla proprietà e l'atto amministrativo o il contratto o la sentenza in caso di servitù: P. Virga, *op. cit.*, p. 135 ss.
131. Si pensi all'obbligo di indennizzo, che sussiste in linea generale ai sensi dell'art. 44, d.p.r. n. 327/2001, e la sua assenza è riconosciuta quale elemento di incostituzionalità di specifiche ipotesi di servitù pubbliche coattive (Corte Cost., 20 gennaio 1966, n. 6), a distinzione rispetto alle fattispecie *sopra* ricordate in nota 120 di meri vincoli alla proprietà privata. Ancora, V. Cerulli Irelli, *Servitù (diritto pubblico),* cit., p. 332 ss., afferma l'impossibilità di estinzione automatica delle sole servitù (e non anche delle limitazioni amministrative alla proprietà) in ragione di una riconosciuta perpetuità di tale diritto reale minore, seppure sul punto già *supra* (§ 2) ed in particolare nota 14.
132. E. Guicciardi, *Il demanio*, cit., p. 16. Critici sul punto G. Grosso, G. Deiana, *op. cit.*, p. 199.
133. A. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930, p. 181. O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo II: I beni demaniali del nostro diritto positivo,* cit., p. 111 ricorda che le limitazioni amministrative non comprimono la proprietà ma la definiscono in quanto «*lo stato, il modo di essere naturale della proprietà è quello limitato*», partendo dunque da un assunto distinto da quello più "tradizionale" che vi vede un diritto assoluto e potenzialmente espandibile senza limite.
134. G. Deiana, *op. cit.*, pp. 582-583.
135. Con conseguenze, come s'è già visto, non irrilevanti in tema di disciplina, soprattutto ove ci si trovasse di fronte a casi di dubbio inquadramento: tali sono state ritenute le servitù militari (G. Galante, *op. cit.*, p. 259 ss.). Sulle differenze di disciplina tra limitazioni amministrative e servitù pubbliche, in particolare: G. Vignocchi, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto pubblico*, cit.; C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 17 ss.
136. C. Girola, *op. cit.*, p. 65; Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6. Sulla natura immobiliare del fondo servente e dominante, già *supra* nota 34.
137. R. Resta, *op. cit.*, p. 119.
138. G. Vignocchi, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto*

*pubblico*, cit., p. 60.

139. G. Deiana, *op. cit.*, pp. 582-583. C. Ferrari, *Le servitù pubbliche,* cit., p. 17 ss. fa riferimento piuttosto ad un criterio di autosufficienza del bene, che sussiste in caso di limitazioni amministrative e manca in caso di servitù prediali pubbliche.
140. O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo II: I beni demaniali del nostro diritto positivo,* cit., p. 112 sottolinea all'uopo che qualsiasi azione a tutela delle limitazioni amministrative tra privati è azione negatoria e non confessoria. Si pensi alla disciplina delle immissioni intollerabili, ove l'art. 844, c.c., fonda una azione tra privati, ulteriore rispetto ai poteri esercitabili dalla pubblica amministrazione per il rispetto delle soglie prescritte: l'esempio si ritrova in G. Vignocchi, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto pubblico*, cit., pp. 63-65, che però sottolinea la natura privatistica di tali limitazioni. Ritengono che si tratti di azione negatoria di un diritto reale: Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4848; Cass., sez. II, 9 maggio 1997, n. 4086; Cass., sez. II, 24 gennaio 1985, n. 318, seppur sussista giurisprudenza che ammette la sua esperibilità direttamente nei confronti dell'autore materiale delle immissioni e non esclusivamente nei confronti del proprietario del bene immobile: Cass., sez. III, 29 aprile 2005, n. 8999. Resterebbe ferma la possibilità di un risarcimento danni, in presenza dei relativi presupposti (art. 2043, c.c.): G. Vignocchi, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto pubblico*, cit., pp. 63-65.
141. R. Resta, *op. cit.*, p. 66.
142. Si argomenta da: S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, cit., p. 25 ss.

# Public Administration and Agromafia: Administrative Law Profiles between Coordination, Prevention, and Control in the Agri-food Sector

*Alessia Depietri, Nicola Granato, Monica Cocconi*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-67

*Il fenomeno delle agromafie, ovvero l'infiltrazione delle organizzazioni mafiose nella filiera agroalimentare, rappresenta una delle sfide più insidiose per la legalità economica e la tutela dell'ambiente. In questo contesto, il diritto amministrativo emerge come un presidio fondamentale non solo nella repressione, ma soprattutto nella prevenzione dell'illegalità. L'analisi evidenzia come l'apparato amministrativo italiano – articolato tra livello centrale e locale – si trovi oggi ad affrontare una duplice sfida: coordinare efficacemente gli attori coinvolti nella gestione, controllo e pianificazione del settore agroalimentare, e al contempo garantire trasparenza, legalità e sostenibilità nelle politiche pubbliche. Strumenti quali l'interdittiva antimafia, la prevenzione collaborativa, le whitelist, i protocolli di legalità e i criteri ambientali minimi (CAM) applicati agli appalti pubblici alimentari, dimostrano come il diritto amministrativo abbia assunto un ruolo anticipatorio e strategico nel contrasto alle agromafie. L'azione preventiva non si limita alla semplice esclusione degli operatori economici collusi, ma si estende alla promozione di pratiche sostenibili, alla vigilanza sui fondi europei (PAC), e all'integrazione tra normativa ambientale, sicurezza alimentare e tutela del lavoro. La lotta alle agromafie impone una governance multilivello e integrata, fondata sui principi di sussidiarietà, coordinamento e precauzione, con un ruolo cruciale per la pubblica amministrazione nel definire politiche efficaci e resilienti. In definitiva, il diritto amministrativo, lungi dall'essere un semplice apparato regolatorio, si configura come strumento dinamico di costruzione della legalità e di difesa dell'interesse pubblico in un settore chiave per lo sviluppo sostenibile del Paese.*

*The phenomenon of "agromafias" – the infiltration of organized crime into the agri-food supply chain – represents one of the most insidious threats to economic legality and environmental protection. In this context, administrative law emerges as a key instrument not only in repressing illegality but, above all, in preventing it. This analysis highlights how the Italian administrative apparatus – spanning both central and local levels – is currently facing a dual challenge: effectively coordinating the actors involved in managing, monitoring, and planning the agri-food sector, while simultaneously ensuring transparency, legality, and sustainability in public policy. Tools such as anti-mafia interdiction orders, collaborative prevention measures, whitelists, legality protocols, and Minimum Environmental Criteria (MEC) applied to public food procurement demonstrate the anticipatory and strategic role that administrative law plays in combating agromafias. Preventive action is not limited to excluding colluding economic operators but extends to promoting sustainable practices, overseeing the use of EU funds (CAP), and integrating environmental regulations, food safety, and labor protection. The fight against agromafias requires multi-level, integrated governance based on the principles of subsidiarity, coordination, and precaution, with public administration playing a crucial role in shaping effective and resilient policies. Ultimately, administrative law – far from being a mere regulatory framework – acts as a dynamic tool for building legality and safeguarding the public interest in a sector vital to the country's sustainable development.*

*Summary: 1. Introduction.- 2. The Role of Public Administration in the Fight against Agromafia.- 2.1. Framing Premise.- 2.2. The body of the administrative machinery: the need for coordination between central and local administrations.- 2.3. The complementary nature of the system: the contribution of supervisory and control bodies.- 2.4. Caporalato: regional tools and civil society engagement.- 3. From Advanced Frontier Administrative Tools to Public Procurement: A Brief Examination.- 3.1 A necessary premise regarding the importance of emphasising the role of legality in food systems.- 3.2 Anti-mafia interdictions between doctrine and jurisprudence: substantive legality in deficit or in evolution?- 3.3 Collaborative Prevention: A Balanced Approach to Tackling Mafia Infiltration in Businesses.- 3.4 Public Food Procurement: A Strategic Tool for Sustainability and Anti-Mafia Efforts.- 3.4.1 The Food Procurement Sector: Challenges and Potential.- 3.4.2 The Role of The White List.- 3.4.3 The Protocols of Legality.- 3.4.4 Minimum Environmental Criteria: Focus on the Catering Sector.- 4. Control, Monitoring*

*and Management of Public Funds in The Agricultural Sector: Instruments of Protection and Risks of Infiltration.- 4.1 An overview of the protection needs of the agricultural sector: the role of the CAP.- 4.2 Monitoring and Control of CAP Funds: The Complex European System.- 4.3 Management, Monitoring and Control of CAP Funds in Italy.- 5. State Countermeasures against Undue Assets Accumulated by Agromafias.- 5.1 Some Brief Considerations on the Coordinates of a System at the Crossroads of Criminal and Administrative Law.- 5.2. The Administrative Procedure for the Social Reuse of Assets Confiscated from Organised Crime.- 6. Conclusion.*

## 1. Introduction

An investigation into administrative law institutions and the role of public administrations in combating agromafias (i.e. the infiltration of the agri-food sector by the mafia) transcends the boundaries of a sectoral issue[1]1. In fact, it can take on paradigmatic significance in terms of both the evolution of the mafia phenomenon and the importance of administrative law and its tools for preventing and combating its various manifestations.

There are various reasons for the genetic link between the mafia and agricultural land. First, agricultural land was the primary economic resource in an agricultural society before the Industrial Revolution, i.e. until at least the 18^(th) century. This explains the initial interest shown in it by mafia organisations, which were always on the lookout for sources of enrichment. This correlation initially led to close identification between ownership of agricultural land and the exercise of mafia power. Furthermore, in many regions of the country, agricultural production chains remain a significant driver of local economic development.

The agricultural-pastoral context has also provided the backdrop for the evolution of agromafia organisations, which have progressed from a parasitic mafia strategy based essentially on extortion to establishing real commercial enterprises active in different sectors, in open violation of competitive dynamics and the legal economy. These businesses are often the most effective means of laundering illicit funds obtained from crimes such as drug trafficking and prostitution.

While the role of public administration and its laws is certainly not the only means of preventing and combating agromafias, they do form part of a more complex, integrated, multi-level system. In this context, criminal measures, both preventive and repressive, are accompanied and preceded not only by the administrative legal institutions described below, but also by active citizen mobilisation in the form of information and awareness campaigns, as well as campaigns to promote transparency.

Public initiatives in schools and various social groups that actively promote a culture of legality are also essential.

Furthermore, the difficult coexistence between companies operating within the legal economy and in compliance with competition rules, and private businesses infiltrated and controlled by criminal organisations, must not be forgotten. Therefore, the proper functioning of market dynamics within a legal economy appears to be one of the main casualties of criminal organisations' activities.

The introduction to the investigation reconstructs the legal asset and the context in which the phenomenon under investigation occurs. If the minimum value of the legal asset is identified as <<*perpetrating sophisticated, organised, premeditated conduct which generates profit by plundering the environment and undermining the proper functioning of the market*>>, then the relevant context is recognised as an emergency exploited by criminal organisations to strengthen and consolidate their power.

The first part of the analysis (§ 2) begins with a thorough examination of the structure of administrations with competences in this area at all levels, and the necessity for more effective coordination, particularly between central and local administrations.

It is noted that organisational design must constantly adapt to changes in public functions carried out in the sector, the ownership of which is gradually shifting towards European and global authorities due to the acquired transnational dimension of the public interests involved.

As in the long-established field of environmental law, the principle of vertical subsidiarity referred to in Article 118 of the Constitution, tempered by the principle of adequacy, tends to result in an upward shift in administrative functions[2].

The investigation proceeds by identifying the public and private actors active in

the sector, the criteria and principles by which their functions are assigned, and the nature and scope of the interests to be pursued.

The design appears to be characterised by an extension of public functions in the sector, which are increasingly prevention-oriented, and an expansion of the range of public interests served. This expansion is the result of ever-greater contiguity between the agricultural sector and the environment, causing the former to expand beyond mere agricultural production towards protecting biodiversity and using resources more effectively in a circular manner.

However, the relationship between the agri-food sector and the environment is fraught with unresolved tensions, as agricultural production itself often poses risks and emissions that contribute to climate change, while also being dramatically affected by its consequences[3]. Climate change has significantly weakened rural areas, increasing malnutrition and diseases related to poor nutrition, which also affect our country. The increased frequency of droughts, floods, forest fires and new harmful organisms constantly highlights the threat to our agri-food systems and the need for them to become more sustainable and resilient.

However, as has been noted, public intervention aimed at combating these phenomena follows the same line and responds to the same logic as intervention aimed at fighting Mafia infiltration in the agri-food system[4]. In this regard, it is hoped that studies and research will be conducted to investigate the risk profiles of agro-mafias in relation to the circular economy and environmental sustainability policies and objectives. Such studies could inform the development of more precise strategic, economic and regulatory interventions to achieve greater sustainability of the agri-food system and prevent the infiltration of criminal organisations into it.

In line with the 2019 Green New Deal[5], the need to achieve climate neutrality by 2050 therefore requires public policies on agri-food systems to be redesigned at European and national levels. This will transform these systems from factors that aggravate climate change into vehicles for tackling and containing it.

Rebalancing the relationship between the environment, health and food is essential for addressing the global challenges that the international community will face soon[6].

In this regard, the European “Farm to Fork” strategy[7], as outlined in the survey

(4.1), sets out a new approach to ensure that agriculture, fisheries, aquaculture and the food value chain all contribute adequately to achieving climate neutrality in the Union by 2050, as set out in the 2021 European Climate Law.
This strategy links the European initiative to reduce the environmental and climate impact of agri-food systems in the face of climate change and biodiversity loss closely to the initiative to ensure food security. This establishes the European model of sustainable and resilient food systems as a global benchmark.
The analysis correctly identifies the new Common Agricultural Policy (CAP) for the period 2023–2027 as a key instrument for guiding the agri-food system towards the objectives of the Green Deal, through measures such as income support for farmers, subsidies and incentives to offset market volatility, and rural development initiatives.
The CAP's support for the European agri-food system is recognised in the survey as an example of the renewed importance of public intervention in the current market scenario.
From this perspective, we are witnessing a strengthening of public initiatives that steer agri-food systems towards environmental sustainability objectives, albeit mainly through market-based instruments.
Another key milestone was recently reached with the Commission's communication, "A Vision for Agriculture and Food: Creating an Attractive Agricultural and Agri-Food System for Future Generations", published in February 2025. This document outlines the path towards achieving a resilient, competitive and sustainable agri-food system by 2020, while also establishing the priorities for the future CAP (2028–2034). The new communication presents a vision in which the environment is seen as an opportunity, not a constraint, for the future of the European Union. The aim is to ensure that agri-food systems operate within planetary boundaries by integrating the commitment to combatting climate change with the efficient use of natural resources. This challenge will require the adoption of innovative practices that combine competitiveness and environmental responsibility.
A significant innovation to be introduced in the future CAP is the flexibility of cross-compliance, giving Member States greater autonomy and responsibility for the use of funds within a common European framework. Specific attention will also be paid to fundamental issues for the survival of the planet, such as the

bioeconomy and increased use of renewable sources, including through the establishment of energy communities.

Finally, monitoring and surveillance of European funding allocated to these public policies will be crucial to prevent criminal organizations from intercepting and obtaining it.

The investigation is conducted using an interdisciplinary methodology, as Karl Popper pointed out, where cognitive problems, rather than disciplinary fields, determine the priority issues to be addressed. In the same vein, Sabino Cassese wrote: «*The problem will dictate the method. The questions will guide the method*»[8].

At the same time, this approach does not result in a loss of the specificity or autonomy of legal science, or of administrative law science, during the investigation[9]. This specificity lies in the perspective from which historical, social, and political phenomena are considered within the discipline, and is linked to its specific function. This function involves identifying the legal values that apply to and emerge from concrete administrative matters, their qualifications, and finally setting out and resolving legal problems through this recognition. Interpretation of law is therefore legitimized by legal argumentation rather than scientific, religious or historical argumentation.

At the same time, the legal analysis is not limited to an accurate description of positive law; it also addresses issues using a problematic and reconstructive approach. It is precisely through this method that legal experience creates the specific legal system under investigation, thanks to the application of the law to social, economic and political factors. Thus, legal science becomes a driving force in defining its own subject matter – in this case, agromafias – rather than merely a passive and receptive factor.

The investigation highlights the valuable role of certain administrative law principles, such as coordination, in compensating for the complexity and organisational fragmentation present in the sector. In terms of governance, the principles of loyal cooperation and subsidiarity are also emphasised to guide the disciplines that regulate the sector and their implementation by public administrations.

First and foremost, in the introductory phase, the considerable importance of the precautionary principle in the environmental and food sectors should be

highlighted, as this principle should necessarily guide certain public functions also carried out in the agromafia sector.

In the field of environmental protection, the most advanced legal systems are based on the well-established assumption that public action and the scientific approach are inseparable and inextricably linked[10].

The precautionary principle requires a close connection between public intervention and the data and knowledge on uncertain risks provided by technical and scientific expertise. This correlation is usually covered by environmental and health regulations[11]. This forms the basis for relevant public authority assessments of the acceptability of potential risks to the community and the necessity and choice of appropriate measures to address them. This correlation must also be anchored in the now well-established belief that all sciences, even the so-called exact sciences, are necessarily characterised by uncertainty, and that it is precisely in this context that the precautionary principle is applied to the actions of public authorities.

The idea of precaution is based on two assumptions: firstly, that there is a scientifically based possibility that serious environmental or health damage will occur; and secondly, that there is scientific uncertainty about the characteristics and/or causes of such damage. This uncertainty cannot be proven in absolute terms, but it cannot be ruled out either, even though the activity in question is profitable in other respects.

More specifically, the main distinction between the precautionary principle and the prevention principle is based on uncertainty regarding the causes and effects of the risk, at least considering current scientific knowledge. The latter, on the other hand, is based on scientifically proven and demonstrable risks[12].

The concept of precautionary action necessarily involves anticipating preventive action by adopting decisions on possible measures to be taken in uncertain conditions, based on recent and increasingly available scientific knowledge[13].

As highlighted by the Council of State in Section III, (Ruling No. 6655 of 2019), «*the implementation of the precautionary principle means that whenever the risks induced by a potentially dangerous activity are not fully understood, public authorities must take preventive action before scientific knowledge is consolidated*».

In its "active" sense, the idea of precaution is the only one capable of assuming the characteristics of a true legal principle applicable in contemporary legal

systems. It requires public authorities to introduce administrative measures to address identified risks characterised by uncertainty, through reasonable and proportionate restrictions on activities that would otherwise be considered legitimate and beneficial.

The gradual establishment of the principle in legal systems has been met with contrasting cultural attitudes. Initially, it was strongly opposed by its detractors as a principle that placed excessive restrictions on the spread of new technologies and scientific progress. However, it has been welcomed by others as an appropriate political tool for risk management if preceded by a proper cost-benefit analysis to avoid probable, albeit only ex ante, damage to health, safety and the environment.

Furthermore, the administrative court has recently taken steps to define the scope of this principle more restrictively. According to the judges at Palazzo Spada, when applied correctly, this principle ‹‹*does not automatically lead to the prohibition of any activity that could potentially pose a risk to human health and the environment in the absence of objective and verifiable evidence*››[14].In the present case, the Council of State goes so far as to state that prohibiting a specific activity ‹‹*in the name of a purely formalistic interpretation of the precautionary principle means inhibiting, a priori and without the possibility of choosing a different option, any activity that could theoretically pose a risk to human health*››. Compared to recent rulings by the Italian Council of State[15], this approach narrows the scope of the precautionary principle. According to these rulings, even in cases where it is not possible to achieve an adequate level of scientific certainty due to a lack of knowledge in the specific field, the precautionary approach remains valid. In the context of health and safety, this approach is particularly important for balancing economic interests given the fundamental nature of the right at stake[16].

The recent ruling of the ECHR is undoubtedly that which effectively anchors the precautionary principle to objective and verifiable evidence. The ECHR was faced with the dumping, burning and burial of toxic waste by the Camorra. Based on information available up to 1988, the ECHR[17] applied the precautionary principle with regard to a risk to life that was “sufficiently serious, real and verifiable”, which could be described as “imminent”. The State could not hide behind the fact that the precise effects that the pollution might have on

the health of citizens could not be ascertained to avoid its duty to protect its inhabitants.

## 2. The Role of Public Administration in the Fight against Agromafia

### 2.1. Framing Premise

In the words of M.S. Giannini (1973), these are well suited to the transformative historical period in which we live, in which ‹‹*it is not a paradox to say that if law constantly marks the transformation of the life to which it belongs, it must always be said to be in crisis*››[18].

According to the teaching of Santi Romano, the acquisition of an awareness of a permanent state of crisis seems to be the premise of any legal reconstruction[19]. If this is true, then the factual reality, from which the interpreter must not dissociate himself, reflects a much broader and more systematic crisis that affects the whole of life on the planet. In fact, the most important scientific studies and international reports[20] refer to this crisis in the plural, from the climate crisis to the loss of biodiversity, to the pollution of the planet[21], and at the same time outline the necessary paths for the survival of the planet: paths of energy, productive, that is, ecological, transition[22].

From the heterogeneity of the wide field of "crises", we would like to specify here a specific declination, which primarily concerns the role of the law (and of the P.A.). In other words, a different concomitant or co-causal cause, which translates into the ‹‹*progressive and continuous deterioration of the principles of legality, supported by the emergence of emergency situations and environmental crises*››[23]. The progressive erosion of the central and legitimising principle of administrative action has been, and continues to be, the most fertile field for the development of the now well-known phenomenon of ecomafia[24] and agromafia[25]. The lowest common denominator is the practice of highly organised and predetermined behaviour that plunders the environment, generates profit and undermines the proper functioning of the market. A multiple and contextual aggression on legal assets and interests, which is also fed by another contemporary element: the state of emergency[26]. Criminally organised infiltration, in fact, feeds

on a consolidated scheme ‹‹*when an emergency situation arises, the state, unable to deal with it, voluntarily or otherwise, leaves criminal organisations free to act*››[27].

The doctrine has long shown how the infiltration of the mafia has transformed the regime, moving from a parasitic logic to one that is predominantly entrepreneurial[28]; it has essentially changed its "wardrobe" to take advantage of a significant, and historically unprecedented, amount of national and EU public funds[29], as well as presiding over entire supply chains, from production to transformation and large-scale distribution.

This modus operandi is perfectly reproduced in the agri-food chain - food adulteration, interest in large-scale organised distribution (GDO), exploitation of labour, fraud of public funds, falsification of documents, etc. - in other words, where the so-called agromafias operate[30].

The system described is certainly not isolated; on the contrary, it permeates the administrative machine and requires the involvement of external subjects, such as the public administration apparatus or figures such as entrepreneurs, freelancers, who complete the circle[31]. This is what can be defined as the "grey zone" or even the "permeable economy", i.e. the recourse to ‹‹*skills and resources held by actors outside the criminal organisation*›› in order to carry out legal or formally legal activities[32].

This degree of sophistication and organicity of the agromafias phenomenon is also reflected at a legal level, so that ‹‹*if business is an organisation, so is crime in its most disturbing forms*››[33], which testifies to the consolidation of the ‹‹*camouflaging of agromafias within the social fabric and economic dynamics*››[34].

Translating this premise into figures, we can see that in 2023 the total activity of the "ecomafiosi" will be worth more than 8 billion euros[35], with more than 45 thousand administrative offences detected in the only agri-food chain, ranging from traditional activities in agriculture and livestock farming, such as fraud to obtain public funds, false certifications, falsified quality marks, the transport of goods, the management of wholesale markets, to the social scourge of caporalato (forced labour)[36].

The same multi-layered structure of the market in relation to the agri-food chain requires the above-mentioned interpenetration and complicity between the illegal economy and the legal economy, reinforced by the infiltration of the

public and decision-making apparatuses.
The activity of agromafias is based on two objectives. The first can be defined as "predatory", aimed at profit, to the detriment of the environment itself, and combined with the aim of monopoly, paralysis of the market and elimination of competition. The second, on the other hand, at the operational level, is to act as a ‹‹*collective entity responsible for disbursing funds granted in accordance with European regulations in the sector*››[37].
If this is the overall picture, the main interest here is the role of the public administration in the fight against agromafias. To analyse if and how its various articulations - central and local - are coordinated, the principles on which the administrative corpus is based[38] and, in more detail, to provide an operational overview of the main supervisory and control bodies in the sector.
Of course, the intention is not merely descriptive but is part of the process of advancement of public powers in the agri-food sector, in an evolution, well-argued by the doctrine[39], that has marked ‹‹*moving beyond the traditional production function to achieve environmental protection objectives, preserve biodiversity and ensure rational resource management*››[40].

## 2.2. The body of the administrative machinery: the need for coordination between central and local administrations

The progressive development of administrative intervention in the agri-food sector[41] has followed an upward trajectory, which immediately leads to two observations. The first, of course, is that this trajectory has profound similarities with the emergence of the environmental value in public policy[42]. The second is that it is the outcome - of this process - that has given rise to multi-level governance in the agri-food sector, characterised by a significant role for Community action[43], but without marginalising the regulatory activity of State and local actors[44].
It is precisely on this last point that it is worth recalling that, at the regulatory level, the Italian system for managing the agri-food chain has developed through ‹‹*substantial European legislation that operates mainly at a preventive and anticipatory level, in line with the principles of prevention and precaution*››[45]. This passage is fundamental because, as the doctrine points out, previously ‹‹*there was*

*a complete lack of administrative prevention (...), while the interrelationships between the administrative phase of supervision and the criminal prosecution phase were evident*»[46]. The contiguity of the agri-food discipline with that of the environment can also be measured in the field of normative and regulatory stratification[47]. In addition to the proliferation of EU standards, there are also international conventions, private quality standards and the internal regulations of national and regional laws[48]. It is the characteristic of complexity that describes the discipline well. A complexity which, on closer inspection, is dismissed as regulatory complexity, but which has direct implications at the level of governance.

As we have seen[49], it is therefore not easy to define a division of competences or to identify who has the regulatory and management power between the nation states, the regions, the EU Commission, the European Food Safety Authority (EFSA)[50], the World Trade Organisation and the Codex Alimentarius Commission[51].

As a physiological effect of this complexity, the role of public law itself is changing, flanking the traditional power of inspection with the whole range of public measures such as programming and planning[52], enabling acts (general and otherwise), controls, sanctions and regulation by information[53].

In other words, a system with "plural complexity", since it is reflected at the level of regulation and governance, but also with "stratified regulation", given the centrifugal action at the European, national and international levels.

On a more detailed level, one wonders how this sum of factors is reflected in the system of principles governing public administration in the fight against agromafias. What are the principles that flank the matrix, European in origin and now consolidated, preventive and precautionary.

The method we have chosen is to "expunge" them from the study of the main state actors in the Italian agri-food chain, which are to be identified in the Ministry of Agriculture, Food Sovereignty and Forestry (Masaf), in the Regions and in the Prefectural activity, in addition to the main subjects entrusted with supervisory and control activities, which will be discussed in more detail in the following section.

Starting from the top, Masaf and its recent name[54] represent the path that has led to the greatest attention being paid to guaranteeing food security. At present, the

Ministry is made up of three departments: the DIPACSR - PAC and rural development; the DISAI - food sovereignty and horse racing; and the ICQRF, which is responsible for combating fraud in agri-food products[55].

Masaf's activities can be seen in the light of the principle of coordination, on two levels.

Transnationally, since the Ministry is the liaison body responsible for exchanging communications with the competent authorities of other EU states in the context of the so-called official controls governed by Regulation 2017/625/EU[56].

At national level, on the other hand, the need for coordination - a kind of "commons" in the fight against agri-food fraud - led to the creation of the Masaf Control Room for administrative controls in the agri-food sector in 2023[57].

This was a partial response to the numerous requests made by operators in the sector and by law enforcement authorities[58], who, given the transversal, fluid and "ultra-local" nature of agromafias, called for the institutional effort to be stepped up towards an integrated and coordinated system of activities and controls. The main result of the Masaf Control Room is the annual preparation of the Operational Plan of Agri-Food Controls (POC)[59], which identifies the priority coordinated control actions.

The main ratio of the POC is to avoid unnecessary duplication and overlapping of inspection activities and to facilitate the exchange of data and information and cooperation between inspection bodies[60]. Linked to this is the objective of effectively protecting Italian products and their quality from illegal phenomena such as Italian sounding[61], improper access to national and EU agricultural funds[62] and unfair trade practices.

The position entrusted to the Ministry highlights the centrality and strength of the coordination principle. A centrality that is reflected not only in the planning functions and tasks for which it is responsible in various capacities[63], but also at the operational and institutional level, expressed in the desired union with the Control Room. On the other hand, there is coherence, both at the macro level of management and coordination, and at the operational and control level, as evidenced by the conspicuous activity of the competent authorities and the reports of the law enforcement agencies, as well as the memoranda of understanding[64].

Here, in the author's opinion, the principle of coordination emerges as the

second soul of the administrative machine, alongside the preventive-precautionary system. The principle of coordinating administrative action in the fight against agromafias thus seems to express a holistic, systemic, i.e. integrated approach[65].

However, this soul of governance does not recall constitutional and legal principles such as those of loyal cooperation and subsidiarity[66]. It is in this perspective that we can read the contribution of the regions, which can be described on three levels. The first is the normative and regulatory power of the regions to intervene to protect the agri-food chain from mafia infiltration phenomena, through specific regional laws or other delegated acts[67].

At a second level, and in accordance with the principle of proximity, the regions support and coordinate with law enforcement agencies in the implementation of control, surveillance and repression operations against agro-criminal activities[68].

Equally important, at a later level, are the various regional bodies that have been set up over time to combat organised crime. In some cases, these are commissions of enquiry or investigation set up directly within the regional council, or, more often, councils and observatories with a more pronounced political connotation[69]. In other cases, we can refer to more informal declinations, relating to the various forms of dialogue and cooperation with local associations involved in the fight against organised crime[70]. Again, in this scenario, the series of regional measures adopted on the subject of caporalato and the reuse of confiscated property cannot be overlooked[71].

Another pole of action to combat agromafias is the prefectural activity[72]. This is central to the assessment of the issuance of anti-mafia administrative measures - Chapter IV of Book II of Legislative Decree no. 159/2011 (Anti-Mafia Code) - the main preventive tool to prevent mafia infiltration in access to public contracts[73].

We will only touch upon the discipline of anti-mafia documentation in passing, as it will be dealt with in greater depth in another part of the work[74], but we are interested here in the various and different instruments in the hands of the Prefectures to combat the epidemic phenomena of mafia infiltration, and particularly agromafias. Firstly, a control instrument with a preventive vocation is undoubtedly the so-called whitelist, provided for in Art. 1, parr. 52-57 of Law no. 190/2012. Interpreted as a safeguard aimed at streamlining anti-mafia

controls in sectors particularly exposed to mafia infiltration[75], the contracting bodies must, under certain conditions, before signing a contract, compulsorily acquire the anti-mafia communications and information by consulting the whitelist[76].

Finally, in the context of the fight against and prevention of mafia infiltration, the powers conferred on the Prefect by the law on the consolidation of local authorities must also be considered[77].

In addition to the powers of control over local bodies, which have been reduced in the dissolution of municipal and provincial councils because of mafia infiltration and conditioning phenomena[78], there is also the power of control provided for in Art. 135 Local Authorities' Unified Text (TUEL). The so-called external control is carried out when <<*there are attempts of mafia infiltration in the activities concerning contracts, concessions, subcontracts (...) or when it is necessary to ensure the proper conduct of the activities of public administrations*>>[79].

The Council of State, in judgment no. 1006/2003, emphasised that <<*the intervention of the Prefect constitutes an external control, the expression of a power aimed at safeguarding the fundamental interests inherent in public order and security, reserved to the State by virtue of article 117, paragraph 2, letter h) of the Constitution*>>[80].

In view of the invasive nature of such measures - on acts and bodies - Legislative Decree no. 152/2021, in Art. 94-bis of the Anti-Mafia Code, introduced a new institution, providing for new powers in the hands of the Prefect.

These are based on a model of <<*collaborative prevention of institutions with the same subjects affected by a possible mafia contamination, if the same is only occasional*>>[81]. In such cases, the Prefect can impose one or more <<*administrative measures of joint prevention*>>[82] on the company in question, with the prospect of their being lifted once the occasional facilitation has ceased.

The last profile to be analysed concerns the role of the National Anticorruption Agency (Anac) in the agri-food chain. This should be read in the context of the Authority's main activity, i.e. the prevention of corruption, in order to prevent the infiltration of the mafia in public tenders[83]. These, as a careful doctrine has pointed out, <<*constitute the core business of the mafias, which have had the admirable ability to bend to their interests even the rules designed to promote competition and healthy competition between companies*>>[84].

Here, too, the measures are varied, ranging from the strengthening of the functions entrusted to Anac[85], to the management of assets confiscated from the mafias, the regulation of whistleblowing[86] and the legality protocols. It is interesting to focus on the latter instrument, which was introduced into the Anti-Mafia Code in article 83-bis by Legislative Decree no. 76/2020[87]. To make it more effective, the legislator specified in paragraph 3 that <<*the contracting entities shall indicate in the notices, tender notices or letters of invitation that failure to comply with the legality protocols constitutes grounds for exclusion from the tender or termination of the contract*>>[88].

The measure in question is part of the so-called pact system of anti-mafia measures and is presented as an agreement concluded between the parties involved in the management of public works - the contracting authority, the prefecture, the economic operators - to <<*combat mafia infiltration that directly or indirectly affects economic and financial activities in the public sector*>>[89].

Inspired by the principle of transparency in the activities of public authorities and based on a relational and contractual model of economic operators, the pact or protocol of legality[90] is therefore an immediately applicable document that the institution or local authority requires from the participants in the call for tenders[91]. Finally, since the economic operator is required not only to read it but also to comply with its contents, the legality protocol is a strategic element designed by the law to "close the system" in order to prevent corruption and mafia infiltration in public procurement[92].

To sum up, the analysis of the relationship between the principles of the law and the governance of the agri-food chain gives us firm confirmation of the need for coordination mentioned above, which seems to be the real figure of the current governance of the fight against agromafias. Indeed, it could not be otherwise, given the administrative superstructure and the attributions and powers granted at both central and regional level.

However, there is a missing piece, or rather another principle, that would bind the entire structure just described: the principle of integration[93]. If, with regard to administrative governance in this sector, it is possible to say that "the spirit" is preventive-anticipatory and that "the action" is coordinating, one could go so far as to say that the interrelationships and respective competences of the authorities mentioned should be read through the principle of integration[94]. Here we want

to support an authoritative doctrine which, at the level of administrative action, has grasped the strategic relevance of the principle of integration, even in this chain, <<*which departs from the rigid predetermination of the spheres of action of individual public subjects, that is, from the mechanical application of the principle of competence, favouring instead a holistic and shared approach*>>[95].

## 2.3. The complementary nature of the system: the contribution of supervisory and control bodies

The agri-food system is a fundamental sector of the national economy. According to data available from the POC 2025, it has an estimated turnover of €621 billion, representing approximately 15% of the value of the Italian economy[96]. Due to its global wealth, the agri-food chain requires an adequate level of control.

This is where the other part of the system comes into play, consisting of a dense network of collaborations between the central ministerial level and, downstream, the other state actors involved in control activities, including the Central Inspectorate for Quality Protection and Fraud Prevention of Agri-Food Products (ICQRF), the Carabinieri Command for Agri-Food Protection, the Health Anti-Adulteration Unit (NAS), as well as the operational support of the Guardia di Finanza (Italian Financial Police).

Starting with the Inspectorate[97], this operates within the MASAF and is structured into three central directorates, thirty offices located throughout the country and six accredited laboratories. The main responsibilities assigned to the ICQRF concern the so-called official controls, pursuant to Regulation 2017/625/EU, carried out by the Inspectorate as a technical body of the judicial police through inspections, audits and controls. The ministerial department is also responsible for the prevention and suppression of fraud in the trade of agri-food products, the supervision of control and certification bodies in the field of regulated quality production schemes and the fight against the irregular marketing of agri-food products introduced by member states or third countries[98]. The ICQRF is therefore the main control body for Italian agri-food heritage[99].

The strategic presence of the ICQRF within the MASAF Control Room is

immediately apparent, with the aim of strengthening synergies with other control bodies. Specifically, coordination between the various control bodies has been increased, both in terms of quantity, by rationalising controls, and in terms of quality, by increasing the exchange of information, integrating information services and, in general, enabling joint action against fraud[100].

In addition to this already substantial set of powers[101], the Inspectorate is also responsible, as the national authority, for investigating unfair commercial practices in relations between businesses in the agricultural and food supply chain[102]. The role of the ICQRF is extremely delicate, given the relationship between the vulnerability of small and medium-sized enterprises in contractual relationships and the pervasiveness of organised crime[103]. Even before EU Directive 633/2019/EU, the Inspectorate had seen its role in investigating unfair practices gradually increase, but it was only with the implementation of the single EU directive that it became the new national enforcement authority[104]. According to Legislative Decree no. 198/2021, for the purposes of investigation, the Inspectorate must make use of and integrate into its own competences the work of the Carabinieri, in particular the Command for the Protection of Agri-Food, and the Guardia di Finanza[105].

However, within this framework, which has certainly provided legitimacy for the ICQRF's actions, there is a possible conflict or, rather, "interference" between the latter and the Competition and Market Authority (AGCM).

The ambiguity arises because <<*the functions and powers of the Competition and Market Authority shall in any case remain unaffected*>>[106], i.e. the investigation of infringements in the field of unfair commercial practices, outside the scope of the 2019 Directive[107].

In the case in question, authoritative doctrine, based on the principles of administrative case law on the division of powers between independent authorities[108], has held that it would be more correct to speak of <<*not incompatibility between disciplines or an antagonistic relationship, but a necessary functional complementarity for the defence of the interests to be protected*>>[109]. In other words, in the field of unfair commercial practices in the agricultural supply chain, jurisdiction would lie with the Inspectorate if the subject matter of protection is relations between undertakings, while the AGCM would continue to intervene in the event of any unfair practice detected in the sector that is

detrimental to consumers.

Of course, regardless of the merits of the choice made[110], the example described offers a vivid illustration of the "temptation" of the legislator and the public administration to opt for organisational choices that seem to be guided more by the need to provide a contingent response to different forms of interest than by an organic plan and a systematic and coherent vision of the action of the various competent authorities[111].

Closely integrated with the ICQRF's activities is the work of the Carabinieri Command for Agri-Food Protection, which reports to the Carabinieri Forestry, Environmental and Agri-Food Unit Command[112]. Integration is "strong" in one of the two areas of intervention specific to the Command, namely specific controls aimed at the regular application of Community legislation on food safety and the prevention and combating of fraud in the agri-food sector[113]. In this operational area, cooperation with the Inspectorate is particularly strong, making the Command a modern <<*supply chain police force*>> capable of looking at vertical integration with a view to combating the inefficient results of conduct that deviates from competitive paradigms[114]. The second area of intervention, on the other hand, concerns extraordinary checks on the disbursement and receipt of public aid in the agri-food sector, which translates into combating fraud involving the undue receipt of EU and national funds[115].

The high degree of technicality and specialisation – a common feature of both the Command and the ICQRF – is also the result of the absorption of the State Forestry Corps into the Carabinieri by Legislative Decree no. 177/2016, which expressed, in doctrine, <<*a rebalancing value with a strong social content, with a function of attention and political revaluation of local communities that express their identity and cultural presence through the production of typical agri-food products*>>[116].

Completing the ecosystem of state actors in the agri-food sector is the activity of the Health Anti-Adulteration Unit (NAS)[117], institutionally responsible for the safety of the food, health and workplace sectors. The Unit stands out for its health and hygiene control and surveillance functions, aimed at detecting system anomalies, monitoring illegal phenomena and prosecuting various forms of crime in administrative matters falling within the competence of the State[118].

Finally, the Guardia di Finanza (GdF)[119] plays a leading role in preventing and

combating agri-crime, given the potential profits to be made in the agri-food sector and the high level of interest from criminal organisations. The main areas of action concern interventions in the field of illegal hiring and the prevention of electronic food fraud[120]. Confirming the central role of the GdF and the necessary coordination with other supervisory and control bodies is the active presence of the department in the Masaf Control Room[121].

## 2.4. Caporalato: regional tools and civil society engagement

Another extremely important aspect of the fight against agromafias activities concerns caporalato[122]. The phenomenon of labour exploitation[123] of local and migrant workers in the agri-food sector has historical roots[124] and is often characterised by an approximate approach and policy-making, combined with the frequent use of misleading terms, such as undeclared work, underground or irregular work, as well as so-called grey work[125].

To give an idea, in 2023, there were 230,000 irregular workers, representing over 34% of employees in the agricultural sector[126]. In economic terms, the so-called underground economy accounts for almost 10% of the country's GDP[127].

The first regulatory measures to curb the spread of caporalato are as old as the phenomenon itself[128]. Initially focused on criminal prosecution, the current legislation is Law no. 199/2016[129], which intervened on the criminal level, extending the relevant liability to both the employer and the caporale[130], and was also supplemented on the administrative front by the implementation of regulations on the seizure and confiscation of agricultural businesses and assets[131].

Considering the above, the aim of this section is certainly not to deal with the phenomenon of labour exploitation in its entirety, given its complexity and the risk of going off track, but rather to reflect on the role and measures promoted at regional level to prevent and combat labour exploitation.

At the institutional level, the governance models adopted by regional legislation are affected by the division of powers outlined in the reform of Title V of the Constitution in 2001, which entrusted the regions with concurrent legislative powers in the field of ‹‹labour protection and safety›› (Article 117, paragraph 3, Constitution)[132]. However, despite an initial push that generated strong regional activism[133], it should be noted that ‹‹*the role that the Union reserves for the regions*

*in combating undeclared work still seems to be a blank page in a chapter yet to be written*»[134].

Precisely because of its proximity to the local labour market, the legislative approach has been characterised by discontinuity in content due to the peculiarities of regional contexts. It therefore seems useful to make use of classification works that facilitate the identification of common features[135]. Starting from the premise that "informal work" is a problem that requires a deep understanding of the factors that determine its origin and structural features[136], an initial classification divides regional interventions into three distinct groups.

The first class of measures identifies the phenomenon of labour exploitation as mere individual behaviour, acting on the individual convenience of the entrepreneur and, therefore, is rather limited in content. This refers to all actions aimed at fostering a culture of legality in the workplace and creating a social climate of disapproval towards labour exploitation[137]. It is no coincidence that the doctrine gives the impression «*that the vision underlying the various regional measures oversimplifies the phenomenon of undeclared work*»[138]. This first category also includes all incentive and reward measures that link regional benefits to employers who apply the national collective agreements for their sector[139].

A second group of measures includes all regional support and assistance policies aimed at bringing undeclared work into the open. These are actions aimed both at regularising previous situations and at preventing re-immersion[140]. However, this class of measures is heavily dependent on and complementary to state measures, given that in this area, the most "attractive" instrument is tax amnesty, which, however, exceeds regional competences[141].

A final category of measures contrasts with the first in that they are systemic policies. These regional interventions are based on the awareness that informal work is becoming widespread[142]. The ultimate aim is to allocate any form of public aid solely to virtuous enterprises, while marginalising those which, by reducing labour costs, have gained economic and competitive advantages[143]. While the approach to the phenomenon itself is central to this classification, the heterogeneity of regional legislative models can be transferred to the level of intervention techniques.

According to this other approach, it is possible to discuss measures to implement

inspection and sanctioning activities, as opposed to promotional measures, which facilitate the regularisation of undeclared activities by requiring compliance with national collective agreements as a condition[144].

However, between these two options, it is possible to discern a third, identified by recent doctrine, which observes that ‹‹*the varied range of instruments can be reduced to two macro-types, namely enforcement measures and context measures*››[145]. In the latter, the focus shifts to the organisational models adopted. Thus, on the one hand, it is possible to see complex and structured arrangements based on integrated governance involving administrations, social partners and inspection services and, on the other, ‹‹*simplified organisational arrangements in which the functions related to the issues at stake are assigned to a few bodies and there is a lack of links between structures*››[146].

At the same time, extensive use has been made of countermeasures which, by intervening at a pathological stage, link the wide range of regional benefits to employers who meet certain requirements. This fully includes the models of the Puglia, Campania and Lazio regions, each with their own specific characteristics but united by the underlying “conditionality mechanism”[147]. Due to their intrinsic nature, these mechanisms require, first and foremost, adequate financial resources and a high degree of voluntary participation by employers when accessing the emergence mechanism. Furthermore, as seen at the central level[148], these instruments require highly integrated levels of administrative governance, characterised by a marked recourse to coordination and networking.

For the sake of completeness, this mix of regional models also includes individual initiatives aimed at defining best practices[149] and the not insignificant role of regional observatories[150]. Finally, although not established as regional bodies, mention should be made of the fundamental reporting and research activities carried out by the Observatory on Crime in Agriculture and the Agri-Food System, established and promoted in 2014 by Coldiretti[151] and the Placido Rizzotto Observatory, which aims to study the issues that undermine the value of work in the agri-food chain, paying particular attention to illegal hiring and the exploitation of workers[152].

## 3. From Advanced Frontier Administrative Tools to Public Procurement: A Brief Examination

### 3.1 A necessary premise regarding the importance of emphasising the role of legality in food systems

It would be a limitation to attribute the responsibility for countering the evolution of organised crime[153] to the criminal justice system alone (the repressive matrix of the Italian criminal justice system, in this case, revolves around the provision of Article 416 bis of the Italian Criminal Code)[154].

Indeed, the preservation of the integrity of neuralgic sectors for the Italian and European economy is directly proportional to the evolution and implementation of instruments attributable to the field of administrative law.

In addition, within the context of the recently promulgated Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2023), these provisions constitute an integral component of a comprehensive regulatory framework designed to fortify the system of administrative prevention. This initiative serves to complement the repressive instruments of the criminal matrix by introducing *ex ante* exclusion mechanisms, predicated on prefectural assessments of a prognostic nature. This establishes the principle that the integrity of economic operators is a prerequisite for accessing the public procurement market and for safeguarding economic public order, which is directly linked to the achievement of the new principle of results[155] (which, as recently emphasised by the Council of State, is not in conflict with the principle of legality) [156].

In this context, the Italian "advanced frontier" administrative model is unique within the European context. Whilst the prevailing post-crime intervention logic in Europe is predicated on the notion of reacting to events after they have occurred, the Italian system is predicated on the notion that anticipating risk is fundamental to the fight against organised crime groups[157].

Therefore, the purpose of this contribution is to map administrative law instruments suitable for supporting the prevention and counteraction of the specific phenomenon of agromafias.

It is considered opportune to briefly examine anti-mafia administrative measures,

with a particular focus on interdiction notices and the recently introduced institution of collaborative prevention[158].

As is well known, these instruments directly impact the public procurement system, which, in its specific form of Public Food Procurement (see §3.4 below), is currently a key element in the fight against mafia infiltration in the agro-food sector.

Significant data supports the need to focus on these issues in advance. For example, the report "Le interdittive antimafia 2021-2022"[159] by the Criminal Analysis Service aimed to statistically monitor the number of interdicted companies between 2021 and 2022. This purely quantitative activity focused on cross-processing data recorded in the National Anti-Mafia Database[160], taking into consideration the Ateco codes[161] of banned companies, as well as their territorial distribution.

The overall picture revealed that, after the construction sector, the agri-food sector had the highest number of banned companies: almost 200 in 2021 and over 130 in 2022. The affected economic sectors were agricultural crops, the production of animal products, hunting and related services, animal breeding, and catering services.

In this regard, it should be emphasised that the need for prevention to ward off the incursion of organised crime into the food sector – meaning the term broadly, from agricultural cultivation to food production and consumption – is a wide-ranging and cross-cutting objective that cannot be limited to the need to protect the principles of freedom of economic initiative and fair competition enshrined in European and national legislation.

Prevention plays a fundamental role in this sense as part of an integrated approach to protecting the right to life and human health and responding to the intergenerational responsibility to protect the environment and ecosystems, as established doctrine now dictates[162].

In other words, anticipating the threshold at which the public authority intervenes, even before damage occurs, has the enormous potential to avoid subjecting consumers to risks linked to non-compliance with food safety regulations, workers to conditions of modern slavery and the ecosystem to stress resulting from the immoderate and irresponsible exploitation of environmental resources.

However, the anticipation of the intervention threshold must, in its intrinsic securitarian nature, guarantee the protection of constitutionally recognised rights (e.g. the right to defence and to be heard) for those affected by the measures under consideration[163].

## 3.2 Anti-mafia interdictions between doctrine and jurisprudence: substantive legality in deficit or in evolution?

"Anti-mafia interdictory information", also known as "anti-mafia interdictions"[164], is currently governed by Articles 84, paragraph 4, and 91, paragraph 6, of the anti-mafia code (Legislative Decree No. 159 of 2011). The purpose of these interdictions is to prevent companies at risk of mafia influence from obtaining public contracts, orders, and financing, thereby preventing the mafia from penetrating the economic fabric. Alongside the institution of Communication, they constitute the macrocategory of Anti-Mafia Documentation[165].

A peculiarity of this institution is that it is the Prefect[166] – an authority responsible for public order in the Italian legal system – who is responsible for its practical use, rather than the administrative judge, who only intervenes in the event of an appeal.

Article 84 of the anti-mafia code states that anti-mafia interdictions are based on «*possible attempts of mafia infiltration tending to influence the decisions and operations of companies or enterprises*».

In this regard, we are witnessing the discipline being progressively refined to strike a balance between doctrine and jurisprudence in this area of particular tension[167].

While doctrine has highlighted numerous critical issues and raised doubts[168], above all regarding the compatibility of these rules with constitutional principles and European law[169], asserting that the quasi-penal nature of prohibitory measures implies obligatory taxation of the cases involved, case law[170] has tended to uphold the legitimacy of these instruments due to the anticipatory nature of public order protection.

The adoption of the interdiction order depends on the presence of symptomatic

elements, which may be either typical or atypical. The "typical" category includes elements identified by law, while the "atypical" category contains elements resulting from a taxative interpretation by case law.

The classification and predetermined jurisprudence of symptomatic elements would prevent the illegitimacy of legislative provisions, as confirmed by the Italian Constitutional Court[171] and the European Court of Human Rights[172].

This is evident in the well-known ECHR judgment, "De Tommaso v. Italy"[173]. However, in this judgment, the Strasbourg court emphasised the importance of integrating cases subject to the aforementioned measures into jurisprudence, paying particular attention to the need to stabilise this hermeneutical approach without abusing it[174].

Such balancing could solve the problem of the lack of taxability of conduct connected to the symptomatic indices of mafia infiltration, which has been criticised by criminal law scholars. However, the risk cannot be excluded that the flexibility required to adapt these indices to specific cases could translate into a breach of the principles of legality and determinacy. Therefore, rigorous scrutiny of proportionality and reasonableness is required in the application of jurisprudence.

Currently, even when the prognosis of infiltration is based on "free conduct" elements, the jurisprudence holds that the interpretative activity of the administrative judge is sufficient to develop and complete the legislative indications through a system of "substantial taxativity"[175].

Through a series of significant judgements, the Council of State has clarified certain elements indicative of Mafia influence, fulfilling the integration function that the Constitutional Court has deemed essential for upholding the principle of substantial legality. These legal outcomes have been adopted by the Prefectures, whose actions demonstrate a high level of resistance, as evidenced by the low percentage of annulments[176]. However, some in the legal community argue that these judgements have distorted the system by allowing for overly broad interpretation[177].

Indeed, an extensive catalogue of situations and events can be deduced from the case law in question. For illustrative purposes only, a few are cited below. The elements that can be considered symptomatic of the danger of Mafia influence include judicial measures for offences that are instrumental to the activities of

criminal organisations (not just "spy crimes") [178], unlawful conduct (even if not criminally relevant)[179], particular family relationships between company owners, partners, directors and general managers and family members affiliated with Mafia associations[180], and corporate operations (mergers, transfers of business, etc.) that are potentially elusive and repeated attempts to circumvent the Mafia. Potentially elusive corporate operations (mergers, transfers of business, etc.)[181]; repeated and non-occasional contacts or frequent interactions with individuals involved in criminal associations[182]. Each of these indices can manifest itself in a specific way in the agri-food sector, which, due to its fragmented economic structure, high circulation of public resources, and logistical and territorial strategic nature, requires particular attention. Considering this, the evaluative elements are fully applicable – and often even more relevant – in this sector.

With regard to judicial measures relating to crimes that facilitate mafia activity (even if they do not constitute crimes of association or "spy crimes"), there are several indicators that entrepreneurial activity is being exploited by criminal groups, such as fraud against the European Union, food fraud, environmental violations and the illegal management of agricultural waste.

Conduct that is not criminal but nevertheless indicative of management opacity includes the absence of traceability in the production chain, irregularities in labour relations, and the use of informal intermediaries, which are particularly widespread in the logistics and distribution sectors.

Other indicators include family or personal relationships between the company's top management (owners, partners, directors and general managers) and individuals associated with mafia contexts, even if they do not hold formal positions within the company. Such links, if considered alongside other converging factors, may pose a significant risk, particularly in rural areas characterised by family-run businesses (as is often the case in agriculture).

Habitual or non-episodic acquaintances with individuals known to be involved in criminal activities are also a risk factor, even in the absence of formalised contractual relations. In the agri-food sector, this risk is particularly evident in the network of relationships with spurious cooperatives, porterage or transport companies controlled by mafia syndicates, or in the use of de facto intermediaries for labour management, purchasing and supply chain management.

Regardless of the economic sector, it is worth noting that the assessment of the

circumstantial framework required for anti-Mafia interdictions is based on the parameter of "more likely than not"[183] rather than the criterion of "beyond reasonable doubt".

Moreover, the administrative judge's review of anti-Mafia interdictions is thorough and comprehensive, involving a detailed examination of the evidence gathered by the Prefect. Particular attention is given to identifying the symptoms of Mafia infiltration, evaluating the Prefect's prognosis of Mafia influence, and ensuring that the measure is proportionate and reasonable considering the circumstances that have emerged.

Prior to the legislature's intervention in 2021, a controversial issue related to anti-mafia interdictions was the contradictory procedure whereby the private company could present its reasons before the interdictory measure was adopted. In the field of anti-Mafia interdictions, the contradictory procedure was only possible if the Prefect considered it useful[184].

Following the impetus of European[185] and national jurisprudence, which has repeatedly expressed support for the recovery of procedural guarantees in this context, the legislature has chosen to redefine the institution in question to provide greater guarantees[186].

In addition to its traditional defensive function, cross-examination can also have a proactive value, as becoming aware of the risk of an interdictory measure can encourage the company to use the less invasive alternative tools provided by law, such as adopting self-cleaning measures or requesting the application of collaborative prevention measures.

The reform of Article 92, paragraph 2-bis of the Anti-Mafia Code now obliges the Prefect to initiate an adversarial debate with the interested party before adopting an anti-mafia interdiction order and promptly indicating the circumstantial elements. This cross-examination is now the norm, except in exceptional cases of emergency. However, no information that could endanger ongoing proceedings or anti-mafia investigations may be disclosed.

The addressee has 20 days to submit written observations and request a hearing. This suspends the deadline for issuing the interdiction order, which must be issued within sixty days of notification in any case.

According to the new paragraph 2-ter, at the end of the hearing, the Prefect may issue a liberating anti-mafia declaration, apply collaborative prevention measures

(Article 94-bis) or issue the interdiction order.
Finally, paragraph 2-quater clarifies that facts occurring during the proceedings may also be relevant for the adoption of the interdiction order[187].
In summary, the new balance stipulates that adversarial proceedings must be established in anti-Mafia proceedings, unless there are reasons for urgency or confidentiality. The absence of cross-examination may appear illogical unless justified, particularly if the risk of mafia infiltration is unclear[188].
Recent case law emphasises that, although they are formal, procedural rules are essential to ensure the protection of values such as entrepreneurial freedom and the effectiveness of preventive actions. The involvement of those subjects in the measures is crucial for their effectiveness, as they can provide information that clarifies relations with organised crime, particularly in cases of doubtful mafia permeability.
However, the changes made by the legislator are not without criticism. It has been argued that cross-examination is permitted too late in the proceedings to prevent the interdictory measure from being issued: communication to the interested party would occur after the Prefect has formed his opinion on the existence of the prerequisites for the interdictory measure. Furthermore, the twenty days granted to the addressee to prove the inapplicability of the prohibitory measure appears insufficient[189].

## 3.3 Collaborative Prevention: A Balanced Approach to Tackling Mafia Infiltration in Businesses

With the intention of limiting the anti-mafia interdiction to situations of last resort, Art. 49 of Law Decree 152/2021 was introduced to the anti-mafia code. 94-bis, entitled "Administrative measures of collaborative prevention applicable in cases of occasional facilitation"[190].
The Prefect may use this instrument in the event of mafia infiltration attempts attributable to situations of occasional facilitation, provided that a prognostic judgement regarding the possibility of recovery of a legal dimension has been made[191].
In such cases, the Prefect may order the company to comply with certain preventive measures[192] for a period of between six and twelve months, if this is

justified. Additionally, the Prefect may appoint up to three experts from the business management section of the national register of judicial administrators to support the implementation of these measures.
As with the anti-mafia interdiction order, this institution requires a procedural cross-examination to be carried out with the person concerned, in the same way as set out in Article 92, paragraph 2-bis, of the anti-mafia code. After the term of such measures has expired, the Prefect provides an evaluation of the analyses formulated by the inter-force group. If it is ascertained that «*the occasional facilitation has disappeared and there have been no other attempts at mafia infiltration*», an anti-mafia clearance is issued. Collaborative prevention is comparable to the judicial control of companies under Article 34-bis of the anti-mafia code, which can be ordered by a judicial authority[193].
Based on this consideration, it was immediately recognised in legal theory that collaborative prevention and judicial control share the same function: «*not to overwhelm companies only marginally affected by the mafia, which is often inevitable in certain territories*»[194]. In this sense, the legislator has defined a new form of cooperation between enterprises and administrative authorities (unlike judicial control, where the subjects involved are enterprises and courts). Thanks to the institution of collaborative prevention, the administrative authority can enter the company and verify the presence of mafia infiltration dangers without paralysing economic activity.

## 3.4 Public Food Procurement: A Strategic Tool for Sustainability and Anti-Mafia Efforts

### 3.4.1 The Food Procurement Sector: Challenges and Potential

The relationship between the advanced border tools of administrative law - in particular the anti-mafia prohibitions and collaborative prevention - and the public procurement system is now configured as strategic and unavoidable in the fight against mafia infiltration tout court[195].
In a reality in which public procurement has indeed assumed the unquestionable role of driving force[196] in the context of the ecological transition, the need to

eliminate from the economic system operators whose activities, often in the furrow of illegality, prove to be totally unsustainable, is even more accentuated.
The specific analysis aims to focus on the institution of Public Food Procurement[197], i.e. that specific public procurement process through which public entities (such as schools, hospitals, prisons, local or central governments) purchase food and catering services to meet the food needs of the people under their responsibility.
The specificity of this type of procurement lies in its potential to combine, with different combinations in different jurisdictions, typical features of socially responsible procurement, green public procurement and ethical public procurement[198].
These aspects can be easily deduced from the analysis of the various studies that FAO[199] has devoted to this subject for years: in fact, public food procurement is considered a lever of sustainability in terms of food safety and food security, a tool for the inclusion of small producers in the supply chain of public administrations, as well as an important lever for stimulating market dynamics towards more resilient and sustainable food systems.
To date, therefore, public food procurement could well find a place among the tools of governance and regulation of the agrifood sector compatible with the One Health[200] paradigm, i.e. that collaborative, multisectoral and transdisciplinary approach - operating at local, national and global levels - aimed at the pursuit of optimal health outcomes, recognizing the interdependence between humans, animals, plants and their common environment.
Far from wishing to systematically review the discipline of public procurement, this contribution considers it appropriate to focus on three nodal aspects that, in the field of public food procurement, can constitute administrative law tools functional to the systemic fight against agromafias.
Apart from the advanced tools of the border (which deserve a specific analysis due to their inherent complexity), the discussion will continue by paying attention to whitelists, legality protocols and minimum environmental criteria related to the agribusiness sector, also in the light of the new Public Procurement Code (Legislative Decree 36/2023).

### 3.4.2 The Role of The White List

The White list is a list of companies that, after a series of checks and controls carried out by the Prefecture, have been found to be free of mafia infiltration. Companies included in this list are authorized, either directly or through subcontractors, to enter into contracts with the public administration, thus guaranteeing the legality and transparency of economic relations.
The white lists are established and managed by the individual Prefectures, in accordance with a special Prefectural Decree, as provided for by the D.P.C.M. of April 18, 2013, which establishes the modalities for the establishment and updating of lists of suppliers, service providers and executors of works that are exempt from mafia infiltration attempts, pursuant to Article 1, paragraph 52, of Law no. 190 of November 6, 2012.
The refusal to register on the list of companies exempt from mafia infiltration attempts is governed by the same principles that govern anti-mafia prohibitions, as set forth in Articles 82 et seq. of Legislative Decree no. 159/2011. Both measures are aimed at maintaining public economic order, guaranteeing free competition among companies and ensuring the good functioning of the public administration[201].
The white list system includes a list of authorized business activities, the content of which was recently modified by Decree Law 23/2020, converted into Law 40/2020. In this context, the catering sector, with reference to the management of canteens and catering services, has been included among the business activities subject to registration (since it is considered one of the main sectors at risk of mafia infiltration).
This extension responds to the need to strengthen the garrisons of legality in the sectors most exposed to corrupt and mafia phenomena, also due to the growing outsourcing of services by public administrations[202].
In this scenario, the inclusion of mass catering among the activities subject to anti-mafia control is configured as a preventive measure of an administrative nature, aimed at promptly intercepting any attempts of infiltration in the management of services with high financial rotation and low margin of operational transparency[203].
It is important to emphasize that inclusion in the whitelist is not merely a formal

requirement, but a substantive condition of legitimacy for participation in public tenders in high-risk sectors. Failure to register, or cancellation because of an anti-mafia interdiction, entails automatic exclusion from public tenders and the impossibility of being the recipient of contracts or subcontracts awarded by contracting authorities or private entities that are concessionaires of public resources.

The application of the whitelist system to the food and catering sector raises several relevant legal issues, both in terms of compatibility with constitutional and European Union principles, and in terms of the concrete effectiveness of anti-mafia prevention measures. First, the requirement to be on the whitelist to participate in public tenders in certain production areas (such as canteen and catering management) entails a restriction of market access, which requires a strict balancing with the principles of freedom of economic initiative and free competition.

Moreover, in the food sector, the frequent subcontracting of supply chains and the reticular structure of companies - often articulated in consortia or business networks - complicate the verification of the effective cleanliness of the supply chain, which risks undermining the preventive effect that the whitelist is supposed to guarantee. There is also the risk of possible inhomogeneity in the criteria applied by the different prefectures, which could lead to a compression of the uniformity of the system.

Finally, the lack of an effective system of rapid legal protection for companies excluded or removed from the whitelist is another critical element, especially in sectors such as the food sector, where public contracts are often awarded under tight time constraints, and the loss of operations can cause irreparable economic damage.

Considering the existence of possible criticalities in relation to which a continuous activity of comparison and refinement is necessary, whitelists represent an effective tool to protect the integrity of the award procedures with a view to constantly strengthening economic legality.

In fact, they make it possible to promote transparency in relations between public administrations and economic operators, to increase the confidence of citizens and other economic operators, to stimulate the development of an environment of fair competition and to contribute to a better management of

the risks involved in public tenders and contracts with the public administration. In the agribusiness sector, the introduction of whitelists also has a positive impact on the quality of the production chain. In a context where the risk of mafia infiltration is high, especially in areas such as food distribution, whitelists act as a form of self-control for companies, stimulating their social responsibility. In this way, inclusion in whitelists becomes a certificate of ethical quality that attests to the reliability and integrity of companies, placing them in a favorable position vis-à-vis competitors and strengthening the credibility of the national economic system, both domestically and internationally.

### 3.4.3 The Protocols of Legality

The Protocols of Legality represent pactual instruments aimed at preventing mafia infiltration phenomena and strengthening the safeguards of legality and transparency in the execution of public contracts[204].

Originally introduced through administrative practices and then governed by framework agreements between the Ministry of the Interior and the main public contracting stations (in particular ANAS, RFI, CONSIP and other entities in the infrastructure sector), these protocols establish reinforced obligations for economic operators, including compliance with anti-mafia regulations, the obligation to promptly report attempts at external influence, and adherence to financial traceability and control measures on subcontracts. Law 190/2012 - containing «*provisions for the prevention and repression of corruption and illegality in the public administration*» - in Article 1, paragraph 17, expressly allowed that «*contracting stations may provide in notices, tender notices or letters of invitation that failure to comply with the clauses contained in the protocols of legality or integrity pacts constitute grounds for exclusion from the tender*»[205].

With the entry into force of the new Public Contracts Code, the Legality Protocols have found strengthened legitimacy within the procurement regulatory system, in line with the principle of "result-oriented procurement" and the protection of the integrity of the economic operator.

Although the Code does not explicitly regulate the Legality Protocols, they are referred to and reinforced in various application contexts, particularly in relation to strategic contracts or in sectors with a high risk of criminal influence.

The integration of the Protocols into the life cycle of public contracts is also manifested in the possibility for the contracting authorities to require additional obligations, in particular in the field of antimafia compliance, over and above those laid down by law, thus making these Protocols an integral part of the contractual acts, always in compliance with the principle of proportionality.
Moreover, compliance with such instruments can be a rewarding element in the qualification and evaluation systems of economic operators, strengthening the link between business ethics and professional merit.
In the agri-food context, the practice of legality protocols is configured as another tool to ensure that companies operating in the agri-food chain interface with the public procurement system in a more transparent way. Several examples can be cited. One example is the practice of including legality protocols in public tenders for public catering and for the prevention of criminal infiltration in the agri-food chain.
One of the main innovative ways in which these practices could be integrated into practice could be the introduction of a monitoring system along the entire agro-food chain, capable of monitoring each stage from production to distribution. This system could be integrated with legality protocols, ensuring that each step in the production process is controlled and that food supplies are guaranteed from safe and transparent sources. The use of blockchain technology[206], for example, could play a key role in this regard, making it possible to immutably record every transaction along the supply chain, benefiting from greater transparency and traceability and reducing the risk of mafia infiltration.
A further step could be to move the practice of such legality protocols towards systemic coordination, with periodic audit systems and spot checks entrusted to independent bodies to ensure that companies honour their commitments, thereby promoting responsible and sound supply chain management.

### 3.4.4 Minimum Environmental Criteria: Focus on the Catering Sector

In view of the complete convergence between green public procurement and socially responsible public procurement, art. 57 of Book II of the new Public

Procurement Code - under the heading “Social clauses of tenders and notices and energy and environmental sustainability criteria” - reaffirms the validity of the Minimum Environmental Criteria (MEC) and establishes the obligation for contracting entities to include in the design and tender documents at least the technical specifications and contractual clauses contained in the minimum environmental criteria defined for specific product categories[207].

Specifically, these are a set of standards and requirements established by Italian and European legislation to promote environmental sustainability in public procurement procedures. These criteria are adopted by contracting authorities in order to direct public purchasing towards reducing the environmental impact of the resources purchased.

In the food sector, the Minimum Environmental Criteria (MEC) are specifically designed to guide public authorities towards more sustainable food purchases. These criteria are designed to reduce the environmental impact of food production, distribution and consumption by promoting environmentally friendly agricultural practices, reducing waste and encouraging the use of local, organic and low environmental impact products.

MEC in the food sector has been defined by the Ministry of the Environment and Protection of Land and Sea and applies, among other things, to public procurement related to collective catering, such as school canteens, hospitals, old people’s homes and other public services[208].

One of the key aspects of MEC is the purchase of local and zero-kilometre products. This approach not only reduces emissions from food transport but also supports the local economy by encouraging a short supply chain that reduces environmental costs. It also favours the purchase of organic produce, which does not use chemical pesticides or synthetic fertilisers, benefiting consumer health and biodiversity.

MEC also attaches great importance to reducing food waste. In this sense, contracting authorities are encouraged to implement solutions that limit the excessive consumption of food in canteens and other collective catering services, while ensuring optimal resource management. Sustainability is not limited to the choice of food, but also includes the use of environmentally friendly packaging, such as recyclable, compostable, or reusable materials, which helps to reduce plastic waste.

Another key aspect of MEC in the food sector is the sustainability of the agri-food chain. Purchases are promoted that favour agricultural practices that respect the environment, the responsible use of natural resources and the protection of workers' rights. Products from ethical supply chains that meet recognised social and environmental standards, such as Fair Trade and Sustainable Fisheries certifications, are supported.

Although it may not be immediately obvious, MEC can be a useful tool in the fight against agricultural fraud in several ways. Minimum environmental criteria are essential to ensure the selection of reliable and transparent suppliers, encouraging purchasers to favour companies that operate ethically, with an increased focus on compliance. This approach reduces the risk of dealing with companies linked to mafias or fraudulent practices. They also encourage the adoption of short and zero-kilometre supply chains, which are easier to monitor and allow authorities to keep an eye on companies and their operators. Another important aim of MEC is to promote sustainable farming practices, such as organic farming, which protects the environment and reduces the risk of food fraud, a sector where agro-fraudsters are very active.

However, despite the benefits of MEC, there are still critical issues that limit its effectiveness. One of the main difficulties is the uneven implementation, which depends on the resources available and the capacity of public administration[209].

In some areas, implementation is uneven and can be interpreted in a more flexible way, reducing overall effectiveness. In addition, many small and medium-sized enterprises are reluctant to make these changes, mainly because of the initial costs of reorganising their activities to comply with environmental and legal criteria. Adopting sustainable practices and improving traceability systems often requires large investments that small businesses may not be able to afford.

Another critical aspect is the lack of specific training for public and private sector professionals. Often, both contracting agencies and agri-food companies do not have sufficiently trained staff to apply to MEC correctly and to monitor legality requirements. Without proper training, controls may not be carried out correctly, creating potential gaps in controls and encouraging non-compliance.

Complex bureaucracy and delays in procurement procedures are another major obstacle. This can undermine the effectiveness of tenders and increase the risk of fraud and mafia infiltration. In addition, contracting authorities do not always

have sufficient resources to carry out comprehensive checks, especially when suppliers are international.

## 4. Control, Monitoring and Management of Public Funds in The Agricultural Sector: Instruments of Protection and Risks of Infiltration

### 4.1 An overview of the protection needs of the agricultural sector: the role of the CAP

Undoubtedly, one of the most pressing challenges in the current context of ecological transition concerns the sustainable evolution of the agricultural sector.
This economic sector, in fact, is the protagonist of a series of multilevel and transversal challenges: the issue of land use linked to projected demographic growth, the need to protect soil health in order to preserve biodiversity and the ecosystem balance, the need to promote and regulate the pressing technological evolutions linked to new agricultural techniques (i.e. agriculture 4.0[210], vertical farming[211], etc.).
In other words, the agricultural sector stands in the dual role of victim and perpetrator of climate change because if, on the one hand, it suffers the alteration of natural cycles, drought and soil erosion, on the other hand, it also contributes to greenhouse gas emissions and the intensive use of potentially harmful substances.
The promotion of sustainable agriculture is therefore an area of interest that transcends national borders and constantly challenges and stimulates European institutions.
With the aim of making Europe the first climate-neutral continent by 2050, the Green Deal[212] policy programme makes agriculture a pillar.
This backbone is linked to an autonomous policy area aimed at promoting an increasingly competitive and resilient agriculture, open to innovation and able to guarantee real opportunities for new generations.
Within this roadmap outlined by the Green Deal, two key strategies stand out: the Farm to Fork Strategy[213] and the EU Biodiversity Strategy to 2030[214].
While the former aims to rethink the entire agri-food chain in a more sustainable,

fairer and transparent way - through an integrated agri-food policy that goes beyond the traditional sectors of agriculture, environment, health, trade and energy - the latter focuses more on protecting ecosystems, restoring biodiversity on farmland, protecting pollinators and reducing pollution linked to intensive land use.

A key instrument for achieving the above objectives is the new Common Agricultural Policy (CAP) for the period 2023-2027[215], which aims to steer European agriculture towards the principles of the Green Deal through a system of direct payments, sectoral interventions and rural development measures coordinated in National Strategic Plans (with a view to a system of shared competence between Member States and the EU) [216].

The support provided by the CAP to European agriculture is an example of the renewed importance of public intervention in the current economic scenario. The main CAP-related interventions include income support measures for farmers, market measures to deal with sudden fluctuations in the sector, and rural development measures.

The CAP is financed by two funds within the EU budget: the European Agricultural Guarantee Fund (EAGF) [217] - which provides direct support and finances market measures - and the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) [218].

The high economic sums at stake make these funds very attractive to agri-criminals who, taking advantage of the bureaucratic complexity of the system, do not miss the opportunity to try to fraudulently obtain these public funds, thereby distorting their correct allocation[219].

The methods used by organised crime are varied. One of the most common methods of fraud is the creation of fictitious companies. These companies, although formally registered as agricultural holdings, have no real production activity. The data provided, such as the size of the area cultivated or the type of crops grown, are often falsified to obtain public funds. Another fraudulent practice is the manipulation of cadastral data by declaring land that is not actually cultivated or, in some cases, does not exist. There are also cases of illegal intermediation through corrupt practices[220].

## 4.2 Monitoring and Control of CAP Funds: The Complex European System

To curb the general risk of fraud in these funds, the European Commission has implemented a system of controls and audits to detect and recover irregular payments. The management and control system are structured on four levels: internal controls in the Member States, preventive controls on payments, audits by independent certification bodies, and final audits by the Commission. This system, with a single audit approach, makes it easier to identify errors and ensure healthier financial management.

Controls include administrative and on-the-spot checks, while the certifying bodies ensure the correctness of expenditure through annual audits. Since these audits, the Commission carries out further checks, clears the accounts annually and takes corrective action where necessary. Financial corrections are applied in the case of irregularities[221].

To protect the CAP budget against fraud, the Commission has implemented a targeted anti-fraud policy, including awareness-raising, risk assessment and cooperation with the European Anti-Fraud Office (OLAF). OLAF has the power to investigate cases of fraud or corruption, both within the EU institutions and among beneficiaries of funds.

However, investigations carried out by OLAF officials are purely administrative in nature and have no coercive powers. Consequently, the support and cooperation of the national authorities is essential not only to ensure the effectiveness of the investigations but also, and more importantly, to adopt any disciplinary, administrative or financial measures that may be appropriate where irregularities are detected[222].

OLAF conducts investigations into suspected irregularities in expenditure, whether involving fraud, and forwards the relevant investigation reports to the EU institutions or to the competent authorities of the Member States concerned. Based on its findings, the Office may recommend disciplinary, administrative, financial, or legal measures. OLAF's recommendations of a financial nature ask the competent national authority or EU institution to recover EU funds that have been misspent, whether fraud has been involved.

OLAF's typical investigative function is complemented by the investigative

function of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) [223], which has jurisdiction in cases of fraud against the EU budget, including financial transactions such as borrowing and lending, and offences - committed or attempted - involving the embezzlement or misappropriation of funds or assets belonging to the EU budget or to budgets managed by or on behalf of the EU.

## 4.3 Management, Monitoring and Control of CAP Funds in Italy

Because of the perimeter traced at European level, it is possible to affirm that the stage of management, monitoring and control of CAP funds at national level plays an essential role.

With reference to the Italian experience, the involvement of the various institutional actors mentioned above is a concrete and specific example of the need for coordination in the development of the administrative machinery[224], also with a view to combating agricultural fraud.

The actors involved are numerous. AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura) [225] is the main national paying agency responsible for the management, authorisation, payment and reporting of CAP payments, both for the first pillar (direct payments) and for the second pillar (rural development) and also acts as the coordinating body for the other paying agencies accredited at regional level. The Regions and Autonomous Provinces actively participate in the implementation of the Rural Development Programmes (RDPs), independently managing the funds where they have their own accredited paying agencies and collaborating with AGEA to ensure uniformity of administrative action and compliance with European rules.

In addition to the ICQRF (Central Inspectorate for the Protection of Quality and the Fight against Fraud in the Agrifood Sector), which carries out official inspections and controls on the spot and at the beneficiary's premises, there are other State bodies such as the Carabinieri for the Protection of the Agrifood Sector, the Forestry Corps (now integrated into the Carabinieri) and the Guardia di Finanza (Financial Police) [226].

It is interesting to note how the introduction of new technologies has made it possible to intensify these activities; in fact, since 2023, the Area Monitoring

System (AMS) has become an integral part of the Integrated Management and Control System for the CAP. This system uses satellite data from the *Sentinel, Copernicus* and *Egnos/Galileo* programs, integrated and automatically analysed, to verify the actual agricultural activity on the areas declared by farmers. Satellite images and GIS data are used to monitor the situation of agricultural parcels, which are assigned indicators (markers) that signal specific characteristics. The result of the control is represented by flags of different colours, including the yellow flag, which indicates the need for further verification.

Finally, the European Court of Auditors verifies the regularity and legality of the expenditure of European funds, drawing up annual and special reports, while the Italian Court of Auditors controls the financial management of CAP funds at national level, detecting any irregularities and inefficiencies[227].

Given that this integrated system is designed to ensure the effective use of Community funds, it cannot be denied that some weaknesses exist. The overlapping of different administrative structures, bureaucratic complexity, and the constant renewal of mafia infiltration techniques make these economic resources vulnerable to fraud and abuse.

The specific case of the management of CAP funds at national level provides ample scope for reflection on the need for a broader rethink of the development model for rural areas.

The use of satellite technologies, GIS and big data can be interpreted not only as technical support for control, but also as a strategic lever for transparency and prevention. However, for digitalisation to be truly effective, investment must also be made in staff training, interoperability between information systems and ethical data management.

In any case, the objective of protecting funds alone is not enough to combat the mafia macro-phenomenon, which has only one economic facet. There is a constant need to direct the various public policies towards promoting a socio-economic context that makes areas less permeable to the mafia, through inclusion, cooperation between farmers, the promotion of youth and women's work, and support for sustainable and legal agricultural practices.

# 5. State Countermeasures against Undue Assets Accumulated by Agromafias

## 5.1 Some Brief Considerations on the Coordinates of a System at the Crossroads of Criminal and Administrative Law

The hypothesis underlying the reflections in this section is that the State's responses to organised crime over the years should be integrated and diversified. As previously mentioned, these responses originate from the traditional criminal justice system, which has a repressive focus, and are supplemented by administrative law through instruments aimed at preventing the accumulation of assets through criminal activity[228].

The infiltration of organised crime into the fabric of society's economy has prompted the legal system to implement measures that directly impact the substantial economic capital on which organised crime is based[229]. It is sufficient to recall that the volume of business linked to illegal activities was estimated at over 2% of Italy's GDP in 2019[230]. To this figure, we must also add the proceeds obtained through infiltration into the legal economy. Indeed, the nature of ecomafie and agromafie can be understood in economic terms, as evidenced by the growing body of literature specialising in this new field of research[231].

It is widely acknowledged that a significant proportion of these illicit profits originate from organised crime infiltration of the agri-food sector. This sector is particularly vulnerable due to its high profit margins and fragmented regulatory oversight. In this context, administrative inspections and food safety monitoring systems play a crucial preventive role against agro-fraud[232]. Activities such as food safety and product traceability inspections are essential for monitoring and countering organised crime infiltration in the agri-food supply chain. These controls ensure compliance with hygiene and health standards, while also helping to identify management irregularities, fraud and labour exploitation patterns that are typical of illegal networks. Therefore, food safety[233] is closely linked to economic legality and represents one of the most effective forms of civil protection in the fight against agro-fraud.

Administrative inspections, particularly in areas such as food safety and supply chain monitoring, serve a dual purpose: they have a preventive function and help uncover irregularities that may indicate links with organised crime. These inspections often provide the initial evidence that can lead to judicial investigations and, ultimately, the seizure and confiscation of assets illegally accumulated by criminal networks.

Thus, inspections are a primary mechanism that supplements the broader legal tools available to the state, creating a link between law enforcement and repressive asset forfeiture measures.

Although the investigation primarily concerns administrative law, it is necessary, for the sake of systematic completeness, to correctly identify the criminal law measures aimed at tracing the illicit assets of organised crime.

We will discuss ablative measures[234], such as criminal seizure and confiscation, which refer to judicial measures that remove assets or rights from an individual. Seizure can be divided into five categories: evidentiary seizure (Article 253 of the Code of Criminal Procedure); precautionary seizure (Article 316 of the Code of Criminal Procedure); seizure for the purpose of confiscation (Article 321 of the Code of Criminal Procedure); and the specific seizure for the purpose of confiscation, as set out in Article 12-sexies of Decree-Law 306/1992[235] (a provision now incorporated into Article 240-bis of the Italian Criminal Code in 2018). Confiscation, on the other hand, consists of <<*the expropriation by the state of assets variously linked to the commission of a crime*>>[236].

The regulatory reference is to Article 240 of the Criminal Code, which distinguishes between optional and mandatory confiscation. The former can be ordered for things that served or were intended to commit the offence, or that are the product or profit thereof. The latter is ordered for things that constitute the price of the offence[237].

Another type of criminal confiscation is that for equivalent, which is based on the impossibility of proving a connection with criminal conduct. This extends the power of intervention to the monetary equivalent of the crime[238].

A further hypothesis of confiscation is based on a relative presumption. According to Article 12-sexies of Legislative Decree 306/1992, assets deemed to be the fruit of previous illegal activities in the offender's possession can also be confiscated[239].

In the context of the integration of the study of the state's responses to organised crime, the legal system, since 1982 and the Rognoni-La Torre Law[240], has supplemented the range of criminal measures with a system that combines the factors of prevention and patrimonial contrast[241]. These special preventive measures are taken before the crime is committed and differ from security measures, which are only applicable to dangerous persons who have committed a crime. This fully expresses the principles of prevention and social security[242].
Measures such as seizure and confiscation, which are now governed by articles 20 and 24 of the anti-mafia code, are discussed and defined as <<*interim judicial measures, or in any event measures that run in parallel with criminal proceedings, the effects of which may be irreconcilable with the final judgement*>>[243].
Furthermore, these preventive measures are based on the provisions of Article 16 of the Anti-Mafia Code and indications of mere affiliation with a Mafia association. Therefore, they are applied independently of the ascertainment of the social dangerousness of the person in charge[244].
Article 20 establishes that seizure is ordered by the court by reasoned decree and concerns assets of disproportionate value in relation to declared income or activity[245]. Confiscation, on the other hand, applies to assets that have already been seized and for which the owner or holder cannot provide legitimate proof of origin[246]. The presumption of responsibility for the preventive seizure and confiscation on circumstantial grounds differs from the twin measures in the criminal sphere, which are founded on respect for the principle of guilt beyond reasonable doubt[247].
Over the years, numerous investigative operations have resulted in the final confiscation of assets directly linked to criminal activities in the agri-food sector. These include agricultural land exploited through illegal employment or fictitiously registered in the name of nominees to evade patrimonial controls, as well as wineries, dairies, oil mills and food processing plants. These are often located in strategic areas and financed with unduly received public funds. They are also used to trade counterfeit or untraceable products and to distribute goods nationally and Europe-wide, often for the purpose of laundering capital. This approach, which involves removing economic resources from criminal organisations, has been crucial in disrupting illegal supply chains and reducing their ability to penetrate the legal market. Within this framework, confiscation in

its various forms integrates with other prevention and repression tools to help protect not only legality, but also food safety and free competition. Having established this general framework, this section aims to emphasise the significant role of public administrations in managing assets seized from organised crime.

## 5.2. The Administrative Procedure for the Social Reuse of Assets Confiscated from Organised Crime

Closing the circle of the complex web of measures to combat organised crime are those measures that combine prevention with the seizure of assets[248]. As detailed in the previous pages, the strength of agromafias is fuelled by a powerful flow of money and assets, which, when effectively targeted, allows for the <<*conversion of mafia social capital into pure social capital*>>[249]. These measures, ranging from seizure to confiscation[250], are part of the process of managing and allocating assets confiscated from organised crime, which is governed by Articles 35-51-bis of the Anti-Mafia Code[251].

The unifying achievement of 2011 is the result of almost thirty years of legislative stratification, initiated by Law no. 646 of 1982 (the Rognoni-La Torre Law), which had the intuition to target the heart of organised crime's wealth: its illegally accumulated assets[252].

Over time, the sic et simpliciter instruments of aggression have been combined with administrative procedures and institutions that guarantee <<*the conversion of assets confiscated from mafia organisations to social purposes*>>[253]. Law no. 109 of 1996 defined the procedures for managing seized assets and, at the same time, established a complex procedure aimed at assigning a public purpose to confiscated assets[254].

From an organisational point of view, however, in the initial construction of the framework, the role of the financial administration was enhanced, with the State Property Agency being given responsibility for the management of confiscated assets[255]. However, the regulatory developments and structural upgrade brought about by the 1996 law favoured the establishment of a new specialised agency. In fact, in 2010, the National Agency for the Administration and Destination of Assets Seized and Confiscated from Organised Crime (ANBSC)[256] was established, which, with its lights and shadows, can represent <<*the coherent and*

*mature outcome of a process of experimentation that has made it possible to test and verify in the field all the operational problems associated with the use of other organisational formulas*›› [257]. Despite what was then a positive intuition, the legislator intervened on several occasions to resolve several management issues faced by the Agency. An important regulatory step, which coincided with a general reform of the anti-mafia code, is Law no. 161 of 2017, which – not least – redefined the complex permeability between the actions of the prevention judge and the Agency [258]. The 2017 reform was followed by a further profound restructuring of the regulations with Decree Law no. 113 of 2018, which had the merit of addressing several intricate aspects of the legislation in question [259], and, most recently, under the reformist impetus of the PNRR, other important amendments entrusted to Decree Laws no. 77 and 152 of 2021 [260].

In the process described above, what is of interest here is to examine in greater depth the path taken by the 1996 law. The system of social reuse, which involves returning to the community what has been unduly accumulated by a few, generates substantial and organisational changes in administrative action [261]. The social destination does not only influence the conclusion of the destination procedure – with a relative broadening of the subjective pool involved, both institutional and non-institutional – but also has direct effects on the content of the public interests pursued.

Already in the original structure, the legislator modulated the regulations, aiming to restore the violated legality as a pre-eminent public interest [262]. The content of the public purposes underlying the administrative phase of management and allocation of assets, according to some scholars, should be interpreted in a minimalist sense [263], applying the principle of legality to two specific coordinates: affliction and restoration of public order [264]. Starting with the 1996 law, the content of legality has been enhanced by the social character of the administrative destination of the asset. This gives rise to a so-called symbolic function of the destination, through which the administration not only represses but, by returning confiscated assets to the community and enhancing their value, counteracts the social roots that are the real driving force behind organised crime in the area [265]. Local communities, in their various formal and informal forms, go from being strangers to this procedure to becoming, at the same time, recipients of the symbolic return of the property, but also active subjects aimed at

regenerating it[266].

The transformation also concerns the organisational profile and involves the very role of the National Agency, which is changing ‹‹*from an authority exclusively assisting the judicial system (...) to a genuine administrative authority with its own powers aimed at ensuring the successful allocation of assets*››[267].

According to the latest data available from the ANBSC (relating to real estate), in 2023, social reuse remains the ‹‹*absolute priority pursued by the Agency*››[268], with an absolute prevalence of assets allocated to local authorities, which in one in three cases give priority to projects with the third sector (34% of cases)[269].

Of course, the numbers should not be misleading. While the social extension of the content of legality and the greater use of civic planning seem to be the right path to follow, the objective difficulties encountered in these decades of application of the regulations cannot be ignored[270]. These range from the length and complexity of administrative procedures to the concrete risks of non-use and simultaneous deterioration of the property before allocation, as well as the not always effective management of the property by local authorities, even after the procedure has been completed[271].

It is therefore clear that the main challenge lies in finding ways to ensure the effective reuse and enhancement of confiscated assets[272]. In this context, project collaboration with civic organisations appears to be too valuable a resource to be relegated to a marginal or occasional role. For example, the use of temporary entrustment[273], even before final confiscation, of award criteria that give preference to local authorities that already have project agreements with civic organisations in the area and ‹‹*making use of the availability of even less structured organisations*›› are concrete corrective measures to the current allocation system[274]. A system that would progress towards social co-responsibility, supported by forms of inter-institutional collaboration[275] that pave the way, as already suggested by authoritative doctrine, for the full implementation of the dictates of shared administration of confiscated assets[276].

In this perspective, these can be considered commons in the fullest sense of the term, ‹‹*because they are private goods, the fruit of criminal activity, confiscated by the State and then returned to civil society, which, through its various structures (associations, cooperatives, etc.), manages them in the general interest*››[277].

An alternative, not substitute[278], channel that passes through instruments and

procedures that define the content of legality as a function shared with citizens, through the use of collaboration agreements: that is, virtual places where citizens and the administration together define what is in the general interest of the community[279].

The last issue that deserves further consideration concerns confiscated agricultural land and its management and use. There are at least two aspects of interest here. The first is quantitative, given that the share of agricultural land currently managed by the Agency is significant, accounting for almost 40% of the total assets under management[280]. The second is qualitative and concerns the symbolic and social value of reusing this type of asset, particularly in connection with the role assigned to agriculture[281]. Remaining on the latter point, it is necessary to once again focus on the public interest underlying the management of such assets. Under Art 48, par. 3, lett. c) of the Anti-Mafia Code, agricultural land may be used <<*solely for institutional or social or economic purposes, with the proceeds being reused for social purposes*>>, with the involvement of local authorities, which mostly decide to entrust the management to third parties[282]. However, by confirming the social function of the use of confiscated land, this provision could run the risk of limiting the potential offered by agriculture, in the perspective, clearly indicated by doctrine, of so-called social agriculture[283]. There is debate about the particular link that exists between agricultural production and the protection of the soil and the environment. In particular, in the case of agricultural land, even before it is allocated, a whole series of actions are required in the initial phase of management of the property, ranging from the restoration of the soil to the necessary reclamation work and waste disposal[284]. In this scenario, there is the possibility of promoting the establishment of ethical cooperatives formed by agricultural entrepreneurs who collectively take responsibility for these interventions[285]. If, in fact, the public interest is to be established in the return of confiscated land to the community, the implementation of network relationships and synergies can lead to further enhancement, including economic and productive, of the asset.

Finally, what we want to highlight is that, in this perspective, <<*confiscated land would take on a particularly significant symbolic value, becoming the symbol of an economy that is reborn with respect for rights*>>[286]. We cannot forget how closely economic activity on the land is also linked to working conditions and the

scourge of labour exploitation. The construction of ethical production chains would make it possible to embark on a highly symbolic path of respect for the values of the products made and for workers' rights, establishing itself as an effective tool for preventing the infiltration of agromafias into the economic and legal fabric, as discussed at length in the previous pages[287].

Within this framework, the State would have the task, as part of the administrative procedure for the management and allocation of confiscated land, of promoting the creation and growth of ethical production chains that respect both the value of the products and regular employment[288].

## 6. Conclusion

One of the most compelling aspects of the investigation - worth highlighting again in the conclusions - is the correlation, repeatedly emphasized throughout the analysis, between the policies and strategies aimed at promoting environmental sustainability in the agri-food sector and addressing the impacts of climate change, and the administrative law tools, institutions, and functions designed to prevent and combat organized crime infiltration in the same sector.

As noted, a necessary and virtuous cycle emerges between these public policies and their corresponding administrative functions: progress in the ecological transition, particularly as it affects the agri-food system, should go hand in hand with a gradual reduction in organized crime infiltration.

At the same time, environmental crime not only causes serious harm to both the environment and the legitimate economy but also poses a significant threat to the achievement of circular economy goals - especially in the waste sector. Consider, for example, supply chains that mimic circular economy practices (such as the fraudulent recycling of materials, where waste is falsely labeled as "end-of-waste" without ever undergoing the necessary treatment processes). Another critical risk involves mafia infiltration into the funds allocated under the National Recovery and Resilience Plan (PNRR).

In other words, the introduction and implementation of public strategies, policies, and measures aimed at achieving sustainability goals through government intervention should also lead to a decline in the influence of organized crime within the agri-food sector. This correlation is expected to grow

stronger as the agri-food system evolves further toward environmental sustainability, biodiversity, and carbon neutrality. At the same time, businesses in the sector will increasingly be required - under European law - to meet Due Diligence[289] obligations, comply with ESG (Environmental, Social, and Governance) standards, and align with sustainable finance criteria.

These ESG criteria form a comprehensive framework for evaluating business and investment sustainability. They are divided into three main areas: environmental (impact on the environment, resource use, greenhouse gas emissions), social (working conditions, human rights, community impact), and governance (transparency, corporate ethics, management structures). As will be explored later, the synergy among sustainable finance, ESG standards, and environmental law will further reinforce this correlation.

The interconnectedness of these approaches reflects the integrated vision of the 2015 UN 2030 Agenda, where environmental protection and social and ethical responsibility are tightly interwoven. This is evident in the coexistence of Goal 2: "Zero Hunger – end hunger, achieve food security, improve nutrition and promote sustainable agriculture", with objectives that are inherently linked to ecological transition and circular economy models. It also ties in with Goal 12: "Responsible consumption and production" and Goal 13: "Climate action – take urgent action to combat climate change and its impacts". Together, these goals are closely connected to Goal 8, which aims for "sustained, inclusive, and sustainable economic growth".

This interrelationship is further highlighted in the growing legitimacy - first at the international level, and later at the European and national levels - of public procurement policies that guide markets toward circular and sustainable purchasing. These policies encourage European industries to shift toward more sustainable production methods.

The increasing recognition of Green Public Procurement (GPP) as an industrial policy tool for internalizing environmental and social priorities in market dynamics should go hand in hand with a decline in organized crime involvement in these sectors.

Accordingly, under the revised Article 41(3) of the Italian Constitution, public demand can help shape the environment as a driver of economic freedom – one that respects both legality and environmental protection.

In the same spirit, the revitalization of the Do No Significant Harm (DNSH)[290] principle in public interventions aimed at subsidizing economic activities is crucial. The DNSH principle stipulates that an economic activity, to be considered sustainable, must not cause significant harm to any of the EU's six environmental objectives: climate change mitigation, climate change adaptation, sustainable use and protection of water and marine resources, transition to a circular economy, pollution prevention and control, and protection and restoration of biodiversity and ecosystems (Articles 9 and 17 of the Taxonomy Regulation).

The DNSH principle is designed to be complementary and consistent with ESG criteria. Though these frameworks originated in different contexts and timeframes, they are increasingly converging - both technically and legally - within the European sustainable finance regulatory framework.

It's also worth noting the strong connection between DNSH, sustainable finance, and the transition to a circular economy - one of the core objectives of the Taxonomy Regulation[291]. This points to the need for a more integrated approach, replacing the current fragmentation of public funding mechanisms for private economic activities. Sustainable finance, ESG compliance, and circular economy goals must become interconnected pillars in the broader ecological transition and the transformation of European industry toward resilient and regenerative production models[292].

The expansion of the DNSH principle from the Taxonomy Regulation into the conditional funding of economic activities represents a quiet but profound shift[293]. Although initially introduced through the Taxonomy Regulation, its first major application outside the sustainable finance context came with Regulation (EU) 2021/241 on the Recovery and Resilience Facility (RRF)- Italy's National Recovery and Resilience Plan (PNRR) being a notable example. This regulation established how the DNSH principle should be applied, and it was later updated on October 11, 2023.

In Italy, the application of DNSH was supposed to begin with the PNRR[294]. However, it was initially overlooked, as the plan lacked the required DNSH self-assessment- that is, the explanation of how no measure for implementing the reforms and investments included would cause significant harm to environmental objectives (Article 18(4)(d) of the RRF Regulation).

Eventually, and without any preparatory training for public administration officials tasked with enforcing DNSH, the Ministry of Economy and Finance issued Circular No. 32 on December 30, 2021. This included an "Operational Guide for Complying with the Do No Significant Harm (DNSH) Principle".

The relationship between sustainable finance and environmental law is shaping up to be one of the most important innovations within the EU's legal and institutional landscape. As emphasized, the DNSH principle requires that every environmentally sustainable activity or investment, and every initiative financed with European public funds, must not cause significant harm to any of the EU's six environmental goals[295]. In this context, compliance with national and EU environmental laws is not just a formality- it is a substantive condition for DNSH alignment.

DNSH thus goes beyond mere technical compliance with environmental criteria: it incorporates the entire body of environmental law as the legal foundation of sustainable finance.

Today, DNSH is a fundamental tool for sustainable finance, the circular economy, and the green transition, and it marks a major legal innovation in European environmental policy. It represents the convergence of environmental law and sustainable public finance, offering a cross-cutting standard that guides public policy toward ecological transformation and intergenerational responsibility.

At the same time, this convergence could become a powerful means of monitoring how subsidies are allocated to businesses – not only to assess alignment with Taxonomy Regulation objectives, but also as a mechanism to ensure compliance with the rule of law. This is especially critical, given that the flow of funds tied to the implementation of the PNRR presents both the greatest risks and the most significant opportunities for organized crime to infiltrate and profit.

In this light, the path of ecological transition – especially through its administrative law instruments – should also be seen as a strategic avenue for combating the phenomenon of agromafias.

1. This contribution is the result of a joint reflection by the Authors, developed within the framework of the research activities carried out under the Permanent Observatory on

Legality project at the University of Parma, funded by the Emilia-Romagna Region. Solely for the purpose of formally attributing each author's contribution, paragraphs 1 and 6 are credited to Monica Cocconi, paragraphs 2 and 5 are credited to Nicola Granato, while paragraphs 3 and 4 are credited to Alessia Depietri (her research activity is funded by European Union - Next Generation EU, Mission 4 Component 1, CUP: D92B22000500005).

2. Please refer to M. Renna, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 151. According to the Author: «*The principle of vertical subsidiarity has an intrinsically and physiologically ambivalent value, since, depending on the scope and consistency of the public functions to be conferred, its application can push these functions either "downwards" or "upwards"*» (free translation).
3. See M. Cocconi*, Sostenibilità dell'accesso al cibo e neutralità climatica: un equilibrio da ricomporre?*, in *Federalismi,* 27, 2023, pp. 1 ff.
4. On this aspect, see A. Nicoli, *Economia circolare e contrasto alla criminalità ambientale nel ciclo dei rifiuti*, in *Federalismi*, 7, 2023, pp. 129 ff.
5. For an in-depth analysis see, D. Bevilacqua, *Il Green New Deal*, Giuffré, Milano, 2024.
6. See M. Monteduro, *Alimentazione e ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 352 ff.; Id., *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in *RQDA*, 1, 2015, pp. 88 ff.
7. European Commission, *COM(2020) 381 final*, Brussels, 1 July 2020.
8. S. Cassese*, Il sorriso del gatto*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX sec.*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 314 ff.
9. On the specificity of legal investigation processes compared to those of other social sciences, see M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, 1940, p. 204: «*Legal investigation processes are not the procedures that have recently been referred to as data collection, nor are they the logical procedures that lead to the determination or redetermination of legal concepts and their definition, but rather procedures of a different nature, which are aimed at the critical approach to all the other procedures mentioned above, i.e. the procedures that pose and set legal problems*» (free translation). Allow me also to refer to M. Cocconi, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX sec*., cit., pp. 269 ff.
10. On these aspects, see M. Talacchini, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, *Ambiente e diritto*, I, Olschki, Firenze, 1999, pp. 74 ff.
11. See, in this regard, Article 191(3) of the TFEU, which explicitly provides that the Union's environmental policy must be based on consideration of the "available scientific and technical data" and the "environmental conditions in the various regions of the Union," as well as on a prior cost-benefit analysis, that is, "the potential benefits and costs of action or lack of action."
12. In this regard, see for example the opinion of the Economic and Social Committee of the

European Community on the topic "The Use of the Precautionary Principle," published in the OJEC of 19 September 2000, No. C 268, pp. 6–11, which states that «*precaution is different from prevention. In order to choose prevention in the face of a risk, it must be measurable; prevention is only possible when the risk is measurable and controllable*» (point 2.7).

13. See G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico,* in *Dir. pubbl.*, 3, 2004, p. 1088.
14. See Cons. St., 31 August 2023, n. 8098.
15. Italian Cons. St., 26 October 2023, n. 9265.
16. See M. Cocconi, *Il perimetro del principio di precazione e la tutela della salute*, in *Gior. dir. amm.*, 2, 2024, pp. 243 ff.
17. ECHR, Grand Chamber, *Cannavacciuolo and Others v. Italy*, judgment of 30 January 2025, appl. no. 75321/20. In this pilot judgment, the Court found a violation of Article 2 of the ECHR (right to life) by the Italian State due to the inadequacy of the measures taken to protect public health in the area known as the "Terra dei Fuochi" ("Land of Fires"), which has been severely contaminated by hazardous waste and illegal burning. The Court ordered structural measures to address the systemic failure identified.
18. M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, pp. 179-180.
19. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909; Id., *L'ordinamento giuridico*, I ed., Spoerri ed., Pisa, 1918.
20. Among others Unep, *Keeping the promise. Annual Report*, 2023, pp. 13 ff.; Id., *We are all in this together. Annual Report*, 2024; International Resource Panel (IRP), *Global Resources Outlook. Natural Resources for the Future We Want*, 2019.
21. Already in 2019, in Resolution 2019/2930(RSP) of 28 November 2019 on the climate and environmental emergency, the European Parliament declared that ‹‹*a climate and environmental emergency*›› inviting ‹‹*the Commission, Member States and all global actors*›› and declaring ‹‹*its commitment to urgently take the concrete actions necessary to combat and contain this threat before it is too late*››.
22. F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Giappichelli, Torino, 2023 provides an in-depth analysis of the term "energy transition", which summarises both energy and production transitions. The book also contains an extensive national and international bibliography on the subject. On the need for transition paths, suffice it to say that in the last fifty years, global material extraction has tripled and continues to grow, and about half of greenhouse gas emissions (and more than 90% of biodiversity loss and water stress) are due to extraction and transformation processes. On the concept of ecological transition ‹‹*destined to commit agriculture to a process of reducing emissions and developing renewable energy*››, see S. Masini, *‹‹Transizione ecologica›› dell'agricoltura*, in *Diritto agroalimentare*, 1, 2022, pp. 45 ff.
23. G. Manuguerra, *L'influenza della criminalità organizzata sul settore ambientale: il*

*fenomeno delle ecomafie*, in S. Sparacia, F.A. Cimino, *Nuovi orientamenti di economia e diritto in tema di tutela ambientale*, Ipsoa, Milano, 2019, p. 136. For an in-depth analysis on the topic, see also P. Pinotti, *The economic costs of organized crime: evidence from southern Italy, Temi di discussione*, Banca d'Italia, 868, 2012.

24. Legambiente, *Ecomafia 2024. Le storie e i numeri della criminalità ambientale in Italia*, 2024; G. Manuguerra, *L'influenza della criminalità organizzata sul settore ambientale*, cit., p. 136, where the author, following a multidisciplinary approach, outlines the phenomenon with different connotations, depending on whether it is viewed from a sociological, clinical-health or economic perspective; A.C. Nicoli, *Economia circolare e contrasto alla criminalità ambientale nel ciclo dei rifiuti. Alla ricerca di un approccio integrato*, in M. Cocconi, *Il mosaico dell'economia circolare. Regole, principi, modelli*, FrancoAngeli, Milano, 2023, pp. 133 ff.
25. C. Camarca, *Dizionario enciclopedico delle mafie in Italia*, Castelvecchi, Roma, 2013, p. 33, ‹‹*Term used to indicate the influence of organised crime of a mafia type in the agricultural and pastoral sector and in the food and wine industry in general. Control is exercised both in the production phases and in those intended for intermediation and transport, up to marketing (...)*››; M. Rizzo, *voce Agromafie*, in M. Mareso, L. Pepino, *Dizionario enciclopedico di mafie e antimafia*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 2013, p. 9.
26. The words of Don Ciotti are evocative, who spokes of a situation of "endless emergency", E. Calabria, A. D'Ambrosio, P. Ruggiero, *Beautiful Cauntry*, Rizzoli, Milano, 2008.
27. G. Manuguerra, *L'influenza della criminalità organizzata sul settore ambientale*, cit., p. 141.
28. G. Gatti, *Le strategie di contrasto alle agromafie e alle condotte di riciclaggio*, in *Diritto agroalimentare*, 1, 2022, pp. 159 ff., where A. notes that ‹‹*The mafia criminal system's approach to agriculture and pastoralism was initially parasitic in nature*››, however, this model has been superseded and replaced by an entrepreneurial scenario that is ‹‹*extremely complex and varied, constantly evolving*››. See S. Masini, *‹‹Agromafie››: tipologia criminale e connotazione normativa dell'associazione per delinquere*, in *Diritto agroalimentare*, 3, 2018, pp. 593 ff.
29. On this point, it seems more useful to refer to §4.
30. VV. AA., *Agromafie. 6° Rapporto sui crimini agroalimentari in Italia 2019*, Minerva, Bologna, 2019, p. 17, ‹‹*there are no areas free from the presence of large and small criminal organisations: production, processing, transport, marketing and sale to the public*››. For further information on the phenomenon of agromafias and their vast scope of action, please consult the atlas provided by Legambiente and available at: https://noecomafia.legambiente.it/agromafia/.
31. Ivi, p. 20. It is a system characterised by coordinated and interdependent relationships between a multitude of actors and decision-making levels, confirming ‹‹*the transition of the mafia from the streets to the hushed rooms of boardrooms and major financial centres*››.

32. G. Manuguerra, *L'influenza della criminalità organizzata sul settore ambientale*, cit., p. 142. The evocative term "grey area" refers to collusion and complicity with the mafia, ‹‹*i.e. the spaces that give rise to relationships and business dealings with individuals who are not strictly mafia members*››. See G. Gatti, *Le strategie di contrasto alle agromafie*, cit., p. 167, ‹‹*through the involvement of an increasingly widespread network of professionals and officials belonging to the so-called grey area*››.
33. Reference is made to C. Pedrazzi, *L'involuzione del diritto penale economico*, in M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile (eds), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, vol. I - Diritto penale, Giuffrè, Milano, 1991, p. 623.
34. S. Masini, ‹‹*Agromafie*››, cit., p. 608.
35. Legambiente, *Ecomafia 2024*, cit.
36. VV. AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit., p. 70, where reference is made to a "liquid mafia" to indicate ‹‹*the widespread infiltration of the criminal economy into contexts that were originally oriented towards legality but are increasingly being bent to the logic of malfeasance through the use of illicit means that destabilise the market*››.
37. S. Masini, ‹‹*Agromafie*››, cit., p. 606.
38. G.A. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare. Organizzazione, regolazione e controlli*, in *Diritto agroalimentare*, 3, 2019, pp. 617 ff., where the author highlights the complex organisational structure of public authorities, which is multi-layered and in line with the principles of subsidiarity, differentiation and adequacy, confirming that food legislation is steeped in public law principles and rules, especially administrative law.
39. The literature on this subject is vast, so we prefer to focus on contributions that have highlighted, on the one hand, the process of juridification of food law M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2015, p. 657, summarised in the two conditions of the expansion of institutional purposes and the broadening of the scope of regulatory intervention to be extended to the entire food chain; Id., *Quale futuro per la regolazione alimentare*, in *Milan Law Review*, 2, 2021, pp. 59 ff.; S. Gardini, *Il controllo amministrativo della filiera agroalimentare*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2024, pp. 91 ff..
40. M.C. Rizzuto, *La sostenibilità come chiave di sintesi dell'economia circolare: prospettive e criticità nella filiera agroalimentare*, in S. Gardini, *Percorsi di circolarità, tra diritto ed economia*, in *Il diritto dell'economia*, special number, 2023, p. 127. In this process, due consideration must also be given to the transition from a ‹‹*purely food safety perspective, focused on the hygiene and health safety of food, to a perspective that also embraces food security, understood as ensuring that all human beings have access to sufficient food at reasonable prices to enable them to survive*››. M. Ramajoli, *Quale futuro per la regolazione alimentare*, cit., p. 70.
41. S. Gardini, *Il controllo amministrativo*, cit., p. 94. This evolution can be summarised in three historical phases: in the first, the task of the public administration was exclusively aimed at intervening in situations of poor hygiene (so-called health and hygiene policing);

in the second, with the emergence of the issue of food security, there was room for more direct and proactive intervention by the state; in the third and final phase, however, there was a shift towards food as a strategic productive factor and a tool for economic and market development.

42. There is a wide range of literature focusing on the links between food regulations and environmental protection, see G. Rossi, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *RQDA*, 1, 2015, pp. 1 ff.; M. Monteduro, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, cit., pp. 88 ff. Even earlier M. Gnes, *Alimenti*, in MP. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 119 ff. and see S. Carmignani, *Agricoltura e ambiente. Le reciproche implicazioni*, Giappichelli, Torino, 2012.
43. S. Gardini, *Il controllo amministrativo*, cit., p. 110.
44. In accordance with Article 117 of the Italian Constitution, food matters are subject to concurrent legislative power but are intertwined with other matters falling under the exclusive legislative power of the State, including competition and the environment.
45. Ivi, p. 96. The principle of prevention is solemnly affirmed in the field of foodstuffs in Regulation 2002/178/EC, which lays down the general principles and requirements of food law. See L. Costato, *Dal diritto dell'agricoltura al diritto agroalimentare*, Editoriale, in *Diritto alimentare*, 3, 2023, pp. 1 ff.; F. Albisinni, *La dimensione transazionale del diritto alimentare*, Editoriale, in *Diritto alimentare*, 4, 2023, pp. 1 ff.; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; P. Borghi, *Il rischio alimentare e il principio di precauzione*, in A. Germanò, L. Costato, *Trattato di diritto agrario*, Rook Basile, Torino, 2011.
46. M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, cit., p. 663.; G.A. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare*, cit., p. 627.
47. Ivi, p. 624, ‹‹*The layered regulatory framework developed over the years has given rise to agri-food legislation with undeniable public policy overtones, whose international dimension is primarily aimed at promoting trade*›› and the values of competition ‹‹*economic freedom of movement in the market and consumer protection, both in terms of health protection and the guarantee of informed choices*››. See M. Monteduro, *Alimentazione e ambiente*, in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 352.
48. For an analytical review of the wide range of international, European and national sources on food, see F. Albisinni, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Giappichelli, Torino, 2017.
49. M. Ramajoli, *Quale futuro per la regolazione alimentare*, cit., p. 62.
50. The European Food Safety Authority (EFSA) is an independent EU authority established by Article 22 of Regulation 2002/178/EC, which provides scientific advice and information on existing and emerging risks associated with the food chain, with the aim of protecting consumers from risks in the food chain. For an in-depth analysis see M. Cocconi, *The balance between science and policy in the public decision-making process: the EFSA case (European Food Safety Authority),* in *RQDA,* 3, 2020, pp. 233 ff.

51. For further information on this body, please refer to D. Bevilacqua, *The Codex Alimentarius Commision and its Influence on European and National Food Policy*, in *European Food and Feed Law Review*, 1, 2006, pp. 3 ff.
52. On the value of planning in the agri-food sector, see S. Masini, *‹‹Transizione ecologica››*, cit., p. 60, With regard to ecological planning within the Ecological Transition Plan (PTE), where *‹‹agriculture is now recognised as having a function that goes beyond production (...) It is clear that adjustments and shifts in the matter (...) are defined not so much around the imposition of limits or prohibitions but, to a much greater extent, around content that promises to find a sustainable way of relating to other forms of life and the environment in which they exist››*. See S. Gardini, *Il controllo amministrativo*, cit., p. 101, *‹‹In the case of food safety, only through preventive planning is it possible to consider all the elements that influence – directly or indirectly – agricultural and livestock production, integrating health and hygiene aspects with everything related to product quality and commercial regulations››* (free translation).
53. M. Ramajoli, *Quale futuro per la regolazione alimentare*, cit., p. 64 (see bibliography there).
54. The new name, which is not simply a change of name, was introduced by Legislative Decree no. 173/2022, marking the transition from the Italian Ministry of Agricultural, Food and Forestry Policies to the current Masaf.
55. Directive of the Minister of Agriculture, Food Sovereignty and Forestry, Prot. no. 38839 of 29 January 2025, defining the general guidelines on administrative and management activities for 2025. Document available at: https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/21734.
56. S. Gardini, *Il controllo amministrativo*, cit., p. 108. Regulation 2017/625/EU of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on official controls on food and feed has been transposed into Italian law by Legislative Decree no. 27/2021. Recital 20 of the Regulation states that it *‹‹aims to establish a harmonised framework at Union level for the organisation of official controls and official activities other than official controls throughout the agri-food chain››*. For further information on this topic, see F. Albisinni, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione*, in *Diritto alimentare*, 1, 2018, pp. 11 ff.; F. Aversano, *Sul controllo ufficiale nella filiera agroalimentare: antiche questioni e nuovi modelli*, in *Diritto agroalimentare*, 2, 2020, pp. 249 ff.; Id., *Controlli ufficiali del Made in Italy e strumenti di tutela*, in *Diritto agroalimentare*, 3, 2021, pp. 433 ff.
57. Established at the Masaf on 13 March 2023, the Control Room is composed of the Inspectorate (ICQRF), the Carabinieri Commands for Agri-Food Protection and Forest and Park Protection, the Finance Police, the Fisheries Department, the Agency for Agricultural Subsidies (Agea) and the Customs Agency. The text of the press release is available at the following website: https://www.politicheagricole.it/lollobrigida_cabina_regia.

58. M. Delli Santi, *Agromafie e Agropirateria. La criminalità organizzata ed economica nel comparto agro-alimentare. Analisi e azioni di contrasto*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 1, 2014, pp. 5 ff.; VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit., 285 ff.; G. Gatti, *Le strategie di contrasto alle agromafie*, cit., p. 176.
59. Masaf, *Piano operativo dei controlli nel settore agroalimentare (POC) 2025*, text available at: https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/7683.
60. Masaf, *POC 2025*, cit., p. 3. The activity planning contained in the 2025 POC considers the national strategic objectives set out in the 2023-2027 Multi-Year National Control Plan (PCNP) and the economic and risk analysis, also in accordance with Regulation 2017/625/EU on official controls carried out by the ICQRF.
61. The term "Italian sounding" refers to ‹‹*the set of practices involved in the production and marketing of products that sound Italian, a phenomenon that involves a significant loss of market share for Italian trade*››, see VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit., p. 33. On the central importance of combating Italian sounding, see S. Masini, *I Carabinieri e la "linea del Piave" nella difesa di salute, alimentazione e Made in Italy agroalimentare*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 1, 2024, p. 122.
62. To give an idea of its attractiveness to organised crime, consider that Masaf as a whole has been and continues to be responsible for managing resources amounting to €4.88 billion, with targets to be achieved by 2026 – PNRR funds (see Masaf, *POC*, cit., p. 12).
63. Consider the Masaf Integrated Activity and Organisation Plan (PIAO), with a three-year programme for 2024-2026, and the document submitted for consultation for the following three-year period 2025-2027. These documents can be consulted at: https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/18672. From 2022, the PIAO will also include the Three-Year Plan for the Prevention of Corruption and Transparency (PTPCT). From a systematic perspective, therefore, the PIAO will also replace the PTPCT, ‹‹*providing for the definition of appropriate tools to pursue maximum transparency in the results of activities and administrative organisation and to achieve the objectives in the fight against corruption, with a view to simplifying compliance requirements in this area*››. See Masaf, *Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza 2022-2024*, p. 4.
64. See the entire Chapter 6 of the report by VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit., pp. 282 ff., which reports on the activities of the main law enforcement agencies involved in combating agromafias (GdF, Nucleo e Comandi dei Carabinieri, ICQRF); G. Gatti, *Le strategie di contrasto alle agromafie*, cit., pp. 176 ff. To support the vision of coordination described above, it is also useful to consult the "Rivista della Rassegna dell'Arma dei Carabinieri".
65. F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico*, cit., p. 256. The aim is to meet the need for a public administration system in the environmental field that is systemic, holistic and comprehensive.
66. Article 120 of the Italian Constitution is interpreted in accordance with the principles of

subsidiarity and loyal cooperation and applies to the integration and coordination of activities at the state and regional levels of the public administration.

67. Without forgetting the contribution of the Regions and their central role in the management of European and national funds allocated to the supply chain, through the activities of the regional agencies for payments and/or disbursements, reference is made here to the contribution through regional provisions and plans to combat organised crime. For instance, we can mention Regional Law no. 18 of 2016 of Emilia-Romagna and, in conjunction with this, the Integrated Plan of Regional Actions for the Promotion of a Culture of Legality and Responsible Citizenship and the Prevention of Organised Crime and Corruption 2022-2023 (implementing Article 3 of the aforementioned regional law).
68. S. Gardini, *Il controllo amministrativo*, cit., p. 104. Regarding official controls, in addition to the central role assigned to the multi-annual national control plan ‹‹*the regions are granted the power to plan and initiate official control activities even outside the national programme*››; G.A. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare*, cit., p. 627. See C. Losavio, *L'agricoltura contadina tra interventi nazionali in favore delle piccole produzioni locali e del chilometro zero e interventi regionali a presidio e custodia del territorio*, in *RQDA*, 1, 2023, pp. 266 ff. (free translation).
69. The heterogeneity of the contributions made by the regions can also be explained by the specific objectives set in this area, such as assets confiscated from the mafia, illegal waste management, labour exploitation, etc. For a region-by-region analysis, we recommend the in-depth report by Avviso Pubblico. Local authorities and regions against the mafia and corruption, available at the following website: https://www.avvisopubblico.it/home/home/cosa-facciamo/informare/documenti-tematici/mafie/organismi-regionali-locali-materia-contrasto-della-criminalita-organizzata-la-legalita/.
70. G. Gatti, *Le strategie di contrasto alle agromafie*, cit., p. 183, where ‹‹*A third and final pillar of the network consists of promoting the role of associations active in the area (...) specifically in relation to the agro-mafia sector, with a particular focus on trade unions and associations representing the various components of the agricultural and agri-food sector*›› (free translation).
71. Among these, we can mention Regional Law no. 28 of 2006 of Puglia on combating irregular work, the organisational measures of the Basilicata and Calabria regions, and Regional Law no. 3 of 2018 of Campania on actions for the reuse of assets confiscated from organised crime and provisions for the Regional Plan for confiscated assets.
72. In this sense see G. Gatti, *Le strategie di contrasto alle agromafie*, cit., p. 182, ‹‹*The second level of the network for combating mafia infiltration is represented by stable institutional cooperation between the investigating judicial authorities and the Prefectures*›› (free translation).
73. Direzione Investigativa Antimafia (DIA), *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia, Luglio-Dicembre 2023*, p. 198. The anti-mafia measures system is based on the distinction between anti-mafia communication (Articles

87-89 of the Anti-Mafia Code), which consists of certifying the existence or otherwise of one of the causes for forfeiture, suspension or prohibition provided for by the Code, and anti-mafia information (Articles 90-95), which is of a liberating or prohibitive nature. See M. D'Amico, M. Granocchia, *L'infiltrazione epidemica delle holding mafiose. La documentazione antimafi*a, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 1, 2024, p. 9.

74. See infra §3.2.
75. Article 1, paragraphs 52-57, Law no. 190 of 6 November 2012. The business activities for which registration on the white list at the competent Prefecture is required include, among others: extraction, supply and transport of earth and inert materials, processing and transport of concrete and bitumen, cold rental of machinery, hot rental, road transport on behalf of third parties, catering, canteen management, environmental services – including waste collection, treatment and disposal, as well as national and transnational transport, etc.
76. For example, consider the recent pre-litigation opinion no. 407 of 11 September 2024 issued by ANAC, which clarifies that for waste management and social care catering companies, registration on the whitelist is mandatory, even if not expressly provided for in the tender law. The text can be consulted at the following website: https://www.anticorruzione.it/documents/91439/190202964/Parere+di+precontenzioso+n.+407+del+11+settembre+2024.pdf/5cec6af0-ec4e-a617-a26c-cf9157a3e5b8?t=1727441876520.
77. Legislative Decree no. 267 of 18 August 2000, as amended (Local Authorities' Unified Text – TUEL).
78. Articles 141-143 of the TUEL, concerning the dissolution of the entire municipal and provincial council, and Article 142, concerning the "Removal and suspension of local administrators". For further information on the issues raised by the above provisions, please refer to the in-depth investigations by Avviso Pubblico, *Le mani sulla città. Dossier sui comuni sciolti per mafia nel 2021 e focus sui 30 anni di applicazione della legge sullo scioglimento degli enti locali*, 2021; Id., *Amministratori sotto tiro. Rapporto 2023.*
79. Article 135, TUEL, reclassified as "Communication of resolutions to the Prefect". In the two situations referred to above, the Prefect, in exercising his powers or those delegated to him by the Ministry of the Interior, may request the competent state and regional bodies to take the control and replacement measures provided for by law.
80. S.M. Sisto, *Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa*, in *I quaderni di paweb.it*, 4, 2016, p. 5.
81. M. D'Amico, M. Granocchia, *L'infiltrazione epidemica delle holding mafiose*, cit., p. 34.
82. Article 94-bis, Anti-Mafia Code, reclassified as "Administrative measures of collaborative prevention applicable in cases of occasional facilitation". According to the text of the provision, these measures refer to organisational measures aimed at removing and preventing the causes of occasional facilitation, communicating to the joint task force set up at the prefecture, within fifteen days of their completion, the acts of disposal, purchases or payments made and received, professional assignments conferred, administrative or

fiduciary management assignments received, and to use a dedicated bank account for payment and collection transactions as well as for financing. See infra § 3.4.2.

83. Corruption prevention is ANAC's main line of action, which is divided into various activities, including: preparing the National Anti-Corruption Plan (PNA); supervising the adoption of the PTPC; exercising its power to issue orders and impose sanctions in the event of failure to adopt the PTPC; and supervising whistleblowing reports. Recently, the 2024 update of the 2022 PNA was approved by ANAC with Resolution no. 31 of 30 January 2025.
84. Stati generali lotta alle mafie, *Attività di ricognizione ed analisi dei più gravi fenomeni criminosi,* in *Raccolta dei lavori dei tavoli tematici*, *Atti di Convegno Milano 23-24 novembre*, 2017, p. 112; S.M. Sisto, *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia e alla corruzione negli appalti pubblici*, in *Amministrazione In Cammino*, 2, 2019, p. 2.
85. Specifically, in the agri-food chain, and especially in the fruit and vegetable sector, there is a proposal to appoint an ANAC representative to report all suspected cases of procurement, subcontracting and supply of goods and services, see VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit., p. 371.
86. Whistleblowing is a prevention system originating in the United States, introduced into Italian law by Law no. 190/2012. It focuses on the possibility for public employees to report incidents of corruption to ANAC while remaining anonymous.
87. Article 83-bis, Anti-Mafia Code, reclassified as "Legality Protocols", inserted by Article 3, paragraph 7, of Decree Law no. 76/2020.
88. G. Totino, A. Cimmino, *Patti di legalità o integrità. La corretta interpretazione della clausola risolutiva espressa e limitazione dell'effetto escludente. Note a margine della Sentenza del TAR Piemonte, Sez. II, 2 aprile 2024, n. 322*, in *MediAppalti.it*, 2024, text available at the following website: https://www.mediappalti.it/patti-di-legalita-o-integrita-la-corretta-interpretazione-della-clausola-risolutiva-espressa-e-limitazione-delleffetto-escludente-note-a-margine-della-sentenza-del-tar-piemonte-sez-ii-2/.
89. F. Schilirò, *I protocolli di legalità dalla Legge Anticorruzione al Codice dei contratti pubblici*, in *Altalex*, 2021, text available at the following website: https://www.altalex.com/documents/news/2021/04/10/protocolli-legalita; even earlier see F. Saitta, *Informativa antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app*., 2, 2014; F. Di Cristina, *Interdittive antimafia e protocolli di legalità: i rischi di ossificazione del sistema*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, *Diritto amministrativo e criminalità*, Giuffrè, Milano, 2014.
90. About their legal nature, the most widely accepted interpretation classifies legality protocols as falling within the broader category of agreements between public administrations pursuant to Article 15 of Law no. 241/1990. In case law, see T.A.R. Campania, Naples (sezione I), judgment of 3 August 2006, n. 7849, and of 30 June 2006, n. 7223. In doctrine, although more dated, we recommend reading VV.AA., *La prevenzione delle infiltrazioni mafiose nell'economia. I protocolli di legalità, una*

*opportunità per le stazioni appaltanti e le imprese, Atti del Convegno Lecce 9 ottobre*, 2012.

91. S.M. Sisto, *I protocolli di legalità*, cit., p. 7, where this tool has allowed for the expansion of the scope of application of the provisions of sector regulations, making it possible, for example, to request anti-mafia certification even for contracts below the thresholds set and required by the Anti-Mafia Code.
92. On this point, see infra §3.4.3.
93. The principle of integration is enshrined at international level in Article 4 of the Rio Declaration and at European level in Article 11 TFEU and Article 37 of the Charter of Nice.
94. G.A. Primerano, *Ambiente e diritto agroalimentare*, cit., p. 624. A. notes that <<*The issue of administrative organisation in the agri-food sector is undoubtedly influenced by the fact that agriculture is the economic sector in which the greatest integration between European countries has been achieved*>>.(free translation). See A. Fioritto, *Agricoltura*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 25.
95. S. Gardini, *Il controllo amministrativo*, cit., p. 110. While the principle of competence legitimises, so to speak, a segmented view, the principle of integration requires constant reference to the "big picture". Re-examining the institution of competence considering the principle of integration therefore makes it possible to move beyond the traditional approach, whereby each administration pursues its own specific interests, in favour of a systemic approach based on coordination. See F. de Leonardis, *voce Economia Circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Utet Giuridica, Torino, 2021.
96. Masaf, *POC 2025*, cit. p. 4. In this context, the primary sector, affected by a production and structural crisis lasting more than a decade, accounts for only 11.6% of the value of the agri-food chain, while the food industry is growing strongly, accounting for 15.6% (approximately 193 billion euros) of the total turnover of the national industrial sectors.
97. ICQRF was established by Article 10 of Decree Law no. 282 of 18 June 1986.
98. ICQRF, *Report attività 2023. Prospettive 2024*, p. 14.
99. Ivi, p. 42. The report shows that in 2023, the Inspectorate carried out 54,000 anti-fraud checks, reported 110 offences, issued 5,548 administrative penalties and seized assets worth €42 million. The ICQRF alone carries out over 30% of all checks in the sector carried out by national authorities, of which around 90% concern food products.
100. ICQRF, *Report attività 2023*, cit., p. 53.
101. Ivi, pp. 17 ff. The ICQRF is also responsible for protecting Italian products abroad and in the field of e-commerce. Finally, since 2025, it has also been the national competent authority under Regulation 2023/1115/EU on deforestation (EUDR).
102. The Inspectorate operates within the regulatory framework of Directive 2019/633/EU and implementing Legislative Decree no. 198/2021, carrying out enforcement activities on its own initiative or following complaints. The ICQRF has the power to ascertain violations and prohibit the perpetrator from engaging in unfair practices, as well as to initiate proceedings for the imposition of administrative fines. In literature see F. Assenza, *L'ICQRF come Autorità nazionale di contrasto alle pratiche commerciali sleali*

*nelle filiere agroalimentari*, in *Diritto Alimentare*, 1, 2022, pp. 36 ff.; G. Spoto, *Le interferenze di competenze tra l'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto agroalimentare*, 2, 2022, pp. 357 ff.; S. Masini, *Le pratiche commerciali sleali nel d.lgs. n. 198 del 2021: tra implicazioni teoriche e prime applicazioni*, in *Diritto agroalimentare*, 1, 2023, pp. 83 ff.; Id., *La resistibile ascesa dell'azione pubblica di contrasto alle pratiche commerciali sleali*, in *Diritto agroalimentare*, 3, 2024, pp. 551 ff.

103. S. Masini, *Le pratiche commerciali sleali*, cit. p. 94, where this relationship is explored in greater depth <<*Organised crime activities are expanding into the grey areas of the legal economy, where individual companies become vulnerable targets in the dynamics of unfair competition*>>. Of greater concern is the influence on the legal economy <<*when the outward offensiveness of intimidation and coercion wanes, with the spontaneous agreement of the underlying companies to provide the association's services in order to obtain better conditions in competition*>> (free translation). On the particular weakness of farmers see Id., *La resistibile ascesa dell'azione pubblica*, cit., p. 553.
104. G. Spoto, *Le interferenze di competenze*, cit., p. 365. Before the approval of Legislative Decree no. 198/2012, the Inspectorate was only responsible for reporting violations relating to the sale of agricultural and food products to the AGCM, without any power to impose sanctions.
105. Article 8, paragraph 3, Legislative Decree no. 198/2021.
106. Article 8, paragraph 5, Legislative Decree no. 198/2021.
107. On the duplication of competent authorities in this area, see the following academic references A. Jannarelli, *La <<giustizia contrattuale>> nella filiera agroalimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019*, in *Giust. civ*., 2021, 2, p. 199 and, the doubts of the Competition and Market Authority itself, document AS 1703 of 23 October 2020, in Bulletin no. 42 of 2020, in that it <<*risks creating considerable confusion, with possible negative effects in terms of the speed and effectiveness of interventions in favour of the beneficiaries of the same*>> (free translation).
108. G. Spoto, *Le interferenze di competenze*, cit., p. 375. A., referring in this matter to the principles of loyal cooperation and speciality, observes that <<*it would be necessary to assess, first of all, whether we are dealing with a mere "conflict" between rules that can coexist because they respond to different objectives, in which case the question can be resolved on the basis of the principle of speciality, or whether we are dealing with a more complex and radical antinomy that should be overcome more effectively through an agreement between the authorities involved*>> (free translation).
109. *Ibidem*.
110. *Ivi*, p. 371. The author's preference for a more decisive, direct choice is understandable, either as an alternative to maintaining all powers with the AGCM or as a bolder and more courageous option of entrusting all supervisory powers exclusively to a highly technical and specialised authority such as the Inspectorate.
111. For a critical reflection on the measures adopted by public authorities in combating unfair

commercial practices see S. Masini, *La resistibile ascesa dell'azione pubblica*, cit., p. 565, which notes that ‹‹*the Inspectorate is required to operate within the framework of a markedly flawed administrative procedure*›› (free translation).

112. The Carabinieri Command for Agri-Food Protection, formerly the Carabinieri Command for Agricultural Policies, was established in 1982. Following the entry into force of Legislative Decree no. 177/2016, which established the absorption of the State Forestry Corps into the Carabinieri, it assigned to the Carabinieri the functions of preventing and suppressing fraud affecting the quality of agri-food production and carrying out checks under EU agri-forestry and environmental legislation. A historical overview of the Carabinieri's commitment to the agri-food sector see VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit. pp. 328 ff.
113. L. Cortellessa, *L'attività del Comando Carabinieri per la Tutela Agroalimentare*, in *Diritto alimentare*, 1, 2020, p. 46. In carrying out these tasks, the department may conduct administrative inspections and checks, with the dual objective of protecting Italy's agri-food heritage and safeguarding consumers from misleading choices.
114. S. Masini, *I Carabinieri e la "linea del Piave"*, cit. p. 122.
115. L. Cortellessa, *L'attività del Comando Carabinieri*, cit., p. 47. This activity ‹‹*is of particular operational interest, as the repercussions of these criminal acts are not limited to economic damage to the public administration but also extend to the social function pursued by the distribution of funds*›› (free translation).
116. On this point see C. Pattone, *La questione forestale. L'assorbimento del Corpo forestale dello Stato nell'Arma dei Carabinieri*, Historica Edizioni, Roma, 2022, pp. 53 ff.
117. The NAS, Armed Forces Health and Safety Units (Anti-Adulteration and Health Units of the Carabinieri) were established on 15 October 1962, in the wake of awareness of the phenomenon of food adulteration and the social alarm it had generated. Today, the NAS department has acquired its current name, Comando Carabinieri per la Tutela della Salute (Carabinieri Command for Health Protection), and has a central structure, three Carabinieri groups for health protection (Milan, Rome and Naples) and thirty-eight NAS units throughout the country.
118. On the operational and technical contribution provided by the NAS, in literature see VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit. pp. 331-332, where the latest data available in the Report show that, in the food safety sector, over 53,000 inspections were carried out, of which almost 20,000 resulted in non-compliance and administrative penalties of over €26 million were imposed. A. Rizzuti, *Organised food crime: an analysis of the involvements of organised crime groups in the food sector in England and Italy*, in *Crime, Law and Social Change*, 78, 2022, p. 465; S. Masini, *I Carabinieri e la "linea del Piave"*, cit., p. 114.
119. The growing prevalence of various forms of illegality in the supply chain is evident in food counterfeiting, false certification and packaging fraud. The latest investigations reveal an increasing infiltration of the legal economy and a gradual shift of illicit interests from southern to northern regions.
120. For an in-depth investigation of the work carried out by the GdF in the agri-food sector,

please refer to VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit. pp. 293 ff.

121. Masaf, *POC 2025*, cit. pp. 16-19, particularly in the wine and olive oil production chain.
122. The phenomenon of caporalato has been defined from various perspectives, all of which, however, share a central focus on the exploitation of labour, see VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit. p. 120, ‹‹*cases of labour exploitation of migrant and local workers and illegal intermediation.* Furthermore, in a more complex context, as ‹‹*an illegal system of intermediation and labour exploitation by illegal intermediaries (caporali) who recruit workers. A crucial feature of caporalato is the monopoly of the transport system, which forces workers to pay a sum of money for their travel to and from the workplace*››, see Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022*, p. 4. (free translation)
123. VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit. p. 122. This expression refers to working situations characterised by ‹‹*significantly lower wages than the average for a country or the applicable regulations, violations of working time regulations and safety conditions in the workplace, and the use of control or surveillance methods that restrict freedom (...)*›› (free translation). Labour exploitation therefore encompasses three areas: intermediation; working conditions; and living conditions, see Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Piano triennale*, cit., p. 5.
124. For a reconstruction of the exploitation of foreign and Italian workers in the Italian countryside and the phenomenon of caporalato, please refer to D. Di Sanzo, *Caporalato e ingresso della manodopera straniera nell'agricoltura del Mezzogiorno. L'elaborazione politica e istituzionale della questione tra anni Settanta e Ottanta*, in *Italia contemporanea*, 306, 2024, pp. 42 ff. Allow me to make an extralegal reference of a sociological nature to E. Pugliese, *Il lavoro degli immigrati*, in P. Corti, M. Sanfilippo, *Storia d'Italia. Migrazioni*, Annali n. 24, Einaudi, Torino, 2009, p. 58, where ‹‹*agriculture is one of the employment sectors (...) that had "a certain importance at the beginning of the history of immigration" in ensuring entry, even irregular, into the labour market for "late arrivals (...) willing to accept heavy workloads, low wages and a substantial absence of rights*›› (free translation).
125. On the difficulty of defining the issue in question, as well as on the proliferation of definitions and their often "promiscuous" use, see M. Esposito, *Il contrasto al lavoro nero: discontinuità dei percorsi legislativi e cultura dei valori giuridici*, Discussion Paper, 2, CRISEI, 2012.
126. The reports produced by Osservatorio Placido Rizzotto, on behalf of Flai Cgil are a reference point for statistical surveys on the condition of irregular workers in agriculture. In 2023, agricultural workers will contribute 820 million hours of work annually, of which it is estimated that almost two-fifths are not regular, see Osservatorio Placido Rizzotto – Flai Cgil, *VI Rapporto Agromafie e Caporalato*, Futura Ed., Roma, 2023.
127. The latest data available from Istat, *L'economia non osservata nei conti nazionali – Anni 2018-2021*, Roma, 2023 show that the underground economy is growing (€174 billion), as is the value of illegal activities, which exceeds €18 billion, while its share of GDP remains unchanged (10.5%). In doctrine, see M.C. Macrì, *Il contributo dei lavoratori*

*stranieri all'agricoltura italiana*, CREA, Roma, 2019, where A. notes that ‹‹*The indispensable and inexhaustible raw material that allows the creation of oligopolies destined to influence the life of products and the purchasing choices of consumers is immigrant labourers*››. See F. Fanizza, *Globalizzazione e Grande Distribuzione Organizzata: produzioni agroalimentari, braccianti stranieri e agromafie in Italia*, in *Sicurezza e scienze sociali*, 1, 2020, p. 151, which focuses on the ‹‹*conditions of invisibility that allow agromafias to continue operating and thriving*›› (free translation).

128. L. Villani, *Approfittamento dello stato di bisogno e condizioni di sfruttamento lavorativo (art. 603 bis c.p.): coordinate ermeneutiche e riflessi applicativi*, in *Riv. DGA*, 3, 2022, pp. 1 ff. The phenomenon of labour exploitation, which spread mainly in southern Italy, has gradually moved to the centre and north of the country ‹‹*An analysis of the relevant legislation shows that the initial measures to combat the phenomenon were introduced by Article 2127 of the Civil Code and Article 27 of Law No 264 of 29 April 1949*››, and were then replaced by the so-called Biagi Law (Law no. 276/2003) and Law no. 148 of 14 September 2011 (free translation).
129. Law no. 199 of 29 October 2016, Combating undeclared work, labour exploitation in agriculture and wage realignment in the agricultural sector. In doctrine see C.M. D'Onghia, C. De Martino, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *W.P C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, 352, 2018; E. Santoro, C. Stoppioni, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2, 2019, pp. 267 ff.; F. Fanizza, *Globalizzazione*, cit., p. 141; VV.AA., *Agromafie. 6° Rapporto*, cit. p. 121; F. Gianfrotta, *Caporalato e sfruttamento lavorativo: non solo (la sacrosanta) repressione*, in *Lavoro@confronto*, 64, 2024, pp. 9 ff.
130. On the figure of the caporale, the following works are of interest in literature see V. Pinto, *Rapporti lavorativi e legalità in agricoltura. Analisi e proposte*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1, 2019, pp. 7 ff.; L. Salvia, *I caporali e il loro ruolo nella filiera agroalimentare del Basso Lazio: oltre la criminalizzazione*, in *Sociologia urbana e rurale*, 121, 2020, pp. 103 ff.
131. Please refer to §5.
132. V. Pinto, *Gli interventi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *Riv. giur. del lavoro e della previdenza sociale*, 2, 2012, p. 291. Even before the constitutional reform of 2001, the current governance was triggered by Legislative Decree no. 469/1997, whereby the State devolved administrative functions relating to active labour policies to the Regions. For further information on the division of legislative powers between the State and the Regions in the fight against irregular work and its emergence, reference should be made to the two main rulings of the Italian Constitutional Court, ruling no. 34 of 16 June 2005 and ruling no. 384 of 14 October 2005.
133. More recently, Article 37, paragraph 1, letter c) of Regional Law no. 18/2016 of Emilia-Romagna, concerning "Agreements for the promotion of legality and the strengthening of

inspection and control activities", as well as the adoption by the Autonomous Province of Trento of the Memorandum of Understanding for the protection of the legal economy, to combat the marketing of counterfeit and dangerous products, undeclared/irregular work and commercial abuse (Prov. no. 898 - 03.07.2020) and the Experimental Protocol against illegal hiring and labour exploitation in agriculture, of the Region of Tuscany, signed in August 2021 and extended for the year 2024 (Resolution no. 1596 of 28.12.2023).

134. M.D. Ferrara, *Le Regioni e il lavoro sommerso: tecniche di governo ed effettività delle politiche*, in M. Brollo, C. Cester, L. Menghini, *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Ed. Università di Trieste, Trieste, 2016, pp. 236 ff. ‹‹*Air conditioning has seen a two-pronged trend, initially characterised by regulatory activism and, more recently, by substantial stagnation*››; C. Gesmundo, *I meccanismi di condizionalità per il contrasto al lavoro nero. Spunti dalla legge Regione Puglia n. 28 del 2006 Disciplina in materia di contrasto al lavoro non regolare*, in *Riv. DGA*, 6, 2024, p. 2, where the A. focuses on the role of proximity played by the Regions ‹‹*in the dynamics of governing pathological situations in the labour market, considering that the labour market is predominantly a local market*›› (free translation).
135. S. Battistelli, O. Bonardi, C. Inversi, *Regulating agricultural work and the labour market to prevent exploitation: the Italian perspective*, in *LaBoUR&Law Issues*, 8, 2, 2022, p. 26. It reads ‹‹*Common to all laws and protocols is the creation of monitoring bodies, data collection and the promotion of social actors coordination within the territories. However (...) some regions appear to be mostly focused on the repression of exploitation cases and gang-mastering, while others have integrated policies, which combine repressive mechanisms with incentives and promotional efforts*›› (free translation).
136. V. Pinto, *Gli interventi regionali*, cit., p. 293. See L. Battista, *Il lavoro sommerso e il ruolo dell'Autorità Europea del Lavoro*, Cacucci, Bari, 2022; A. Tulumello, *Introduzione*, in A. Bellavista, *Nero come il lavoro. Sommersi nell'ultima provincia d'Italia*, XL Edizioni, Roma, 2008, p. 18; Id., *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 21 ff.
137. There are numerous references, including: Art. 44, par. 1, lett. a), Regional Law of Emilia-Romagna no. 17/2005; Art. 10, par. 1, Regional Law of Liguria no. 30/2007, no. 30; Art. 26, par. 1, lett. e), Regional Law Lombardy no. 22/2006; Art. 34, par. 2, lett. e), Regional Law Marche no. 2/2005; Regional Law Sardinia no. 20/2005; Art. 55, par. 1, lett. e), Regional Law Veneto no. 3/2009, no. 3; art. 59, par. 1, lett. c) and d), Regional Law of Piedmont no. 34/2008; art. 6, par. 1, lett. h), Regional Law of Umbria no. 11/2003.
138. V. Pinto, *Gli interventi regionali*, cit., p. 295.
139. This same category also includes corporate social responsibility certification and the establishment of ethical labels (i.e. including Lombardy Regional Law no. 1/2007, Sardinia Regional Law no. 20/2005, and Abruzzo Regional Law no. 12/2000). In this context, regional measures have been put in place to coordinate the various administrations involved in combating this phenomenon.
140. Two cases are symptomatic of this group: Regional Law no. 28/2006 of Puglia ("congruity indices") and Regional Law no. 14/2009 of Campania ("High Quality of

Work System"). In both cases ‹‹*measures aimed at bringing undeclared work to light are supplemented by quantitative indicators which, by making the organisational effects of the regularisation operations carried out by each entrepreneur measurable, enable the administration to distribute the available resources selectively*››. *Ivi*, p. 301. (free translation).

141. M.G. Garofalo, *Le iniziative regionali in materia di lavoro sommerso: gli indici di congruità*, in V. Pinto, *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2008, p. 65, where the A. observes that such instruments are, however, of limited effectiveness, as they are only useful to companies that have an interest in emerging and continuing to operate regularly.
142. V. Pinto, *Gli interventi regionali*, cit., p. 304, therefore, ‹‹*not individual deviant behaviour on the part of a small number of employers that can be effectively countered, on an individual basis, with traditional control/sanction measures, but rather mass behaviour and a structural factor of the current production system*›› (free translation).
143. Regional Law Lazio no. 16/2007, in particular Art. 4, par. 1, lett. d), Art. 7, par. 1, lett. d) and Art. 9 and Art. 9 of Regional Law Calabria no. 13/2012.
144. M. Esposito, *Il contrasto al lavoro nero*, cit., p. 6. Sometimes the two techniques can coexist, ‹‹*giving rise to a model in which repressive action against the phenomenon is combined with the recognition of corresponding benefits for concrete entrepreneurial efforts to regularise undeclared activities*›› (free translation).
145. M.D. Ferrara, *Le Regioni e il lavoro sommerso*, cit., p. 242. The former are measures that address the pathological phase of the undeclared work phenomenon, while the latter aim to reduce the attractiveness of undeclared work by promoting prevention and a culture of legality.
146. *Ibidem*, p. 243. The Puglia model, with Regional Law no. 28/2006, and the Campania model (Regional Law no. 14/2009) are symptomatic of a structured and networked approach, while other regional contexts, such as Lombardy, Sicily, Piedmont, Abruzzo, Molise and Basilicata, fall under the second model. For a more comprehensive overview of regional policies to combat undeclared and/or irregular work, see ISFOL, *Le Politiche Regionali di contrasto del Lavoro Sommerso*, 2011.
147. C. Gesmundo, *I meccanismi di condizionalità per il contrasto al lavoro nero*, cit., p. 3. In the Apulian model of Regional Law no. 28/2006, the adequacy indicators define the ratio between the turnover declared by the employer for IVA purposes and the number of hours worked. Any inadequacy of this index did not lead to the application of penalties, but rather to exclusion from the benefits and incentives financed by public funds. A similar conditionality mechanism can be found in Campania, although it is more restricted and limited than the Apulian system, which uses "AQL" certification ‹‹*summarised by an indicator, the value of which determines whether companies can benefit from and access financing from the Quality Fund*››, a specially created fund. Another example is Lazio Regional Law no. 16/2007, which makes the granting of regional benefits conditional on the regularity of employment relationships and provides for their withdrawal in the event

of irregularities. See C.M. D'Onghia, C. De Martino, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, cit., pp. 22 ff.; C. Faleri, *Il lavoro agricolo. Modelli e strumenti di regolazione*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 119.

148. See supra §2.2.
149. S. Battistelli, O. Bonardi, C. Inversi, *Regulating agricultural work*, cit., pp. 28 ff. One of these is Goel Bio, a cooperative founded in Calabria with the cultural and political aim of contributing to change and freeing farms from criminal control and agromafia. Another example comes from Piedmont, Humus Job, a start-up that promotes vocational training and job placement with fair working conditions in the agricultural sector.
150. The nature of these bodies varies, and their scope of investigation is more or less limited to the fight against agromafia, reflecting the specific characteristics of the different local contexts. They include the Campania Regional Observatory for Assets Confiscated from Organised Crime, established by Regional Law no. 7/2012 and reconstituted by Decree of the President of the Regional Council no. 54 of 4 March 2021 and the Friuli-Venezia Giulia Regional Anti-Mafia Observatory, established by Regional Law no. 21/2017.
151. The Observatory's objectives are: to promote a culture of legality; to protect Italian food products; to provide information to consumers; to study and monitor the penetration of organised crime in the food market and phenomena that distort competition along the supply chain. For further information, please visit the website: https://www.osservatorioagromafie.it/.
152. The Foundation promotes synergies and collaborations between trade unionists, the judiciary, law enforcement agencies, universities and the Third sector to combat illegality in the field. Every two years, it publishes the Agromafia and Caporalato Report – widely cited in this section – which provides a detailed overview of the living and working conditions of people employed in the agricultural sector and related activities. See: https://www.fondazionerizzotto.it/.
153. For an in-depth analysis of mafia infiltration in the economic sector and its new entrepreneurial focus, see N. dalla Chiesa, *L'impresa mafiosa tra capitalismo violento e controllo sociale*, Cavallotti University Press, Milano, 2022 and F. Siracusano, *L'impresa a partecipazione mafiosa tra repressione e prevenzione,* in *Arch. Pen*., 3, 2021, pp. 1 ff.
154. For a general examination of the topic, see G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffré, Milano, 2024.
155. For a general overview about the new setting of principles in the Italian procurement system, reference is made to G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm*., 3, 2023, pp. 287 ff. and M. Renna, *I principi, in Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, in S. Fantini, H. Simonetti, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, in *Il Foro it. Gli speciali,* 1, 2023, pp. 1 ff.
156. See Cons. St., 26 March 2024, n. 2866.
157. For a general overview see A. La Spina, *The anti-mafia fight in Italy and abroad* in *Italian Mafias Today*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, UK, 2019. For instance, France, while allowing the exclusion from public tenders for convictions related to serious crimes,

does not adopt preventive administrative measures similar to Italy's interdiction. The Sapin II Law of 2016 strengthened anti-corruption measures, but without including preventive actions based on suspicions. On this point, please refer to Y. Broussolle, *Les principales dispositions de la loi Sapin pour la transparence et la modernisation de la vie économique*, in *Gestion et finances publiques*, 2, 2017, pp. 108 ff. In the United Kingdom, tools like Serious Crime Prevention Orders (SCPO) are available only after judicial proceedings. See T. Tulich, S. Murra, N. Skead, *Antipodean perspectives on preventive justice: The High Court and Serious Crime Prevention Orders*, in *Griffith Law Review*, 2, 2021, pp. 221 ff. An interesting example comes from the Netherlands, where the «BIBOB» system (*Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur*) allows authorities to deny licenses, permits, or public contracts when there are well-founded suspicions of links to organized crime. Local governments can request a risk assessment from a dedicated national office, which may also rely on confidential information. The BIBOB system is the closest equivalent to Italy's *interdittive* measures, though it is limited to specific sectors – such as construction, nightlife venue management, and logistics – and offers stronger procedural safeguards. See M. Peters, A. Spapens *The administrative approach in the Netherlands. Administrative approaches to prevent and tackle crime: Legal possibilities and practical application in EU Member States*, Eleven International Publishing, The Hague, 2015, pp. 265 ff.

158. On December 31, 2021, the conversion into law - with some amendments - of Decree-Law No. 152 of 2021 was published in the Italian Official Gazette. This decree contains urgent provisions for the implementation of the National Recovery and Resilience Plan (NRRP) and for the prevention of mafia infiltration. Included within it are various provisions dedicated to investments and the strengthening of the anti-mafia prevention system. Of relevance here is the fact that Articles 47 to 49-bis of the decree-law introduced significant changes to the Anti-Mafia Code (Legislative Decree No. 159 of 2011). In particular, these changes concern the introduction of the adversarial principle in the procedure for issuing anti-mafia interdiction measures, and the so-called collaborative prevention (which will be discussed later).
159. Please refer to Dipartimento della Pubblica Sicurezza Direzione Centrale della Polizia Criminale, *Le interdittive antimafia 2021-2021*, available at the following link https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2023-04/le_interdittive_antimafia_2021_2022_.pdf.
160. The National Anti-Mafia Database (Banca Dati Nazionale Antimafia) is an official Italian database designed to centralize and manage information on individuals, entities, and organizations suspected of or involved in mafia-related activities. It serves as a vital tool for law enforcement, public authorities, and the judiciary in monitoring, preventing, and combating organized crime. The database contains data on criminal convictions, preventive measures, asset seizures, and other relevant details, helping ensure public safety and preventing mafia infiltration across various sectors of the economy and society.
161. The ATECO code is an alphanumeric classification system used in Italy to identify and

categorize the type of economic activity carried out by businesses and professionals. It is based on the European NACE classification system but adapted to the Italian context by the Italian National Institute of Statistics (ISTAT). The ATECO code is used for statistical, fiscal, and administrative purposes, including business registration, tax reporting, and eligibility for public funding or incentives.

162. On this point, please refer to F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2024; *id*., *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali,* in P. Pantalone, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*. *Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Stem Mucchi Editore, Modena, 2021, pp. 55 ff; For a general overview of the right-duty relationship in the Italian legal system, see S. Romano, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 91 ff.
163. On this point, please refer to R. Maria, A. Amore, *Effetti «inibitori» delle interdittive antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *Federalismi*, 12, 2021 pp. 91 ff. and M. Interlandi, *Interdittive antimafia e diritti fondamentali nella prospettiva della separazione dei poteri,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2023 pp. 557 ff.
164. Before the adoption of the current Anti-Mafia Code, Italy introduced several legislative measures aimed at preventing and combating organized economic crime, albeit in a more fragmented and limited manner. A key milestone was Law no. 575 of 1965 (the so-called «Anti-Mafia Law»), which established automatic disqualifications - such as the revocation of business licenses and exclusion from public contracts - for individuals subject to final preventive measures.The 1982 Rognoni–La Torre Law further strengthened the system by assigning to the Prefect the duty to alert public administrations of disqualifying conditions. Following the mafia massacres, anti-mafia disclosure requirements (*informative antimafia*) were introduced by Legislative Decree no. 490 of 1994 and later updated by Presidential Decree no. 252/1998, Legislative Decree no. 159/2011, and Decree No. 161/2017. These reforms progressively extended the scope of anti-mafia checks and improved their effectiveness. Without claiming to be exhaustive and deferring more specific references to subsequent sections, the following sources are worth mentioning: A. Police, *La disciplina antimafia tra tutela dell'ordine pubblico e diritto al sostentamento*, in *www.amministrazioneincammino.it,* 19 dicembre 2023; R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e "occasionale occasionalità" della permeabilità mafiosa*, in www.giustiziainsieme.it, ottobre 2023; R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020)*, in *www.giustiziainsieme.it,* 3 luglio 2020; N. Durante, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Riv. trim. appalti*, 4, 2020, pp. 1693 ff.; F.M Calamunci, M.A De Benedetto, D.B. Silipo, *Anti-Mafia Law Enforcement and Lending in Mafia Lands. Evidence from Judicial Administration in Italy*, in *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, 3, 2021, pp. 1067 ff; J.P. De Jorio, *Le interdittive*

*antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi*, 19, 2019, pp. 22 ff.; V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 30 giugno 2018; M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 12, 2017, pp. 2524 ff.; V. Neri, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Corr. Merito*, 8, 9, 2010, pp. 810 ff; A.L. Spina, *Recent Anti-Mafia Strategies: The Italian Experience.* in Siegel, D., Nelen, H. *Organized Crime: Culture, Markets and Policies. Studies in Organized Crime*, vol 7., Springer, New York, 2008, pp. 195 ff.

165. See M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia,* in *Giustamm.it,* 3, 2016, pp. 8 ff. The antimafia certificate (comunicazione antimafia) is a preventive tool provided by the Italian Anti-Mafia Code (Legislative Decree no. 159/2011), aimed at preventing individuals connected to organized crime from obtaining public funding, authorizations, concessions, or contracts with public administrations. Specifically, Article 84, paragraph 2 of the Code states that the antimafia certificate consists of: ‹‹*a declaration as to whether or not one of the grounds for disqualification, suspension, or prohibition under Article 67 applies*›› (free translation). It is, therefore, a formal verification carried out by the Prefecture, which checks whether the individuals involved (such as entrepreneurs, partners, or directors) are subject to final judicial decisions or personal or asset-related preventive measures.
166. That is, according to case law, the one corresponding to the province where the company has its registered office at the time the anti-mafia interdiction is issued (Italian Council of State, Section III, 13 May 2020, no. 3030, and Article 90, paragraph 2, of Legislative Decree no. 159 of 2011).
167. F. Gatto, *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021.
168. Please refer to F. Mazzacuva, *La natura giuridica delle interdittive antimafia, in Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici* in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, cit., pp. 57 ff.; G. Amarelli, *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità* in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, cit. pp. 207 ff.; L. Di Ciommo, *L'interdittiva antimafia: ai confini con "l'ergastolo imprenditoriale" e la natura cautelare*, in *Amministrativamente*, 3, 2020, pp. 365 ff; L. Delli Priscoli, *Diritto di iniziativa economica dell'impresa sospettata di essere collusa con la mafia e diritto della*

*collettività ad un mercato concorrenziale*, in *Giur. comm.,* 44, 2021, pp. 1 ff. See also A. Manna, F. P. La Salvia, *Le pene senza diritto*: *sull'inaccettabile truffa delle etichette,* in *Arch. Pen*., 1, 2017, pp. 5 ff.

169. Broadly speaking, the expression «*any attempted mafia infiltration*» clearly functions as a general or open-ended clause - an intentional choice by the legislature. This is likely one of the main reasons the measure has sparked criticism and tension, given its close connection to the criminal (or quasi-criminal) framework underpinning anti-mafia legislation. In such a context, the use of open clauses raises particularly delicate issues, especially in relation to the constitutional principles of legal certainty and strict legality.
170. According to leading Italian case law, anti-mafia interdiction measures play the role of an "advanced line of defense" (Cons, St., 30 January 2019, n. 758) in the broader system of mafia prevention - an approach made necessary by the constantly evolving nature of organized crime. These measures are situated within a "proactive framework for safeguarding legality" (Corte cost., sent. 26 March 2020, n. 57) and are inherently precautionary and preventive in nature (Cons. St.., 6 April 2018, n. 3). Prefects, who are empowered to issue such measures, are expected to consider not only legally defined indicators but also non-standard, symptomatic elements that are not explicitly set out by law. This is because "the ways in which mafias pursue their goals are themselves atypical" (Cons, St., 30 January 2019, n. 758). See also: Cons. St., 30 October 2023, n. 9343; 3 March 2021, n. 1825; 20 January 2020, n. 452; 3 April 2019, n. 2211.
171. Please refer to A. Longo*, La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020,* in *Nomos –L'attualità del diritto-Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, 2, 2020, pp. 1 ff.
172. The *De Tommaso v. Italy* judgment, delivered by the European Court of Human Rights on 23 February 2017 (Application no. 43395/09), addressed personal preventive measures but has also been referenced in discussions surrounding anti-mafia interdiction orders. The Court set out several key principles regarding the requirement of legal foreseeability and the proper exercise of discretion. First, the law must be accessible to those it concerns, and its consequences must be foreseeable.

    Second, in certain areas-such as the fight against criminal infiltration- the law must remain flexible enough to adapt to changing circumstances. Third, while some degree of vagueness in legislation may be unavoidable, the application of such laws must be subject to robust judicial oversight. Judges must be empowered to assess all relevant facts and provide substantive interpretation to ensure legal certainty. Fourth, when the law grants discretionary powers-as in the case of Prefects issuing anti-mafia interdictions-the extent of that discretion must be clearly defined. Decisions must be fully reasoned and based on identifiable elements, so that discretion does not slide into arbitrariness. These principles are essential in the context of preventive measures, as they help to safeguard fundamental rights and uphold the rule of law.
173. Among the first comments on the judgment of the European Court of Human Rights, see

G. Amarelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex artt. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. lgs. n. 159/2011?,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.i*t, 4, 2017, e f. viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, ivi, 3, 2017.

174. See Cons. St., 8 February 2024, n. 1282; 18 July 2023, n. 7049; 20 April 2021, n. 3182; 5 September 2019, n. 6105; However, also see Cons. St., 7 June 2023, n. 5601, where it is emphasized that the particular approach adopted by the legislator in balancing public and private interests in this field is justified by the fact that the private interest in the free exercise of entrepreneurial activity is not specifically protected by the ECHR nor can it be classified as part of the sphere of inviolable constitutional rights.
175. For an in-depth analysis of the symptomatic elements with specific reference to the role of the administrative judge, see S. Sticchi Damiani*, Le interdittive fra lacune normative e discrezionalità amministrativa. Il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi sintomatic*i, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, cit., pp. 89 ff. With reference to a relevant jurisprudential analysis, see Cons. St., 4 February 2021, n. 1049; 5 September 2019, n. 6105; 3 May 2016, n. 1743.
176. See the data provided by the Ministry of the Interior for the period 2016-2019, which shows a 27% appeal rate in relation to the total number of anti-mafia interdictions issued, with a 36% acceptance rate of appeals before the TAR and only a 5% acceptance rate before the Council of State. Please refer to V. Maglioni, B.L. Mazzei, *Dai Prefetti in quattro anni stop a più di 3700 imprese a rischio mafia*, in *Il Sole24Ore*, 29 settembre 2019.
177. Please refer to T. Passarelli, *Interdittive antimafia e prevenzione collaborativa: azioni di contrasto al crimine organizzato tra incertezze legislative e discrezionalità applicativa,* in *Federalismi,* 10, 2024 pp. 163 ff.
178. See Cons. giust. amm. Regione siciliana, 8 March 2022, n. 294.
179. See Cons. St., 15 February 2024, n. 1517; 31 January 2024, n. 952; 7 August 2023, n. 7625; 21 July 2023, n. 7156; 18 July 2023, n. 7045; 16 May 2023, n. 4856; 4 April 2022, n. 2465; 21 January 2022, n. 424; 6 September 2021, n. 6225; 4 June 2021, n. 4293; 17 February 2021, n. 1447; 8 July 2020, n. 4372 - have repeatedly clarified that the facts underlying preventive measures need not be the subject of criminal proceedings or trials, and may even have already been examined in a criminal context resulting in acquittal, dismissal, or closure of preliminary investigations by an order of archiving. This is because the inability to establish criminal liability does not prevent the authority responsible for public order from assessing the same facts within the distinct framework of prevention and social defense.
180. See Cons. St., 27 February 2024, n. 1925; 19 January 2024, n. 614; 17 October 2023, n. 9016; 27 September 2023. In particular, while it is generally held that a mere familial relationship cannot, by itself, be considered indicative of mafia-related influence - since it would be logically flawed to presume that a relative of a mafioso is necessarily involved in criminal activities such a relationship may nonetheless serve as sufficient grounds for a

presumption of infiltration when it reaches a level of intensity that suggests a family-run business structure and a form of "collective leadership" within the enterprise.

181. See Cons. St., 25 January 2022, n. 488.

182. See Cons. St., 19 July 2023, n. 7081; 5 May 2023, n. 5163.

183. The methods used to evaluate circumstantial evidence within the Italian public administration could give rise to a wide-ranging discussion; however, for the sake of conciseness, reference is made to G. Terracciano, A.M. Colarusso, *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. With reference to the case law specifically addressing the application of this criterion, see, among others, Cons. St., 8 February 2024, n. 1282.

184. As originally set out in Article 93(7) of Legislative Decree no. 159/2011, the procedure for issuing an anti-mafia disqualification is marked by speed, confidentiality, and urgency, reflecting its purpose of safeguarding public order (Cons. St., 30 January 2019, n. 758).Early access to evidentiary material – particularly confidential police reports or documents covered by investigative secrecy – could compromise the preventive function of the measure, rendering it ineffective (Cons. St., 31 January 2019, n. 820). In some cases, even the perception of an impending disqualification has led to evasive actions by companies, such as abrupt changes in corporate governance to conceal ties under investigation.

    These risks underscore the need for confidentiality. Accordingly, some case law has held that procedural safeguards, such as the right to be heard, may be limited to preserve the effectiveness of preventive tools, as long as such limitations align with fundamental legal principles.

185. Please refer to L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?* in *Federalismi*, 22, 2020, pp. 34 ss. See also P. Capace, *Conformità dell'interdittiva antimafia alle norme costituzionali unitarie e internazionali pattizie. Nota a Consiglio di Stato, sez. Terza, sent. 25 ottobre 2021, n. 7165*, in *Giustamm*., 11, 2021. The non-mandatory nature of adversarial proceedings in the context of the prefect's procedure for issuing anti-mafia disqualification measures – when the conditions under Article 84(4) of the Anti-Mafia Code are not met – was the subject of a preliminary reference by the Regional Administrative Court (TAR) of Puglia to the Court of Justice of the European Union (CJEU). The question concerned the possible incompatibility of such a procedure with Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which guarantees the right to be heard before the adoption of any individual measure that adversely affects a person. However, the CJEU declared the request inadmissible (Order of 28 May 2020, Case C-17/20), citing the lack of a sufficient connection between the national rules on disqualification measures and EU law. The Court also clarified that the right to be heard is not absolute and may be subject to limitations, provided these serve legitimate public interests and do not disproportionately undermine the essence of the

rights concerned. This reasoning aligns with the position of the Italian administrative courts, which consider restrictions on adversarial rights justified by the urgency and confidentiality required in preventing mafia infiltration.

186. For a full account of the institution in question, reference may be made to M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2023 e M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia,* in *Federalismi*, 15, 2022, pp. 45 ff.
187. Among these, the following are to be considered: changes in the registered office, company name, business purpose or object, composition of the governing, management, and supervisory bodies; replacement of corporate bodies, legal representation of the company, as well as ownership of sole proprietorships or company shares; mergers or any other variation in the corporate, organizational, managerial, and financial structure of companies and businesses affected by attempts of mafia infiltration.
188. In this new context, participatory guarantees serve multiple functions, as highlighted by administrative law doctrine, and are closely tied to their existence and activation. On this point, please refer to M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale,* Padova, Cedam, 2010.
189. This is the position of the Observatory on Property Measures and Prevention of the Italian Union of Criminal Chambers in *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario*, 29 ottobre 2021, p. 3, https://www.camerepenali.it/.
190. See F. Di Tullio, *La prevenzione collaborativa. Potenzialità applicative del nuovo strumento di bonifica aziendale ex art. 94 del codice antimafia*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2023, in www.anticorruzione.it and M. Vulcano, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. web*, 2021, pp. 11 ff.
191. The concept of occasional facilitation has been shaped by case law and refers to situations where the connections between a business and organized crime are so sporadic and superficial that the company is considered capable of being steered onto a path of disengagement from mafia influence. See: Cons. St., 22 June 2023, n. 6144.
192. Such as: the adoption and implementation of organizational measures aimed at removing and preventing the causes of occasional facilitation of criminal infiltration; the notification to the inter-agency coordination group established at the competent Prefecture (based on the registered office or place of residence), within fifteen days of execution, of any transactions with a value equal to or greater than €5,000, or a higher threshold set by the Prefect; in the case of corporations or partnerships, the communication to the same group of any forms of financing provided by shareholders or third parties; the notification of any profit-sharing agreements (contratti di associazione in partecipazione) entered into; the use of a dedicated bank account for all payments and receipts, as well as compliance - where

requires - with the prescribed procedures for tracking financial flows.

193. The antimafia judicial control (controllo giudiziario antimafia) is a less intrusive preventive measure compared to judicial administration (amministrazione giudiziaria), introduced by the Italian legal system to address situations in which the support or facilitation of organized crime, as referred to in Article 34 of the Antimafia Code (Legislative Decree no. 159/2011), appears to be merely occasional or marginal. Unlike judicial administration, which entails the temporary replacement of company management, judicial control allows the business to continue operating under its existing governance, but under the supervision of a court-appointed judge or commissioner. This measure aims to remediate the risk of mafia infiltration without interrupting the company's economic activity, thereby preserving jobs and commercial relationships, while ensuring compliance with legality and transparency standards. The measure thus represents a proportional and corrective response that seeks to prevent the exclusion of potentially recoverable businesses from the legal economy and is typically applied where signs of mafia influence exist but do not justify the more invasive remedy of full administration.
194. M. Vulcano, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. web*, 11, 2021, p. 11.
195. As previously described, particular importance is attributed in the new regulatory framework established by Legislative Decree no. 36/2023 to the mandatory exclusion grounds related to attempted mafia infiltration. Specifically, Article 94 of the Public Contracts Code provides that the existence of an antimafia interdiction measure, issued pursuant to Articles 84 et seq. of Legislative Decree no. 159/2011 (the Antimafia Code), constitutes an automatic ground for exclusion from procurement procedures. This exclusion also extends to subcontracts and access to public concessions.
196. Dating back to preliminary researches about the interaction between environment and market, reference is made to M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl*, 2007, pp. 219 ff., M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I., *Principi generali*, Cedam, Padova, 2012, pp. 487 ff; F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, *Lo Stato promotore: una ricerca sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia*, in *Irpa working progress*,1, 2021, pp. 3 ff. On the importance of the procurement system understood as a lever for the economic transition, see S. Valaguzza, *Sustainable Development in Public Contracts: An Example of Strategic Regulation*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; id., *Governing by Contract: Procuring for Value. Creating Value through Public Contracts*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. With particular focus on ecological transition, see also R. Caranta, C. Cravero, *Sustainability and Public Procurement*, in A. La Chimia, P. Trepte, *Public Procurement and Aid Effectiveness*, Hart, Oxford, 2019, pp. 173 ff.
197. On this point, please refer to M. Stein, M. Mariani, R. Caranta, Y. Polychronakis, *Sustainable Food Procurement: Legal, Social and Organisational Challenges*, Routledge,

London, 2024.

198. Reference is made to A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in L. Fiorentino, A. La Chimia, *Il Procurement delle Pubbliche Amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 73 ff and T. Stoffel, C. Carvero, A. La Chimia, G. Quinot, *Multidimensionality of Sustainable Public Procurement (SPP) - Exploring concepts and effects in Sub-Saharian Africa and Europe*, in *Sustainability*, 11, 2019, pp. 6352 ff.
199. FAO, Alliance of Bioversity International and CIAT and Editora da UFRGS, *Public food procurement for sustainable food systems and healthy diets – Volume 1.* Rome, 2021
200. For the sake of brevity, a more in-depth discussion of the topic is referred to G.Antonelli, F. Penna, E. Chaturvedi, A. Cilento, *Planetary Health - Laws, Policies and Science on the "One Health" Approach,* Springer Law Nature, Cham, 2025; E. Scotti *One Health: per un'integrazione tra salute umana e ambientale*, in Aperio Bella F., *One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari*, Editoriale Scientifica, Napoli pp. 45 ff; S. Pitto, *Cambiamento climatico e sicurezza alimentare: dall'approccio One Health ai modelli olistici del Global South*, in *BioLaw Journal*, 2, 2023 pp. 315 ff. For a general overview about the implementation of the One Health approach in the Italian system, please refer to A. G. Caraglia, M. Leggio, *Governance e regolazione del settore agroalimentare verso il paradigma One Health,* Giappichelli, Torino, 2024.
201. Please refer to M. Daniela, *"White list" e interdittive antimafia (Nota a sent. Cons. Stato sez. III 3 aprile 2019 n. 2211 (Omissis vs Ministero dell'Interno))*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2019, pp. 680 ff.
202. On this topic, reference is made to A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso* "*sostanziale/funzionale*", Clueb, Bologna, 2002; E. Padovani*, Il governo dei servizi pubblici locali in outsourcing. Il controllo dell'efficacia*, Franco Angeli, Milano, 2004; D. Cepiku, *La scelta strategica dell'esternalizzazione, in Dipartimento della Funzione Pubblica, L'esternalizzazione come scelta strategica*, Rubettino, Catanzaro, 2006; A. Mori, *Traiettorie di mercatizzazione e distribuzione dei rischi nell'esternalizzazione di servizi pubblici in Europa*, in *Stato e mercato*, 3, 2019, pp. 449 ff.
203. On the risk of mafia infiltration in the system, reference is made to what is discussed in the report *Illegalità e criminalità nelle filiere agroalimentari e nell'ambiente delle Province del Lazio*, edited by the Ministery of Ecological Transition (now Ministry of the Environment and Energy Security) Lazio Region and the Italian Agromafias Observatory «*The agromafia supply chain, which exerts influence over the agricultural production system and, by extension, the entire connected business network, also involves the restaurant industry, as has been reported and denounced for years by the Agromafie Report by Eurispes, the Agromafie Observatory Foundation, and Coldiretti. The restaurant sector, in fact, has historically been of great interest to mafia organizations, due to the ease with which it allows for money laundering. Furthermore, restaurants facilitate the marketing of food and wine products—including fruit and vegetables—that may come from agro-food production influenced or directly controlled by mafia-run businesses. Vegetables, fruit, wines and*

*sparkling wines, cheeses, and pasta may all be produced through agromafia-linked supply chains that contribute to a constantly expanding criminal business. These are products that fill the pantries of some of the most renowned restaurants in Italy's major cities, including Rome, located in some of the most prestigious neighborhoods of the capital, areas of high real estate and tourism value. One could say that in this way, the mafia-controlled food supply chain stretches "from farm to table", passing through fruit and vegetable markets, logistics, processing companies, wholesale trade, and finally, the kitchens of certain Italian restaurants. The Lazio region is a particularly emblematic case, with fruit and vegetable production in the Province of Latina influenced by the presence of various mafia clans and by a widespread illegal labor system (caporalato). This is compounded by the presence, in the City of Rome, of restaurants managed by some of the most dangerous and powerful mafia clans in Italy. The mafia's interest in the restaurant sector, especially in Rome, stems not only from the relative ease of laundering illicit funds and the opportunity to complete their criminal food supply chain using agricultural and food products grown, processed, and marketed by clan-controlled companies - like those identified in the Province of Latina -but also from the ability to gain territorial control. Through restaurant businesses located in touristic and economically strategic areas, they can build relationships with figures from the political, entrepreneurial, professional, and administrative worlds of the capital, thus reinforcing and expanding their criminal social network*» (free translation).

204. A detailed treatment of this issue can be found in G.M.F. Nitti, *Note sui protocolli di legalità, per la promozione di condotte etiche nei pubblici appalti,* in *Federalismi*, 2, 2019, pp. 2 ff. and F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 2015, pp. 244 ff. In addition to legality protocols, there are other tools and initiatives designed to promote legality in the agri-food sector such as Legality Rating (awarded by the Competition and Market Authority (AGCM). This rating recognizes companies that demonstrate ethical and transparent practices, making it easier for them to access public procurement opportunities) and Integrity Pacts (voluntary agreements between contracting authorities and economic operators, in which both parties commit to upholding principles of transparency and legality throughout the procurement process).
205. On the use of legality protocols in public procurement, the Court of Justice of the European Union also intervened in Case C-425/14, ruling on the compatibility of Article 1, paragraph 17, of Law no. 190/2012 with EU law. The Court held that it is permissible to provide in tender notices for the automatic exclusion of a candidate or bidder from a public procurement procedure for failing to submit, together with their offer, written acceptance of the commitments and declarations contained in a legality protocol aimed at preventing organized crime infiltration in the public procurement sector. *Court of Justice of the European Union*, Case C-425/14, *Impresa Edilux Srl and Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) v Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana*, Judgement of 22 October 2015, ECLI:EU:C:2015:721.
206. On this point, reference is made to L. Van Wassenear, *What Blockchain Are We Talking*

*About? An Analytical Framework for Understanding Blockchain Applications in Agriculture and Food*, in *Frontiers*, 4, 2021, pp. 1 ff. See also, E. Battelli, *Innovazione tecnologica e gestione della filiera agroalimentare,* in *Diritto Agroalimentare*, 3, 2024, pp. 457 ff.

207. Since the 1990s, the EU has gradually integrated environmental considerations into public procurement policies, transforming the purely economic focus of earlier directives. This shift was supported by the Maastricht and Amsterdam Treaties, which promoted sustainable development and required environmental concerns to be embedded in all EU policies.A key milestone in legal interpretation came with the *Concordia Bus Finland* case (2002), where the European Court of Justice (ECJ) confirmed that environmental criteria could be used in public tenders - as long as they were linked to the subject of the contract, clearly stated, and complied with core EU principles, including non-discrimination. This stance was reinforced in later cases like *EVN AG v. Austria*, which expanded the legitimacy of green criteria to production processes such as renewable energy sourcing. These judicial principles were codified into EU law through Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, which formally allowed contracting authorities to consider environmental factors in awarding and executing contracts. Despite this progress, the application remained limited and uneven. In response, the European Commission launched a strategic push to mainstream Green Public Procurement (GPP), particularly in the wake of the 2008 financial crisis. Key documents like the 2010 "Europe 2020" strategy and the Green Paper on modernising public procurement emphasized the pivotal role of GPP in economic recovery, innovation, climate action, and social inclusion. The Green Paper outlined two main approaches: one focusing on "how to buy" sustainably – ensuring that procurement procedures support environmental goals; and another on "what to buy" – introducing mandatory requirements or incentives for greener goods and services. This effort culminated in the adoption of a new legislative package in 2014, including Directives 24/2014/EU (standard procurement), 25/2014/EU (utilities), and 2014/23/EU (concessions). These texts explicitly position public procurement as a core tool for delivering the Europe 2020 agenda, promoting smart, sustainable, and inclusive growth while ensuring the efficient use of public funds.
    On this point, allow me to refer to A. Depietri, *Il Green Public Procurement tra riforme, mercato ed effettività,* in *Munus*, 3, 2023, pp. 787 ff. See also, A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"*?, in *Ceridap*, 3, 2023; F. De Leonardis*, L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *RQDA*, n. 3, 2020, pp. 62 ff.; A. Perini, *Appalti verdi: una strategia per lo sviluppo sostenibile*, in *Le Regioni*, 1-2, 2022, pp. 147 ff.; O. Hagi Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. l'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, in *Italiappalti.it*, 14 febbraio 2017.
208. On this topic, see G. Caddeo*, I CAM per le mense scolastiche: uno strumento di attuazione dello sviluppo sostenibile e di educazione alimentare,* in *Federalismi*, 14, 2024, pp. 19 ff.

209. See A. Depietri, *Il Green Public Procurement tra riforme, mercato ed effettività,* cit, pp. 818 ff.
210. Agriculture 4.0 ushers in a new era of technological innovation in the agri-food sector, driven by the integration of the Internet of Things (IoT) into farming practices – creating what is often called the "Internet of Farming". This digital shift is transforming traditional agriculture like never before. With the help of cutting-edge technologies such as smart sensors, robotics, drones, and big data analytics, farmers can now gather and manage real-time data directly from their fields. This allows for smarter resource use, higher productivity, and a meaningful reduction in environmental impact. On this topic, reference is made to F. Albisinni, *Agricoltura e digitalizzazione: l'impresa agricola nel tempo presente,* in *Rivista di diritto alimentare,* 1, 2023, pp. 92 ff.; M. Ferrari, *Fattori di produzione, innovazione e distribuzione di valore nella filiera agroalimentare*, Ledizioni, Milano, 2023; G. Neri *L'impresa nell'Era Digitale. Tecnologie informatiche e rivoluzione digitale al servizio dell'impresa*, Guaraldi, Milano, 2015.
211. Vertical farming is an innovative agricultural technique that involves growing crops in vertically stacked layers, often within controlled indoor environments such as skyscrapers, warehouses, or shipping containers. Unlike traditional farming, which relies on horizontal fields and natural weather conditions, vertical farming uses hydroponic, aeroponic, or aquaponic systems to cultivate plants without soil and with minimal water usage. For a general overview, see R. Kumar, S. Rathore, K. Kundlas, et al., *Vertical farming and organic farming integration: a review*, in *Sarathchandran U.M.R.*; T. Sabu, D.K. Meena, *Organic Farming*, Woodhead Publishing, Cambridge, 2023, pp. 291 ff.; D. Despommier, *The Vertical Farm: Feeding the World In The 21st Century*, Picador, London, 2010.
212. The European Green Deal was formally introduced by the European Commission on December 11, 2019, through a Communication addressed to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions (COM (2019) 640 final). This initiative lays the groundwork for a comprehensive plan aimed at guiding the European Union through a fair and inclusive transition to a more sustainable economic model. At its core, the Green Deal calls for a collective effort, involving citizens, various levels of government, civil society, industry, and EU institutions, to shape a greener future. For those interested in exploring the topic further, recommended readings include D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, il Mulino, 2024; N. Chomsky, R. Pollin, *The Climate Crisis and the Global Green New Deal: The Political Economy of saving the Planet,* Versobook, London, 2020.
213. On this point, see the Communication *A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system* (COM (2020) 381 final). For further analysis, refer to F. Venturi, *The Farm to Fork Strategy: A comprehensive but cautious approach to "multidimensional" food sustainability*, in *RQDA*, 1, 2021, pp. 7 ff. and M.Cocconi, *Sostenibilità dell'accesso al cibo*, cit., pp. 1 ff.
214. The EU Biodiversity Strategy for 2030, adopted by the European Commission on 20 May

2020, is a cornerstone of the European Green Deal (COM (2020) 380 final). It sets out a long-term plan to reverse biodiversity loss and put Europe's natural environment on a path to recovery by 2030. Rooted in the principles of sustainability, ecological restoration, and legal enforceability, the strategy recognizes biodiversity as a fundamental component of the EU's economic and ecological resilience. See E. Chiti, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo,* in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2022, pp. 468 ff; G. Antonelli, T. Qin, M.V. Ferroni, A. Erwin, *Biodiversity Laws, Policies and Science in Europe, the United States and China*, Springer, Cham, 2024.

215. From a strictly legal standpoint, the Common Agricultural Policy (CAP) represents a crucial area of EU legislation. Its main legal basis is found in Articles 38 to 44 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). For the purposes of this discussion, it is sufficient to note that Article 38(1) states ‹‹*The Union shall define and implement a common agriculture and fisheries policy*››, while Article 39 sets out its specific objectives. These objectives are closely linked to various economic, social, and environmental goals recognized by the TFEU: the promotion of employment (Article 9), socio-economic cohesion (Articles 174-178), environmental protection within a framework of sustainable development (Article 11), animal welfare (Article 13), and human health (Article 168). The most recent reform of the Common Agricultural Policy (CAP), covering the period 2023-2027, is based on a renewed legal and operational framework established by three key regulations, all adopted on December 2, 2021. Together, they define the new direction of the CAP, aligning it more closely with sustainability, efficiency, and flexibility goals. The Regulation 2116/2021/EU focuses on the financing, management, and monitoring of the CAP. It replaces Regulation 1306/2013/EU and introduces updated mechanisms for ensuring greater transparency and accountability in the use of EU agricultural funds. The Regulation 2021/2115/EU lays down the rules for the design and implementation of National Strategic Plans by Member States. These plans are the core instruments through which countries tailor CAP interventions to their specific needs, backed by financial support from the European Agricultural Guarantee Fund (EAGF) and the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD). This regulation repeals Regulations 1315/2013/EU and 2013/1307/EU, which previously governed rural development and direct payments. Lastly, the Regulation 2021/2117/EU amends several sectoral regulations to ensure coherence across EU agricultural law. It updates: Regulation 2013/1308/EU, which establishes a common organization of agricultural markets; Regulation 2012/1151/EU, on quality schemes for agricultural products and foodstuffs; Regulation 2014/251/EU, concerning the labeling and protection of geographical indications for aromatized wine products; Regulation 2013/228/EU, which sets out specific measures for agriculture in the EU's outermost regions. For a reconstruction of the evolution of the CAP, reference is made to A. Germanò, E. Rook Basile, *Manuale di diritto agrario comunitario*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 232 ff.

216. See N. Röder, C. Krämer, R. Grajewski, S. Lakner, A. Matthews *What is the*

*environmental potential of the post-2022 common agricultural policy*?, in *Land Use Policy*, 144, 107219, 2024; D. Carloni, *La «nuova» politica agricola comune sotto accusa: le ragioni degli agricoltori in rivolta*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria dell'Alimentazione e dell'Ambiente*, 1, 2024, pp. 1 ff: P. Lattanzi, *Il New Green Deal, la PAC 2021-2027 e la sostenibilità nelle produzioni alimentar*i, in P. Borghi, I. Canfora, A. Di Lauro, *Trattato di diritto agroalimentare italiano e di diritto europeo*, Giuffré, Milano, 2021, pp. 711 ff.; V. Rubino*, La sostenibilità in agricoltura e la riforma della PAC*, Cacucci, Bari, 2021, pp. 202 ff.

217. The EAGF's allocation is around €291.1 billion. Up to €270 billion will be provided for income support schemes, with the remainder dedicated to supporting agricultural markets.
218. For the EAFRD the total allocation amounts to €95.5 billion.
219. A comprehensive overview of the risks of fraud related to the Common Agricultural Policy (CAP) funds across Europe, including types of fraud not necessarily connected to organized crime, is provided by the European Court of Auditors' 2022 report titled *The European Commission's Response to Fraud in the Common Agricultural Policy: Time to Tackle the Problem at Its Roots.* The full report is available at the provided link https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/fraud-in-cap-14-2022/it/#chapter0. Frauds harm the financial interests of the EU and prevents EU resources from reaching their strategic objectives. In this report, the Court provides an overview of the fraud risks to which the CAP is exposed and evaluates the European Commission's response to fraud within the CAP. The Court concludes that the Commission has responded to cases of fraud in CAP spending but has not been sufficiently proactive in addressing the impact of illegal land grabbing on CAP payments, monitoring the anti-fraud measures of Member States, and exploiting the potential of new technologies. The Court recommends that the Commission take actions to deepen its understanding of fraud risks and anti-fraud measures, then intervene to assess them accordingly. Additionally, it suggests strengthening its role in promoting the use of new technologies for fraud prevention and detection. This Special Report of the European Court of Auditors was presented under Article 287(4), second subparagraph of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Among others, see S. Pellegrini, *La mafia dei pascoli: dal controllo violento del territorio, alle truffe per i fondi europei. Una criminalità a danno della salute pubblica,* in S. Pellegrini, *Prospettiva Interdisciplinari di analisi in materia di criminalità e violenza. Un laboratorio interdipartimentale per la legalità e contro la violenza (Le.Vi.La.P),* Bologna University Press, Bologna, 2024, pp. 141 ff., G. Minì, *La mafia sui Nebrodi e le frodi europee nel settore agro-zootecnico*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 39 ff.
220. With reference to the Italian case, in 2017, OLAF, in collaboration with the Guardia di Finanza, investigated in Italy and found that some agricultural assistance centers, which help farmers submit aid applications, had entered fake farmers into the national paying agency's database, thus allowing ineligible applicants to receive EU subsidies. OLAF's investigations revealed that the applications were based on inadmissible declarations regarding the allocation of public land, or based on false rental contracts, as the landlord

was deceased or unaware of the existence of the rental contract or submitted for land under seizure due to crimes committed by organized crime or submitted by individuals subject to precautionary measures for mafia-related crimes. For an in-depth description about this operation please refer to The OLAF report 2017, pp. 20 ff. available at this link https://anti-fraud.ec.europa.eu/about-us/reports/annual-olaf-reports_en.

221. The main legal instruments supporting the management of CAP funds are Regulation 2021/2116/EU and the implementing Regulations 2022/128/EU and 2022/127/EU, which govern the financing, management, and monitoring of CAP.
222. On this topic see B. Kołcz, *The activities of the European Anti-Fraud Office (OLAF) in combating corruption and ensuring the financial security of European Union funds*, in *Politics & Security,* 8, 2024, pp. 6 ff.; N. Ilett, *The European Anti-Fraud Office (OLAF),* in *Journal of Financial Crime,* 2, 2004, pp. 120 ff.; V. Pujas, *The European Anti-Fraud Office (OLAF): a European policy to fight against economic and financial fraud?*, in *Journal of European Public Policy*, *10*(5), 2003, pp. 778 ff.
223. The European Public Prosecutor's Office (EPPO) is an independent body of the European Union, operational since 1 June 2021 under the Treaty of Lisbon. Based in Luxembourg, EPPO is responsible for investigating and prosecuting crimes that harm the EU's financial interests. This includes offences related to financial operations such as loan contracting and disbursement, as well as crimes - whether completed or attempted - involving the misappropriation or unlawful diversion of EU funds or assets managed by the Union or on its behalf. Before EPPO's establishment, national authorities were limited by their territorial jurisdictions, making it difficult to effectively tackle cross-border financial crimes. EPPO addresses these challenges by enabling stronger cooperation through an enhanced cooperation framework involving 22 participating Member States. Its creation is grounded in Article 86 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and was formalized through Council Regulation 2017/1939/EU of 12 October 2017. About this topic, see J.A. Vervaele, *The European Public Prosecutor's Office (EPPO): Introductory Remarks*, in W. Geelhoed, L. Erkelens, A Meij, *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press, The Hague, pp. 11 ff.; L.B. Winter, *The European Public Prosecutor's Office: The Challenges Ahead*, Springer, Cham, 2018.
224. Please refer to §2.2. On the systemic flaws regarding the specific topic of agricultural fund management, see S. Pellegrini, *La mafia dei pascoli: dal controllo violento del territorio, alle truffe per i fondi europei. Una criminalità a danno della salute pubblica,* op. cit., p. 149: «*In 2019, €4,260 million in EU aid was disbursed to Italian farmers. Of this amount, the European Commission reimbursed Italy €4,101 million. The difference (€123 million) resulted from negative financial corrections and adjustments imposed by the Commission due to deficiencies and irregularities in the management and control systems. According to the Court of Auditors, it is no longer acceptable for AGEA to delay the necessary improvement of control mechanisms over the paying agencies. These inefficiencies risk financial penalties from the EU stemming from irregularities and negligence attributed*

*both to AGEA and to the regional paying bodies. AGEA, also acting as the Coordinating Body, bears responsibility for ensuring consistency and accountability across the system*». (free translation).

225. The Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) is the main national paying agency in Italy for the implementation of the European Union's Common Agricultural Policy (CAP). Established under Legislative Decree no. 165/1999, AGEA operates under the supervision of the Italian Ministry of Agriculture. In addition to its own operational responsibilities, AGEA supervises and coordinates the activities of several regional paying agencies that have been officially recognized by both the Italian government and the European Commission. These regional agencies operate within their respective territories and are tasked with managing the implementation of CAP funds. Among the most prominent are ARTEA, which serves the Tuscany Region; AVEPA in the Veneto Region; the Paying Agency of the Piedmont Region; and those of Lombardy, Emilia-Romagna, and Sicily. The two autonomous provinces of Trento and Bolzano also maintain their own paying agencies, integrated within the regional structures of their agricultural departments. Each of these agencies is responsible for evaluating applications for agricultural subsidies, disbursing EU funds, and performing administrative and field checks to ensure that all payments comply with EU regulations. They work in close collaboration with AGEA and the Italian Ministry of Agriculture to ensure transparency, legality, and efficiency in the use of public resources. Through this decentralized yet coordinated system, Italy can manage the complex flow of CAP funding while addressing the specific agricultural needs of its diverse regional landscapes.
226. Please refer to §2.2.
227. On this point, please refer to Ten. Col. L. Stella, *Dal monitoraggio satellitare al controllo contabile della Corte dei Conti*, in *SILVAE*, 31.10.2024, available at the following link https://www.carabinieri.it/media---comunicazione/silvae/la-rivista/aree-tematiche/agricoltura-e-alimentazione/controlli-su-erogazioni-dei-fondi-comunitari-in-agricoltura.
228. See §3. Among scholars, reference is made to A. La Spina, *Mafia e corruzione: differenze concettuali, connessione, strumenti di contrasto, in Sicurezza e scienze sociali*, IV, 2, 2016, pp. 47 ff.; R. Sciarrone, L. Storti, *Complicità trasversali fra mafia ed economia. Servizi, garanzie, regolazione*, in *Stato e mercato*, 3, 2016, pp. 353 ff.
229. Reference is made to G. Falcone, M. Padovani, *Cose di casa nostr*a, Rizzoli, Milano, 2017. On the relationship between criminal law and economics, see G. Pignatone, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2015, p. 261. Here, the A. argues for the multiplication of instruments for combating organised crime, ‹‹*given the continuous tension that rigid criminal law inevitably experiences when it meets the ever-changing world of the economy*›› (free translation). See also, A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2010.
230. S. Mocetti, L. Rizzica, *Questioni di Economia e Finanza. La criminalità organizzata in Italia: un'analisi economica, Occasional Paper*s, Banca d'Italia, 661, 2021, p. 5 ff.; see also

the analysis conducted by Istat, *L'Economia non osservata nei conti nazionali*, Roma, 2021 and even before by Transcrime, *Gli investimenti delle mafie, Progetto PON sicurezza*, Transcrime e Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2007-2013.

231. G. Manuguerra, *L'influenza della criminalità organizzata*, cit., p. 136; M. Santoro, *Mafia, cultura e politica,* in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 1998, p. 444; s To explore the field of economic criminality, refer to B. Fleisher, *The Effect of Income on Delinquency: Comment*, in T*he American Economic Review*, 1963.
232. Italy's food inspection system forms part of a multi-level regulatory framework combining European rules and national legislation. The overarching goal of this framework is to ensure food safety and product traceability, as well as to protect public health. At the European level, the main reference is Regulation no. 625/2017/EU, which governs official controls throughout the food chain - from primary production to distribution - replacing the previous Regulation no. 882/2004/EC. In Italy, this framework has been implemented through legislation such as Legislative Decree 193/2007, which sets out sanctions and institutional responsibilities, and Law 283/1962, a key piece of legislation for tackling food fraud and ensuring sanitary standards. The competent authorities include Local Health Units (ASL), specifically the Food and Nutrition Hygiene Services (SIAN); the Health Protection Unit (Carabinieri NAS); the Central Inspectorate for Quality Protection and Fraud Repression (ICQRF); regional authorities; and, in specific contexts, the Customs Agency. Inspections may be scheduled, in line with national or regional plans based on risk assessment, or unannounced, in response to reports or suspected violations. For an in-depth analysis on this topic, reference is made to A. Vitale, *Manuale di Legislazione Alimentare,* Milano, Franco Angeli, 2018. See also, F. Albisinni, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione,* in *Rivista di Diritto Alimentare*, 1, 2018, pp. 11 ff.
233. For a general overview of the topic, see L. Califano, *Sicurezza alimentare, diritto al cibo, etica della sostenibilità. Politiche giuridiche, economiche e sociali,* Franco Angeli, Milano, 2022.
234. G. Pignatone, *Mafia e corruzione*, *cit.*, p. 259 ff., A. Noceti and M. Piersimoni, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2011. See also, F. Basile, E. Zuffada, *Manuale delle misure di prevenzione*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 151 ff.
235. S. Pellegrini, *Il sequestro come vincolo ai patrimoni criminali: dall'indisponibilità temporanea del bene, all'ablazione*, in *Riv. di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata*, 2, 2015, p. 17 ff.
236. M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico al Codice penale, III*, Giuffrè, Milano, 1994 For an in depth analysis under the lens of criminal law see E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi,* Giappichelli, Torino, 2012; A. Balsamo, *Il sistema delle misure patrimoniali antimafia tra dimensione internazionale e normativa interna*, in A. Balsamo, V. Contraffatto, G. Nicastro (eds), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffré, Milano, 2010; G. Fiandaca, C. Visconti (eds), S*cenari di mafia.*

*Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010; C. Visconti, *Dalla «vecchia» alle «nuove» confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 960 ff; A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale voce*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Utet, Torino, 1989, 39 ff.

237. G. Magliocco, *Corruzione e criminalità organizzata*, in *Sicurezza e scienze sociali* IV, 2, 2016, p. 128 ff. In jurisprudence, see the ruling of the Italian Constitutional Court no. 29 of 1961, ‹‹*confiscation may present itself in the laws providing for it with various legal characteristics. While its content is always the same – the deprivation of economic assets – it may be ordered for different reasons and directed towards various purposes. Consequently, it may assume the nature and function of either punishment or security measures, or even civil and administrative legal measures* ›› (free translation). This position was confirmed by the United Sections of the Italian Court of Cassation, ruling no. 26654 of 2008. Instead, the Italian Criminal Court of Cassation, Joint Divisions, 3 July 1996, no. 18 argues that confiscation ‹‹*does not have the punitive nature of a criminal sanction, nor that of a preventive measure, but must be classified as a tertium genus consisting of an administrative sanction*››. The Italian Constitutional Court, in its decision no. 21 of 9 February 2012, the Constitutional Court has again clarified the grounds for confiscation, which ‹‹*include, but do not go beyond, preventive measures*››, since the aim is not only to remove the asset from the illicit patrimony, but also to place it in a context free from the influence of crime. However, as the same Court points out, seizure and confiscation, although not of a criminal nature, remain measures that seriously affect the rights to property and economic initiative, which are protected at constitutional level (Articles 41 and 42 of the Constitution) and at conventional level (Article 1 of the Protocol to ECHR).

238. In the words of the Constitutional Court in no. 196 of 2010, confiscation for equivalent has ‹‹*an essentially punitive nature and is not a security measure in the proper sense; it has a merely repressive function and not a preventive one*›› (free translation). For a general overview about this topic, see F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, IPSOA, Milano, 2009 and M. Amisano Tesi, *Confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., I, Utet, Torino, 2008.

239. G. Magliocco, *Corruzione*, cit., p. 132. Disproportionate (or extended) confiscation can be carried out if the relevant conditions are met. This allows assets directly linked to criminal activity to be seized, even if they cannot be proven to be the result of criminal activity. This is based on a relative presumption, which relieves the prosecution of the burden of proving the illicit origin of assets belonging to persons involved in criminal organisations. See also A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (eds), S*tudi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Giuffré, Milano, 2006, pp. 2103 ff.

240. The Rognoni-La Torre law expanded the range of preventive measures against criminal assets by enabling the seizure and confiscation of property acquired illegally and held directly or indirectly by individuals suspected of belonging to the Mafia. These measures aimed to impoverish criminal organisations by acting as a deterrent against the assets (real estate and movable property) derived from their illegal activities, which were the main

means by which they established themselves in the territory.

241. The bibliography on this subject is vast, ranging from G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto disc. penalistiche*, IV, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 108 ff.; A. Balsamo, V. Contraffatto, G. Nicastro, cit.; in light of more recent scholarly interpretations see M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 477 ff.; N. Gullo, *La destinazione dei beni confiscati nel codice antimafia fra tutela e valorizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2014, pp. 55 ff.; R. Di Maria, F. Romeo, *I beni confiscati alla criminalità come "beni comuni": brevi considerazioni, tra diritto pubblico e privato*, in *Diritto e società*, 3, 2016, pp. 589 ff.
242. M. Petrini, *Profili processuali delle misure ablative fra codice antimafia e giusti processo*, in *Archivio Penale*, 2, 2016, p. 1 ff; G. Magliocco, *Corruzione*, cit., p. 132. About the main differences between most instruments used to combat assets of illicit origin, see G. Pignatone, *Mafia e corruzione*, cit., p. 265, where these instruments differ in terms of their prerequisites, effects, and legal nature. In terms of prerequisites, some require the ascertainment of an offence, while others (the prevention measures) are based on a judgement of dangerousness. In terms of their effects, some instruments have an immediate and direct scope of the proceedings in the form of ablative measures, such as seizure and confiscation. Other instruments have only an interdictory effect (Art. 91, Anti-Mafia Code), or are subordinate to the outcome of an earlier phase of a different nature (Art. 34, Anti-Mafia Code). Finally, some instruments are jurisdictional in nature and others are administrative.
243. G. Torelli, *I beni confiscati alla criminalità organizzata tra decisione amministrativa e destinazione giudiziale*, in *Dir. Amm*., 1, 2018, p. 208, article 29 of the Anti-Mafia code provides that ‹‹*l'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale*›› (free translation).
244. Art. 16, para. 1, lett. a), Anti-Mafia Code states that prevention measures apply to the individuals referred to in Article 4, i.e. those subject to personal prevention measures, including individuals suspected of belonging to mafia-type associations.
245. Art. 20, para. 1, Anti-Mafia Code. The Court, even ex officio, may order the seizure of assets if there are sufficient indications that they are the proceeds of unlawful activities or constitute their reuse. For the sake of completeness, it is necessary to consider the reforms introduced by Law no. 161 of 2017, which, aside from a few amendments affecting the institution itself, did not alter the scope of the provision. See S. Finocchiaro, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10, 2017, p. 251 ff; D. Ferranti, *Il codice antimafia: le ragioni della riforma delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *Cassazione Penale*, 1, 2018, p. 15 ff.
246. Art. 24, para 1, Anti-Mafia Code. The 2017 reform primarily impacted the confiscation process, particularly the confiscation of equivalent assets (Article 25, Anti-Mafia Code), by eliminating any reference to the dispersal and concealment of assets. See S. Finocchiaro,

cit., p. 255, where A. notes ‹‹*Il legislatore ha così inteso eliminare quell'argine all'operatività della confisca di valore (...) consistente nella necessaria prova di una finalità elusiva insita nel comportamento distrattivo tenuto dal proposto. Una modifica, dunque, che aumenterà la possibilità di fare ricorso alla confisca per equivalente in sede di prevenzione*›› (free translation).

247. In scholars, the clear separation of the implementation of preventive measures from the verification of the lawful origin of assets, and even more so from an evaluation of the social danger posed by the proposed offender, is strongly criticised by A. Gialanella, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in G. Fiandaca, C. Visconti (eds), cit., p. 368 ff; G. Pignatone, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in *Ibidem*, p. 314 ff. F. Mazzacuva, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Diritto Penale Contemporaneo online*, 5 novembre 2013; V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in Giur. cost., 2015, fasc. 2, pp. 421 ff. V. Manes, *La "confisca senza condanna", al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo online*, 13.4.2015. The author provides a critical analysis of non-conviction-based confiscation (NCBC) under Italian law, with a focus on the system established by Legislative Decree no. 159/2011 (also known as the Anti-Mafia Code). Manes explores how this form of preventive confiscation, which enables the state to seize assets without a prior criminal conviction, raises serious concerns regarding the presumption of innocence as enshrined in Article 6 § 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Article 27(2) of the Italian Constitution. The article discusses the tensions between Italian constitutional jurisprudence, which generally views such confiscation as a non-criminal measure and thus not bound by the full guarantees of criminal proceedings, and the evolving case law of the European Court of Human Rights, especially following the landmark De Tommaso v. Italy judgment in 2017. In that decision, the Court questioned whether preventive measures of this kind could remain outside the scope of criminal law guarantees, given their substantive punitive impact and the risk of circumventing due process protections. The Author's contribution offers a nuanced reflection on the expansion of symbolic and preventive criminal law in Italy and beyond, emphasising the need for a systematic reassessment of how asset deprivation measures can be balanced with fundamental rights and procedural fairness, particularly in the context of transnational human rights.

248. The bibliography on this subject is vast, ranging from G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto disc. penalistiche*, IV, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 108 ff. in light of more recent scholarly interpretations see M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 477 ff.; N. Gullo, *La destinazione dei beni confiscati nel codice*

*antimafia fra tutela e valorizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2014, pp. 55 ff.; R. Di Maria, F. Romeo, *I beni confiscati alla criminalità come "beni comuni": brevi considerazioni, tra diritto pubblico e privato*, in *Diritto e società*, 3, 2016, pp. 589 ff.

249. C. De Benedictis, *I beni confiscati alla criminalità organizzata*, in *Riv. giuridica del Mezzogiorno*, 3, 2019, p. 735, as quoted by M. Baldascino, M. Mosca, *Il valore sociale delle aziende confiscate*, in *Rassegna Economica <<Rivista internazionale di economia e territorio>>*, 1, 2014, pp. 155 ff.
250. There are different opinions on the legal nature of confiscation, from the Italian Constitutional Court, 9 June 1961, no. 29, which recognises its multifaceted nature, stating that while its content <<*always consists in the deprivation of economic assets*>>, it can be directed towards different purposes, to be determined on a case-by-case basis, as a penal or security measure, or even as a civil or administrative measure. Instead, the Italian Criminal Court of Cassation, Joint Divisions, 3 July 1996, no. 18 argues that confiscation <<*does not have the punitive nature of a criminal sanction, nor that of a preventive measure, but must be classified as a tertium genus consisting of an administrative sanction*>>. The Italian Constitutional Court, in its decision no. 21 of 9 February 2012, the Constitutional Court has again clarified the grounds for confiscation, which <<*include, but do not go beyond, preventive measures*>>, since the aim is not only to remove the asset from the illicit patrimony, but also to place it in a context free from the influence of crime. However, as the same Court points out, seizure and confiscation, although not of a criminal nature, remain measures that seriously affect the rights to property and economic initiative, which are protected at constitutional level (Articles 41 and 42 of the Constitution) and at conventional level (Article 1 of the Protocol to ECHR).
251. Book I, Title III, reclassified as "The administration, management and allocation of seized and confiscated assets", Legislative Decree no. 159 of 2011.
252. The Rognoni-La Torre law expanded the range of preventive measures against criminal assets by enabling the seizure and confiscation of property acquired illegally and held directly or indirectly by individuals suspected of belonging to the Mafia. These measures aimed to impoverish criminal organisations by acting as a deterrent against the assets (real estate and movable property) derived from their illegal activities, which were the main means by which they established themselves in the territory.
253. N. Gullo, *Il procedimento amministrativo di destinazione dei beni confiscati alla mafia: aspetti problematici della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Il Foro Italiano*, 3, 2003, p. 72.
254. *Ivi*, p. 73 (Further insights into the relevant legislation can be found in the bibliography above). The model and the related procedure for the administrative allocation of confiscated assets are based on two factors. Firstly, the <<*presumed vulnerability of confiscated assets*>>. It is acknowledged that, even after judicial measures have been taken, these assets are at risk of being recaptured by the fluid criminal network. Secondly, there is the need to reaffirm the principle of legality. This is because of the <<*renewed capacity of the State to combine the fight against mafia crime with the promotion of social development*

*through the enhancement of economic resources previously available to criminal organisations*››.

255. The matter of regulatory integration was entrusted to Legislative Decree no. 300/1999.

256. The ANBSC was established by Law no. 50 of 31 March 2010 and is responsible for the management of seized and confiscated assets. As a public body, it is subject to the supervision of the Ministry of the Interior. ANBSC possesses its own resources and organisational and accounting autonomy, ‹‹*capable of efficient asset management. Furthermore, it is adequately geared towards the objectives of combating organised crime*››. M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati*, cit., p. 480. For a comprehensive examination of the function and composition of the Agency, see *Id*., *L'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2015, pp. 1 ff.

257. For a relatively recent examination, see N. Gullo, *Il recupero dei beni confiscati tra restyling normativo e opportunità delle politiche di coesione e di attuazione del PNRR*, in *Istituzione del Federalismo*, 1, 2022, p. 74.

258. *Ivi*, p. 75, in an attempt to ‹‹*reduce the obscure tangle of competences that has confusedly overlapped the role of the administrative authority with that of the judicial authority during the prevention procedure*››. This is a well-known issue that has been widely criticised by legal scholars, such as M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati*, cit., p. 487; G. Torelli, *I beni confiscati alla criminalità organizzata tra decisione amministrativa e destinazione giudiziale*, in *Dir. Amm*., 1, 2018, p. 240, where ‹‹*the legislator has endowed the Agency with extensive discretionary powers. Concurrently, the legislator has established mechanisms to both limit these powers and prevent their escalation through judicial decisions*››.

259. The new law covers a wide range of aspects, including the appointment and dismissal of the judicial administrator, the tasks of the National Agency, the criteria for allocation, the regime governing assets, the functioning of the administrative support network, and the staffing of the Agency.

260. For instance, Article 60-bis of Decree Law no. 77 established a series of measures with the objective of accelerating proceedings pertaining to confiscated assets, with a view to incorporating the relevant confiscation measures in the implementation of the enhancement measures provided for in the PNRR. See L. Costantino, *Il ruolo dell'agricoltura nel riutilizzo dei terreni confiscati: analisi e prospettive*, in *Diritto agroalimentare*, 3, 2021, p. 480.

261. Among scholars, these transformative factors are taken into account in R. Di Maria, F. Romeo, *I beni confiscati alla criminalità*, cit., pp. 593 ff.; C. Salati, *Beni confiscati alle mafie come beni comuni. L'amministrazione condivisa quale scenario di rigenerazione*, in *Labsus*, 4, 2019; F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità: il caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata*, in *Etica Pubblica*, 2, 2021, pp. 51 ff.; M.V. Ferroni, *Rigenerazione urbana e riuso temporaneo dei beni: i beni confiscati alla criminalità organizzata*, in *Sociologia urbana e rurale*, 128, 2022, pp. 71 ff.; A. De Chiara, *Gestione e*

*destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata tra diritto vigente e prospettive di modifica in attuazione della Direttiva UE 2024/1260*, in *Riv. trim. di dir. amm.*, 4, 2024.

262. G. Torelli, *I beni confiscati alla criminalità organizzata*, cit., p. 241. As highlighted by the A., ‹‹*the realisation of the overriding public interest depends on the decisions of the criminal court and not on the administration*››. In this perspective, there appears to be ‹‹*a difficult-to-heal rift between the guarantees inherent in criminal law and the principle of good administrative practice, which cannot wait for the conclusion of the trial in order to manage and exploit the asset profitably*›› (free translation).
263. M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati*, cit., p. 479.
264. F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità*, cit., p. 52. The interpretation of the principle of legality in these terms, as an authoritative role entrusted exclusively to the State, has been identified as ‹‹*an intangible asset of public interest whose protection is the sole responsibility of the security and justice systems*›› (free translation).
265. In case law, please refer to the Italian Constitutional Court, ruling no. 335 of 8 October 1996 and ruling no. 34 of 23 February 2012.
266. M.V. Ferroni, *Rigenerazione urbana e riuso temporaneo dei beni*, cit., p. 77; C. Salati, *Beni confiscati alle mafie come beni comuni*, op. cit.
267. F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità*, cit., p. 53. It is important to note that legality thus ceases to be the sole preserve of public authorities and ‹‹*becomes a function that is, at least in part, shared with citizens*››. N. Gullo, *Il recupero dei beni confiscati*, cit., p. 81, in this section, the author reflects on the rethinking of the mission of the National Agency, characterised by the desire to return the ANBSC ‹‹*to its role as the administrative authority responsible for the allocation of confiscated assets, relieving it of the responsibility for the indefinite management of confiscated assets*›› (free translation).
268. ANBSC, *Relazione sull'attività svolta. Anno 2023*, 2024, p. 22. Of the 23,658 assets managed by the Agency, more than 19,000 were transferred to the assets of local authorities, confirming the underlying synergy with municipalities.
269. *Ivi*, p. 28. This is followed by emergency housing, initiatives concerning agriculture, green spaces and the environment, and the protection of vulnerable and disadvantaged groups. With regard to the involvement of third sector organisations, it is interesting to look at the mapping provided by Libera, *Raccontiamo il bene. Le pratiche di riutilizzo sociale dei beni confiscati alle mafie. I numeri, le esperienze e le proposte*, 2025. To date, more than a thousand entities involved in the management of confiscated properties obtained under concession from local authorities have been registered. The civic organisations involved are highly diverse, ranging from associations of various kinds to social cooperatives and consortia of cooperatives, as well as educational institutions, ecclesiastical bodies, private foundations, sports clubs and associations and, to a lesser extent, other entities in the third sector.
270. ANBSC, *Strategia nazionale per la valorizzazione dei beni confiscati attraverso le politiche di coesione*, 2018, p. 13. In general, it should be noted that the process of enhancement is

greatly hampered, firstly, by insufficient administrative capacity on the part of the responsible bodies. Secondly, the Strategy highlights the opportunity to proceed with ‹‹*forms of inter-institutional cooperation (...) both horizontally, between several municipalities, and vertically, between different levels of government*›› (free translation). Another negative factor concerns the availability of a reliable and accessible information base for both public and private stakeholders. On this last point, see Libera, *RimanDATI. Terzo Report Nazionale sullo stato della trasparenza dei Beni Confiscati nelle amministrazioni locali*, 2024.

271. C. Salati, *Beni confiscati alle mafie come beni comuni*, op. cit. The process of restitution of confiscated assets to the community is impeded by several objective difficulties. These include the duration of legal proceedings, the deterioration of assets, a lack of interested parties, financial costs and illegal occupation. N. Gullo, *Il procedimento amministrativo di destinazione*, cit., p. 80 observed that among the various critical aspects of the social allocation system was the role assigned to social planning, ‹‹*which should be the driving force behind allocation activities, but is relegated to the margins of the procedure*››. On the efficiency of local government see F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità*, cit., p. 60, where practice shows that even when these become available, ‹‹*the allocation fails at the end of the procedure because they are not always able to entrust these assets to civic organisations, with the result that the ANBSC regains possession of the assets*›› (free translation).
272. The issue is central to scientific debate and is particularly important for confiscated farms, see S. Masini, *‹‹Agromafie››*, cit., p. 616, where it is noted that few farms have been recovered or actually put to social and productive use, highlighting objective difficulties, ‹‹*thus also reducing the symbolic value of the response to infiltration in the agri-food supply chains*››; VV.AA, *Agromafie. 6° Rapporto*, cit., p. 71, where, on the other hand, it is pointed out that ‹‹*the seizure and confiscation of a farm for mafia activity or illegal hiring must, in fact, become an opportunity for the recovery of the farm and its production chain*›› (free translation). The same report suggests the possibility of assigning a “tutor” to provide support, guidance and advice to the assignee in the period following the assignment.
273. A meticulous investigation is underway to ascertain the viability of proposing temporary custody as a means of mitigating the risk of deterioration of the confiscated property F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità*, cit., pp. 60-61; M.V. Ferroni, *Rigenerazione urbana e riuso temporaneo dei beni*, cit., p. 80, where ‹‹*temporary reuse solutions appear to be a way of enabling active citizens to take care of an asset pending final confiscation (...) so that they can then become potential recipients of definitive management through direct assignment free of charge (...) on the basis of a specific agreement*››; G. Arena, *Da beni pubblici a beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, pp. 647 ff.
274. The suggestions provided by F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità*, cit., p. 61 identify collaboration as a rewarding element, a sort of ‹‹social provision››, capable of exploiting the potential offered, for example, by co-planning and co-design as provided for in Article 55 of Legislative Decree no. 117 of 2017 (Third Sector Code). In the gaps left by

the legislation, see the recent contribution of C. Leone, *La sussidiarietà orizzontale nel sistema dei beni confiscati: il ruolo dell'Agenzia nazionale (ANBSC) e la collaborazione con il terzo settore*, in *Ceridap*, 2, 2025.

275. N. Gullo, *Il recupero dei beni confiscati*, cit., p. 92, in this context, the 2017 Budget Law introduced the National Strategy for the Valorisation of Confiscated Assets, which ‹‹*should represent the most advanced solution for coordinating, guiding and supporting state administrations, local authorities and all those involved in various capacities in the management of confiscated assets*›› (free translation). The National Strategy is accompanied by strategic plans drawn up by individual regions, including Calabria (Regional Council Decree no. 682 of 29 November 2023), Campania (Regional Council Decree no. 366 of 7 July 2022), Emilia-Romagna (Regional Council Decree no. 217 of 21 February 2022) and Sicily (Regional Council Decree no. 584 of 29 December 2021).
276. For a preliminary list of references on the shared administration model, refer to the bibliography provided, we recommend G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118, 1997, pp. 29 ff.; *Id*., *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in *Id*., M. Bombardelli, *L'amministrazione condivisa*, Università degli Studi di Trento, 2022; F. Giglioni, *L'amministrazione condivisa come modello generale*, in Labsus, *Rapporto 2023. Sull'amministrazione condivisa dei beni comuni*, 2023, pp. 6-9. On this point, reference is made to N. Granato, F. Mosconi, *La governance dei beni comuni: l'affermazione della comunità. Il caso di Bologna*, in D. Donati, *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi. Un'analisi interdisciplinare*, p. 285, where ‹‹*Change the administration, change the role of individual citizens; empower them and free them from their mere role as citizens to become urban resources, integrating the management and decision-making processes with the valuable wealth of knowledge that the territory possesses*›› (free translation).
277. G. Arena, *Da beni pubblici a beni comuni*, cit., p. 654. See R. Di Maria, F. Romeo, *I beni confiscati alla criminalità*, cit., p. 595, where the A. equate the assets subject to judicial administration with the genus of common assets, since they have the same constitutional basis, ‹‹*namely their function in the pursuit of social utility*›› (free translation).
278. Corte cost., sent., 26 June 2020, n. 131. The judge uses the term ‹‹*shared administration*›› for the first time to define the relationship between the administration and third sector entities, to be framed as a ‹‹*channel of shared administration, alternative to that of profit and the market*››, as it presupposes models of action that are ‹‹*phases of a complex process involving a different relationship between the public and the private social sector, not based simply on a synallagmatic relationship*›› (free translation). Among scholars, see E. Rossi, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, pp. 49 ff.; L. Gori, *Gli effetti giuridici "a lungo raggio" della sentenza 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Impresa sociale*, 3, 2020, pp. 89 ff. Instead, as a practical and legal testing ground based on co-design see G. Pisani, *L'"amministrazione condivisa" al centro di un nuovo modello di solidarietà*, in *Sociologia*

*del diritto*, 2, 2021, p. 25.

279. G. Arena, *Da beni pubblici a beni comuni*, cit., p. 650; C. Salati, *Beni confiscati alle mafie come beni comuni*, op. cit., where the functionality of the instrument in question is highlighted, to be applied also to confiscated assets, since the fight against organised crime is considered to be in the public interest. On the legal classification of cooperation agreements see E. Fidelbo, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministratori locali e cittadini*, in *Aedon*, 3, 2018, qualified as administrative acts of a non-authoritative nature, comparable to the agreements governed by Article 11 of Law 241 of 1990 (Law on Administrative Procedure).
280. ANBSC, *Relazione sull'attività svolta.*, cit., pp. 44-45. The report also reveals other interesting figures: for instance, of the nearly 18,000 plots of land confiscated in total, 52.89% are currently managed by the Agency, while since the ANBSC was established, 6,466 plots have been allocated, accounting for almost 80% of the total.
281. In scholarly writings, see L. Costantino, *Il ruolo dell'agricoltura nel riutilizzo dei terreni confiscati*, cit., pp. 485 ff.; A. Jannarelli, *Agricoltura sostenibile e nuova PAC: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. agr.*, 1, 2020, pp. 23 ff.; I. Canfora, *L'agricoltura come strumento di welfare. Le nuove frontiere dei servizi dell'agricoltura sociale*, in *Diritto agroalimentare*, 1, 2017, pp. 5 ff.
282. On this issue, it should be noted that in July 2024, the ANBSC and Masaf signed an institutional cooperation agreement (Prot. no. 47873 of 01.07.2024) aimed at the reuse and enhancement of land confiscated from the mafia, for the implementation of youth agricultural entrepreneurship projects with the obligation to promote projects and initiatives in favour of vulnerable and disadvantaged social groups.Early reactions from groups such as Arci and Libera focused on the risk that the agreement could pave the way for further land privatisation. In addition, the text would open the possibility of leasing land only to young farmers, exclusively private and for-profit entities, completely excluding the involvement of municipalities, the third sector, cooperatives and trade unions. See Arci and Libera, *Accordo Masaf-Anbsc, terreni confiscati alle mafie a giovani agricoltori*, 25 July 2024, text available at the following link: https://www.arci.it/accordo-masaf-anbscterreni-confiscati-alle-mafie-a-giovani-agricoltori/.
283. I. Canfora, *L'agricoltura come strumento di welfare*, cit., p. 9, where social agriculture represents a <<*new and more advanced expression of the multifunctional role of agriculture, in a perspective of continuity with the logic of 'provider of common goods' recognised to agriculture, inaugurated with the recognition of the role of "guardian of nature" in the production of environmental goods*>> (free translation). For further information on this phenomenon, see C. Moretti, *Agricoltura sociale: progettualità possibili nel welfare sociale*, in *Sociologia urbana e rurale*, 123, 2020, pp. 75 ff.; F. Giarè, C. De Vivo, M. Ascani, F. Muscas, *L'agricoltura sociale: un modello di welfare generativo*, in *Riv. di economia agraria*, 2, 2018, pp. 125 ff.; F. Giarè, *Coltivare salute: agricoltura sociale e nuove*

*prospettive di welfare. Atti del Seminario presso il Ministero della Salute Roma, 18 ottobre 2012*, Inea, 2013.

284. L. Costantino, *Il ruolo dell'agricoltura nel riutilizzo dei terreni confiscati*, cit., p. 488.
285. L. Paoloni, *La sostenibilità "etica" della filiera agroalimentare*, in *Diritto alimentare*, 4, 2020, pp. 5 ff.; *Id*., *La filiera agroalimentare ‹‹etica›› e la tutela del lavoro*, in *Diritto agroalimentare*, 3, 2020, pp. 635 ff.; G. Allucci, *La valorizzazione dei beni confiscati alla camorra: occasione di sviluppo e di rafforzamento della legalità. L'esperienza di Agrorinasce*, in *Riv. economica del Mezzogiorno*, 3, 2020, pp. 455 ff.
286. L. Costantino, *Il ruolo dell'agricoltura nel riutilizzo dei terreni confiscati*, cit., p. 489.
287. See §2.4. We also recommend the study of A. Corrado, *Migrazioni e lavoro agricolo in Italia: le regioni di una relazione problematica. Policy Brief*, Open Society European Policy Institute, 2018; G. Marotta, C. Nazzaro, M. Simeone, *Capitale umano e capitale sociale nell'agricoltura multifunzionale: un'analisi delle esperienze di filiera corta nella Campania interna*, FrancoAngeli, Milano, 2013.
288. Public intervention in this regard would be consistent with the key role recognised to the agri-food sector, given its pervasiveness with regard to delicate but interconnected issues that can no longer be ignored, such as the protection of workers and the fight against the scourge of illegal hiring practices. See L. Costantino, *Il ruolo dell'agricoltura nel riutilizzo dei terreni confiscati*, cit., p. 492, ‹‹*The time is ripe, therefore, to recognise the role of economic and social development that the legal system entrusts to agriculture, expanding the activities that can be carried out on confiscated land*›› (free translation).
289. See M. Cocconi., *La nuova politica industriale europea verso un modello di crescita circolare e rigenerativo*, in *Id*. (ed.), *Il mosaico dell'economia circolare*, cit., pp. 25 ff.
290. E*x multis*: A. Farì, *Il principio DNSH nella fase di transizione della disciplina ambientale. Introduzione al dibattito,* in *RQDA,* 2, 2024*,* pp. 4 ff.; U. Barelli, *Il PNRR ed il principio "Do No Significant Harm" (DNSH)*, in *RGA online*, Febbraio 2023; G.M. Caruso, *Il principio "do no significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *Citt. eur.*, n. 2, 2022, pp. 134 ff.; A. S. Bruno, *Il PNRR e il principio del do no significant harm (DNSH) davanti alle sfide territoriali*, in *Federalismi.it.*, 8, 2022; F. Spera, *Da valutazione "Non arrecare un danno significativo" a "principio DNSH": la codificazione di un nuovo principio e l'impatto di una analisi trasversale rivolto al futuro*, in *Quaderni AISDUE*, 34, 2022, p. 742; I. Costanzo, *Il principio "Do No Significant Harm" (DNSH) nel processo di transizione ecologica: un itinerario di riflessione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2023, pp. 710 ff.
291. Regulation 2020/852/EU of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment and amending Regulation (EU) 2019/2088.
292. In this sense, see U. Barelli, *The Ignored Revolution of the DNSH Principle*, in *Riv. giur. Amb. Online*, June 2025: «*In summary, the DNSH principle, sustainable finance, and the circular economy are not separate elements, but interdependent components of a single transformative strategy, which aims to build a more sustainable, regenerative, and inclusive*

*European economy*» (free translation).

293. F. de Leonardis, *La rivoluzione silenziosa del principio Do no significant harm (DNSH)*, in *RQDA*, 2, 2024, p.125
294. Regulation (EU) 2021/241 of 12 February 2021 establishing the Recovery and Resilience Facility.
295. The European Commission has clarified that the EU budget cannot finance activities whose legality is called into question by an infringement procedure under Article 258 TFEU, and that compliance with existing environmental legislation is a necessary condition for the eligibility of proposed measures under EU funding.

# I Power Purchase Agreement: un utile strumento per la transizione energetica

*Anna Grignani*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-71

*I Power Purchase Agreements (PPA) rappresentano strumenti contrattuali innovativi che consentono di acquistare energia rinnovabile a prezzi competitivi. Essi offrono vantaggi economici e di pianificazione sia per le imprese private sia per la pubblica amministrazione, che potrebbe utilizzarli per incentivare la creazione di comunità energetiche rinnovabili. Tuttavia, i PPA presentano rischi legati alle fluttuazioni dei prezzi e alla variabilità della produzione di energia da fonti rinnovabili. L'integrazione di strumenti di garanzia e la revisione normativa potrebbero ampliare il loro utilizzo, favorendo un sistema energetico più sostenibile.*

***Power Purchase Agreements: Useful Tools for the Renewable Energy Transition***

*Power Purchase Agreements (PPAs) are innovative contractual instruments that enable the purchase of renewable energy at competitive prices. They offer economic and planning advantages for both private enterprises and public administrators, which could use them to encourage the creation of renewable energy communities. However, PPAs entail risks related to price fluctuations and the variability of energy production from renewable sources. The integration of guarantee mechanisms and regulatory revisions could expand their use, promoting a more sustainable energy system.*

*Sommario: 1. Introduzione: i Power Purchase Agreement.- 2. I diversi tipi di Power Purchase Agreement e le loro caratteristiche.- 3. I Power Purchase Agreement sottoscritti da enti pubblici: limiti e prospettive.- 4. Conclusioni.*

## 1. Introduzione: i *Power Purchase Agreement*

Nel 2021, 94 delle *Fortune 500 companies* – le principali aziende statunitensi per fatturato – hanno deciso di ricorrere alle energie rinnovabili per soddisfare parte del loro fabbisogno energetico[1]. A fronte dell'esigenza di aumentare la produzione e consumo di energia *green*, si sono diffusi i contratti di *Power Purchase Agreement*[2], che consentono di rispondere alla duplice esigenza delle imprese di assicurarsi una fornitura stabile di energia a costi competitivi[3] e di ridurre le proprie emissioni di CO2[4]. L'innovatività e la peculiarità di questo contratto sono riconducibili alla struttura del mercato elettrico e ai meccanismi di determinazione del prezzo dell'energia[5]. L'obiettivo di questo scritto, quindi, è quello di analizzare se e in che modo tale strumento contrattuale possa essere impiegato dalla pubblica amministrazione per incentivare la produzione di energia da fonti rinnovabili e promuovere la costituzione di CER.

Nello specifico, il PPA è contratto atipico in forza del quale una parte (c.d. *seller*) si impegna a fornire energia elettrica o un derivato finanziario relativo all'energia a un'altra parte (c.d. *off-taker*) a un prezzo determinato, che può essere indicizzato all'inflazione o meno, per un periodo di tempo prestabilito, generalmente di 10 o 15 anni.

Per il *seller*, il beneficio principale consiste nella certezza di vendere l'intera quantità di energia prodotta a un prezzo predefinito, permettendo così una pianificazione economico-finanziaria più efficace e aumentando le possibilità di ottenere finanziamenti per la costruzione degli impianti per la produzione di energia pulita[6],[7]. Infatti, l'*off-taker*, sottoscrivendo un contratto di PPA, si obbliga nei confronti del *seller*, il quale può utilizzare il contratto come garanzia a supporto delle richieste di finanziamento, rendendo le banche più inclini a concedere linee di credito[8].

Per quanto riguarda l'*off-taker*, che può essere una *utility*, un consumatore finale o un intermediario, il principale vantaggio derivante dalla conclusione di un PPA è la certezza di poter acquistare una quantità predeterminata di energia a un prezzo fisso o, se variabile, calcolato secondo parametri precedentemente concordati. Questo consente all'acquirente di pianificare con maggiore precisione le proprie spese energetiche e, se necessario, di rivolgersi ad altri fornitori nel caso in cui il PPA non copra completamente il suo fabbisogno. Inoltre, dichiarare di

utilizzare in tutto o in parte energia proveniente da fonti rinnovabili[9] rappresenta un valore aggiunto del servizio/prodotto, sempre più apprezzato dai consumatori. Tuttavia, come evidenziato da alcuni autori[10], e nonostante i benefici di tipo economico sopra citati, il numero di PPA conclusi finora sembra non riflettere appieno le potenzialità che questo strumento giuridico potrebbe offrire[11]. Infatti, pur contribuendo in maniera significativa a ridurre l'incertezza legata ai costi energetici, il PPA non elimina completamente il rischio di acquistare/vendere energia a un prezzo maggiore/minore poiché si tratta di uno strumento negoziato sul mercato elettrico che, in quanto mercato finanziario, implica una certa quota di alea[12]. In particolare, per il produttore, il rischio sorge nel caso in cui il prezzo dell'energia aumenti: egli sarà comunque vincolato a vendere l'energia al prezzo prefissato, subendo così una perdita economica. Viceversa, se il prezzo dell'energia dovesse diminuire, l'*off-taker* sarà costretto a pagare un prezzo superiore rispetto a quello di mercato, con una perdita corrispondente al guadagno del *seller*. A ciò si aggiunge l'incertezza legata alla produzione di energia da fonti rinnovabili, che, a differenza di quella generata da fonti fossili, non è sempre programmabile, rendendo difficile prevedere esattamente la quantità di energia che l'impianto produrrà.

## 2. I diversi tipi di *Power Purchase Agreement* e le loro caratteristiche

I principali tipi di PPA sono: i PPA *peak load* o *base load*; i PPA virtuali o fisici, che possono essere *off-site* oppure *on-site*; i PPA *corporate* o *utility*; i PPA *multi-buyer/aggregated* o *one-buyer*; i PPA che usano un solo tipo di energia oppure i PPA che aggregano diversi impianti e molteplici forme di energia rinnovabile[13].
Partendo dai PPA *baseload*, questi contratti si riferiscono tipicamente a impianti caratterizzati da costi di costruzione relativamente contenuti, ma che risultano meno adatti a rispondere a esigenze di produzione o consumo comunicate con breve preavviso. Ciò è dovuto agli alti costi associati ai cicli di accensione e spegnimento, che rendono economicamente più efficiente mantenere tali impianti in funzione continua, minimizzando così le interruzioni. Diversamente, i PPA *peakload*, pur presentando costi fissi di gestione più elevati rispetto ai *baseload*, sono progettati per rispondere con maggiore flessibilità alle richieste di

consumo "dell'ultimo minuto" e per adattarsi rapidamente alle fluttuazioni della curva di domanda e offerta.

Nel PPA fisico l'energia è consegnata direttamente all'acquirente e l'impianto può essere on-site oppure *off-site*: nel primo caso, la produzione e il consumo avvengono nello stesso luogo, mentre nel secondo l'energia è generata in una sede diversa rispetto a quella di consumo. La collocazione *off-site* consente al produttore di installare maggiore capacità, sfruttando anche terreni non adiacenti, senza essere vincolato alle limitazioni di spazio nelle immediate vicinanze della propria sede.

Maggiormente diffuso rispetto al PPA fisico è il PPA virtuale (o sintetico)[14], in forza del quale l'energia prodotta è venduta sul mercato spot e l'*off-taker* riceve un pagamento pari alla differenza tra il prezzo spot e quello stabilito nel contratto. In tal modo l'acquirente riesce a mitigare il rischio di perdite economiche dovute alle oscillazioni del prezzo dell'energia. Si noti che, dal punto di vista formale, solo i PPA virtuali sono riconducibili ai contratti derivati[15], ossia contratti il cui «*valore deriva dall'andamento del valore di una attività ovvero dal verificarsi nel futuro di un evento osservabile oggettivamente*»[16], mentre l'attività o l'evento futuro sono definiti sottostante.

Considerata la complessità di questi strumenti finanziari e benché non costituiscano il focus primario del presente contributo, è opportuno illustrarne brevemente le caratteristiche principali[17].

I contratti derivati rispondono a tre finalità: la speculazione[18], la copertura del rischio finanziario[19] e l'arbitraggio, realizzato mediante operazioni combinate sul derivato e sul sottostante, volte a compensare eventuali differenze di valore[20].

L'elemento più controverso legato alla disciplina di tali contratti e dal quale emergono le maggiori criticità in merito al grado di rischio che le parti sono disposte ad accettare, inerisce la determinazione del valore contrattuale. Ed invero, numerosi studi in tema di PPA propongono metodi per quantificare, contenere e mitigare il rischio[21]. In aggiunta, a conferma della necessità di favorire la diffusione dei contratti di PPA, la quarta riforma del capitolo RepowerEu, (nuova missione 7) del PNRR[22] prevede l'introduzione di meccanismi volti a mitigare il rischio finanziario associato ai suddetti contratti.

In questa sede è sufficiente ricordare che le principali categorie di derivati sono i contratti a termine, gli *swap* e le opzioni[23]. I contratti a termine sono caratterizzati

dalla predeterminazione della data di consegna del sottostante e il rischio è dato dalle variazioni di valore del sottostante che si possono verificare tra la stipula del contratto e la data di consegna: l'acquirente subisce una perdita qualora il valore del bene diminuisca, mentre la perdita grava sul venditore laddove il bene si apprezzi. All'interno dei contratti derivati a termine troviamo i *forward*[24] e i *futures*. I *forward* sono negoziati al di fuori dei mercati regolamentati[25], mentre i *futures*, scambiati nei mercati regolamentati, sono standardizzati in termini di oggetto, scadenza e modalità di negoziazione.

Gli *swap* sono contratti atipici mediante i quali i contraenti si accordano per scambiarsi flussi di pagamenti a una data certa[26]. I pagamenti possono essere realizzati nella stessa valuta o in valute diverse e il valore del contratto, anche in questo caso, è legato a quello del sottostante.

Infine, le opzioni sono contratti che consentono, ma non obbligano, a una delle parti di acquistare/vendere il sottostante (un'attività finanziaria oppure un bene) a un prezzo determinato a una data prefissata o entro una certa data[27]. Le opzioni, diversamente dagli *swap*, sono negoziate all'interno di un mercato regolamentato.

Un'ulteriore classificazione dei contratti di PPA si basa sulla tipologia dei contraenti i quali, come accennato, possono essere un consumatore finale, una società, una *utility* o un soggetto pubblico[28]. Si parla di *corporate* PPA quando il contratto viene stipulato tra il titolare dell'impianto di produzione di energia e un consumatore industriale o commerciale[29]. In alternativa, nel caso di PPA di tipo *utility* o *multi-utility*, l'accordo può essere stipulato con un intermediario, generalmente una società finanziaria, che successivamente cede l'energia a una società di distribuzione[30].

Infine vi sono i PPA che, al fine di ridurre il rischio legato alla sottoproduzione di energia, includono nell'oggetto del contratto più impianti alimentati dalla stessa fonte di energia oppure da diverse fonti.

I principali rischi connessi alla sottoscrizione di un PPA sono relativi: al prezzo, alla garanzia del credito, ai mutamenti del quadro normativo-regolatorio, al volume[31] e alla forma[32].

Gli operatori del settore, per mitigare le incertezze legate alla variazione del prezzo, hanno introdotto un altro contratto che, concluso parallelamente a un PPA, consente di riequilibrare le condizioni contrattuali. Si tratta del contratto per differenza (CdF) a due vie, un contratto atipico (di *swap*), concluso tra un

intermediario e un investitore, in forza del quale le parti si obbligano a corrispondere la differenza tra il valore del sottostante registrato al momento di conclusione del contratto e il suo valore in un momento futuro[33]. In tal senso si segnala che l'art. 18-*bis* della Direttiva 2019/944/UE, così come modificato dalla Direttiva 2024/1711/UE, prevede che gli Stati membri, qualora vi sia un mercato sufficientemente concorrenziale, possono imporre che una quota «*dell'esposizione dei fornitori al rischio di variazione dei prezzi all'ingrosso dell'energia elettrica*» sia coperta mediante PPA di energia rinnovabile[34]. Inoltre, gli Stati devono garantire che anche le CER e le CEC possano accedere a tali strumenti di copertura del rischio finanziario[35].

Il legislatore italiano, in linea con le suddette misure, nel modificare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza introducendo la Missione 7 «*RepoweEU*», ha inserito «*la riduzione del rischio finanziario associato ai PPA*» tra le riforme settoriali[36]. Nello specifico, la riforma obbligherà coloro che sottoscriveranno contratti di PPA a coprire parte del valore del contratto mediante strumenti di garanzia negoziati nel mercato dell'energia elettrica. In aggiunta, per mitigare il rischio di inadempimento, è stato proposto di istituire un soggetto pubblico che, agendo come acquirente/venditore di ultima istanza, possa intervenire laddove non siano stati rispettati gli obblighi contrattuali[37]. Rinviando al capitolo successivo l'analisi del possibile ruolo che i soggetti pubblici potrebbero avere nella diffusione dei contratti di PPA, è opportuno soffermarsi brevemente sulle altre principali criticità che caratterizzano tale schema contrattuale.

In relazione al rischio di variazione del volume di energia prodotta, è sufficiente osservare che esso non può essere completamente eliminato, in quanto detta variazione è intrinsecamente connessa alla non programmabilità delle fonti rinnovabili. Inoltre, vale la pena notare che il suddetto rischio grava sia sul venditore, che potrebbe essere costretto a pagare una penale, sia sull'acquirente che, in caso di minor produzione di energia, potrebbe essere costretto ad acquistarla sul mercato a prezzi elevati[38]. Una possibile soluzione consiste nella sottoscrizione di PPA che, al fine di compensare eventuali squilibri derivanti dalla sovrapproduzione o sottoproduzione di energia, prevedano il soddisfacimento delle esigenze dell'acquirente attraverso il ricorso a impianti alimentati da diverse fonti[39].

Quanto alla forma, l'assenza di tipizzazione da parte del legislatore, sia europeo

che nazionale, se da un lato rende i PPA particolarmente flessibili e quindi capaci di adattarsi le esigenze delle parti, dall'altro ciò potrebbe incidere negativamente sull'attrattività di tale schema contrattuale. Infatti, la mancanza di un quadro regolatorio chiaro e predefinito genera incertezza in merito alla redditività delle operazioni di vendita e acquisto a lungo termine.

## 3. I *Power Purchase Agreement* sottoscritti da enti pubblici: limiti e prospettive

L'art. 28, c. 4 del d.lgs. n. 199/2021 prevede che, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, la Consip avrebbe dovuto definire gli strumenti di gara necessari per consentire alla PA di sottoscrivere contratti di PPA. Inoltre, l'ARERA avrebbe dovuto integrare le linee guida di cui alla l. n. 124/2017, al fine di agevolare la conclusione di PPA anche per i consumatori privati, avvalendosi eventualmente di soggetti aggregatori indipendenti.

Tuttavia, data la natura degli enti pubblici e la disciplina peculiare di cui al codice degli appalti, è necessario esaminare gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla conclusione di contratti derivati, categoria alla quale appartengono i PPA virtuali, da parte della pubblica amministrazione. A questo riguardo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[40], nella loro funzione nomofilattica, hanno chiarito che, sebbene i contratti derivati negoziati tra soggetti privati debbano essere considerati atipici, quelli sottoscritti dalle PA acquistano, per così dire, "tipicità" poiché devono rispettare sia la normativa sull'intermediazione finanziaria sia quella pubblicistica, che regola l'attività contrattuale delle amministrazioni[41]. Nella ricostruzione operata dalla Corte sullo sviluppo e diffusione dei suddetti strumenti negoziali, di sicuro rilievo è il rinvio alla c.d. Legge di stabilità del 2014 (l. n. 147/2013) che, fatte salve alcune eccezioni, vieta, pena la nullità relativa dell'accordo, alle Regioni e agli Enti locali di sottoscrivere contratti derivati[42]. In aggiunta, i giudici hanno precisato che, in forza degli artt. 97 e 119 Cost.[43], «*la misura dell'alea* del contratto [N.d.R.] *deve essere calcolata secondo criteri riconosciuti e oggettivamente condivisi*» poiché, solo in tal modo, sarebbe rispettato il vincolo di equilibrio finanziario qui è tenuta la PA[44]. Diversamente opinando, secondo certa dottrina, si autorizzerebbero gli amministratori della cosa pubblica a «*giocare alla lotteria o al casinò con i soldi*

*dei contribuenti*»[45].

Seguendo tale impostazione, si potrebbe sostenere che le PA siano legittimate a stipulare solo PPA fisici, mentre i PPA virtuali, essendo contratti derivati, sarebbero esclusi.

Ebbene alcune considerazioni appaiono necessarie. Innanzitutto occorre soffermarsi sulla natura dei diversi interessi contrapposti i quali, com'è noto, mutano nel tempo e condizionano la nozione di meritevolezza[46]. Infatti, se da un lato, come si è detto, la sottoscrizione di contratti derivati da parte della PA comporta un'esposizione eccessiva delle finanze pubbliche alle fluttuazioni del mercato, dall'altro occorre tenere a mente che la conclusione di contratti di PPA è (potrebbe essere) espressione di altri principi meritevoli di tutela[47]. In particolare, si fa riferimento alla promozione della transizione energetica, espressione del più ampio principio di tutela dell'ambiente, ora enunciato dal nuovo art. 9 Cost. Ed invero, sottoscrivendo contratti di compravendita di energia rinnovabile a lungo termine, per così dire, "rafforzati" dalle garanzie offerte dai CdF[48], la pubblica amministrazione potrebbe tutelare interessi senza dubbio meritevoli, come l'incremento della produzione e consumo di energia *green*, nonché la contestuale riduzione della spesa energetica pubblica[49]. In aggiunta le risorse così risparmiate potrebbero essere destinate a finalità sociali tra cui, ad esempio, il contrasto alla povertà energetica[50] e la costituzione di comunità energetiche[51]. Quest'ultimo punto pare di particolare rilevanza se si considera che i CdF, mediante il meccanismo di riequilibrio tra il *reference market price* e lo *strike price*[52], consentono di mitigare l'esposizione del contraente alle fluttuazioni di un mercato[53], come quello dell'energia, piuttosto volatile e assai sensibile ai mutamenti di ordine geopolitico[54]. E, se come ribadito dalle S. U. della Cassazione[55], la meritevolezza di un interesse non attiene al contratto in sé bensì «*al risultato con esso avuto di mira dalle parti*»[56], occorre domandarsi se il divieto assoluto per una PA di sottoscrivere contratti derivati sia fondato o se esso dovrebbe essere "ammorbidito" rinviando a una valutazione concreta, caso per caso, dello scopo pratico che i contraenti intendono conseguire, specialmente se di interesse pubblico, come la promozione della transizione energetica[57].

Quanto innanzi suggerito in relazione all'opportunità di consentire alle PA di sottoscrivere contratti di PPA virtuale sembra trovare conferma nella rilevanza strategica di questa tipologia di accordi. Infatti, solo questi ultimi non richiedono

la connessione diretta tra l'impianto di produzione e il luogo di consumo. Inoltre, l'importanza di questa soluzione contrattuale è ulteriormente supportata dal fatto che le imprese preferiscono concludere PPA virtuali[58], anche in considerazione dei minori costi rispetto ai PPA fisici[59]. Siffatto risparmio, benché di modesta entità (2,5%) e frutto di un'analisi condotta su un campione relativamente ristretto (17 imprese), consente di ritornare sul concetto di meritevolezza, in quanto un contratto che, a parità di risultati, comporta minori costi per la PA sottoscrivente è espressione dei noti principi di cui all'art. 97 Cost.
Da ultimo occorre riprendere brevemente due questioni relative alla sottoscrizione di PPA da parte delle pubbliche amministrazioni: (i) l'asimmetrica informativa e il ruolo di Consip; (ii) l'applicazione del codice degli appalti per l'individuazione del contraente privato.
Quanto al primo punto, laddove è stato scritto che «*il cliente*» (compresa la PA) versa in una condizione di asimmetria informativa rispetto all'intermediario finanziario[60], pare utile notare che l'incapacità «*di comprendere appieno i tecnicismi della materia e il senso economico dell'operazione*»[61] non pare essere una caratteristica ontologicamente riconducibile alla pubblica amministrazione, quanto piuttosto una constatazione derivante dall'osservazione empirica. Pertanto è ragionevole ipotizzare che, qualora il legislatore permettesse alle amministrazioni di sottoscrivere contratti derivati, il personale della PA, opportunamente formato e informato sui rischi connessi alla conclusione dei PPA, sarebbe pienamente in grado di comprendere la complessità di tali operazioni finanziarie e di esprimere in modo consapevole la volontà dell'ente che rappresenta. Inoltre, è importante ricordare che il capitolo REpower EU del PNRR ha introdotto nuove misure e finanziamenti volti a rafforzare le competenze della PA. Nello specifico, con la quinta riforma, denominata «*Piano Nuove Competenze Transizioni*», il legislatore intende ridurre il divario tra la domanda e l'offerta di competenze green anche dei dipendenti pubblici[62] e, del pari, l'investimento 9 mira a rafforzare le capacità tecnico-amministrative per l'attuazione del PNRR, attraverso moduli formativi per i funzionari pubblici locali sulla transizione ecologica (ed energetica)[63]. Pertanto, sarebbe auspicabile che, nell'ambito di tali iniziative, si considerasse l'opportunità di formare il personale della PA anche in materia di contratti derivati e del loro possibile impiego per la transizione energetica.

In secondo luogo, occorre richiamare il ruolo della Consip S.p.A. e delle altre centrali uniche di committenza. Infatti, come evidenziato all'inizio del capitolo, il legislatore, in sede di recepimento della Direttiva 2001/2018/UE, ha attribuito a Consip il compito di agevolare la conclusione di PPA da parte delle pubbliche amministrazioni. Eppure, alla luce di quanto sin qui esposto, tale previsione, senza le opportune modifiche legislative, potrà essere applicata solo per la stipula dei PPA fisici. Cionondimeno, proprio il richiamo al ruolo della Consip rafforza la tesi innanzi espressa in materia di asimmetria informativa nel caso di conclusione di contratti di finanza derivata da parte di enti pubblici. Infatti, se da un lato si comprendono le ragioni di coloro che sostengono che l'amministrazione pubblica non sempre sia adeguatamente formata sui rischi derivanti dalla sottoscrizione di contratti derivati, dall'altro è plausibile che tale limite possa essere superato laddove il contratto venga concluso da una società pubblica il cui mandato istituzionale è quello di «*analizzare e aggregare la domanda pubblica di beni, servizi e lavori*»[64]. In altri termini, si ritiene che all'interno della Consip, essendo tale società istituita per concludere contratti di notevole importo in quanto destinati a soddisfare le esigenze di numerose amministrazioni pubbliche, vi siano le competenze necessarie per superare quell'asimmetria informativa che impedirebbe la piena comprensione dei rischi economici legati alla sottoscrizione di derivati. Inoltre, la gestione aggregata della domanda da parte di Consip consentirebbe di negoziare condizioni contrattuali più favorevoli, anche in termini di riduzione dell'alea contrattuale. Pertanto, si ritiene che un maggiore coinvolgimento di Consip e delle centrali uniche di committenza regionali potrebbe contribuire alla riduzione dei rischi associati alla sottoscrizione di PPA da parte della PA, rendendo l'operazione più vantaggiosa sotto il profilo economico e incentivando, di conseguenza, la realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Chiarito quanto precede, è necessario rammentare che l'art. 56, c. 1, lett. i), d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (c.d. Codice dei contratti pubblici), data la natura peculiare dei contratti derivati e l'importanza del rapporto fiduciario tra intermediario e contraente, esclude tale tipologia contrattuale dall'ambito di applicazione dei Codice degli appalti[65]. Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel ritenere che sia comunque necessario esperire una procedura ad evidenza pubblica[66], fermo restando il rispetto dei principi generali di economicità e buon

andamento *ex* art. 97 Cost.

## 4. Conclusioni

In conclusione, l'analisi dei contratti di *Power Purchase Agreement* evidenzia il loro potenziale nel favorire la transizione verso una maggiore produzione e consumo di energia rinnovabile, con importanti implicazioni sia per le imprese che per le pubbliche amministrazioni. I PPA, sebbene caratterizzati da alcune incertezze legate al rischio di prezzo e volume, offrono numerosi vantaggi in termini di pianificazione economica, accesso a finanziamenti e certezza nella fornitura di energia a costi competitivi. La crescente diffusione di questi contratti tra le aziende private, tuttavia, non sembra ancora riflettere pienamente le opportunità che potrebbero essere sfruttate, in particolare dalla PA, per incentivare la costituzione di comunità energetiche rinnovabili e ridurre la propria spesa energetica.

Nonostante i rischi associati ai PPA, tra cui la fluttuazione dei prezzi e la non programmabilità della produzione di energia da fonti rinnovabili, la proposta di integrare strumenti di garanzia a copertura del rischio finanziario, come previsto dal PNRR, rappresenta un passo significativo verso la mitigazione delle incertezze e l'ampliamento dell'uso di questi contratti.

Sebbene permangano dubbi interpretativi in relazione alla compatibilità dei PPA virtuali con la normativa sui contratti che possono essere sottoscritti dalla PA, una valutazione pragmatica dei benefici per la collettività – come la riduzione delle emissioni di CO2 e il sostegno alla creazione di CER – dovrebbe spingere verso una revisione del quadro normativo. In tal senso una maggiore formazione dei funzionari pubblici, unita all'adozione di soluzioni legislative più flessibili, consentirebbe di superare le attuali barriere e rendere i PPA uno strumento giuridico strategico per promuovere un sistema energetico più sostenibile e resiliente.

1. L. Cervantes, T. Letts, L. Vita, T. Juliani, *Power Forward 4.0: A progress report of the Fortune 500's transition to a net-zero economy*, WWF, giugno 2021.
2. Nell'esaminare i contratti di PPA il contributo si riferisce esclusivamente ai c.d. renewable PPA, ossia PPA aventi ad oggetto esclusivamente la produzione di energia da fonti rinnovabili.

3. J. Sourabh, *Exploring structures of power purchase agreements towards supplying 24x7 variable renewable electricity*, in *Energy*, 244, 2022, p. 122609.
4. J.J. Mesa-Jiménez, A.L. Tzianoumis, L. Stokes, Q. Yang, V.N. Livina, *Long-term wind and solar energy generation forecasts, and optimisation of power purchase agreements*, in *Energy Rep*, 9, 2023, pp. 292 – 302.
5. P. Wallace, *Long Term Power Purchase Agreements: the factors that influence contract design*, Simmons&Simmons, 2019.
6. G. Miller, *Beyond 100% renewable: Policy and practical pathways to 24/7 renewable energy procurement*, in *Electr J.*, 33(2), 2020, p. 106695.
7. Baringa, *Commercial PPA - A Market Study including an assessment of potential financial instruments to support renewable energy Commercial Power Purchase Agreements*, EBI, 2022; P. Gabrielli, R. Aboutalebi, G. Sansavini, *Mitigating financial risk of corporate power purchase agreements via portfolio optimization*, in *Energy Economics*, 109, 2022, p. 105980; J. I. Peña, R. Rodríguez, S. Mayoral, *Cannibalization, depredation, and market remuneration of power plants*, in *Energy Policy*, 167, 2022, p. 113086.
8. In tema di "bancabilità" degli investimenti si vedano M. Bruck, P. Sandborn, *Pricing bundled renewable energy credits using a modified LCOE for power purchase agreements*, in *Renew. Energy*, 170, 2021, pp. 224 – 235.
9. In relazione alla disciplina delle Garanzie di Origine, che sono un titolo negoziabile indipendentemente dall'energia cui si riferiscono, si rinvia al testo dell'art. 46 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e al d.m. 224/2023.
10. PWC, *Corporate Renewable Energy Procurement Survey Insights*, in https://ippjournal.com, 2016 (ultimo accesso 7 novembre 2024) ; Y. Ghiassi-Farrokhfal, W. Ketter, J. Collins, *Making green power purchase agreements more predictable and reliable for companies*, in *Decision Support Systems*, 114, 2021, p. 113514; P. Gabrielli, R. Aboutalebi, G. Sansavini, *Mitigating financial risk of corporate power purchase agreements via portfolio optimization*, cit.
11. Baker McKenzie, *The Rise of Corporate PPAs: A New Driver for Renewables*, Technical Report, 2015, in https://www.bakermckenzie.com (ultimo accesso il 9 novembre 2024).
12. In parte l'alea, come ricorda P. Wallace, *Long Term Power Purchase Agreements: the factors that influence contract design*, cit., è connessa all'impossibilità, se non entro certi limiti, di stoccare l'energia elettrica che, pertanto, deve essere prodotta pressoché contemporaneamente al momento in cui viene consumata.
13. World Business Council for Sustainable Development, *How multi-technology PPA structures could help companies reduce risk*, 2019, in https://docs.wbcsd.org.
14. Si noti che i PPA sintetici sono tenuti al rispetto del Regolamento UE n. 1227/2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso, e al Regolamento UE n. 648/2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni.
15. In materia di derivati si rinvia, *ex multis*, a: F. Capriglione, *I prodotti "derivati strumenti per la copertura dei rischi o per nuove forme di speculazione finanziaria?*, in *Banca Borsa*

*Titoli di Credito*, I, 1995, p. 359; P. Lucantoni, *Il mercato dei derivati: note preliminari ad uno studio sistematico*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, I, 2007, p. 182; G. De Nova, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, III, 2009, p. 15; G. Gabrielli, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. e impr.*, VI, 2009, p. 1133; E. Girino, *I contratti derivati*, Giuffrè, Torino, 2010; F. Caputo Nassetti, *I contratti derivati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2011; E. Barcellona, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una "definizione"*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2012, p. 542 – 544; G. Corasaniti, *Il diritto tributario delle attività finanziarie*, Egea, Milano, 2012, p. 424; F. Caputo Nassetti, *Strumenti finanziari derivati*, in *Enciclopedia del diritto. Annali VI*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 911 – 940; F. Vitelli, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 9; C. Angelici, *Alla ricerca del "derivato"*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 8 – 10; D. Chance, R. Brooks, *An Introduction to Derivatives and Risk Management*, Cengage Learning, Boston, 2016, p. 519; D. Cesian, *I derivati e le amministrazioni pubbliche locali: l'esperienza negli USA e nel Regno Unito*, in *Giur. comm.*, I, 2018, p. 141; G. Settanini, *Contratti derivati ed enti locali. Una storia senza lieto fine*, Primiceri, Padova, 2021, p. 34.

16. Si rinvia al sito della Consob: https://www.consob.it.
17. Per un'attenta disamina dei contratti derivati in Italia si veda: R. A. Albanese, *I derivati over the counter tra diritto dei privati e teoria ecologica del contratto. Premesse per uno studio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 2022, p. 314 – 353.
18. E. Grossule, *Derivati over the counter: speculazione o copertura dai rischi? L'impatto della regolamentazione Ue sulla validità dei contratti*, in *Riv. dir. banc.*, III, 2021, p. 531.
19. Si parla in tal senso di hedging, F. Vitelli, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, cit.
20. G. Chinè, M. Fratini, A. Zoppini (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Neldiritto, Roma, 2012, p. 1687.
21. M. Bruck, P. Sandborn, N. Goudarzi, *A Levelized Cost of Energy (LCOE) model for wind farms that include Power Purchase Agreements (PPAs)*, in *Renewable Energy*, 122, 2018, p. 131 - 139; G. Brindley, A. Niklaus, K. Holm, C. Torvestad, H. Hunt, V. Ciancibello, *Risk mitigation for corporate renewable PPAs*, in *RE-Source Platform*, 2020; B. Tranberg, R. Thrane Hansen, L. Catania, *Managing volumetric risk of long-term power purchase agreements*, in *Energy Economics*, 85, 2020, p.104567; M. Bruck, P. Sandborn, *Pricing bundled renewable energy credits using a modified LCOE for power purchase agreements*, in *Renew. Energy*, 170, 2021, p. 224 – 235; Y. Ghiassi-Farrokhfal, W. Ketter, J. Collins, *Making green power purchase agreements more predictable*, op. cit.; P. Gabrielli, R. Aboutalebi, G. Sansavini, *Mitigating financial risk of corporate power purchase agreements via portfolio optimization*, op. cit.; J. Pombo-Romero, O. Rúas-Barrosa, C. Vázquez, *Assessing the value and risk of renewable PPAs*, in *Energy Economics*, 139, 2024, p. 107861.
22. Proposta di Decisione di esecuzione del Consiglio che modifica la decisione di esecuzione (UE) (ST 10160/21; ST 10160/21 ADD 1 REV 2), del 13 luglio 2021, relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, COM(2023) 765 def del 24 novembre 2023, *https://www.parlamento.it*; Art. 8, d.l.

31dicembre 2024, n. 208.

23. Per un'analisi più approfondita sui contratti derivati si rinvia a: J. C. Hull, *Options, Futures, and Other Derivatives*, Pearson, Boston, 2012, p. 9; R. Lancia, *Strumenti finanziari "ibridi" e derivati: aspetti civilistici e fiscali dei derivati incorporati nei titoli "ibridi"*, in *Giur. Com.*, VI, 2021, p. 1086; E. Callens, *Derivative Contracts in EU Law: Never Mind the Definition*, in *EBI Working Paper Series*, 121, 2022; D. Ramos-Muñoz, *The Validity of Derivatives Contracts, Legal Doctrine as a Vehicle of Dialogues over 'Speculation'*, in *EBI Working Paper Series*, 153, 2023.
24. A. R. Waldman, *OTC Derivatives & Systemic Risk: Innovative Finance or the Dance into the Abyss?*, in *American University Law Review,* 43, (1023), 1994, p. 1028.
25. I contratti negoziati al di fuori di un mercato regolamentato sono definiti "*Over The Counter*" ed indicati con la sigla OTC.
26. T. E. Lynch, *Derivatives: A Twenty-First Century Understanding*, in *Loyola University Chicago Law Journal,* 43, 2011, p. 20, nota 76; A. L. Rum, *I contratti derivati. Una disamina sullo stato dell'arte*, in https://www.ildirittoamministrativo.it.
27. M. Weber, *Central Counterparties in the OTC Derivatives Market from the Perspective of the Legal Theory of Finance, Financial Market Stability and the Public Good*, in *European Business Organization Law Review*, 17, (71), 2016, p. 75.
28. Per una disamina più approfondita dei diversi schemi di PPA si rinvia a: Baringa, *Commercial PPA - A Market Study including an assessment of potential financial instruments to support renewable energy Commercial Power Purchase Agreements*, cit.
29. Per una disamina completa dei diversi tipi di PPA: C. Mittler, M. Bucksteeg, P. Staudt, *Review and morphological analysis of renewable power purchasing agreement types*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 211, 2025, p. 115293.
30. Questi contratti sono anche conosciuti come sleeved PPA: A. Gerbeti, *Contratti a lungo termine di acquisto dell'energia rinnovabile – Green PPA*, in *Politiche e strumenti per gli obiettivi clima-energia al 2030*, in F. Catino, A. Zaghi, M. Falcone, A. Gerbeti, F. Scalia (a cura di), Associazione Italiana Economisti dell'Energia, 2020, p. 90.
31. Con il termine «*volume risk*» si fa riferimento alla differenza tra la quantità di energia che l'impianto potrebbe produrre e quella effettivamente generata al termine del contratto.
32. La locuzione «*shape risk*» indica lo scostamento, sul breve periodo, tra l'energia prodotta e quella che le parti, in fase di negoziazione del contratto, avevano ipotizzato come producibile.
33. Consob, *Comunicazione Consob a tutela dei risparmiatori sui rischi legati a investimenti in CFD e opzioni binarie*, in "Consob Informa", 5, 2017, *https://www.consob.it*.
    In dottrina si rinvia a: E. Girino, *I contratti derivati*, cit.; M. Lembo, *Gli interventi sulle "attività pirata" da parte delle autorità di vigilanza (CONSOB, ESMA, EIOPA) in tema di contract for difference, opzioni binarie e operatività sul Frontex*, in *Dir. com. int.*, 3, 2020, p. 78; Commission de Régulation de l'Electicité et du Gaz, *Study Power Purchase Agreements: Overview and evaluation*, 2024, in *https://www.creg.be*; F. Vinciguerra, A. Tronconi, *Il Virtual Power Purchase Agreement tra obiettivi di hedging e ESG:*

*trattamento ai fini IVA*, in *Il fisco*, 39, 2024, p. 3641 – 3646; M. Syed Zohaib, *A short overview of European Power Purchase Agreements*, 2023.

Ne propone un'analisi leggermente differente F. Donati secondo cui si tratta di «*contratti finanziari stipulati tra un soggetto pubblico e un produttore di energie rinnovabili, che offrono una remunerazione garantita per un lungo periodo di tempo, generalmente 15-20 anni*». Cfr. F. Donati, *La proposta di riforma del mercato dell'energia elettrica dell'Unione europea*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2023, p. 4.

34. In materia di garanzie statali nei contratti di PPA, si veda: C. Aslan, T. Irwin, *Power to the Fiscal? An Exploration of the Use of Credit Ratings to Estimate the Expected Cost of a Guarantee of a Power-Purchase Agreement*, in *Macroeconomics, Trade and Investment Global Practice - Policy Research Working Papers*, 2020.
35. Si noti, tuttavia, che la norma non menziona gli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente (AUC).
36. Al momento in cui si scrive (marzo 2025) non risultano adottati atti normativi in materia. Pertanto, si rinvia genericamente al sito istituzionale del PNRR, nella sezione dedicata alla riforma dei PPA: https://www.italiadomani.gov.it
37. Si è espresso in senso contrario all'applicazione di questo meccanismo C. Stagnaro, *Dai PPA all'ETS: un approccio orientato al beneficio ambientale*, in *Energia*, 2, 2020, p. 58 – 64.
38. P. Gabrielli, R. Aboutalebi, G. Sansavini, *Mitigating financial risk of corporate power purchase agreements via portfolio optimization*, in *Energy Economics*, op. cit.
39. World Business Council for Sustainable Development, *How multi-technology PPA structures could help companies reduce risk*, op. cit., p. 14.
40. Cass. civ., s.u. n. 8770, 12 maggio 2020.
41. Sul punto si rinvia all'analisi di A. Berti, *I contratti "derivati" degli enti pubblici tra autonomia negoziale e principio di legalità (considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 12 maggio 2020, n. 8770)*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 11 luglio 2020.
42. Sul divieto di sottoscrizione di contratti derivati da parte della PA si veda anche V. Vietri, *La nullità dei derivati degli enti locali italiani in una recente pronuncia dell'Alta Corte di Giustizia inglese*, in *Banca borsa*, 3, 2024, p. 479.
43. Sul rapporto tra quanto enunciato dai commi 4 e 6 dell'art. 119 Cost. e il divieto per la PA di sottoscrivere contratti speculativi si veda: Corte Cost., sent. 18 febbraio 2010, n. 52, in *https://www.cortecostituzionale.it*.
44. Si noti, tuttavia, che il divieto assoluto di sottoscrizione da parte di un Ente pubblico si riferisce ai derivati meramente speculativi (tra cui rientrano i PPA virtuali e i CdF), mentre sono ammissibili quelli sottoscritti a copertura del rischio finanziario legato a un debito sottostante. Cfr. Cass. civ., s.u. n. 8770, 12 maggio 2020, cit.

    Tuttavia, sul punto, la giurisprudenza contabile e la dottrina, sono concordi nel ritenere che non vi sia un reale distinzione, quanto meno nel diritto positivo, tra i derivati di copertura e quelli speculativi. Cfr. Corte dei Conti (I sezione Giurisdizionale centrale

d'appello), sentenza del 1° marzo 2019, n. 50; C. Angelici, *Alla ricerca del derivato*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 58.

45. G. della Cananea, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 3, 2021, p. 533.
    A soluzione ancora più radicale, laddove afferma che la PA non potrebbe validamente concludere alcun contratto aleatorio, giunge F. Coppola. L'autore esclude che un ente pubblico possa stipulare qualsiasi contratto che, pur non appartenendo alla categoria dei derivati, sia di natura aleatoria. Cfr. F. Coppola, *I contratti aleatori e la pubblica amministrazione. Verso un nuovo concetto di aleatorietà?*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 1, 2024, p. 124.
46. Non essendo questa la sede per un'analisi puntuale del concetto di meritevolezza, si rinvia all'analisi di R. Fornasari, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari "my way", ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contratto e impresa* , 4, 2017, p. 1281 – 1307.
47. Sulla meritevolezza della funzione economico-sociale svolta dai derivati: Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2021, n. 21830.
48. Sul crescente utilizzo dei CfD come strumenti per promuovere e incentivare la costruzione di impianti per la produzione di energia rinnovabile: L. Kitzing, A. Held, M. Gephart, F. Wagner, V. Anatolitis, C. Klessmann, *Contracts-for-Difference to support renewable energy technologies: Considerations for design and implementation*, in *Research Report - RSC/FSR*, Marzo 2024.
49. Per una disamina sui diversi meccanismi cui è possibile ricorrere per finanziare la transizione energetica nonché sull'uso dei PPA e dei CdF: A. Ason, J. Dal Poz, *Contracts for difference: The instrument of choice for the energy transition*, in *Oxford Institute for Energy Studies*, 34, 2024.
50. La povertà energetica è stata recentemente definita dall'articolo 2, punto 52), della direttiva (UE) 2023/1791 del Parlamento europeo e del Consiglio.
    In letteratura si rinvia, tra gli altri, a: B. Boardman, *Fuel poverty: from cold homes to affordable warmth*, Belhaven Press, London, 1991; I. Faiella, L. Lavecchia, *Energy Poverty in Italy*, in *Politica economica*, 1, 2015, pp. 27-76; H. Thomson, C. Snell, S. Bouzarovski, *Health, well-Being and Energy Poverty in Europe: A Comparative Study of 32 European Countries*, in *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 14, 2017, p. 584; A. Kearns, E. Whitley, A. Curl, *Occupant behaviour as a fourth driver of fuel poverty (akawarmth&energy deprivation)*, in *Energy policy*, 129, 2019, pp. 1143-1155; G. Besagni, M. Borgarello, *The Socio-Demographic and Geographical Dimensions of Fuel Poverty in Italy*, in *Energy Res. Soc. Sci.*, 49, 2019, pp. 192-203; F. Betto, P. Garengo, A. Lorenzoni, *A new measure of Italian hidden energy poverty*, in *Energy Policy*, 138, 2020, p. 138; R. Bardazzi, L. Bortolotti, M. G. Pazienza, *To eat and not to heat? Energy poverty and income inequality in Italian regions*, in *Energy Research&Social Science*, 73, 2021, p. 101946; S. Bouzarovski, H. Thomson, M. Cornelis, *Confronting Energy Poverty in Europe: A Research and Policy Agenda*, in *Energies*, 14, 2021, p. 858; Servizio Studi, Camera dei Deputati, XVIII

Legislatura, *Le misure di contrasto alla povertà*, 10 settembre 2021, in *https://temi.camera.it*; Caritas italiana, *Oltre l'ostacolo. Rapporto 2021 su povertà ed esclusione sociale in Italia*, 2021, in *https://www.caritas.it*; OIPE, *Terzo Rapporto sullo Stato della povertà energetica in Italia*, 2023, in *https://oipeosservatorio.it*; G. De Maio, *Povertà energetica e comunità energetiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

51. Gli autori analizzano la conclusione di un community PPA per finanziare una comunità energetica. C. Nolden, J. Barnes, J. Nicholls, *Community energy business model evolution: A review of solar photovoltaic developments in England*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 122, 2020, p. 109722.
    Più in generale sull'utilizzo dei PPA per costituire e finanziare le Comunità energetiche: Papazoski and Mishev Law Firm, *Renewable Power Purchase Agreements in the Energy Community*, 2024; M. Pierro, C. Cornaro, D. Moser, R. Perez, M. Perez, S. Zambotti, G. Barchi, *Ground-breaking approach to enabling fully solar renewable energy communities*, in *Renewable Energy*, 237, 2024, p. 121501.
52. Secondo Renaud et al., i CfD potrebbero essere uno strumento utile «*In case of public de-risking schemes with RES and low-carbon producers*». C. Renaud, C. Gruber, F. Roques, C. Verhaeghe, *Electricity market design - FIT FOR NET ZERO-Eurelectric policy recommendations*, 2023.
53. M. Kröger, K. Neuhoff, J. C. Richstein, *Contracts for difference support the expansion of renewable energy sources while reducing electricity price risks*, in *DIW Weekly Report*, 12, 2022, Iss. 35/36, pp. 205 – 213.
54. Si fa riferimento, in particolare, alle conseguenze del conflitto russo-ucraino che hanno portato ad un aumento del costo dell'energia di circa il 135% tra il 2021 e il 2022. Cfr. Memoria dell'Istituto Nazionale di Statistica, *Andamento dei prezzi dell'elettricità e del gas dal 2021 a oggi*, X Commissione (Attività produttive, commercio e turismo) della Camera dei Deputati, 7 dicembre 2023, in *www.istat.it*.
55. Cass. civ., s.u. 17 febbraio 2017, n. 4222; Cass. civ., s.u. 17 febbraio 2017, n. 4223; Cass. civ., s.u. 17 febbraio 2017, n. 4224.
56. Cass. civ., s.u. 23 febbraio 2023, n. 5657.
57. M. Pennasilico, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contratto e impresa*, 2, 2020, p. 823 – 859.
58. C. Mittler, M. Bucksteeg, P. Staudt, *Review and morphological analysis of renewable power purchasing agreement types*, cit.
59. Gli autori evidenziano che i PPA virtuali generano maggiori incertezze nel flusso di cassa. D. Mohseni Taheri, S. Nadarajah, A. Trivella, *Physical vs Virtual corporate power purchase agreements: Meeting renewable targets amid demand and price uncertainty*, in *European Journal of Operational Research*, 320, 2025, p. 256 –270.
60. U. Patroni Griffi, *L'oggetto dei contratti su derivati nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. banc.*, IV, 2016, p. 159.
61. V. Vietri, *La nullità dei derivati degli enti locali italiani in una recente pronuncia dell'Alta Corte di Giustizia inglese*, cit.

62. Ministro per gli Affari europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR, *Quinta Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR*, Sezione II, 22 luglio 2024, p. 453 – 455, in *https://www.italiadomani.gov.it*.
63. Si veda, ad esempio, il Piano strategico per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano della Pubblica amministrazione "Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese", adottato dal Ministro per la Pubblica Amministrazione il 10 gennaio 2022.
64. https://www.consip.it
65. A. Serafini, *Commento Art. 56, D.Lgs. 31-03-2023, n. 36 - Appalti esclusi nei settori ordinari*, in *https://onepa.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 9 febbraio 2025).
66. 14 ottobre 2013, n. 4999, ordinanza di remissione all'Adunanza Plenaria, in *Foro amm. Cds*, 10, 2013, p. 2804; Cons. St., 30 giugno 2017, n. 3174.
    Sull'applicazione di una procedura ad evidenza pubblica Benedetti scrive: «*L'*"evidenza pubblica" *non è infatti sinonimo di* "gara"*, ma esprime la necessaria* "pubblicità" *del processo decisionale dell'ente territoriale, finalizzato alla conclusione di un contratto, che deve pur sempre essere guidato dai principi di imparzialità, trasparenza, economicità e presidiato dagli organi a cui l'ordinamento assegna il potere decisionale di assumere le decisioni più rilevanti per la collettività*», A. Benedetti, *L'eredità della "sentenza Cattolica" delle Sezioni Unite in tema di contratti in strumenti derivati dei comuni*, in *Riv. C. conti*, 4, 2022, p. 68.

# Is No One Truly left Beh(A)Ind?: A Comparative Approach to Regulating Artificial Intelligence to the Benefit of Persons with Disabilities

*Ingeborg Gruenwald*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-15

*Nel XXI secolo, la regolamentazione dell'uso dell'IA è fondamentale per proteggere i cittadini. Il panorama globale ha visto una dicotomia nella regolamentazione dell'IA, con l'Europa che sposa una posizione conservatrice e "robusta" e gli Stati Uniti che adottano un approccio laissez-faire. Entrambi gli approcci presentano vantaggi e svantaggi, soprattutto per le persone con disabilità. Il potenziale dell'IA per colmare le lacune della società è innegabile, ma richiede una regolamentazione adeguata. La presente analisi propone un modello di regolamentazione ibrido, un "approccio regolatorio dalmata", per migliorare il panorama europeo dell'IA, in particolare per le persone con disabilità. Questo approccio combina le migliori pratiche sia dell'approccio europeo che americano, consentendo innovazione e sperimentazione pur mantenendo un quadro normativo che protegge e tutela i diritti dei cittadini. Questo approccio consentirebbe all'Europa di preservare il proprio quadro normativo, integrando nel contempo le strategie più efficaci di entrambi gli approcci. Di conseguenza, la cittadinanza digitale ne trarrebbe beneficio senza l'onere normativo dell'approccio europeo e l'approccio laissez-faire della posizione americana.*

*In the 21st century, regulating AI usage is crucial for protecting citizens. The global landscape has seen a dichotomy in AI regulation, with Europe adopting a conservative and robust stance, and the US embracing a laissez-faire approach. Both approaches have benefits and pitfalls, especially for persons with disabilities. AI's potential to bridge societal gaps is undeniable, but it requires adequate regulation. This paper proposes a hybrid regulatory model, a "regulatory dalmatian approach", to enhance the European AI landscape, particularly for persons with disabilities. This approach*

*combines best practices from both the European and American approaches, allowing for innovation and experimentation while maintaining a regulatory landscape that protects and safeguards citizens' rights. This approach would enable Europe to preserve its regulatory framework while integrating the most effective strategies from both approaches. Consequently, the digital citizenry would benefit without the regulatory burden of the European approach and the laissez-faire approach of the American stance.*

*Summary: 1. Introductory remarks.- 2. The European approach and the American approach: poles apart.- 2.1. European Approach.- 2.2. American Approach.- 3. No one left beh(A)Ind?- 3.1. Landscape for persons with disabilities.- 3.2. AI solutions for persons with disabilities in the context of the digital transition.- 4. A potential way forward?- 5. Preliminary conclusion.*

## 1. Introductory remarks

Against the backdrop of a rapidly changing societal landscape[1], national and international policymakers have been confronted with a somewhat vintage[2], yet recently accepted phenomenon: Artificial Intelligence (AI)[3]. Given that there is no question regarding AI's durability and permeability – both as a concept and as a tool – within every aspect of modern-day society, its regulation and implementation has been an all-encompassing, at times controversial, on-going subject of debate. AI enthusiasts and *Brave New World*[4] technology skeptics, alike, have had to accept the unprecedented pace at which AI transforms society, as well as its ability to transcend geographic boundaries. Therefore, the necessity of regulatory and ethical checks becomes apparent. In such regard, the world has witnessed the formation of two very distinct schools of thought which differ in vision, means and outputs.

On the one hand, the European human-centered and risk-based outlook on AI; an approach that captures AI's potential efficiency-wise whilst cautioning against its problematic or unethical ramifications[5]. On the other hand, the American approach; a market-driven vision championing innovation, competition, and economic growth, though, not bereft of shortcomings[6].

Although AI's economic and efficiency potential has been discussed at great length[7], a new stream in academic literature has been gaining momentum; that is, the intersection between AI and fragility[8]. In fact, with the advent of the digital age, numerous categories of people face the risk of social exclusion due to social, economic, or systemic factors.

Hence, the purpose of this research is twofold. Firstly, a comparative approach to AI vision and regulation is going to be discussed in order to extrapolate the underlying best practices. Secondly, the heart of the research is going to focus on discussing AI's transformative, yet occasionally shadowed potential for social good. In essence, existing case studies extrapolated from the two aforementioned regulatory systems are going to be confronted and assessed in order to expand upon AI's potential in ameliorating the quality of life for people with disabilities. By doing so, this research aims to position itself within the academic debate that lies at the intersection between AI and fragility by elucidating identified best practices and possible ways forward within such a realm.

## 2. The European approach and the American approach: poles apart

The recent regulatory developments within both the Old Continent and the New one are a testament to the divergence in vision and, for the most part, outcome of the implementation of AI based solutions and their subsequent role within society. In fact, the global arena is witnessing an AI regulatory vision tug-of-war, where, on the one hand there is a strong push toward *laissez-fairism* and scant regulation to maximize innovation, and on the other, a strong pull for greater user protection via strict and ethical regulation. This difference in approach requires mentioning as it is of particular significance in its interface with the development of AI solutions at the benefit of persons with disabilities: on the one hand, Europe's anthropocentric regulatory protectionism favors the development of inclusive AI solutions but deters capital investment. On the other hand, American regulatory *laissez-fairism* attracts investments but such competitiveness has the potential to disincentivize the development of inclusive AI solutions.

However, prior to delving into the respective legal frameworks, it is of utmost

importance to understand the context within which these two views coexist and operate. These differences are not so much attributable to Europe being founded on history and America being founded on philosophy, as famously stated by Margaret Thatcher[9], more so to the two systems' developed viewpoints in light of their respective histories and preferred *modus operandi*.

## 2.1. European Approach

Born out of economic convenience, the European Union (EU) has witnessed various structural developments over time culminating in the signing of the Maastricht Treaty. Thus, signaling to the world a shared intention of extending the Union's scope; from a purely economic alliance, the EU intended to become a political union based upon shared ethics and values, as elucidated within both the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)[10]. Hence, it logically follows that the European stance, and subsequent approach to AI and its regulation, ought to be in consonance with the EU's human-centric motto of deriving unity from diversity whilst prioritizing core founding values such as human dignity, freedom and democracy[11].

As part of its political and economic mission to remain a competitive global player, the EU endorsed the importance of the Twin Transitions – green and digital – embedding AI within its broader European Digital Decade Policy Programme 2030[12]. Moreover, various regulatory packages introduced by the EU[13] lay the foundations for the Artificial Intelligence Act (AIA)[14], which not only represents the world's first comprehensive legally binding framework for the development, market placing and use of AI systems, but also reaffirms the Union's commitment to its legacy of values in its regulatory efforts.

Noteworthy of mention is the fact that the AI Act and the aforementioned regulatory packages' scope are heavily intertwined, forming a robust regulatory net upon which AI systems ought to conform to. By doing so, the Union became a leader in AI regulation, which, in and of itself, is a best practice regulatory wise as it not only sets a supranational ideological and regulatory standard, but it also steers individual national standards within the EU to harmonization, essentially creating a robust and compact AI regulatory ecosystem.

A second-best practice extrapolated from the AI Act is represented by the Union's push toward human oversight of AI deployment to minimize potential risks and thus balance the promise of automation with the necessity for authentic human reasoning. The significance of the establishment of human oversight lies in its power of AI limitation; by requiring human checks the Union established boundaries to the autonomy of AI systems[15].

Nonetheless, the Union's conservative-leaning stance toward AI regulation is not devoid of potential limitations. For instance, if on the one hand adopting a structured classification system of AI applications encourages safety and transparency, on the other its regulatory staticity in the face of the dynamism that characterizes the very realm it is meant to regulate may defeat its purpose, or at least require further futureproofing. This issue is best exemplified by the AI Act's limitations *vis-à-vis* General-Purpose AI models (GPAI)[16] given their versatile nature and multifold applications which renders them unfit for a single risk category. To bridge such a gap, the Union is set to draft a General-Purpose AI Code of Practice[17].

Furthermore, given the AI Act's stringent regulations placed at every stage along the AI value chain[18], the Union can inadvertently place a heavy regulatory burden on innovation on two main levels: (i) the international realm, whereby foreign companies seeking to operate within the EU market might find it troublesome to harmonize their practices to European standards, and (ii) European developers with limited financial maneuvering space, for whom, high compliance costs and excessive bureaucratization represent barriers to entry. Although the EU has envisaged the creation of regulatory sandboxes[19] to bridge this gap, the aforementioned stringent limitations have deleterious consequences within the Union; a region in need of investments to level the infrastructural and research playing field, fuel innovation and increase its competitiveness and attractiveness within the global AI realm[20].

## 2.2. American Approach

Rooted in liberty and freedom, the American approach to AI regulation is best exemplified by founding father of the United States of America (USA), James Madison's cautionary words on excessive regulation: «*The internal effects of a*

*mutable policy are still more calamitous. It poisons the blessings of liberty itself. It will be of little avail to the people, that the laws are made by men of their own choice, if the laws be so voluminous that they cannot be read, or so incoherent that they cannot be understood: if they be repealed or revised before they are promulg[at]ed, or undergo such incessant changes, that no man who knows what the law is to-day, can guess what it will be to-morrow*»[21]

Holding faith to such a vision, the American stance is characterized by limited regulation to ensure a market-driven approach capable of fostering innovation and enhancing economic competitiveness[22]. Unlike the EU, the American approach is decentralized and sector-specific, therefore various agencies are entrusted with overseeing AI applications within their respective domains[23]. Moreover, in the absence of an exhaustive and subject-specific means of regulating AI, coupled with Congress' light legislative touch, agencies have been forced to apply older legislative tools to this emerging technology, ultimately leading to legislative fragmentation and allowing for increased judicial discretion[24].

In an attempt to harness AI's benefits whilst tackling its challenges, former President Biden issued Executive Order 14110 (EO 14110)[25]. Such a directive aimed at shaping American AI governance in a responsible and safe manner. Nonetheless, EO 14110 was rescinded by current President Trump, whom, via EO 14179[26] revoked various AI policies and directives acting as barriers to AI innovation. Thus, reaffirming America's commitment to remaining at the forefront of AI innovation by pledging allegiance to its market-driven *modus operandi*.

The adoption of a liberal approach toward AI regulation is, by its very nature, a best practice innovation-wise, as fewer restrictions can foster innovation by subjecting developers to a lighter regulatory burden, thus, lowering compliance costs and increasing ultimate payoffs. This, in turn, increases investment opportunities within the USA, rendering it a fertile land for both the development of AI companies and the adoption of AI solutions within existing technology hubs.

Nonetheless, the American approach has, by no means, created an *El Doradean* AI landscape[27]. In fact, the lack of robust regulatory guidance poses risks on two fronts: (i) privacy concerns for users, and (ii) legal exposure of businesses. As per

the former, unlike the human-centric regulatory philosophy shaping the European approach, the American approach does not guarantee a robust federal protection of privacy laws. Instead, privacy in the USA – with the exception of twenty US states[28] – is governed by a jigsaw puzzle ecosystem of sectoral laws that can often fall short in guaranteeing adequate user protection[29]. Regarding the latter, inadequate or inexhaustive regulatory guidelines can subject businesses offering AI solutions to significant legal exposure, which can, in turn, lead to burdensome court proceedings or costly settlements[30].

## 3. No one left beh(A)Ind?

A decade back, in an attempt to build upon the best practices of the Millennium Development Goals and to close the circle on such objectives, the United Nations announced the Sustainable Development Goals (SDGs) as part of its 2030 Agenda[31]. Among the pillar principles of such an agenda were ideals of universality, integration and respect for human rights, applied with the aim of «*leaving no one behind*»[32]. Within such a framework, the concept of disability is referenced multiple times[33], particularly in regard to quality education (SDG 4), decent work and economic growth (SDG 8), reduced inequalities (SDG 10), and sustainable cities and communities (SDG 11)[34].

Although the advent of the proliferation of accessible AI technology directed the global focus of attention toward its application in commercial or efficiency-enhancing solutions, AI's potential in ameliorating the quality of life for people with disabilities has recently gained momentum. In fact, when AI's power is harnessed and directed toward solutions with an expected and meaningful social impact, AI solutions can transcend their infamous Orwellian[35] attributes and become an integral force for inclusion and social good by not only leveling the playing field for persons with disabilities, but also by acting as dignity and autonomy enhancing vehicles for social change[36].

### 3.1. Landscape for persons with disabilities

Edward Hopper's 1942 masterpiece, *Nighthawks* has withstood the test of time as being one of the greatest depictions of loneliness; four people in a social environment united by physical proximity, yet alone[37]. Though such a depiction

antecedes the various recent groundbreaking technological innovations, it can almost be seen as prophesying the exacerbation of that feeling of loneliness which can result from the ephemeral everlasting connectivity that characterizes the Twenty-first century.

While technology and digitalization processes have pervaded virtually every possible realm and have altered the nature of our interface with society by adding a layer of hyper-connectivity, loneliness and social isolation have become rampant[38]. The aforementioned trend becomes even more worrisome when taking into account the abyssal divide presents between the digitally proficient and the digitally excluded[39], such as the elderly or persons with disabilities.

Whereas for the former category of users the digital divide is less problematic as it is typically characterized by unfamiliarity and skepticism toward the rapidly evolving digital realm, and thus amenable, when it comes to the latter, trouble arises on two main fronts. Firstly, given the vastness of the disability spectrum and the inherent layer of subjectivity that characterizes such a realm, identifying the precise needs of persons with disabilities, which would be the sole means to develop targeted approaches and thus eliminate accessibility barriers, is a challenge. Secondly, in light of the liveliness that characterizes the digitization process and the emergence of new technologies, robust and dynamic technological capacity-building programs would be required to bridge the digital divide through the adoption of new technologies in order to render technology an asset, not a liability for persons with disabilities.

## 3.2. AI solutions for persons with disabilities in the context of the digital transition

As a result of the aforementioned digital transition, the world has witnessed, though to varying extents, the migration of services and procedures which once required some degree of physicality to the e-realm. From eHealth[40], which aims at improving healthcare with the aid of information and communication technologies (ICTs) to eGovernment[41], where the main objective is that of developing border-transcending digital public services, the digital transition is shaping society at its core. Within such a context, the development of AI solutions is due to enhance the already-running digitalization engine.

Whereas on the one hand the aforementioned digital migration of services is desirable in terms of efficiency, such a process, if not dealt with in an all-encompassing manner, might just burn as many bridges as it creates, ultimately rendering digitalization a force of exclusion. This can be the case for persons with disabilities, whom, by oftentimes being left at the margins of such processes, tend to face great barriers to entry.

Nonetheless, upon acknowledgement of the structural nature of such barriers to entry, particular attention has been devoted toward the concept of digital accessibility, or e-accessibility, which refers to the ease with which digital products are utilized holistically, without discriminating on the basis of an individual's abilities or disabilities[42]. Within the context of the e-accessibility realm, the World Wide Web Consortium (W3C) developed the Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) with the aim of providing a harmonized international standard to be upheld in terms of web content accessibility, specifically at the benefit of persons with disabilities[43]. The WCAG, in light of its innovatively inclusive stance and robust standard-setting capabilities is, without a doubt, a best practice in terms of e-accessibility.

Similarly, with regard to accessibility best practices in favor of persons with disabilities, the Estonian model for the e-State is noteworthy of mention. With its inception being the ambitious Tiger Leap program[44] implemented at the dusk of the Twentieth-century, Estonia has since developed into a fully functioning digital e-State where the vast majority of public services are «*just a click away*»[45]. Estonia's digital transition is particularly interesting as it has been capable of truly embracing the notion of "leaving no one behind". By curating every aspect of the digital transition, Estonia has attended to the needs of persons with disability via various initiatives such as piloting digital skills development training programs for a wide array of users, or establishing a representative, coherent and outcome-oriented National Accessibility Taskforce whose aim is that of auditing e-Services to identify shortcomings in e-accessibility[46]. This has allowed Estonia to become a pioneer in the digital transition by rendering it immune to the typical digital divide dynamics plaguing other countries at different stages of the digitalization process.

Throughout the course of the digital transition, Estonia gave rise to a second-best practice: the development of a population with superb digital skills. In fact, with

the dawn of AI systems, Estonian startups are capitalizing on their digital capabilities by integrating AI solutions to their business models[47]. Although most of such applications target efficiency maximization within the corporate realm, there are a few noteworthy exceptions whose focus is on ameliorating the quality of life for persons with disabilities. The Estonian startup *7Sense* is one such example.

Rooted in a strong belief in the transformative and empowering potential of technology, *7Sense* has developed complex devices, like *SuperBrain 1*, capable of translating digital information into tactile signals. In doing so, *7Sense* has been at the forefront of the new haptic revolution; a technology and AI crossover driven effort to reinvent sight via a remote sense of touch[48]. The development of such a system is a milestone in tech and AI applications for the benefit of persons with disabilities as it can be considered a first step in bridging the gap between reality as is, and how it is perceived or lived differently by persons with disabilities.

Following in the footsteps of the Estonian example, various European countries have been exploring AI's potential in leveling the societal accessibility playing field for persons with disabilities. AccessiWay and In&Valid are two startups created with this precise operational framework. Focusing on AI potential in increasing e-accessibility, AccessiWay is revolutionary insofar as it provides auditing services to businesses and international organizations in order to determine: (i) the level of e-accessibility of a specific platform, and (ii) the required steps forward[49]. In doing so, AccessiWay embodies the ethos of democratic deliberation as all of the audits are accompanied by user tests conducted by persons with disabilities for persons with disabilities.

Similarly, In&Valid startup[50], aims at eliminating barriers to access for persons with disabilities. In fact, In&Valid focuses on harnessing AI's management and operational capacities in fostering the creation of a new ecosystem for the provision and erogation of services at the benefit of persons with disabilities and their respective caregivers. Within such an ecosystem, users will be able to identify employment opportunities, access public services and counseling services, and training programs[51].

From Echo Lab's CASPER[52] captioning tool to Microsoft Seeing AI[53] via Synchron's Brain-Computer Interface[54], the USA has also been a leader in terms of AI applications at the benefit of persons with disabilities. Such a large-scale

adoption of applied AI-driven solutions in favor of enhancing both the autonomy and the dignity of persons with disabilities is a testament to the true potential of AI as a catalyst for positive social impact.

3.3. Balancing regulation and quality of life for persons with disabilities

Although the aforementioned initiatives are of paramount importance in shedding light on AI's transformative capabilities in favor of the development of a digitally equitable society, such solutions are not bereft of potential risks. Of which, two are of particular relevance, especially considering the target beneficiary audience: (i) AI's ability to deceive[55]; and (ii) the algorithmic bias present within AI solutions[56].

The fact that AI, at its current stage of development, is capable of deceiving humans entrusted with its oversight is problematic on a multitude of levels. Firstly, this raises issues in terms of AI's trustworthiness, particularly when it comes to AI applications tailored toward specific categories of users and crafted to serve the social good. Secondly, AI's ability to deceive is problematic in regulatory terms, too. The European approach to AI regulation requires human oversight, especially when the AI system used is considered high-risk. Similarly, though the American approach lacks federal human oversight regulation, various sector-specific laws require such compliance[57]. Granted that most of the aforementioned case studies elucidating best practices in AI solutions *vis-à-vis* persons with disabilities would fall into the EU high-risk or American required compliance categories, AI's ability to deceive places a hefty burden on human oversight.

When considering AI's potential in respect of improving the quality of life for persons with disabilities, potential algorithmic biases[58] which potentially yield socially biased outcomes become a prime concern. Granted, algorithms are the pillars upon which the digital economy rests. As such, it is of utmost importance to ensure that such systems reflect principles of fairness, accountability, and transparency[59].

Nonetheless, it has come to light that such systems reflect societal long-standing structural inequalities[60]. From the lack of holistically inclusive designs to concrete exacerbations of existing discriminations stemming from the core of the algorithm's training, AI-driven solutions have been targeted for undermining the principle of social justice by reinforcing structural inequalities[61]. Therefore, if on

the one hand AI solutions show ample transformative potential in quality of life enhancement, on the other hand potential algorithmic biases present a halting force to be addressed in the pursuit of the aforementioned objectives.

It is precisely at this junction that the Italian case gains relevance. Deeply engrained within Italian law is the impossibility of withdrawing or detaching the human component within the decision-making process[62]. In such regard, the Italian stance appears to be harmonized to the anthropocentric vision that characterizes the Union; whereby an intrinsic de facto value is granted to human beings in light of their very essence as human beings[63]. Although such a concept is far from being a novelty, the discourse on the necessity of human liability within modern decision-making processes – especially when considering the AI realm – gains relevance. Notwithstanding that proposed motivation appears to fall amid straightforward accountability concerns, the fact that such a rationale falls short *vis-à-vis* the aforementioned algorithmic biases; whereby the fallacy in human logic, particularly in terms of intrinsic biases, emerges.

Of such, perhaps the most emblematic example is portrayed by the judicial process. Article 111 of the Italian Constitution requires all judicial decisions to be motivated, implicitly requiring a human component to judicial procedures. However, the emergence of algorithmic biases might question the so-acclaimed human integrity, as algorithms, by their very nature, are the mere product of human rationale, including, among all good, human biases. Hence, the natural questions that arise are: (i) in the era of technology, what is the value added of human beings in decision-making procedures?; (ii) how can the identified value added be catered toward serving the common good?; and (iii) where does the comfort stemming from human accountability derive from, and why is it not applicable to artifacts of human beings (ie. algorithms)?

In light of the above-stated structural concerns, a reassessment of AI driven solutions' potential *vis-à-vis* the current troublesome scenarios that have arisen, is warranted as it is only through such an assessment that an equitable way forward can be crafted. Given the fact that AI solutions have pervaded the present, there is no question as to whether they will pervade the future. It is precisely for this reason that the adoption of such solutions ought to be approached with an all-encompassing layer of caution, particularly when it comes to its applicability and repercussions within the disability realm. In such regard, it is of utmost

importance to recall the fact that the beneficiaries of AI-driven solutions are human; AI is the product of the brightness of humanity, for humanity. Hence, in order to implement AI solutions capable of enhancing the common good, the entire AI lifecycle – from development to regulation – will require the act of balancing promise with peril.

## 4. A potential way forward?

History has elucidated the development of nations via the Gold standard[64]. Nowadays, society has witnessed the formation of a new standard, one based on information extrapolated from invaluable data; somewhat of an Orwellian prophecy whereby «*big* [Tech] *is always watching*»[65].

Therefore, in a society where transparency is not a de facto approach, and privacy becomes a privilege, the fright surrounding AI solutions becomes understandable. However, what is oftentimes overlooked is the fact that technology, per se, is never inherently good or bad. Technology, in a Machiavellian sense, is really a means to an end[66]. And, whether that end is benevolent or not, or whether the means can exhaustively justify the ends, is an entirely subjective endeavor.

Such an endeavor is heavily correlated with intrinsic societal values, as elucidated by the differing approaches to AI, from its inception to its regulation. Whereas the European stance on AI stems from Europe's anthropocentric system of values, thus, establishing baseline standards at the benefit of the European people, the American stance is entirely different, prioritizing returns and dynamism, at times at the expense of users.

This dichotomy in results is particularly relevant when considering AI applications at the benefit of persons with disabilities. AI-driven solutions do possess the potential to alter the current reality of persons with disabilities for the better–through the enhancement of accessibility, independence and inclusion. However, in order to leverage the positive power of AI, structural fine tuning is required at all stages of the process; a cradle to grave approach guiding AI development from its early stages of algorithmic training to the later regulatory juncture.

Of utmost importance, though, throughout the entirety of the aforestated

process is an often-disregarded aspect: participation. For the development of durable and effective AI-driven solutions within the disability realm, it is not sufficient to rely solely on outsiders' perspectives of what is needed. Persons with disabilities ought to be at the forefront of such a process, guiding targeted innovation according to explicit needs. Hence, rendering the ultimate beneficiaries' structural pillars of the innovation process, not mere outcome claimants.

In such regard, the optimal way forward for the development of AI-driven solutions at the benefit of persons with disabilities relies, first and foremost, on a re-democratization of the process of innovation. Oftentimes, innovative solutions ended up being shelved by persons with disabilities given unforeseen accessibility barriers on the users' end. This has notably been the case with AI transcription technologies which could have been a game-changing solution in enhancing the autonomy of persons with disabilities but are oftentimes disregarded as not being user friendly. However, through the inclusion of the beneficiaries within the decision-making process – from design to regulation – stakeholders ensure the development of a useful and accessible solution to concretely bridge pinpointed gaps[67].

Moreover, a second crucial aspect to consider going forward is the perpetuation of inequalities caused by the lack of universal coverage in AI-driven solutions for persons with disabilities. Although innovation is desirable given its inclusive potential, when not accompanied by appropriate coverage efforts in the provision of assistive products, innovation becomes a source of perpetuating inequalities. Hence, innovation ought to be accompanied by adequate, stable, and predictable financial resources in order to bridge more gaps that it widens[68].

Lastly, there is no way forward in the development of AI-driven solutions at the true benefit for persons with disabilities without robust regulation in the face of fragility. Ultimately, the two aforementioned regulatory stances, namely the European and the American approach, both give rise to numerous best practices worth capitalizing on as a viable path forward. The American laissez-fairism in respect of regulation is the ideal magnet for innovation, whereas the European conservative stance on AI allows for unparalleled user protection through its robust regulatory standards.

Hence, a *regulatory dalmatian approach*[69] could be a viable way forward to foster

innovation in a context of protection at the benefit of persons with disabilities. Following an attractive makeover of the European AI regulatory sandboxes, including speedier approval and onboarding processes, enhanced public-private cooperation and collaboration and amplified cross-border compatibility, European innovators would benefit from taking advantage of the provisions elucidated within article 57 of the AIA. In fact, by leveraging the power of regulatory sandboxes, European innovators could operate by taking advantage of the strengths of the European regulatory framework whilst marginally capitulating to the charms of the American approach. In so doing, startups and enterprises would be able to flirt with innovation in a flexible yet protected environment whilst not being subjected to the stringent – oftentimes, especially in the development of AI for social good, innovation halting – constraints characterizing the broader European AI regulatory landscape.

In such regard, a potential way forward could be represented by the merger of the best of both worlds; American dynamism and European core-values protectionism. Such a *regulatory dalmatian approach* finds its novelty in terminology, not practice. In fact, a preceding example – though extrapolated from disparate realm – of a European regulatory sandbox with American characteristics is represented by the FinTech Sandbox in Lithuania which has placed Lithuania at the heart of FinTech innovation[70].

The importance of Lithuania's FinTech Sandbox stems from its ability to leverage European regulatory safeguards at the advantage of innovation. However, this achievement was possible due to the unity of best practices from both the Old Continent and the New one. For instance, Lithuania embraced meritocracy of innovation – a similar *forma mentis* to the United States – by welcoming projects devoid of strict geographical barriers to entry. Here, a notable example being Revolut, who leveraged Lithuania's FinTech Sandbox to scale its financial services throughout the Union. Moreover, Lithuania's FinTech Sandbox can be considered a success story in light of a few other characteristics which render it the poster-child elucidation of the regulatory dalmatian approach, namely: (i) flexible regulatory oversight, whereby the Bank of Lithuania, taking advantage of the regulatory sandboxes, is able to apply a looser regulatory framework compared to that being upheld across the Union. Here, a parallelism with American state-level FinTech sandboxes is due; (ii) fast-track

licensing coupled with innovation-friendly policies which, again, resemble American FinTech-friendly states; and (iii) embracing, not fearing, emerging technologies, as the Lithuanian FinTech regulatory sandbox first-handedly encourages the development and testing of innovative solutions – even though which are, at times, frowned upon. This highly resembles the American vision of innovation; whereby cutting-edge developments are welcomed – though in a controlled regulatory environment – even if at risk of being disruptive[71].

This same aforementioned approach – meaning, a "*regulatory dalmatian approach*" – could revolutionize the modern-day European AI landscape, bridging the gap between European goals in AI leadership and reality. Most importantly, though, such an approach would allow for true inclusive AI innovation at the benefit of persons with disabilities for two main reasons: (i) user-centered co-creation and feedback, and (ii) risk reduction for developers. In fact, these controlled environments allow for the real-world testing of emerging technologies, but in the presence of fewer regulatory hurdles acting as barriers to innovation. For the development of AI solutions at the benefit of persons with disabilities, this means more than mere technical experimentation; it enables meaningful and durable user-centered co-creation. Given the fact that regulatory sandboxes are oftentimes accompanied temporary exemptions or flexible compliance pathways, developers are allowed to experiment without carrying extreme financial or regulatory burdens. This, in turn, fosters an environment where it becomes convenient for developers to directly involve the beneficiaries, starting from the design process, through development, to deployment. Such an approach favors timely beneficiary feedback whilst supporting rapid iteration. Hence, holding at the heart of such an approach the true, explicated, needs of the beneficiaries in developing functional, accessible and tailor-made AI solutions for persons with disabilities.

In essence, a regulatory dalmatian approach would allow for a coating of European standards to innovation, with sporadic specks of regulatory shortcomings as elucidated by the American approach. Ultimately, though the sporadic and calculated merger of the best practices extrapolated from the two aforementioned approaches, the European landscape could have the potential of becoming an AI innovation hub whereby dynamism is balanced with safety, ultimately devising competitive and accessible solutions for all.

## 5. Preliminary conclusion

As the global landscape proceeds in its pursuit of grappling with the transformative force that is AI, tensions between the desire for innovation and the necessity of regulation remain at the heart of the debate. Although the aforementioned analysis of the two dichotomous approaches to AI regulation underscores various best practices, it is also of monumental importance in revealing the fact that neither unfettered innovation nor inflexible regulation alone are fully capable of harnessing AI's potential, particularly in terms of its transformative power for social good. Hence, the challenge lies in crafting an approach to AI development and regulation capable of balancing the need for groundbreaking technological advancements with the imperative of safeguarding fundamental rights and ensuring equitable access. Such a balance is of crucial importance particularly when considering AI-driven solutions deployed in ameliorating the quality of life for persons with disabilities; a demographic that has oftentimes remained at the periphery of inclusion yet stands to benefit immensely from AI's potential.

Hence, moving forward, a hybridized regulatory approach merging the best practices of the European approach with those of the American approach could serve as a regulatory model for fostering the development and adoption of AI solutions that are safe, competitive, and inclusive. This, coupled with the enhancement of cross-sector collaboration and the embedding of participatory design principles centered on the insights provided by persons with disabilities would allow for the harnessing of AI's potential as a force of unity, equity, dignity, and autonomy. Thus, guaranteeing that, in a time where the trajectory of societal progress is dictated by technology, no one is left behind – or beh(A)Ind.

1. This research aims to provide an initial comparative analysis of key identified differences in Artificial Intelligence governance between the United States and the European Union, whilst granting particular attention to how the two aforementioned frameworks impact both the development and deployment of AI solutions targeting the social good, in this case: AI solutions at the benefit of persons with disabilities. Hence, while the analysis aims to identify core foundational contrasts and potential areas of impact – always with a focus on the development of AI solutions for social good and not mere economic gains – it is intended as a point of departure for a broader research agenda focusing on the specificities

underlying the intersection between inclusion and innovation.

2. Artificial Intelligence (AI) was initially coined by Professor John McCarthy in the mid-1950s to describe the seeming manifestation of intelligence exhibited by computers whilst performing tasks that would require human intelligence. See, for example, V. Rajaraman, *John McCarthy - Father of Artificial Intelligence*, in *Resonance*, 19, 2023, available at: https://doi.org/10.1007/s12045-014-0027-9.
3. Given that Artificial Intelligence (AI) is solely the theoretical foundation which allows for the functioning of AI systems, for the purpose of this research, the two terms are going to be utilized interchangeably.Granted the lack of consensus regarding a working definition of AI systems, the following definition (AI Act, Article 3) is going to be adopted for the purpose of this research: *«artificial intelligence system (AI system) means software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with»*. For reference, see Regulation 2024/1689/EU of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonized 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).Whilst discussed at great length, for further reference on the subject of Artificial Intelligence, see, among others, (i) Digitalization: D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione)*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica Digitale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2025; S. D'Ancona, E. Furiosi, *Digitalizzazione e Giustizia Amministrativa*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica Digitale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2025; G. Armao, *La dimensione digitale della coesione europea e l'emersione del criterio del "non nuocere alla coesione"*, in *CERIDAP*, 2024, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-74; F. Conte, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in *Federalismi.it*, 2023, available at https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=48765; I. Macrì, *Dalle infrastrutture digitali delle amministrazioni ai cloud, il nuovo regolamento per la sicurezza dei dati e dei servizi pubblici*, in *Azienditalia*, 2022, available at https://biblio.liuc.it/scripts/essper/schedaArticolo.asp?codice=11443195; (ii) Artificial Intelligence: F. Di Porto, M. Fontana, *La regolazione di fronti alle sfide dell'intelligenza artificiale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica Digitale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2025; S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Aritificial Intelligence Act,* in *Persona e Mercato*, 2022, available at https://iris.uniroma1.it/retrieve/c62b2bfa-004e-404f-808f-e0d29e25c3d1/Orlando_Rego

le_2022.pdf; S. Orlando, *Gli emendamenti alla proposta di AI Act approvati dal Parlamento europeo il 14.6.2023*, in *Persona e Mercato*, 2023, available at https://iris.uniroma1.it/handle/11573/1687965; S. Aceto di Capriglia, *Intelligenza artificiale: una sfida globale tra rischi, prospettive e responsabilità. Le soluzioni assunte dai governi unionale, statunitense e sinico. Uno studio comparato*, in *Federalismi.it*, 2024, available at https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=50422&content=&content_author=; G. Crialesi, *Verso un'intelligenza artificiale UE antropocentrica e affidabile cha garantirà la sicurezza e i diritti di imprese e cittadini*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 2024; G. Lo Sapio, *L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in *Federalismi.it*, 2024, available at https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=50868; J. Himmelreich, *Against "Democratizing AI"*, in *AI & Society*, 2022, available at https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-021-01357-z; (iii) Artificial Intelligence and Administrative Justice: R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica Digitale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2025; M. Ramajoli, *Una giustizia amministrativa digitale?*, Il Mulino, Bologna, 2023; G. Botto, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2024, available at https://www.astrid-online.it/static/upload/bott/botto.pdf; G. Carullo, *L'Amministrazione Quale Piattaforma di Servizi Digitali*, in *CERIDAP*, 2022; F. Costantino, *Intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2017; I. M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, available at https://www.regione.emilia-romagna.it/idf/numeri/2019/3-2019/delgado.pdf; S. B. Grenci, *Le applicazioni di Intelligenza artificiale a supporto dell'automazione del procedimento amministrativo*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 2024, available at https://www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it/index.php/RIID/article/view/234; G. Pinotti, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedimentali*, in *Labour & Law Issues*, 2021, available at https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13175.

4. Brave New World by Aldous Huxley presents a cautionary tale about the inherent dangers of unregulated technological progress. See A. Huxley, *Brave New World*, Harper Perennial Modern Classics, New York, 2006.
5. For reference, see D.U. Galetta, *Decidere con l'IA: un Probelma Comune a tutte le Aree della Scienza*, in *CERIDAP*, 2024, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2024-2-32; B. Cappiello, *The EU and the AI Act. Was it Worthwhile to be the First?*, in *CERIDAP*, 2024, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-175; G. Barone, *La regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale: "è corsa agli armamenti"*, in *Diritto Penale e Processo*, 8, 2024, available at:

https://www.altalex.com/documents/2024/08/29/la-regolamentazione-intelligenza-artificiale-corsa-agli-armamenti; G. Lo Sapio, *L'Intelligenza Artificiale Generativa nella Giustizia Amministrativa: Scenari, Rischi e Opportunità*, in *Giustizia Amministrativa*, 2025, available at https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/74202881/AI+generativa+e+Giustizia+amministrativa+generativa.+3+febbraio+2025-def.pdf/6be8a0eb-6001-2c5d-ad23-da856c69fed1?t=1738918964906; C. Cancela-Outeda, *The EU's AI Act: A Framework for Collaborative Governance,* in *Internet of Things*, 27, 2024, available at https://doi.org/10.1016/j.iot.2024.101291; I. Kusche, *Possible Harms of Artificial Intelligence and the EU AI Act: Fundamental Rights and Risk*, in *Journal of Risk Research*, 2024, available at https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13669877.2024.2350720?scroll=top&needAccess=true#abstract; F. Busch, J. N. Kather, C. Johner, M. Moser, D. Truhn, L. C. Adams, K. K. Bressem, *Navigating the European Union Artificial Intelligence Act for Healthcare*, in *Digital Medicine*, 7, 2024, available at https://www.nature.com/articles/s41746-024-01213-6#citeas; M. Ebers, *Truly Risk-based Regulation of Artificial Intelligence How to Implement the EU's AI Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2024, available at https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/truly-riskbased-regulation-of-artificial-intelligence-how-to-implement-the-eus-ai-act/E526C1D0D7368F9691082220609D60F4; G. Finocchiaro, *The Regulation of Artificial Intelligence*, in *AI & Society*, 39, 2023, available at https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-023-01650-z; B. Cappiello, *The EU and the AI Act. Was it Worthwhile to be the First?*, in *CERIDAP*, 2024, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-175.

6. For reference, see G. G. Cusenza, *Cosa dicno le corti statunitensi sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale?*, in *CERIDAP*, 2024, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2024-3-34; F. Pesapane, C. Volonté, M. Codari, F. Sardanelli, *Artificial Intelligence as a Medical Device in Radiology: Ethical and Regulatory Issues in Eruope and the United States*, in *Insights into Imagining*, 9, 2018, available at https://link.springer.com/article/10.1007/s13244-018-0645-y; D. Almeida, K. Shmarko, E. Lomas, *The Ethics of Facial Recognition Technologies, Surveillance, and Accountability in an Age of Artificial Intelligence: a Comparative Analysis of US, EU, and UK regulatory frameworks*, in *AI and Ethics*, 2, 2021, available at https://link.springer.com/article/10.1007/S43681-021-00077-W; T. O. Agbadamasi, L. K. Opoku, T. K. Adukpo, N. Mensah, *Navigating the Intersection of U.S. Regulatory Frameworks and Artificial Intelligence*, in *World Journal of Advanced Research and Reviews*, 25, 2025, available at https://doi.org/10.30574/wjarr.2025.25.3.0814; M. Sloane, E. Wüllhorst, *A Systematic Review of Regulatory Strategies and Transparency Mandates in AI Regulation in Europe, the United States, and Canada*, in *Data & Policy*, 2025, available at

https://www.cambridge.org/core/journals/data-and-policy/article/systematic-review-of-regulatory-strategies-and-transparency-mandates-in-ai-regulation-in-europe-the-united-states-and-canada/A1BE4A34845C2C9227382053ECD1938A; M. Geist, *AI and International Regulation*, in F. Martin-Bariteau, T. Scassa (eds.), *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, LexisNexis, New York, 2021, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3734671; M. Luther, *An Analysis of Privacy Rights in the United States in the Age of AI*, in *Harvard Undergraduate Law Review*, 2023, available at https://hulr.org/spring-2024/b3vp15sbbt93g2ti8peehvsdof90lb; M. E. Kaminski, J. M. Urban, *The Right to Contest AI*, in *Columbia Law Review*, 121, 2021, available at https://www.columbialawreview.org/wp-content/uploads/2021/11/Kaminski-Urban-The_Right_to_Contest_AI.pdf.

7. For reference, see D.U. Galetta, G. Pinotti, *Automation and Algorithmic Decision-Making Systems in the Italian Public Administration*, in *CERIDAP*, 2023, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-7;J. P. Scheider, F. Enderlein, *Automated Decision-Making Systems in German Adminsitrative Law*, in *CERIDAP*, 2023, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2023-1-102; J. G. Corvalán, E. M. Le Fevre Cervini, *Prometea experience. Using AI to Optimize Public Institutions*, in *CERIDAP*, 2020, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2020-2-2; R. Ejjami, *Public Administration 5.0: Enhancing Governance and Public Services with Smart Technologies*, in *International Journal for Multidisciplinary Research*, 6, 2024, available at https://www.researchgate.net/profile/Rachid-Ejjami/publication/383117309_Public_Administration_50_Enhancing_Governance_and_Public_Services_with_Smart_Technologies/links/66bd0c098d0073559252459d/Public-Administration-50-Enhancing-Governance-and-Public-Services-with-Smart-Technologies.pdf.
8. For reference, see T. Blasi, *L'Intelligenza artificiale nel Terzo Settore: così la tecnologia aiuta la progettazione sociale*, in *Vita*, 2025, available at https://www.vita.it/idee/lintelligenza-artificiale-nel-terzo-settore-cosi-la-tecnologia-aiuta-la-progettazione-sociale/(last *accessed March 2025);* M. Wald, *AI Data-Driven Personalisation and Disability Inclusion*, in *Frontiers in Artificial Intelligence*, 3, 2020, available at https://www.frontiersin.org/journals/artificial-intelligence/articles/10.3389/frai.2020.571955/full; M. F. Almufareh, S. Kausar, M. Humayum, S. Tehsin, *A Conceptual Model for Inclusive Technology: Advancing Disability Inclusion Through Artificial Intelligence*, in *Journal of Disability Research*, 3, 2024, available at https://www.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.57197/JDR-2023-0060; N. Tilmes, *Disability, Fairness, and Algorithmic Bias in AI Recruitment*, in *Ethics and Information Technology*, 24, 2022, available at https://link.springer.com/article/10.1007/s10676-022-09633-2.
9. Referenced in D. S. Broder, *The Thatcher View America Must Lead*, in *The Washington Post*, 1991, available at

https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1991/03/13/the-thatcher-view-america-must-lead/2101c34e-50d5-48f5-ba83-3deba0ac0ee8/ (last accessed March 2025), yet official source remains unknown.

10. See Treaty on European Union (Maastricht Treaty), 1992, OJ C 191/1; Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 2012, OJ C 326/47.For reference, see also Treaty Establishing the European Economic Community (Treaty of Rome), 1957, 298 UNTS 3; Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, 1997, OJ C340/1; Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, 2001, OJ C80/1; Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 2007, OJ C306/1.
11. Article 2 of the TEU (see n 9) proclaims that «*The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail*». Similarly, Article 14 of the European Convention on Human Rights (ECHR) elucidates the Union's institutional set-up *vis-à-vis* the enjoyment of the enumerated liberties – such as: (i) the right to life (Article 2); (ii) the right to liberty and security (Article 5); (iii) the right to a fair trial (Article 6), and (iv) freedom of expression (Article 10), among others – within its previous articles by stating that «*The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any group such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status*». The same anthropocentric vision that is elucidated on paper finds its concrete application via numerous cases ruled upon by the European Court of Human Rights – whether it be taking an anthropocentric stance by expanding Article 3 (Prohibition of torture) of the ECHR and ruling excessive corporal punishment an outdated practice displaying degrading treatment, or reaffirming one's right to express one's identity, including religious identities (Article 9, Freedom of thought, conscience and religion). Naturally, the aforementioned list is for explicatory purposes alone and in no way represents an exhaustive list of all of the monumental cases brought before the ECHR which display the EU's anthropocentric stance.For reference, see European Convention on Human Rights (ECHR), 213 UNTS 221 (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953); European Court of Human Rights, judgment 25 April 1978, Application n. 5856/72, A/26, Case of Tyrer v. The United Kingdom; European Court of Human Rights, judgement 15 January 2013, Applications n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 159, Case of Eweida and Others v. The United Kingdom.
12. Decision 2022/2481 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 establishing the Digital Decade Policy Programme 2030 (Text with EEA relevance)

elucidates the Union's path toward the digital transformation by stating that «[...] *the digital transformation of the economy and society should encompass digital sovereignty in an open manner, respect for fundamental rights, the rule of law and democracy, inclusion, accessibility, equality, sustainability, resilience, security, improving quality of life, the availability of services and respect for citizens' rights and aspirations*». The aforementioned agenda is substantiated by the values enshrined within the European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade 2023/C 23/01. Such a declaration is of paramount importance in bridging the gap in upholdment of values present between the concrete realm and the e-realm by affirming that «*[w]ith the acceleration of the digital transformation, the time has come for the EU to spell out how its values and fundamental rights applicable offline should be applied in the digital environment*». *Thus, «[t]he digital transformation should not entail the regression of rights. What is illegal offline, is illegal online*».

13. See Regulation 2022/2065/EU of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance); Regulation 2022/1925/EU of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance); Regulation 2022/868/EU of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act) (Text with EEA relevance); Regulation 2016/679/EU of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance).
14. The AI Act sets out a multi-level risk approach: (i) unacceptable risk AI applications (prohibited), (ii) high risk (require a conformity assessment), (iii) limited risk (prerequisite is transparency), (iv) minimal risk (minimally regulated through voluntary codes of conduct), categorizing AI applications accordingly. See Regulation 2024/1689/EU 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) (n 2).
15. L. Enqvist, *'Human Oversight' in the EU Artificial Intelligence Act: What, When and by Whom?*, in *Law Innovation and Technology*, 15, 2023, available at https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2245683.
16. Article 3(63) of the AI Act defines GPAI models as «*an AI model, including where such an AI model is trained with large amount of data using self-supervision at scale, that displays significant generality and is capable of competently performing a wide range of distinct tasks regardless of the way the model is places on the market and that can be integrated into a*

*variety of downstream systems or applications, except AI models that are used for research, development or prototyping activities before they are places on the market*».See T. Higgins, *The EU AI Act: Concerns and Criticisms,* in *Clifford Chance*, 2023, available at https://www.cliffordchance.com/insights/resources/blogs/talking-tech/en/articles/2023/04/the-eu-ai-act--concerns-and-criticism.html (last accessed March 2025).

17. See European Commission, *General-Purpose AI Code of Practice,* in *Shaping Europe's Digital Future*, 2025, available at https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-code-practice (last accessed March 2025).
18. Clifford Chance, *The EU AI Act: Overview of Key Rules and Requirements*, in *Clifford Chance LLP*, 2024, available at https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/the-eu-ai-act-overview.pdf (last accessed March 2025).
19. Regulatory sandboxes are controlled environments where businesses can experiment with innovative products, ultimately allowing for the shaping of business and regulatory best practices.See T. Madiega, A. L. Van De Pol, *Briefing: Artificial Intelligence Act and Regulatory Sandboxes*, in *European Parliamentary Research Service*, 2022, available at https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733544/EPRS_BRI(2022)733544_EN.pdf.
20. European Commission White Paper, *How to Master Europe's Digital Infrastructure Needs?*, 2024, available at https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/white-paper-how-master-europes-digital-infrastructure-needs; G. Smith, K. D. Stanley, K. Marcinek, P. Cormarie, S. Gunashekar, *General-Purpose Artificial Intelligence (GPAI) Models and GPAI Models with Systemic Risk*, in *RAND,* 2024, available at https://www.rand.org/pubs/research_reports/RRA3243-1.html (last accessed March 2025).
21. J. Madison, *The Federalist No. 62* in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter ed, Signet Classics, 2003.
22. T. Devtyan, *The U.S. Approach to AI Regulation: Federal Laws, Policies, and Strategies Explained*, in SSRN, 2024, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4954290.
23. See Fair Credit Reporting Act, Pub L No 91-508, 84 Stat 1114, 1970; Family Educational Rights and Privacy Act, Pub L No 93-380, 88 Stat 571, 1974; Computer Fraud and Abuse Act, Pub L No 99-474, 100 Stat 1213, 1986; Electronic Communications Privacy Act, Pub L No 99-508, 100 Stat 1848, 1986; Health Insurance Portability and Accountability Act, Pub L No 104-191, 110 Stat 1936, 1996; Children's Online Privacy Protection Act, Pub L No 105-277, 112 Stat 2681-728, 1998; Digital Millennium Copyright Act, Pub L No 105-304, 112 Stat 2860, 1998; Gramm-Leach-Bliley Act, Pub L No 106-102, 113 Stat 1338, 1999.
24. H. West, D. Hake, S. P. Ingis, *Supreme Court's Chevron Decision and Its Implications for*

*AI Regulation*, in *Venable LLP*, 2024, available at https://www.venable.com/insights/publications/2024/chevron-decision/supreme-courts-chevron-decision-and-its-implicat (last accessed March 2025).

25. Executive Order No 14110, 88 Fed Reg 75191, 30 October 2023.
26. Executive Order No 14179, 90 Fed Reg 8741, 23 January 2025.
27. The concept of "*El Dorado*" (literal translation "golden one") dates back to Sixteenth-century Spanish colonial chronicles which birthed the dream of a lost city of gold located somewhere in South America. Recent archeological research, though, confirms that what was once thought to be a place was actually a person; a King bathed in gold, the "golden one". Nonetheless, the hopes of finding a mysterious land of riches and perfection in South America rendered the concept of "*El Dorado*" an engrained myth within then-society, to the point of crafting expeditions with the purpose of pinpointing such a land. The idea of "*El Dorado*", though slightly altered nowadays, has withstood the test of time. Hence, for the purpose of this research, "*El Dorado*" represents an ideal situation, the emblem of perfection.For reference, see J. Silver, *The Myth of El Dorado*, in *History Workshop Journal*, 34, 1992, available at https://doi.org/10.1093/hwj/34.1.1; C. Nicholl, *The Creature in the Map: A Journey to El Dorado*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
28. See California Consumer Privacy Act, 2018; California Privacy Rights Act, 2020; Virginia Consumer Data Protection Act, 2021; Colorado Privacy Act, 2021.
29. Bloomberg Industry Group, Inc., *Which States Have Consumer Data Privacy Laws?*, in *Bloomberg Law*, 2024, available at https://pro.bloomberglaw.com/insights/privacy/state-privacy-legislation-tracker/#map-of-state-privacy-laws (last accessed March 2025).
30. G. Wright, *Amazon to Pay $25m Over Child Privacy Violations*, in *BBC News*, 2025, available at https://www.bbc.com/news/technology-65772154 (last accessed March 2025); J. Stempel, *Apple to Pay $95 Million to Settle Siri Privacy Lawsuit*, in *Reuters*, 2025, available at https://www.reuters.com/legal/apple-pay-95-million-settle-siri-privacy-lawsuit-2025-01-02/ (last accessed March 2025).
31. See United Nations General Assembly Resolution 70/1, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2025, UN Doc A/RES/70/1.
32. E. Dugarova, B. Slay, J. Papa, S. Marnie, *Leaving No One Behind in Implementing the 2030 Agenda for Sustainable Development: Roma Inclusion in Europe*, in *United Nations Development Programme*, 2017, available at https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/eurasia/LeavingNoOneBehindinthe2030Agenda_Roma-inclusion-in-Europe.pdf.
33. For the purpose of this research, the term "disability" is defined as «*a limitation in a fundamental domain that arises from the interaction between a person's intrinsic capacity, and environmental and personal factors*», as elucidated in United Nations Department of Economic and Social Affairs, Disability and Development Report, *Realizing the*

*Sustainable Development Goals by, for and with persons with disabilities*, in *DESA*, 2018, available at https://social.un.org/publications/UN-Flagship-Report-Disability-Final.pdf.

34. United Nations Department of Economic and Social Affairs, *Sustainable Development Goals (SDGs) and Disability*, in *DESA*, available at https://social.desa.un.org/issues/disability/sustainable-development-goals-sdgs-and-disability (last accessed March 2025).
35. Intended as relating to Orwell's vision of society, as portrayed in his novel titled *1984*. See G. Orwell, *1984,* Penguin*,* London, 2025.
36. For reference, see C. Feijóo, Y. Kwon, J. M. Bauer, E. Bohlin, B. Howell, R. Jain, P. Potgieter, K. Vu, J. Whalley, J. Xia, *Harnessing Artificial Intelligence (AI) to Increase Wellbeing for All: The Case for a New Technology Diplomacy*, in *Telecommunications Policy*, 44, 2020, available at https://doi.org/10.1016/j.telpol.2020.101988; B. Enjolras, L. M. Salamon, K. H. Sivesind, A. Zimmer, *The Third Sector As A Renewable Resource for Europe*, Palgrave Macmillan, London, 2018.
37. Edward Hopper, *Nighthawks*, Art Institute of Chicago, 1942.
38. R. Nowland, E. A. Necka, J. T. Cacioppo, *Loneliness and Social Internet Use: Pathways to Reconnection in a Digital World?,* in *Perspectives on Psychological Science*, 13, 2018, available at https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1745691617713052.
39. S. Lythreatis, S. K. Singh, A. N. El-Kassar, *The Digital Divide: A Review and Future Research Agenda*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 175, 2022, available at https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162521007903.
40. European Commission, *Digital Health and Care*, in *Public Health*, available at https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/digital-health-and-care_en (last accessed March 2025)
41. European Commission, *eGovernment and Digital Public Services*, in *Digital Strategy*, 2024, available at https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/egovernment (last accessed March 2025).
42. Oxford Review, *Digital Accessibility: Definition and Explanation*, in *DEI dictionary*, available at https://oxford-review.com/the-oxford-review-dei-diversity-equity-and-inclusion-dictionary/digital-accessibility-definition-and-explanation/ (last accessed March 2025).
43. World Wide Web Consortium (W3C), *Web Content Accessibility Guidelines (WCAG)*, in *Web Accessibility Initiative*, 2024, available at https://www.w3.org/WAI/standards-guidelines/wcag/#intro (last accessed March 2025).
44. See Education Estonia, *Tiger Leap*, in *Education Estonia*, available at https://www.educationestonia.org/tiger-leap/ (last accessed March 2025).
45. See e-Estonia, *Digital Inclusion as a Fundamental Block in Building a Digital Society*, in *e-Estonia*, 2023, available at https://e-estonia.com/digital-inclusion-as-a-fundamental-block-in-building-a-digital-society/ (last accessed March 2025).
46. European Disability Forum, *Estonia Accessible DATA Project*, in *EDF*, 2024, available at

https://www.edf-feph.org/content/uploads/2024/10/estonia-accessible_DATA_project.pdf.

47. Invest Estonia, *10 Estonian Startups That Make the Most of AI*, in *Invest in Estonia*, 2023, available at https://investinestonia.com/10-estonian-startups-that-make-the-most-of-ai/ (last accessed March 2025).
48. M. Siilivask, *7Sense Captures Deutsche Telekom and NVIDIA's Attention with Groundbreaking Technology*, in *Trade with Estonia*, 2024, available at: https://tradewithestonia.com/7sense-captures-deutsche-telekom-and-nvidias-attention-with-groundbreaking-technology/ (last accessed March 2025).
49. See AccessiWay, *Il Tuo Partner per l'Accessibilità Digitale*, in *AccessiWay*, available at https://freeconsulting.accessiway.com (last accessed March 2025).
50. Editorial Staff, *In&Valid la Startup che Usa l'IA per Supportare Disabili e Caregiver*, in *StartupBusiness*, 2025, available at https://www.startupbusiness.it/invalid-la-startup-che-usa-lia-per-supportare-disabili-e-caregiver/144605/ (last accessed March 2025).
51. In&Valid, *Da Ogni Limite Può Nascere Un'Opportunità*, in *Inevalid*, available at https://inevalid.it/ (last accessed March 2025).
52. Echo Labs, *AI Accessibility Tools that Save Schools Millions*, in *Echo Labs Blog*, available at https://el.ai/ (last accessed March 2025).
53. Microsoft, *Seeing AI*, in *Microsoft Garage*, available at https://www.microsoft.com/en-us/garage/wall-of-fame/seeing-ai/ (last accessed March 2025).
54. Synchron, *Neurotechnology to Address the Limitations of the Human Body*, in *Synchron*, available at https://synchron.com/ (last accessed March 2025).
55. P. S. Park, S. Goldstein, A. O'Gara, M. Chen, D. Hendrycks, *AI Deception: A Survey of Examples, Risks and Potential Solutions*, in *Patterns*, 5, 2024, available at https://www.cell.com/patterns/fulltext/S2666-3899(24)00103-X (last accessed March 2025).
56. For reference, see G. Carullo, *Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making*, in *CERIDAP*, 2023, available at DOI: 10.13130/2723-9195/2023-3-100; R. Walker, J. Dillard-Wright, *Algorithmic Bias in Artificial Intelligence Is a Problem – And that Root Issue is Power*, in *Nursing Outlook*, 71, 2023, available at https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0029655423001288 (last accessed March 2025).
57. See (n 17).
58. The term 'algorithmic bias' describes systematic or recurring errors present within a computer system that can create unfair outcomes like privileging one arbitrary group of users over others. See Florida State University Libraries, *Algorithm Bias*, in *FSU Library Guides*, 2024, available at https://guides.lib.fsu.edu/algorithm#:~:text=Algorithm%20Bias%20%2D%20algorithmic

%20bias%20describes,group%20of%20users%20over%20others (last accessed March 2025).

59. S. Akter, G. McCarthy, S. Sajib, K. Michael, Y. K. Dwivedi, J. D'Ambra, K.N. Shen, *Algorithmic Bias in Data-Driven Innovation in the Age of AI*, in *International Journal of Information Management*, 60, 2021, available at https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0268401221000803#bib3 (last accessed March 2025).
60. For reference, see A. Lambrecht, C. Tucker, *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, in *SSRN*, 2015, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705530 (last accessed March 2025); A. Pandey, A. Caliskan, *Disparate Impact of Artificial Intelligence Bias in Ridehailing Economy's Price Discrimination Algorithms*, in *Proceedings of the 2021 AAA/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, 2021, available at https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3461702.3462561 (last accessed March 2025).
61. Z. Chen, *Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices*, in *Humanities and Social Sciences Communications*, 10, 2023, available at https://www.nature.com/articles/s41599-023-02079-x (last accessed March 2025).See also Louis et al v SafeRent Solutions, LLC, No 1:22-cv-10800-AK (D Mass, 9 January 2023); Derek Mobley v Workday, Inc, No 23-cv-00770-RFL (ND Cal, 12 July 2024); R. Booth, *Blind People Excluded From Benefits of AI, Says Charity*, in *The Guardian*, 2024, available at https://www.theguardian.com/society/2024/dec/25/blind-people-excluded-from-benefits-of-ai-says-charity?utm_source=chatgpt.com (last accessed March 2025).
62. See Costituzione della Repubblica Italiana – Article 111 of the Italian Constitution states that «*all judicial decisions shall include a statement of reasons*», implicitly alluding to the necessity of human discretion in the judicial process as a source of such reasons.In such regard, of monumental importance is the insight present in 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*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2025, where Cavallo Perin and Alberti focus on administrative procedure to exemplify and reaffirm the impossibility of withdrawing the human component from the decision-making process by stating that «*[t]he idea that the algorithm – beyond its legal nature – is ex ante conclusive to the procedure cannot be shared because a general act – a fortiori if normative – typically has a further moment of ascertainment of the facts that are relevant to each single case. [In such regard], the ultimate foundation of such lies within the idea that public administration retains an unavoidable constitutional function that is on par with the judicial and legislative function, even when ultimate via a machine that has learned from human work, albeit purified from errors and prejudices*» (translated from Italian).
63. See (n. 10).
64. The term "Gold Standard" refers to a monetary system in which a currency's value is pegged to that of gold. See CFI Team, *Gold Standard*, in *Corporate Finance Institute*, available at https://corporatefinanceinstitute.com/resources/economics/gold-standard/

(last accessed March 2025).

65. See Orwell (n 28).
66. Niccolò Machiavelli, *The Prince*, Tim Parks tr, Penguin Classics, London, 2003.
67. For reference, see M. Interlandi, *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; P. Smith, L. Smith, *Artificial Intelligence and Disability: Too Much Promise, Yet Too Little Substance?*, in *AI and Ethics*, 1, 2021, available at https://link.springer.com/article/10.1007/s43681-020-00004-5.
68. K. Tay-Teo, D. Bell, M. Jowett, *Financing Options for the Provision of Assistive Products*, in *Assistive Technology*, 33, 2021, available at https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10400435.2021.1974979#abstract (last accessed March 2025).
69. For the purpose of this research, "regulatory dalmatian approach" refers to a regulatory system that, at its very core, is coated in European regulatory standards (white coat of the dalmatian), but nonetheless presents specks (black polka dots, like those on a dalmatian) of the looser American regulatory framework.
70. For reference, see R. Raudla, E. Juuse, V. Kuokštis, A. Cepilovs, V. Cipinys, M. Ylönen, *To Sandbox or not to Sandbox? Diverging Strategies of Regulatory Responses to FinTech*, in *Regulation & Governance*, 2024, available at https://doi.org/10.1111/rego.12630; R. Raudla, E. Juuse, V. Kuokštis, A. Cepilovs, J. W. Douglas, *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech: Experiences of the Baltic States*, in *European Journal of Law and Economics*, 2024, available at https://link.springer.com/article/10.1007/s10657-024-09830-y#citeas; R. Ciukaj, M. Folwarski, *FinTech Regulation and the Development of the FinTech Sector in the European Union*, in *Journal of Banking and Financial Economics*, 1, 2023, available at https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=1241313.
71. For reference, see E. Kvedaravičiūtė, *Developing Fintech Sector in Lithuania: Regulatory Sandbox, in Financial Market Development Center*, 2022, available at https://projects2014-2020.interregeurope.eu/fileadmin/user_upload/tx_tevprojects/library/file_1654156148.pdf; Invest Lithuania, *The Fintech Landscape in Lithuania*, Vilnius, 2022, available at https://investlithuania.com/wp-content/uploads/The-Fintech-Landscape-in-Lithuania-2021-2022.pdf; A. C. R. Martins, *A Sandbox for the U.S. Financial System*, in *The Regulatory Review*, 2021, available at https://www.theregreview.org/2021/08/19/rossi-martins-sandbox-for-us-financial-system/; C. Poncibò, *The Laboratories of Competition Law: EU-US Perspectives on Regulatory Sandboxes*, in *Stanford Law School*, available at https://law.stanford.edu/transatlantic-technology-law-forum/projects/the-laboratories-of-competition-law-eu-us-perspectives-on-regulatory-sandboxes/; C. M. Sharkey, K. M. K. Fodouop, *AI and the Regulatory Paradigm Shift at the FDA*, in *Duke Law Journal Online*, 72, 2022, available at https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1100&context=dlj_online.

# Localizzazione e approvazione del progetto delle opere pubbliche: un tentativo di composizione del binomio tra semplificazione e tutela dell'ambiente

*Giulia Mattioli*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-6

*Attraverso l'esame del procedimento di cui all'art. 38 d.lgs. n. 36/2023 il contributo tenta di trovare una soluzione di composizione al difficile binomio semplificazione per la realizzazione delle opere pubbliche e tutela dell'ambiente.*

***Localisation and project approval of public works: an attempt to resolve the combination of simplification and environmental protection***
*Through an examination of the procedure set forth in art. 38 of Legislative Decree no. 36/2023, the contribution attempts to find a solution to the difficult combination of the simplification of the instruments for the realisation of public works and environmental protection.*

*Sommario: 1. Il contesto di riferimento e l'indagine: la tutela dell'ambiente e le esigenze di semplificazione nel codice dei contratti pubblici.- 2. Le coordinate di riferimento dell'indagine: ambiente – consenso – autorità.- 3. La semplificazione "in particolare": l'accelerazione dei procedimenti diretti alla realizzazione delle opere pubbliche.- 4. Il procedimento concentrato ed accelerato di cui all'art. 38 d.lgs. n. 36/2023.- 5. Segue: gli strumenti di accelerazione e le preventivabili difficoltà in sede applicativa.- 6. Interessi sensibili compromessi o possibile composizione del binomio semplificazione-tutela dell'ambiente?*

## 1. Il contesto di riferimento e l'indagine: la tutela dell'ambiente e le esigenze di semplificazione nel codice dei contratti pubblici

La lettura dei principi fondamentali del codice dei contratti pubblici da parte di coloro che ormai da anni erano soliti fare riferimento ai principi generali elencati dall'art. 30 e dall'art. 4 del vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) non ha potuto fare altro che destare un minimo di stupore, in considerazione dell'assenza di qualsiasi esplicito riferimento non solo alla tutela dell'ambiente, ma anche al principio dello sviluppo sostenibile o della sostenibilità ambientale[1].

Ciò, a maggior ragione, se si considera che tra gli assi strategici condivisi a livello europeo[2] del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che ha portato all'adozione della legge delega di riforma del Codice (d.l. n. 78/2020), compare anche la "transizione ecologica"[3], che, come indicato dall'Agenda 2030 dell'ONU[4] e dai nuovi obiettivi europei per il 2030[5], è alla base del nuovo modello di sviluppo italiano ed europeo[6]. Tra le sei Missioni che raggruppano le sedici Componenti in cui si articola il Piano, infatti, è individuabile la Missione 2 "Rivoluzione verde e transizione ecologica", volta a realizzare la transizione verde ed ecologica della società e dell'economia per rendere il sistema sostenibile e garantire la sua competitività.

Obiettivo del PNRR sarebbe quello di porre le basi «*per uno sviluppo duraturo e sostenibile dell'economia, garantendo la rapidità di esecuzione dei progetti attraverso una semplificazione degli strumenti in modo da favorire un aumento della produttività*»[7].

A comparire, dunque, a fianco del concetto di sviluppo sostenibile (che, fin dalla sua emersione come principio fondamentale del nostro ordinamento[8], costituisce un elemento di raccordo tra il settore degli appalti ed il settore dell'ambiente, ponendo al centro dell'attenzione i rapporti e le esigenze di tutela dell'ambiente e quelle di sviluppo economico) è il concetto di semplificazione, corollario del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., a cui viene data piena centralità nella nuova sistematica del Codice dei contratti pubblici del 2023, lasciando apparentemente "in penombra" le esigenze di tutela

dell'ambiente e dell'ecosistema.

Il primo principio, infatti, che è individuato dal Codice dei contratti pubblici quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, risulta essere il principio di risultato, che costituisce «*attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità*»[9]. Tale principio si sostanzia in un interesse pubblico all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti pubblici che deve avvenire con la massima tempestività; tempestività e semplificazione che sembrano confliggere con la necessità di compiere valutazioni approfondite a tutela di interessi sensibili, come gli interessi ambientali.

A fronte di tale nuova impostazione del Codice, si è posto il seguente interrogativo: può ancora dirsi che la semplificazione abbia mantenuto un regime distinto di cautela per gli interessi sensibili[10] o si configura oggi un completo ribaltamento, ovvero il rischio di una "parificazione/depotenziamento" degli interessi sensibili rispetto agli altri interessi? Nel tentativo di fornire una possibile risposta a questo quesito, si è scelto come punto di osservazione il procedimento accelerato di localizzazione e approvazione del progetto di opere pubbliche, disciplinato dall'art. 38 del d.lgs. n. 36/2023, che può forse considerarsi un laboratorio privilegiato per esaminare e calare nel concreto le coordinate di riferimento della presente indagine, individuabili nel trinomio "ambiente-consenso-autorità", al fine di analizzarne le ricadute sul piano metodologico-operativo. Dopo un preliminare inquadramento dei concetti semantici identificati nel suddetto trinomio e fornita un'analisi sintetica del procedimento enucleato dall'art. 38 del Codice – di cui si evidenzieranno gli aspetti innovativi e quelli critici –, si tenterà di fornire, se possibile, una risposta al sopra indicato quesito, nel tentativo di comporre il "difficile" binomio tra semplificazione e tutela adeguata dell'ambiente, seguendo un approccio logico-sistematico, coerente con i ricordati obiettivi di transizione ecologica che permeano l'impostazione dell'innovato contesto della contrattualistica pubblica.

## 2. Le coordinate di riferimento dell'indagine: ambiente –

## consenso – autorità

La disciplina in materia ambientale si può configurare come quel settore del diritto amministrativo in cui con alta frequenza, come nel settore degli appalti, l'azione pubblica entra in contatto con le posizioni soggettive dei singoli, o meglio in cui si attua un confronto e spesso un conflitto tra una pluralità di interessi pubblici e privati[11].

L'ambiente, infatti, anche nel suo significato semantico – come participio presente di "ambire", ovvero qualcosa che gira attorno, qualcosa che sta intorno[12] –, evidenzia la sua natura di bene oggettivo ed assoluto, non a carattere sostanziale e relazionale (come invece i beni privati che nascono dall'attrito dinamico con fatti e situazioni concrete, dando forma all'avvertita esigenza di soddisfare bisogni esistenziali) che si connota fin dall'inizio per un assetto disciplinare a carattere prevalentemente difensivo e autoritativo-conformativo[13].

Tanto che l'interesse che guarda al bene ambiente (bene che circonda, che penetra dappertutto) funge da strumento di controllo e di delimitazione delle attività antropiche, ponendosi sin dall'inizio in chiave di opposizione/inibizione delle iniziative individuali ed economiche e denotando una forte dialettica con le libertà personali[14].

Seppure nell'evoluzione del rapporto uomo-natura si sia partiti da una concezione antropocentrica, nella quale la natura viene vista come fonte di sostentamento per l'uomo, che la sfrutta e la utilizza, assoggettandola a sé come fonte inesauribile per soddisfare le condizioni di vita, si è più di recente affermata una concezione che pone al centro la natura, come valore assoluto in sé, che, come tale, deve essere protetto.

L'intera materia ambientale, o meglio, l'affermazione della tutela dell'ambiente nel nostro ordinamento (che si può far risalire ad alcune note sentenze della Corte dei conti del 1973[15]), ha posto le basi per lo sviluppo di due coordinate di fondo dell'intera tematica.

La prima coordinata è individuabile nel carattere rivale degli interessi in gioco, che è plasticamente rappresentato dalla loro rigida separazione ed ordinazione in una astratta scala gerarchica, che vede le attività a carattere insediativo, economico e turistico «*tenute in posizione subordinata*» rispetto all'interesse pubblico a «*salvare le bellezze della natura esistenti*».

La seconda coordinata, invece, è relativa alla pubblicizzazione degli strumenti di tutela, dato che ad essere leso è un bene dell'intera collettività, con i conseguenti problemi in merito alla sua risarcibilità[16].
Il valore ambiente, da considerarsi come primario ed assoluto, risulta dunque essere oggetto di interessi individuali e collettivi, ma al contempo costituisce anche oggetto di doveri derivanti dai vincoli e dai limiti collegati alle esigenze di protezione, cui sono preposte le autorità amministrative[17].
Per questo motivo risulta importante, per evitare conflitti[18], creare consenso, ovvero risulta indispensabile raggiungere, attraverso un processo formale, l'*idem sentire*.
Ciò può avvenire attraverso la stipula di accordi (agire per consenso – autorità e consenso[19]), ovvero attraverso il modulo procedimentale semplificato della Conferenza di servizi; entrambi gli istituti degli accordi e della Conferenza di servizi, infatti, sono qualificabili come strumenti che, seppure differenti nelle finalità[20], mantengono alla base l'elemento della consensualità, che si raggiunge attraverso un procedimento, sia quello degli artt. 11 e 15 della l. n. 241/1990 o quello più volte modificato, per finalità di semplificazione, di cui agli artt. 14 e ss. della medesima legge sul procedimento amministrativo.
Tutte le volte in cui si parla di procedimento amministrativo, ad intervenire è l'autorità amministrativa che, vuoi attraverso modelli consensuali (di derivazione civilistica) o anche attraverso modelli semplificatori di creazione del consenso che passano attraverso un processo dialettico di co-decisione, deve sempre agire nella finalità precipua di realizzazione degli interessi generali nel rispetto dei principi costituzionali, ovvero nel rispetto dei medesimi principi già ricordati di buon andamento ed imparzialità amministrativa (*ex* art. 97 Cost.), che si realizzano tramite corollari quali la celerità, l'economicità, l'efficienza. Principi, questi ultimi, che trovano la loro sostanza e rappresentazione nel concetto oggi condiviso ed attribuito alla c.d. semplificazione.

## 3. La semplificazione "in particolare": l'accelerazione dei procedimenti diretti alla realizzazione delle opere pubbliche

Non essendo questa la sede per definire in generale la complessa nozione del termine polisemico di "semplificazione"[21], ci si concentrerà su un aspetto

particolare della medesima, riguardante la sua dimensione temporale, a cui si attribuisce particolare rilevanza specificamente nell'ambito dei procedimenti riguardanti le opere pubbliche[22]. Opere "pubbliche e di interesse pubblico" la cui realizzazione, sia da parte di soggetti pubblici che di soggetti privati, diventa così rilevante e necessaria, essendo notoriamente diretta ad un fine pubblico o ad un pubblico servizio[23], da comportare anche una diretta incisione delle "materie sensibili", alle quali è stata sempre accordata in generale una tutela rafforzata[24]. Oltretutto, è noto che le opere pubbliche, pur costituendo uno degli oggetti principali della disciplina urbanistica ed edilizia, ne risultino generalmente sottratte, perché decise spesso al di fuori del contesto pianificatorio ed inserite *ex post* nel piano attraverso procedimenti urbanistici atipici di carattere abilitativo a valenza urbanistica, che attribuiscono all'approvazione del progetto dell'opera valore anche di variante, diventando così il vero baricentro della politica urbanistica al posto del procedimento di formazione del piano comunale[25]. Senza, tuttavia, che siano compromessi i c.d. interessi sensibili, per i quali anche la "semplificazione" ha sempre mantenuto un regime distinto e di cautela, almeno fino ad oggi, nella legge generale sul procedimento amministrativo[26].

La domanda che dunque ci si può porre, alla luce dell'introduzione del nuovo procedimento autorizzatorio di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 36/2023 è se, visti gli obiettivi della legge di delega alla riforma del Codice dei contratti pubblici e l'obiettivo di comprimere nel tempo e nello spazio giuridico l'acquisizione di tutti gli interessi (anche di quelli sensibili), nell'ambito del nuovo procedimento autorizzatorio di localizzazione e realizzazione delle opere pubbliche, si realizzi di fatto o no una riduzione della tutela o quantomeno una vera e propria dequotazione degli interessi sensibili di carattere ambientale.

Ciò nella logica secondo cui la complessità delle stesse questioni ambientali non può spingersi fino a precludere una semplificazione (o un'accelerazione nella realizzazione dell'opera), nel rispetto dell'esigenza di dover necessariamente contemperare gli interessi ambientali anche con altri principi ed interessi importanti a livello eurounitario e nell'ambito di un ordinamento in cui, si ricorda, la regola è la "deburocratizzazione" per garantire una buona amministrazione che sia celere, efficiente ed efficace[27].

La domanda appare legittima laddove si osservi la stessa lettera della legge delega di riforma del Codice dei contratti pubblici (l.d. n. 78/2022), in cui risulta

centrale la parola "semplificazione", posta in *incipit* alle diverse proposte di modifica e di revisione della disciplina, che, con riferimento particolare alle opere pubbliche, si preoccupa di definire come principi e criteri direttivi della riforma la semplificazione e la revisione delle procedure dirette a rendere le scelte di localizzazione e di approvazione dei progetti di opere pubbliche più snelle, celeri e non conflittuali, attraverso il raggiungimento di intese tra i diversi livelli territoriali e la riduzione dei livelli di progettazione, lo snellimento delle procedure di verifica e la validazione dei progetti[28].

Non è infatti un mistero che in Italia il sistema di realizzazione delle opere pubbliche sia connotato da un preciso e costante carattere, ovvero quello dei ritardi e della lungaggine della fase di progettazione[29] ed esecuzione, che può definirsi strutturale[30].

Ciò anche in considerazione della problematica connessa al fenomeno noto come *NIMBY* (*Not In My BackYard*)[31], consistente nell'opposizione che le comunità locali possono muovere nei confronti di investimenti infrastrutturali sul territorio, con inevitabile incidenza negativa rispetto alle possibilità di realizzazione dell'opera e/o le tempistiche ed i costi di riferimento della medesima.

Per tale ragione, nella logica di quanto concordato con l'Unione Europea nell'ambito del PNRR – che in materia di contratti pubblici ha fatto riferimento alla semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni come «*obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia*» con riferimento «*non solo alla fase di affidamento, ma anche a quelle di pianificazione, programmazione e progettazione*»[32] –, nonché secondo gli obiettivi fissati *dall'Agenda per la semplificazione 2020-2025* – secondo cui la pubblica amministrazione deve essere generalmente più semplice, veloce e vicina ai cittadini –, si è inteso ridurre i c.d. "tempi di attraversamento", ovvero i periodi che intercorrono nell'*iter* realizzativo dell'intervento tra la fine di una fase e l'inizio della successiva e che allungano in modo esagerato il tempo di realizzazione delle opere pubbliche[33].

Questa è la ragione della semplificazione posta al centro degli obiettivi di riforma del Codice, che si intende raggiungere, sposando una logica "*top-down*", in cui la scelta di localizzazione dell'opera è compiuta *ex ante* dal decisore pubblico, che demanda il confronto e la negoziazione con la comunità locale incisa dalla

decisione ad un momento successivo[34] e, dunque, per quanto qui di principale interesse, attraverso l'introduzione «*per la prima volta nel codice dei contratti pubblici [di] un procedimento dedicato alla localizzazione delle opere di interesse statale*»[35]. Procedimento che, una volta che la scelta di localizzazione dell'opera sia già stata assunta, prevede regole per coordinare le attività delle varie amministrazioni interessate nell'approvazione dell'opera pubblica e per superare eventuali dissensi[36]. La nuova disciplina mutua il proprio *design*, nei suoi principali aspetti innovativi, dal modello emergenziale e di semplificazione per eccellenza di cui all'art. 44, co. 4 del d.l. n. 77/2021 (c.d. decreto Semplificazioni-bis), come risultante dalla legge di conversione n. 108/2021, in materia di opere di particolare complessità e rilevanza finanziate con le risorse del PNRR e del PNC, riferibile ad un numero limitato di specifici interventi espressamente individuati[37].

## 4. Il procedimento concentrato ed accelerato di cui all'art. 38 d.lgs. n. 36/2023

L'articolo 38 del d.lgs. n. 36/2023 racchiude nei suoi 14 commi un importante tentativo di sistematizzazione della disciplina in materia di localizzazione, di approvazione dei progetti delle opere pubbliche ed in materia di espropri, nel tentativo di eliminare i problemi di coordinamento tra le differenti discipline previgenti[38].

L'articolo in esame si applica alle opere statali e regionali, anche con rilevanza culturale, paesaggistica ed ambientale (di cui al d.lgs. n. 152/2006), ivi compresa la concessione di opere pubbliche o di servizi pubblici, con realizzazione contestuale di opere da parte del concessionario.

Esiste un'unica ipotesi di espressa esclusione dall'ambito di applicazione della norma[39], distinta in base alla rilevanza statale o locale dell'opera, nel caso in cui il progetto[40] dell'opera di interesse statale sia già stato accertato conforme alla pianificazione urbanistica ed alla regolamentazione edilizia dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con gli enti territoriali coinvolti e nel caso in cui il progetto dell'opera di interesse locale sia già stato accertato conforme dagli enti territoriali competenti[41].

Premesso che leggendo in senso critico la normativa, proprio in tali casi esclusi,

sarebbe stato probabilmente opportuno applicare il presente procedimento accelerato (dato che non sarebbero state in tal modo messe in crisi le competenze degli enti territoriali coinvolti), si evidenzia che la finalità della disciplina in esame sarebbe quella di raggiungere gli obiettivi di concentrazione e di accelerazione dei tempi, condensando in un unico spazio temporale tutte le interlocuzioni utili e necessarie per l'approvazione del progetto e la localizzazione dell'opera.

Qualora i progetti di opere pubbliche statali interessino esclusivamente un soggetto pubblico, questi vengono approvati dai dirigenti delle amministrazioni (e non dal Ministro competente), così come i progetti di opere pubbliche di comuni, province e regioni che fanno capo soltanto ai medesimi vengono approvati dalle rispettive giunte (e non dai consigli comunali), in ossequio al generale principio di separazione tra politica e amministrazione; nel caso invece più comune in cui la realizzazione dell'intervento pubblico comporti l'interessamento di più amministrazioni, entra in campo lo strumento della conferenza dei servizi per l'approvazione del progetto definitivo.

L'amministrazione procedente[42], la stazione appaltante o l'ente concedente convocano dunque una conferenza di servizi semplificata decisoria[43] (richiamando la normativa generale di cui alla legge sul procedimento amministrativo, cfr. art. 14*bis* l. n 241/1990[44]), di cui si dettaglia l'*iter* di svolgimento nei commi da 3 a 9, che individuano strumenti di accelerazione della procedura.

In particolare, congiuntamente all'avvio della conferenza di servizi semplificata (specificazione che costituisce una novità rispetto al modello previgente[45]), l'amministrazione procedente/la stazione appaltante trasmette il progetto di fattibilità tecnico economica (che solo in caso di opere pubbliche di interesse statale deve contenere anche l'alternativa progettuale che presenti un consumo zero del suolo ai fini della rigenerazione urbana) al Consiglio superiore dei lavori pubblici o al Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, i quali sono chiamati ad esprimere il loro parere vincolante nel termine perentorio di 45 giorni[46].

Gli aspetti innovativi e di accelerazione demandati a questa fase di valutazione tecnica sono vari: innanzitutto, il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici (CSLP) o del Provveditorato interregionale (Provveditorato interregionale OO.PP.), ove richiesto, viene inserito all'interno della conferenza

dei servizi e non prima della sua convocazione; il termine di 45 giorni (o 20 giorni, nel caso in cui siano state richieste modifiche o integrazioni) per l'espressione del parere tecnico dei suddetti enti è perentorio, perché nel caso in cui questi non si pronuncino nel termine indicato è espressamente previsto il meccanismo del silenzio assenso; in terzo luogo, nel caso in cui siano richieste modifiche o integrazioni al progetto, la norma prevede serrati ritmi procedimentali, in base ai quali il Consiglio superiore dei lavori pubblici o il Provveditorato se ravvisano carenze o necessarie correzioni da fare al progetto hanno soltanto 15 giorni dal momento della sua ricezione per segnalarle alla stazione appaltante, che a sua volta ha soltanto 15 giorni dalla restituzione del progetto, a seguito della sua prevalutazione, per procedere alle modifiche o integrazioni ritenute necessarie, che saranno valutate dagli enti tecnici competenti nel termine, anch'esso perentorio, di 20 giorni.

Parallelamente allo svolgimento delle suddette valutazioni tecniche, sempre se richieste, o con la convocazione della conferenza di servizi semplificata, la stazione appaltante trasmette il progetto alle autorità competenti per l'espressione del parere relativo all'interesse archeologico ed alla valutazione di impatto ambientale (VIA).

Procedendo infatti nella disamina della disciplina, è nell'apparentemente semplice comma 6 dell'articolo 38 che sono da individuarsi le finalità acceleratorie dell'*iter* procedimentale in esame: infatti, è previsto che all'interno della conferenza di servizi inizialmente convocata (anche prima dell'espressione del parere degli enti tecnici, CSLP e Provveditorato interregionale OO.PP.) siano acquisiti anche i pareri degli enti preposti alla tutela dell'interesse archeologico ed alla tutela dell'ambiente. Decorsi 15 giorni dalla trasmissione del progetto al CSLP o al Provveditorato Interregionale OO.PP., ovvero sincronicamente all'invio a questi ultimi del progetto modificato/integrato secondo le indicazioni ricevute dopo 15 giorni dalla trasmissione del progetto, l'amministrazione procedente/la stazione appaltante lo invia alle autorità competenti ai fini della valutazione di impatto ambientale e di eventuali provvedimenti di tutela dell'interesse archeologico. Naturalmente, se si tratta di opere per le quali non è previsto il parere del CSLP o del Provveditorato, la stazione appaltante procede all'invio del progetto ai suddetti enti immediatamente, parallelamente alla convocazione della conferenza di servizi semplificata[47].

Il principio del risultato, messo in evidenza nell'*incipit* del presente contributo, in stretta connessione con il principio di semplificazione in termini di accelerazione del procedimento di approvazione e di localizzazione delle opere pubbliche, trova una sua espressa manifestazione nel comma 8 dell'articolo in esame, laddove si disciplina il momento di sintesi delle valutazioni archeologiche, ambientali e dell'eventuale dibattito pubblico, prevedendo che il provvedimento conclusivo della conferenza di servizi tenga sì nota delle eventuali prescrizioni individuate nei *sub* procedimenti attivati (VIA, dibattito pubblico e valutazione dell'interesse archeologico)[48], alla condizione che si sia «*tenuto conto delle preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera e di certezza dei tempi di realizzazione*» (cfr. art. 38, co. 8, d.lgs. n. 36/2023)[49].

All'interno di questa condizione espressamente specificata dal legislatore, in considerazione anche del lessico utilizzato, ciò che emerge è un tentativo di gerarchizzazione degli interessi pubblici coinvolti, in coerenza con il principio cristallizzato all'art. 1 del Codice, criterio prioritario ed immanente nel sistema[50], diretto a garantire le esigenze di celerità e di realizzazione delle opere in programma[51].

Le medesime esigenze sono rese evidenti dalla contrazione dei termini per la conclusione della conferenza di servizi (art. 38, co. 9, d.lgs. n. 36/2023), dagli effetti riconosciuti al provvedimento conclusivo della conferenza (art. 38, co. 10, d.lgs. n 36/2023) e dall'introduzione esplicita del c.d. "dissenso qualificato costruttivo" (art. 38, co. 11, d.lgs. n. 36/2023).

## 5. *Segue*: gli strumenti di accelerazione e le preventivabili difficoltà in sede applicativa

Come anticipato, tra gli obiettivi della nuova disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici vi era anche quello di stabilizzare e pertanto rendere ordinarie le innovazioni adottate in via temporanea per le opere finanziate dal PNRR che fossero risultate efficaci.

Per tale ragione, viene confermata la scelta di rendere la conferenza semplificata come luogo unico in cui concentrare l'acquisizione di tutti i pareri e di tutti gli assensi necessari per il completamento della fase autorizzativa del progetto – con l'unica eccezione degli atti di assenso, come detto, in materia di VIA e di interesse

archeologico –, evitando altresì duplicazioni delle consultazioni del pubblico, laddove si sia svolto il dibattito pubblico[52], ed ulteriori ripetizioni della fase istruttoria, laddove si verifichino fenomeni di ritiro, revoca o annullamento dell'appalto, che non sono comunque in grado di inficiare la validità dei pareri, degli assensi e delle autorizzazioni già espresse, finché non intervengano variazioni nel progetto, nella regolamentazione ambientale, paesaggistica ed urbanistica sulla cui base quei pareri erano stati adottati[53].

Il termine ultimo per la conclusione della Conferenza dei servizi viene fissato in 60 giorni, nel tentativo di una "sincronizzazione" delle fasi di acquisizione dei pareri[54].

Già questa prima riduzione dei termini pare essere piuttosto ambiziosa da raggiungere: è noto, infatti, che i tempi procedimentali di acquisizione degli assensi in ambito di valutazione ambientale sono stati sempre generalmente più lunghi; ragione per cui, da ultimo, il legislatore è intervenuto modificando la disciplina della VIA inserita nel Codice dell'ambiente (D.lgs. n. 152/2006)[55].

Il suddetto termine di 60 giorni, poi, può essere prorogato una sola volta, al ricorrere di due condizioni essenziali cumulative: i) la richiesta di proroga deve essere motivata e provenire da una delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili, ovvero alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o della salute e della pubblica incolumità dei cittadini; ii) il periodo della proroga non può essere superiore a 10 giorni.

Costituiscono invece ipotesi di assenso la mancata espressione nel termine delle amministrazioni presenti o di quelle assenti, seppure regolarmente convocate, così come le ipotesi di dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza: ciò testimonia il rigore della disciplina, ispirata, come detto, dal rispetto del principio del risultato, nonché da quello di leale collaborazione istituzionale.

La contrazione dei termini così operata è suscettibile di almeno due primi rilievi critici.

Pur dovendosi ritenere proporzionata la decisione di ridurre i termini di proroga a soli 10 giorni (il termine di proroga, infatti, non può essere proporzionalmente superiore a quello previsto per la conclusione della Conferenza), limitando tale possibilità alle sole amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili – cercando così di riportare forse a bilanciamento la "dequotazione" di valore dei

medesimi[56], derivante dall'affermazione in più punti della preferenza delle preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera in tempi certi di realizzazione (c.d. principio di risultato) –, non può non emergere come, nei fatti, questa proroga possa risultare *inutiliter data*.

Come può pretendersi che in un così ristretto lasso di tempo (10 gg.) si possano risolvere problematiche appartenenti a sfere talmente rilevanti e complesse?

Senza dimenticare infatti che, rispetto alla disciplina generale della l. n. 241/1990, riguardante la formazione del silenzio assenso, la disciplina speciale del Codice prevede un termine decisionale massimo di 70 giorni. Ben distante dal termine generalmente previsto dalla normativa generale in materia di silenzio assenso della l. n 241/1990, che riserva alle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili il termine più esteso di 90 giorni.

In secondo luogo, poi, qualche critica pare potersi muovere nei confronti della necessità dell'espressione di un "assenso a tutti i costi".

Procedendo infatti con ordine nella disamina dell'articolo 38 del Codice, occorre collegare la contrazione dei termini procedimentali indicata nel comma 9 (e resa esplicita nei suoi effetti al comma 10), con il comma 11, che dispone che le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla amministrazione procedente/stazione appaltante, o dall'ente concedente, comunque coinvolte nella Conferenza semplificata, se contrarie alla realizzazione dell'opera, non possono essere espresse in termini meramente negativi, ma occorre che, «*tenuto conto delle circostanze del caso concreto*», si indichino le misure e le prescrizioni che rendono compatibile l'opera e, dunque, possibile l'assenso.

Premesso che il dissenso qualificato e costruttivo risulta a mio avviso doveroso laddove l'amministrazione si trova nella posizione di concedere, ovvero si trova a bilanciare preminenti interessi di rilievo pubblico con interessi di carattere imprenditoriale[57], per come formulata, la disposizione in esame sembra escludere del tutto che possa esservi un dissenso che investa proprio l'*an* stesso della realizzazione dell'opera e non solo il *quomodo* di essa[58].

Tenendo conto, oltretutto, che siffatta impossibilità di dissenso si innesta in un contesto, quello programmatorio, in cui la realizzazione dell'opera pubblica è già stata formalizzata prima nell'ambito della programmazione triennale e poi, individuate le fonti di finanziamento, in quella annuale.

La disposizione in commento, prevedendo un "dovere" («*non possono limitarsi a*

*esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, [...] indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici*»), si discosta dalla disposizione generale di cui all'art. 14*bis*, co. 3, l. n. 241/1990, che si esprime in termini possibilisti, prevedendo che le determinazioni di dissenso delle amministrazioni coinvolte in conferenza indichino, «*ove possibile*», le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso.

Per questo si parla di "assenso a tutti i costi", anche a carattere ambientale: ciò in quanto la formulazione ampia, che non ammette deroghe (il co. 11, infatti, precisa che: «*le disposizioni di cui al primo e secondo periodo si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza di servizi, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale*») pare applicarsi, proprio per l'ultima parte del comma 11, che richiama le amministrazioni titolari di competenze in materia ambientale, anche alle amministrazioni coinvolte nel procedimento di VIA (esterno alla conferenza di servizi semplificata, ma i cui esiti convergono in essa, tanto che le amministrazioni competenti paiono configurarsi come "partecipanti" alla Conferenza semplificata), in modo contrastante con quanto previsto dalla relativa disciplina europea e nazionale, che contempla come ineliminabile la c.d. opzione zero, di non realizzazione dell'opera[59].

Siffatta impossibilità di esprimere effettivamente un dissenso, se ha sicuramente il pregio di rispondere al principio del risultato, dovendosi guardare alla necessità di realizzare l'opera, rischia di risultare di difficile attuazione pratica ove applicato in via generale per un numero indeterminato di opere che, a differenza delle opere di particolare rilevanza e complessità finanziate con le risorse del PNRR e del PNC per le quali il procedimento accelerato di cui si discute è stato effettivamente introdotto, non hanno subito il vaglio specifico proprio, relativo all'*an* della loro realizzazione.

Problematico, poi, sembra essere anche il rapporto con la normativa generale di cui all'art. 14*quinquies* della l. n. 241/1990, che disciplina un meccanismo di risoluzione del dissenso qualificato che prevede una sospensione degli effetti della decisione della conferenza di servizi, nel caso in cui le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili propongano opposizione al Presidente dei Consigli dei Ministri entro dieci giorni dalla comunicazione motivata di conclusione della conferenza.

Dalla lettura della normativa speciale, infatti, parrebbe ancora una volta perdere importanza (c.d. dequotazione) la tutela degli interessi sensibili: nonostante l'espressa menzione, nel comma 9 dell'art. 38 in commento, dell'art. 14*quinquies* della l. n. 241/1990 (o meglio, delle amministrazioni di cui all'art. 14*quinquies*), quest'ultimo articolo parrebbe non trovare applicazione, stante il carattere speciale e non derogabile del comma 11 dell'articolo 38. La mera possibilità di proroga di 10 giorni della Conferenza di servizi esaurirebbe dunque lo spazio di azione delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili, senza che la decisione possa essere devoluta a livello politico (attraverso il meccanismo dell'opposizione *ex* art. 14*quinquies* della l. n. 241/1990).

Anche se, occorre dar conto dell'esistenza di una ulteriore lettura del comma 9, nel richiamo all'art. 14*quinquies*: lettura che, pur non priva di ambiguità, si può ritenere costituzionalmente orientata (nel rispetto dell'art. 9 Cost.) e diretta a tutelare gli interessi ambientali. Secondo siffatta impostazione il richiamo all'articolo della legge generale sul procedimento amministrativo determinerebbe una applicabilità *in toto* della disposizione, ragione per cui la devoluzione della questione a livello politico (ovvero la presentazione dell'opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri) risulterebbe comunque sempre possibile[60].

Proseguendo altresì nell'analisi critica della disciplina, un terzo strumento di accelerazione previsto dalla normativa in esame e passibile di critica è poi costituito dai molteplici effetti riconosciuti al provvedimento conclusivo della Conferenza di servizi.

La determinazione conclusiva della conferenza, da rendersi nel termine di 5 giorni rispetto alla scadenza del termine di conclusione della medesima, esercita infatti la propria efficacia conformativa, nel rispetto del principio di non contraddizione, anche ad ogni fine urbanistico ed edilizio, tanto da assumere effetto di variante agli strumenti urbanistici vigenti, assorbendo al suo interno il provvedimento di VIA, la valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico, i titoli abilitativi necessari, la dichiarazione di pubblica utilità ed indifferibilità dell'opera, nonché il vincolo preordinato all'esproprio[61].

La valenza della determinazione finale viene giustificata dalla rilevanza delle opere pubbliche che si intende localizzare, con una forte compressione, sotto il profilo applicativo, del principio di autonomia del governo del territorio. Gli enti locali sono obbligati ad approntare misure urbanistiche ed edilizie per garantire le fasce

di rispetto delle aree interessate e non possono in alcun modo approvare opere diverse che siano incompatibili con quelle approvate. Ciò nell'ambito di una fase di consultazione ristretta ed accelerata, non idonea a coinvolgere tutte le specificità del territorio interessato.
In ultimo, un ulteriore elemento di accelerazione che potrà denotare qualche problematica sotto il profilo applicativo deriva anche da quanto previsto al comma 12 del medesimo articolo, secondo cui il dissenso qualificato dovrebbe trovare applicazione anche ai procedimenti pendenti, per i quali non si sia ancora conclusa la conferenza di servizi: è evidente il rischio di contenzioso, derivante dalla possibilità che i documenti del procedimento non siano conformi a quanto richiesto dalla disciplina intervenuta.

## 6. Interessi sensibili compromessi o possibile composizione del binomio semplificazione-tutela dell'ambiente?

Evidenziati gli elementi che contraddistinguono la disciplina generale riguardante la localizzazione e l'approvazione del progetto delle opere pubbliche nel Codice degli appalti quale punto di osservazione privilegiato della presente indagine, sembra possibile riprendere il quesito di fondo che ha dato origine al suo avvio: ovvero, può dirsi che l'ordinamento, al fine di far fronte ad esigenze di semplificazione/accelerazione, stia percorrendo una traiettoria verso la parificazione di tutti gli interessi pubblici, inclusi quelli sensibili di tutela in materia ambientale, con conseguente riduzione del rilievo endoconferenziale attribuito ad alcune amministrazioni ed agli interessi della cui cura queste risultano attributarie?
La tensione dialettica di mediazione tra la garanzia di un'adeguata tutela degli interessi sensibili e l'imperativo di accelerare e semplificare i procedimenti amministrativi per favorire lo sviluppo economico ha trovato nel tempo diverse soluzioni normative e giurisprudenziali.
Il sistema giuridico italiano ha sviluppato nel tempo diversi modelli di bilanciamento tra tutela ambientale e semplificazione procedimentale che possono essere ricondotti a tre principali categorie: le tecniche di coordinamento procedurale[62], i meccanismi di accelerazione temporale[63] e gli strumenti di composizione del dissenso[64], che, nel loro insieme - come evidenziato nella

disamina dell'art. 38 – trovano un loro "svolgimento" anche nell'ambito del procedimento per la localizzazione e l'approvazione del progetto per la realizzazione delle opere pubbliche.

L'unicità del procedimento entro cui si forma la decisione finale rilevante per la localizzazione e realizzazione dell'opera pubblica, pur realizzando un obiettivo perseguito a lungo dal nostro ordinamento, ovvero quello della concentrazione procedurale[65], comporta, tuttavia, alcune conseguenze che destano qualche perplessità, ma anche una possibile riflessione: comprimere nel tempo e nello spazio giuridico l'acquisizione degli interessi (anche) pubblici, potrebbe comportare la riduzione – se non l'eliminazione – delle manifestazioni dissensuali, con conseguente compromissione e dequotazione degli interessi sensibili[66].

Come già evidenziato, infatti, al comma 11 dell'art. 38 del Codice si precisa che la disciplina del c.d. "assenso a tutti i costi" (con conseguente eliminazione delle manifestazioni dissensuali) si applica, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza di servizi, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale.

Con una precisazione, tuttavia, espressa nel testo normativo, che non deve essere tralasciata e che costituisce proprio uno degli aspetti innovativi della disciplina.

Il comma 11, infatti, prosegue specificando che le prescrizioni che costituiscono motivazione del dissenso qualificato o costruttivo devono comunque essere determinate conformemente ai principi di proporzionalità, di efficacia e di sostenibilità finanziaria dell'intervento.

Pur non comprendendo per quale ragione, anche in questo caso (così come già rilevato, con riferimento ai principi generali della disciplina in materia di contratti pubblici), il legislatore abbia perso l'occasione di utilizzare il criterio di sostenibilità nel suo significato più ampio, comprensivo dunque anche del suo valore in termini di tutela ambientale volendo vincolarlo all'aspetto meramente economico[67] (concetto già presente, a mio avviso, nel precitato principio di efficacia), non può non rilevarsi come l'enunciazione espressa dei suddetti principi possa costituire un idoneo contrappeso ed una sorta di compensazione alla tutela degli interessi sensibili, impedendo una loro effettiva "dequotazione".

Al fine infatti di risolvere le problematiche e gli aspetti critici finora evidenziati[68],

che trovano, come detto, una loro principale spiegazione nel fatto che la normativa risulta essere una derivazione (o meglio una generalizzazione) di una disciplina "speciale" – concepita per un numero limitato di interventi, già valutati *ex ante* come compatibili sotto i differenti profili evidenziati, ma, in particolare, per quanto qui di interesse, compatibili nell'*an* della loro realizzazione, in quanto rispondenti al principio generale del DNSH (Reg. UE 241/2021, 852/2020 e 1119/2021) –, occorre riportare l'attenzione ai principi sopra menzionati di proporzionalità, di efficacia e di sostenibilità finanziaria, con uno sforzo interpretativo nella composizione degli interessi in gioco, che risulta necessario per non rendere la semplificazione, tanto promossa ed incentivata dal legislatore, soltanto fittizia.

Occorre "affrettarsi, ma con cautela" (*festina lente*), ovvero senza perdere di vista le coordinate di riferimento dell'ordinamento e, per quanto qui di interesse, del rapporto "semplificazione-tutela dell'ambiente", che non può e non deve essere letto come un rapporto di conflitto, ma come un rapporto di reciproca funzionalità[69].

Tenendo infatti a mente il principio fondamentale del risultato occorre che questo sia coordinato – attraverso una interpretazione non meramente letterale, ma logico-sistematica della disciplina – sia con gli artt. 41 e 9 della Costituzione, sia con i generali principi dell'attività amministrativa diretti allo sviluppo sostenibile, ovvero ai principi fondanti indicati nell'art. 3 del TUE, richiamati all'art. 117 Cost, poi rinvenibili nell'art. 3*quater* del codice dell'ambiente (d.lgs. n 152/2006) ed enucleati altresì nell'art. 1 della l. n. 241/1990. Principi a cui si devono aggiungere anche quelli derivanti dalla normativa PNRR, a valenza generale, da interpretare in una logica sistematica e non frazionata[70].

Secondo questa impostazione, la composizione del complesso binomio semplificazione-tutela dell'ambiente troverebbe una soluzione nell'individuazione di una equazione, che vede sullo stesso piano i concetti finora esaminati uno ad uno, in un possibile coordinamento tra di loro, nel rispetto della concezione c.d. multipolare – attenta non solo all'aspetto contabilistico o concorrenziale, ma anche delle politiche sociali ed ambientali – della qualificazione funzionale dei contratti pubblici[71].

La positivizzazione del principio di risultato, come ricostruito anche dalla recente giurisprudenza[72], non dovrebbe dunque portare alla logica della assoluta priorità

dell'approvvigionamento o, in questo caso, dell'assenso a tutti i costi per la realizzazione dell'opera indipendentemente dall'effettività della tutela degli interessi superindividuali la cui cura rimane affidata alla pubblica amministrazione e tra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario alla luce delle Direttive eurounitarie e del riformato art. 9 della Costituzione.

La nozione di risultato, infatti, assume una connotazione multiforme, dato che «*anche alla luce del significato ad essa attribuito dal sopravvenuto d.lgs. n. 36 del 2023, [...] non ha riguardo unicamente alla rapidità ed economicità, ma anche alla qualità della prestazione*»[73].

In fin dei conti, infatti, semplificazione è anche economicità, ovvero, il miglior risultato con il minor dispendio di mezzi. Mezzi intesi non solo in senso economico, ma anche come "risorse".

Solo in un ambiente salubre, infatti, si può pensare di far progredire lo sviluppo economico.

Ciò proprio nella logica propria della transizione ecologica, che costituisce – come detto – il *fil rouge* di tutti i recenti interventi normativi e che ha modificato la prospettiva, con una inversione di lettura del principio dello sviluppo sostenibile.

Si passa infatti dallo sviluppo come paradigma, con cui confrontare le esigenze di tutela ambientale, alla tutela degli equilibri ambientali come dato di partenza per la determinazione di tutte le altre politiche[74].

Siffatta composizione degli interessi si rinviene, in conclusione e volendo tornare al laboratorio privilegiato di osservazione del procedimento di cui all'art. 38 d.lgs. n. 36/2023, nella stessa lettera della normativa oggetto di esame[75]. La normativa settoriale in materia di contratti pubblici, infatti, pur tendendo – come visto – verso forme stringenti di composizione degli interessi, aderendo ad una impostazione di "dissenso qualificato costruttivo" (che non pare prevedere l'applicazione del modello generale del meccanismo generale del dissenso qualificato ex art. 14*quinquies*) e rappresentando così una evoluzione significativa verso forme rigorose di accelerazione procedurale, deve comunque essere letta nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Come già ricordato, infatti, il dissenso dei soggetti pubblici partecipanti alla conferenza deve essere conformativo secondo un atteggiamento propositivo dei

medesimi[76], ma nel rispetto, sempre, del principio di proporzionalità[77] e, comunque, «*tenuto conto delle circostanze del caso concreto*», così da bilanciare la tutela degli interessi pubblici, anche di quelli sensibili agli stessi affidata, con l'interesse alla celere realizzazione dell'opera.

Quanto emerge dall'analisi è che la semplificazione amministrativa non può essere intesa come riduzione delle garanzie di tutela, ma deve essere attuata come miglioramento della qualità dell'azione pubblica attraverso procedure più razionali ed efficaci. In questa prospettiva, la tutela degli interessi sensibili e l'accelerazione dei procedimenti non possono dunque rappresentare due obiettivi contrapposti, ma devono essere intesi come due aspetti complementari di una concezione moderna dell'amministrazione pubblica orientata al risultato ed alla sostenibilità insieme.

1. A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 12 luglio 2023, 3/2023. Di recente il Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 4701/2024, in *www.giustizia-amministrativa.it*, si è espresso ritenendo che ci sia una continuità tra il carattere c.d. *mandatory* dei criteri ambientali minimi dell'art. 57, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto alla nuova disciplina, caratterizzata solo da apparenti difformità testuali, «*anche in considerazione del rilievo (non solo meramente esegetico) che tale processo di successione di norma è stato segnato, medio tempore, dalla riforma del parametro costituzionale rappresentato dagli artt. 9 e 41 della Costituzione*» (spec. Par. 6.4).
2. Cfr. Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12/2/2021, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (Recovery and Resilience Facility), che risulta essere articolato su sei pilastri: 1) transizione verde; ii) trasformazione digitale; iii) crescita intelligente, sostenibile, inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazionale, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione; iv) coesione sociale e territoriale; v) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; vi) politiche per la prossima generazione, l'infanzia, i giovani (art. 3 del Regolamento), in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0241.
3. Pare singolare che il concetto stesso di transizione ecologica non trovi una compiuta definizione normativa a livello europeo, probabilmente in ragione del significato stesso sotteso al concetto di transizione, ovvero di passaggio da un modo di essere ad un altro, che difficilmente può essere racchiuso in un'unica e stabile definizione.
4. Adottata nel 2015, l'Agenda 2030, fondata sui c.d. OSS (obiettivi di sviluppo sostenibile), ha segnato, insieme all'accordo di Parigi sul clima (COP21- Decisione delle Nazioni Unite -/cp.21), al programma di azione di Addis Abeba (quale parte integrante dell'Agenda 2030 – Risoluzione delle nazioni Unite A/RES/69/313) ed al quadro di Sendai per la riduzione

del rischio di catastrofi (adottato in occasione della terza conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulla riduzione del rischio di catastrofi svoltasi a Sendai in Giappone), una tappa decisiva per lo sviluppo sostenibile a livello mondiale.

5. Si v. Parlamento europeo, Risoluzione 9/6/2021 sulla strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030, *Riportare la natura nella nostra vita*, Strasburgo; Parlamento europeo, Risoluzione 20/10/2021 sulla strategia *Dal produttore al consumatore per un sistema alimentare sano e rispettoso dell'ambiente*, Strasburgo; Commissione Europea, ]30/1/2019, Documento di riflessione *Verso un'Europa sostenibile entro il 2030*, Bruxelles; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2019) 640 final dell'11/12/2019, Il Green Deal europeo; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2020)21 FINAL DEL 14/1/2020, Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo, in *www.eur-lex.europa.eu.*
6. Si v. il documento Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza #nextgenerationitalia, Italia domani, in *www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf,* 14 ss., che, tra gli assi strategici intorno a cui si sviluppa il Piano italiano annovera, oltre alla transizione ecologica, anche la digitalizzazione, l'innovazione e l'inclusione sociale.
7. Così sul sito del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, con riferimento al PNRR ed ai relativi progetti del Ministero, in www.mimit.gov.it/it/pnrr/piano
8. Il concetto di "sviluppo sostenibile" ha cominciato a diffondersi negli anni '70 del secolo scorso, grazie al lavoro svolto da un gruppo di ricercatori del MIT, incaricati dal Club di Roma fondato dall'italiano Aurelio Peccei, per essere ufficializzato durante la Conferenza di Stoccolma nel Rapporto *Our Common Future* (c.d. rapporto Bruntland), nel suo significato più denso, quale «sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri». Siffatto principio, dopo la Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 – prima conferenza mondiale sull'ambiente, definita anche "Summit della Terra", da cui scaturì l'Agenda 21 – fu introdotto nella legislazione comunitaria dal Trattato di Maastricht. Il percorso di consolidamento della politica ambientale europea proseguì con il Trattato di Amsterdam e con il Trattato di Lisbona, per essere richiamato nell'art. 3 TUE, che al co. 3, impegna l'Unione a promuovere lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Il principio si afferma così a livello nazionale come "super-principio" costituzionale ex art. 117, co. 1 Cost, richiamato anche dall'art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152/2006 e rubricato Principio dello sviluppo sostenibile, quale criterio guida e di azione non solo di ogni attività umana giuridicamente rilevante, ma anche dell'attività della pubblica amministrazione, che deve operare in modo che nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati, connotata da discrezionalità, gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio

culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. Per approfondimenti in merito al principio dello sviluppo sostenibile si v. H. Daly, *Oltre la crescita: l'economia dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2001; M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020; P. Greco, *Lo sviluppo insostenibile. Dal vertice di Rio a quello di Johannesburg*, Milano, 2003.

9. Cfr. art. 1 d.lgs. n. 36/2023.
10. G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1121 ss.; V. Di Capua, *Ambiente, complessità sistemica e semplificazione*, in *Dir. Amm*., 4, 2020, 969 ss.
11. A. Crismani, *Spunti e riflessioni sul modello consensuale nella gestione dei beni pubblici ambientali*, in *Riv. Giur. Edil*., 2, 2021, 47. Si v. F. Satta, *Introduzione all'ambiente*, 22 febbraio 2010, in *www.apertacontrada.it.,* 1, il quale vede nel diritto dell'ambiente «*forse l'espressione somma del diritto pubblico*», perché «*tocca l'essenza stessa del convivere, dell'essere una comunità in cui ciascuno è sé stesso e parte del gruppo*». Sugli inevitabili conflitti in materia ambientale, con riguardo alle misure da adottare per far fronte alla crisi ecologica odierna, si v. G. Manfredi, *I metodi di gestione dei conflitti ambientali*, in *Riv. trim. Dir. Pubb*., 3, 2024, 717 ss.
12. Si v. anche *environment* – di derivazione francese: environ – viron attorno, dal verbo virer – enviror: nelle vicinanze, nei dintorni). Così G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente, in Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996. Sulla precisa definizione di ambiente nel nostro ordinamento, si v. M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl*., 1, 1973, 15 ss.; si v. B. Pozzo, M. Renna, *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Quaderni della Riv. giur. amb*., 2004.
13. Interessante è il parallelismo che opera Comporti con la figura dell'interesse legittimo, che ha egualmente fatto fatica a materializzarsi sotto il profilo sostanziale e risulta essere uno strumento inventato dalla giurisprudenza per il controllo della libertà di azione delle pubbliche amministrazioni, ponendosi in chiave limitativa delle potestà discrezionali e sanzionatoria delle devianze rispetto alle fattispecie ideal-tipiche. Si v. G.D. Comporti, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *federalismi.it*, 3, 2023. Osserva poi efficacemente F. Satta, *Introduzione all'ambiente*, cit., 2, che il diritto dell'ambiente, benché concepito come un settore del diritto pubblico affidato alla cura dell'autorità amministrativa secondo le tecniche del c.d. *command and control*, non sfugge però alla responsabilità dei singoli, perché ognuno è responsabile dell'ambiente nel quale si trova in un dato momento ed è responsabile anche nei confronti delle generazioni future. Si v. per approfondimenti in merito P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano – 7 ottobre 2021*, in *Il dir. dell'econ*., numero monografico, 2021.
14. Cfr. le analisi di S. Nespor, *Ambiente 1973-1986*, in *Riv. Giur. Amb*., 4, 1986.
15. Cfr. Corte Conti, sent. 15 maggio 1973, n. 39, in Foro amm., 1973, I, 3, 247 e sent. 20

dicembre 1975, n. 108, in *Foro it.*, 3, 1977, 349. Con riferimento alla estensione della tutela ambientale e dell'ecosistema, come processo ad ostacoli, nel nostro ordinamento, si v. M. Delsignore, *La tutela o le tutele pubbliche dell'ambiente? Una risposta negli scritti di Amorth*, in *Dir. Amm*., 2021, 313 ss.

16. Cfr. G.D. Comporti, *cit.*, 143
17. T. Martines, *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in Pepe (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996. Per un inquadramento sui problemi di tutela ambientale P. Maddalena, *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Riv. Giur. Amb*., 2008, 526; ID., *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2007, 477. Con riferimento agli interessi alla tutela dell'ambiente, si v. A. Bonomo, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità della transizione ambientale*, Bari, 2023.
18. Sulla gestione dei conflitti in materia ambientale, si v. G. Manfredi, *cit*., 722 ss., che individua due tipologie di strumenti diversi per gestire i conflitti, partendo dalle considerazioni fatte dalla politologia e dalla sociologia, per cui si individuano le procedure di tipo verticale (ovvero il ricorso a una autorità gerarchica e a quello a una autorità terza) e quelle di tipo orizzontale (ovvero, il voto, la negoziazione e la deliberazione, ovvero il ricorso ad un'autorità terza).
19. AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002.
20. Cfr. la distinzione tra gli strumenti, in A. Crismani, *cit.*, 47 ss.
21. Con riferimento al termine semplificazione ed alla sua etimologia si v. F. Satta, *Semplificare, semplificazione*, in *Italiadecide, Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 2015, 261 ss. Si v. anche V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 3-4, 2000, 625.
22. Cfr. nozione di opera pubblica ex art. 3, All. I.1. al d.lgs. n. 36/2023, definita come distinta rispetto ai "lavori", indica il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica. Per approfondimenti si v. R. Dipace, *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2011, 23 ss.
23. Escluse dall'ambito di applicazione oggettivo della disciplina, invece, sono le opere di interesse generale, intese come impianti ed attrezzature che, sebbene non destinate a scopi di stretta cura della pubblica amministrazione, sono idonei a soddisfare bisogni della collettività, ancorché vengano realizzate e gestite da soggetti privati. Come ad esempio i supermercati, le strutture alberghiere, le stazioni di servizio ecc. Per approfondimenti cfr. *ex multis* Cons. St., 2 giugno 2011, n. 3797.
24. Il riferimento riguarda gli interessi di cui sono titolari le Regioni e le Province autonome nelle materie di loro competenza, sia i c.d. interessi sensibili, tra i quali, si annoverano gli interessi di carattere ambientale. Si v. G. Cugurra, *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127*, in *Dir. Amm.*, 1998, 488.

25. F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, 4° ed., CEDAM, Milano, 2021, 62 ss., 104 ss., 159 ss., 255 ss.; più di recente si v. C. Celone, *La speciale disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche*, in *Ceridap*, 2, 2023, il quale fa riferimento ad una sostanziale "depianificazione" delle opere di interesse generale con conseguente sottrazione del procedimento autorizzatorio alla disciplina generale sui titoli abilitativi.
26. Si può dire, infatti, che a partire dalla legge Bassanini-bis (l. n. 127/1997), poi soprattutto da ultimo, la tendenza ad attribuire una protezione tendenzialmente assoluta agli interessi sensibili sembra piano piano venire meno: significativa è la modifica apportata dalla c.d. riforma Madia all'art. 17bis della l. n. 241/1990, per cui si arriva ad estendere il modello del silenzio assenso ai procedimenti che coinvolgono una pluralità di amministrazioni pubbliche, anche «*ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini*», con una dequotazione sostanziale degli interessi sensibili. Il maggior termine previsto dal medesimo articolo per la formazione del silenzio, laddove siano coinvolti interessi sensibili (art. 17bis, co. 3), pari a novanta giorni e non trenta, infatti, si può dire rivesta valore quantitativo, piuttosto che qualitativo. Così come è da segnalare la modifica dell'art. 2, co. 8bis della medesima legge, che pone nel nulla eventuali determinazioni differenti adottate dalle amministrazioni, anche preposte ad interessi sensibili, che non abbiano rispettato il termine per l'emissione del provvedimento.
27. Cfr. *ex multis* art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'UE; D.lgs. 59/2010 di attuazione della c.d. Direttiva Bolkestein diretta alla semplificazione di tutte le procedure.
28. Con riferimento all'importanza data dalle riforme degli scorsi decenni al principio di efficienza, si v. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016. Con riferimento alle novità in materia di progettazione, si v. M.F. Tropea, *Le novità in materia di progettazione e appalto integrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)*, in *Ceridap*, 4, 2024.
29. Nella realizzazione dei lavori pubblici, come si può facilmente immaginare, la fase di progettazione riveste un ruolo fondamentale, considerato che le carenze progettuali sono inevitabilmente destinate a riflettersi sulle successive fasi del procedimento costruttivo, con indefettibili conseguenze sull'aspetto temporale ed economico, comportando ritardi e lievitazione dei costi. Si v. M. D'Orsogna, *Pianificazione e programmazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4300; T. Paparo, *La progettazione*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, 527.
30. Così R. Greco, *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 1.
31. M. Roccato, T. Mannarini, *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti* Nimby, Bologna, 2012.
32. Così PNRR, in *www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR/pdf*, 69, nell'ambito

dell'enunciazione dell'obiettivo delle riforme che l'Italia si è impegnata a realizzare per fruire delle risorse del Recovery Fund. Cfr. legge delega 21 giugno 2022, n. 78, art. 1, co. 2, lett. n), in base al quale si demanda al nuovo Codice dei contratti pubblici una significativa revisione della disciplina concernente la programmazione e la progettazione dei contratti pubblici, qualificabili come fasi estranee al procedimento di aggiudicazione, ma comunque imprescindibili per lo svolgimento delle gare pubbliche.

33. Sul punto si v. sempre R. Greco, *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice,* 12, che richiama il *Rapporto sui tempi di realizzazione delle opere pubbliche*, in www.agenziacoesione.gov.it/news_istituzionali/tempi-di-realizzazione-delle-opere-pubbliche-online-il-rapporto-2018/, §3.3., redatto dall'Agenzia per la Coesione Territoriale, che a luglio 2018, ravvisava nella fase di progettazione preliminare quella che comportava un maggiore impatto sul tempo di realizzazione delle opere, comportando tempi di attraversamento in grado di incidere del 69% sul tempo complessivo.
34. R. Occhilupo, G. Palumbo, P. Sestito, *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, in Banca d'Italia, *Questioni di economia e finanza, Occasional papers*, 91, 2011.
35. Cfr. *Relazione di accompagnamento al Codice*, che, con riferimento all'art. 38 espressamente afferma: «*La disposizione introduce per la prima volta nel codice dei contratti pubblici un procedimento dedicato alla localizzazione delle opere di interesse statale, uniformando, coordinando e semplificando le previsioni contenute nel d.P.R. n. 383 del 1994, nell'art. 13 d.l. n. 76 del 2021 e nell'art. 44 d.l. 77/2021, in conformità con i criteri e gli indirizzi della legge delega (art. 2 lett.o)*».
36. In ciò si configura l'approccio "top-down", che si distingue, invece, da quello "bottom-up", dove si anticipa, rispetto alla decisione di localizzazione, il confronto con tutte le realtà che risultano potenzialmente incise dall'opera.
37. Sullo stato della realizzazione delle grandi opere infrastrutturali si v. il rapporto conclusivo della Commissione Via, presieduta dal magistrato della Corte dei Conti Massimiliano Atelli, che denoterebbe una forte accelerazione dell'attività: i 1.742 pareri emessi dal 2021 denotano una fervente attività. L'82% dei pareri emessi è positivo e dice che non solo non c'è stata una resistenza alla infrastrutturazione del Paese, ma che in molti casi le osservazioni progettuali hanno contribuito a migliorare la qualità di progetti che notoriamente in Italia riscontrano problemi anche sotto il profilo della qualità della progettazione. Secondo il rapporto due fattori, principalmente, hanno contribuito alla elevata percentuale di pareri positivi: a) il confronto con i proponenti, nei due momenti dell'avvio del procedimento e della fase successiva al deposito delle integrazioni; b) l'ampio ricorso alla condizionalità, specie di indirizzo, grazie alla quale la Commissione (i) ha potuto orientare i proponenti a modifiche progettuali più sostenibili tali da rendere possibile un esito positivo della valutazione; (ii) ha stralciato segmenti progettuali che avrebbero impedito un esito positivo, quando non tali da condizionare la medesima opera; (iii) ha introdotto mitigazioni e monitoraggi ante, in corso, e *post operam*, così da assicurare la compatibilità ambientale dei progetti.

38. In particolare, il riferimento deve farsi oltre che all'art. 27 del d.lgs. n. 50/2016, riguardante come noto l'approvazione dei progetti delle opere pubbliche, anche alla disciplina frammentata in materia di localizzazione delle opere pubbliche, originariamente contenuta nel d.P.R. 18 aprile 1994, n. 383, relativo ai soli interventi statali, progressivamente svuotato di rilevanza, non solo per la riforma del Titolo V della Costituzione, ma anche in ragione dell'introduzione della disciplina speciale delle grandi infrastrutture e degli interventi di interesse strategico, racchiusa nel d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, recepita dal codice De Lise e poi ampiamente sostituita dal d.lgs. n. 50/2016, nonché per effetto del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*", il cui art. 5ter ha quasi per intero abrogato l'art. 3 del d.P.R. n. 383/1994, riguardante la Localizzazione delle opere di interesse statale difformi dagli strumenti urbanistici e mancato perfezionamento dell'intesa. Il Legislatore del 2023 ha tentato in un unico *corpus* di coordinare e semplificare le previsioni già contenute nel d.P.R. n. 383/1994 richiamato, nell'art. 13 del d.l. n. 76/2020 e nell'art. 44 del d.l. n. 77/2021, nel rispetto delle esigenze indicate dall'art. 1, lett. o) della l.d. n. 78/2022.
39. Considerato come ordinario il regime introdotto dall'art. 38 del Codice rispetto a disposizioni settoriali, risultano escluse dall'ambito di applicazione della normativa le opere previste in ambiti specifici, come ad esempio, quello delle reti ferroviarie (art. 9, l. n. 340/2000), degli impianti di produzione di energia elettrica (l. n. 880/1973), alimentati anche da fonti rinnovabili (d.lgs. 387/2003, d.lgs. 28/2011), per citarne alcune.
40. Si deve trattare di un progetto di fattibilità tecnico economica, in ragione della modifica, operata dal nuovo Codice dei contratti, con riguardo ai livelli di progettazione, cfr. art. 41 D.lgs. n. 36/2023.
41. Cfr. art. 38, co. 2, d.lgs. n. 36/2023.
42. Inserimento dell' "amministrazione procedente" – definita come la pubblica amministrazione che avvia un procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990, a cui compete l'adozione del provvedimento finale, ivi compresa la convocazione di una conferenza di servizi in nome proprio o, previa stipula di apposito accordo, in nome e per conto di altre pubbliche amministrazioni –, previsto dall'art. 12 del D.lgs. 209 del 31/12/2024 recante "*Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*", che sostituisce il comma 3 dell'articolo medesimo, al fine di superare le criticità interpretative derivanti dal mancato coordinamento con la legge 7 agosto 1990, n. 241, senza comportare rallentamenti nei processi di realizzazione dell'opera pubblica. Si consente dunque anche all'amministrazione procedente, di cui non si faceva menzione, di convocare la conferenza di servizi semplificata e, pertanto, di partecipare ai lavori della stessa. In coordinamento con le modifiche apportate, viene introdotto il riferimento all'amministrazione procedente modificando i commi 4, 5, 6, 7 e 11. In sede di intervento correttivo, poi, è stato inserito anche il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche come soggetto che può agire

come amministrazione procedente, previa stipula di accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/1990, con una p.a.; ciò solo qualora il Provveditorato non sia coinvolto direttamente nel procedimento, essendo chiamato a esprimere parere sul progetto di fattibilità tecnico economica ai sensi dei commi 4 e 5 dello stesso articolo.

43. P.M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano, 2017, 433 ss.
44. Cfr. Art. 14, co. 3, l. n. 241/1990 con riguardo alla conferenza di servizi preliminare, sempre prevista per le procedure di realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico: la conferenza di servizi preliminare si esprime sul progetto di fattibilità tecnica ed economica, al fine di indicare le condizioni per ottenere sul progetto definitivo le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi comunque denominati, richiesti dalla normativa vigente.
45. Cfr. art. 27 d.lgs. n. 50/2016. La conferenza di servizio decisoria si svolge normalmente in forma semplificata e in modalità asincrona a seguito delle modifiche alla l. n. 241/1990, da parte del del d.lgs. n. 127/2016. Per approfondimenti si v. M. Cocconi, *La nuova Conferenza di servizi*, in *www.giustamm.it*, 8, 2016.
46. Cfr. art. 38, commi 4 e 5, d.lgs. n. 36/2023.
47. Cfr. art. 38, co. 7, d.lgs. n. 36/2023.
48. Sub-procedimenti che rimangono distinti ed autonomi, anche se le loro risultanze sono destinate a confluire nell'ambito della Conferenza di servizi "*omnia*", attivata per l'approvazione del progetto di fattibilità tecnico economia e la localizzazione dell'opera pubblica. Ciò è evidente soprattutto con riguardo all'endoprocedimento di VIA, che, ai sensi della normativa eurounitaria (Dir. 2011/92/UE) deve mantenere piena autonomia, anche se le sue determinazioni sono destinate a confluire in più ampie determinazioni di carattere amministrativo. Nel caso in cui esista un interesse archeologico da preservare, si attiverà il procedimento *ex* all. I.8, calibrato secondo le esigenze di celerità nella realizzazione dell'opera. Diversamente, qualora non emerga la sussistenza di un interesse archeologico, l'autorità preposta alla tutela del suddetto interesse potrà somministrare prescrizioni che dovranno essere riflesse nel provvedimento conclusivo della conferenza di servizi.
49. Siffatta condizione, diretta esplicitazione del principio di risultato, trova altresì richiamo con riguardo all'ipotesi in cui vi sia un interesse archeologico da preservare: infatti, in tale ipotesi, il soprintendente seguirà il procedimento disciplinato dall'all. I.8, che si riferisce appunto alla Verifica preventiva dell'interesse archeologico «*tenuto conto del cronoprogramma dell'opera*».
50. Cfr. Cons. St., 13 settembre 2024, n. 7571, in *www.giustizia-amministrativa.it.*
51. Il paradigma della efficienza e della semplificazione sembra prevalere laddove si guardi anche alla disciplina del dibattito pubblico, altresì importante in materia di tutela ambientale: nel Codice del 2023, infatti, il dibattito pubblico risulta avere una valenza quasi soltanto simbolica, risultando coerente con il criterio direttivo della semplificazione prevista dalla legge delega n. 78/2022, in modo che fossero resi più celeri e meno

conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell'intesa tra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte di localizzazione delle opere pubbliche. Si v. G. Manfredi, *cit.*, spec. 732 ss.

52. Cfr. art. 38, co. 8, d.lgs. n. 36/2023, in base al quale: «*Qualora si sia svolto il dibattito pubblico, è escluso il ricorso all'inchiesta pubblica o ad altra forma di consultazione del pubblico*». Per approfondimenti in merito al dibattito pubblico nel codice degli appalti, si v. B. Marsili, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti: tra democrazia partecipativa, tempo e risultati*, in *Ceridap*, 3, 2024. Si v. in generale E. Orlando, *Il dibattito pubblico nella Convenzione di Aarhus e nella legislazione europea*, in *Istit. del eder.*, 3, 2020, 583.
53. Cfr. art. 38, co. 13, d.lgs. n. 36/2023, che richiama quanto disposto dall'art. 27, co. 1bis del precedente d.lgs. n. 50/2016, il quale ultimo limitava la validità dei pareri, delle intese e degli assensi acquisiti ad un periodo massimo, comunque non superiore a cinque anni. Sull'allungamento della validità temporale dei medesimi, finché non intervengano modifiche sostanziali nel progetto o nella cornice normativa, si v. in senso critico la Relazione illustrativa agli articoli ed agli allegati, Camera dei deputati, 5/1/2023, disponibile in http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&leg=XIX.
54. Si v. in tal senso la cit. Relazione di accompagnamento al Codice.
55. Cfr. l. 191 del 13/12/2024 e vigente dal 17/12/2024 di conversione del D.l. n. 153/2024 che modifica alcune parti del D.lgs. n. 152/2006 "*Disposizioni urgenti per la tutela ambientale del Paese, la razionalizzazione dei procedimenti di valutazione e autorizzazione ambientale, la promozione dell'economia circolare, l'attuazione di interventi in materia di bonifiche di siti contaminati e dissesto idrogeologico*". In particolare, scrive il Governo: «*Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di semplificare i procedimenti di valutazione ambientale per la promozione di investimenti in settori strategici per lo sviluppo del Paese e la tempestiva realizzazione degli obiettivi del PNRR e del PNIEC, anche nell'ottica di accrescere il grado di indipendenza negli approvvigionamenti energetici...*».
56. Dequotazione che può essere considerata soltanto "formale", posto che comunque la stessa determinazione conclusiva della conferenza di servizi dovrebbe perfezionare l'intesa tra gli enti interessati anche ai fini delle «*interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensatrici*» (art. 38, co. 10, d.lgs. n. 36/2023).
57. L'esempio tipico è quello dell'istanza di autorizzazione formulata dal privato, diretta all'insediamento ed alla gestione di un'attività produttiva, che potrebbe incidere sulle matrici ambientali, tale per cui è importante per il privato conoscere le ragioni e le possibili soluzioni al dissenso espresso per l'insediamento dell'attività.
58. R. Greco, *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice,* 12, che richiama il *Rapporto sui tempi di realizzazione delle opere pubbliche*, cit., 23.
59. Cfr. Corte giust., sentenza 21 settembre 1999, C-392/96, Commissione/Irlanda, ECLI:EU:C:1999:43.

60. Più chiara, in merito, è la disciplina – che presenta analogie strutturali e metodologiche con la disciplina oggetto del presente contributo – contenuta nell'art. 9 del D.lgs. n. 190/2024 in materia di fonti rinnovabili. Il comma 13 dell'art. 9 del Testo Unico sulle rinnovabili prevede espressamente che si applica in ogni caso alla conferenza per il rilascio dell'Autorizzazione unica l'art. 14*quinquies* della l. n. 241/1990.
61. L'atto di approvazione del progetto, ovvero l'atto con cui l'amministrazione fa ufficialmente proprio il progetto, può qualificarsi come atto di amministrazione attiva e non di controllo, cfr. R. Di Pace, *Programmazione e progettazione*, M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2025, 549-577, che richiama alcuni riferimenti giurisprudenziali in merito anche al tema della immediata impugnabilità dell'atto di approvazione del progetto avanti al giudice amministrativo.
62. Il riferimento, per quanto riguarda la disciplina generale, è ovviamente rivolto agli artt. 14 e ss. della l. n. 241/1990 che disciplina la conferenza di servizi, come modello paradigmatico degli interessi attraverso il coordinamento procedurale ovvero il "raccordo collaborativo" tra i diversi enti ed amministrazioni coinvolti nelle decisioni (Corte cost., sent. 3 dicembre 2021, n. 233). Guardando invece alla disciplina settoriale, il riferimento può essere rivolto alla disciplina autorizzatoria in materia di energie rinnovabili, in particolare all'art. 9 del d.lgs. n. 190/2024, che si caratterizza per la concentrazione in un'unica sede decisionale di tutte le valutazioni necessarie, incluse quelle ambientali, paesaggistiche e culturali. La disciplina prevede termini procedimentali certi, ovvero 120 giorni per la conclusione della conferenza di servizi, e meccanismi di silenzio-assenso che garantiscono la certezza dei tempi decisionali.
63. Il riferimento, per quanto riguarda la disciplina generale, è ovviamente rivolto all'art. 14*ter*, che introduce meccanismi di accelerazione che mantengono tuttavia specifiche garanzie per gli interessi sensibili: il termine, infatti, per la determinazione delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale è fissato in 90 giorni, rispetto ai 45 giorni previsti per le altre amministrazioni. Guardando invece alla disciplina settoriale, un esempio significativo di bilanciamento attraverso meccanismi di accelerazione temporale può essere rinvenuto nella procedura abilitativa semplificata PAS, disciplinata dall'art. 8 del d.lgs. n. 190/2024, che prevede termini accelerati (30-60 giorni), ma mantiene specifiche garanzia per gli interessi ambientali attraverso la possibilità di richiedere integrazioni e la convocazione di conferenze di servizi quando necessario.
64. Si è già detto, con riferimento alla disciplina generale contenuta nella l. n. 241/1990 dell'art. 14*quinquies*, che costituisce uno strumento specifico di tutela degli interessi sensibili. Cfr. *sub* nota n. 60.
65. Nel rispetto, peraltro, delle tecniche di *smart* e *better regulation* promosse dall'Unione Europea, per cui la concentrazione procedimentale è considerata un elemento chiave, che implica un approccio più strutturato e focalizzato ai processi di elaborazione legislativa. Cfr. Cons. St., 13 gennaio 2023, n. 442.
66. Il medesimo meccanismo di concentrazione procedurale si rinviene anche nel settore delle fonti rinnovabili: si v. ad esempio la procedura descritta nell'art. 9 del d.lgs. n. 190/2024,

che costituisce un esempio paradigmatico di come l'ordinamento tenti di conciliare la necessità di accelerare la transizione energetica con l'esigenza di tutelare il territorio. Il confronto, infatti, tra l'art. 9 del T.U. sulle rinnovabili e l'art. 38 del Codice dei contratti rivela significative analogie strutturali e metodologiche che testimoniano l'evoluzione verso modelli procedimentali integrati e accelerati.

67. Si rileva che l'inserimento delle valutazioni di carattere economico sembra aggiungere – o, quanto meno, esplicitare – un nuovo strato di senso del principio di proporzionalità, declinabile nei termini di "non aggravio economico". Un richiamo a questo concetto si rinviene anche, sempre secondo la medesima lettura, anche nel comma 12 della disposizione in commento.
68. Peraltro in modo non del tutto esaustivo, potendosi altresì sollevare altre problematiche di coordinamento, con rilevante incidenza pratica, tra la normativa oggetto di osservazione e la disciplina generale del procedimento amministrativo o la disciplina specifica in materia di valutazione di impatto ambientale, con cui si prevede il c.d. *ius vetandi* assoluto (o "opzione zero"). Si v. ad esempio, con riferimento alla possibilità di applicare, anche al procedimento di cui all'art. 38, il meccanismo di c.d. conflittualizzazione e politicizzazione del mancato accordo tra le pp.aa., disciplinato dall'art. 14*quinquies* della l. n. 241/1990. Il suddetto articolo viene espressamente richiamato al comma 9 dell'art. 38, anche se sembra impossibile, ai sensi del comma 11, che si possa arrivare ad un dissenso oppositivo, in grado di produrre l'effetto devolutivo dell'affare all'organo politico. Si v. *sub* nota n. 60.
69. Si v. il c.d. metodo dei sistemi applicato dagli studiosi del MIT nel Rapporto *Limits of grow*. Così anche M. D'Angelosante, *Il PNRR e le semplificazioni in materia di valutazioni e autorizzazioni ambientali, fra sviluppo economico sostenibile e protezione ambientale sostenibile*, in *Riv. Quad. Dir. Amb*., 1, 2022, 283, secondo cui: «*diviene evidente che non si può concepire una effettiva prospettiva di sviluppo economico senza la garanzia di un adeguato livello di benessere delle comunità antropiche, le quali peraltro restano tutt'ora anche il principale 'fattore produttivo'. A sua volta il benessere della persona e delle comunità non può essere garantito a prescindere da una appropriata cura delle esigenze sociali: salute, istruzione, casa, previdenza, assistenza, ma anche adeguatezza e integrità delle risorse ambientali*».
70. Cfr. giurisprudenza sul caso ILVA, sent. n. 85/2013.
71. Così si esprime infatti il Cons. St., 27 maggio 2024, n. 4701, cit., spec. par. 8.2, secondo cui l'arricchimento funzionale della disciplina assegna al contratto anche il ruolo di strumento di politiche sociali ed ambientali (soprattutto per effetto del considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE). Si v. C. Tozzi Martelli, Consiglio di Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, in *Ceridap*, 2, 2024.
72. Cfr. Cons. St., 27 maggio 2024, n. 4701, cit., spec. 8.2.
73. Cfr. Cons. St., 29 dicembre 2023, n. 11322, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
74. G. Rossi, A. Farì, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2015, Torino, parlano di "materializzazione" dell'interesse ambientale. La tutela dell'ambiente viene concepita come motore dello sviluppo, fattore determinante per attraversare la crisi economica e sociale

(cfr. Green deal, Next generation EU e PNRR).

75. La stessa logica compositiva, peraltro, pare essere stata adottata di recente anche dal Consiglio di Stato, con riferimento al diverso (ma connesso) art. 57 del d.lgs. n. 36/2023, si v. Cons. St., 27 maggio 2024, n. 4701, cit., con cui si riconosce che la sostenibilità ambientale delle scelte negoziali dell'amministrazioni non è soggetta al "bilanciamento" con altri interessi, ovvero non pone un problema di esercizio di discrezionalità propriamente intesa, ma pone piuttosto "un problema di rispetto di canoni normativamente stabiliti" (spec. Par. 6.6.).
76. M. Conforti, *Commento all'art. 38*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.
77. Il principio di derivazione europea di proporzionalità, che impone che le misure adottate siano adeguate e necessarie rispetto agli obiettivi perseguiti, risulta trasversale ai diversi modelli di composizione tra tutela degli interessi sensibili ed esigenze di accelerazione/semplificazione ed emerge come criterio fondamentale per il bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

# I dati personali in possesso dell'amministrazione: beni a destinazione pubblica?

*Anna Simonati*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-5

*L'analisi prende le mosse dall'assenza di riferimenti normativi esaustivi ed evidenzia come la prospettiva "dominicale" rappresenti solo un tassello di un paradigma giuridico assai complesso e sfaccettato. Alla considerazione dei dati come beni – che non può essere data per scontata – si affiancano, infatti, la dimensione della tutela dei diritti del titolare delle informazioni e quella dei principi che devono guidare l'attività della p.a. Si tenta di stabilire, poi, se e fino a che punto il patrimonio informativo in possesso dell'amministrazione presenti una qualificazione giuridica e una destinazione pubblica omogenea e si mette alla prova la praticabilità di uno statuto (para)-dominicale, domandandosi a chi appartengano i dati detenuti dalla p.a. L'indagine si conclude con alcune riflessioni sulla necessità di integrare le tre dimensioni individuate in apertura, accogliendo una concezione flessibile di "demanialità in senso ampio.*

***Personal data owned by Public Administration: assets with public purpose?***

*The analysis in this paper starts by declaring the absence of exhaustive normative references in relation to personal data; the "ownership" perspective represents only one piece of a very complex and multifaceted legal paradigm. Alongside the consideration of data as asset – which cannot be taken for granted – there are at least two other inescapable dimensions: the protection of the rights of the owner of information and the principles that must guide administrative action interacting with any such information. An attempt is then made to determine whether and to what extent data held by administrative organs presents homogeneous legal nature and public destination, and the viability of a (para)-dominical status is tested, wondering to whom such data belongs. The paper concludes with some remarks on the need to integrate the three dimensions identified, accepting a flexible conception of "public ownership in a broad sense".*

*Sommario: 1. Qualche caveat metodologico.- 2. Premessa: cose e beni (anche intangibili).- 3. I dati come beni: riflessioni sulla praticabilità della ricostruzione.- 4. I dati detenuti dall'amministrazione come beni a destinazione pubblica: fisionomia giuridica e possibile casistica.- 5. Il problema della titolarità dei dati: dalla proprietà all'appartenenza?- 6. La prospettiva funzionale.- 7. Considerazioni di sintesi. Beni, diritti, principi: la rivisitazione delle tassonomie come chiave di lettura di un fenomeno complesso.*

## 1. Qualche caveat metodologico

Trattando dei dati detenuti dall'amministrazione[1] come beni a destinazione pubblica, la prima tentazione è certamente quella di addentrarsi nella ricostruzione puntuale delle disposizioni vigenti. Non si tratta, in realtà, di un'idea del tutto peregrina, perché questa impostazione consentirebbe di far emergere con chiarezza la complessità che contraddistingue il settore. Sarebbe necessario, infatti, tenere conto in quest'ottica di un binario normativo quanto meno duplice[2], che consta della disciplina nazionale[3] e di quella eurounitaria[4], a cui peraltro si aggiungono altre regole settoriali applicabili in ragione della specifica categoria di beni di cui si tratta[5]. È evidente, però, che un'analisi improntata sulla ricostruzione delle previsioni di dettaglio rischierebbe di essere dispersiva e al contempo fatalmente non esaustiva. Pare, dunque, più opportuno concentrarsi su questioni di impianto sistematico, poiché dalla soluzione fornita a queste ultime derivano varie conseguenze concettuali e operative, valide in prospettiva olistica.

Un altro caveat di matrice metodologica ha a che fare con il background disciplinare della letteratura scientifica di riferimento. Il dibattito giuridico sulla riconducibilità dei dati alla nozione di "bene"[6], infatti, fino ad ora si è svolto prevalentemente fra i civilisti, soprattutto nell'ottica dei rapporti interprivatistici fra il titolare dei dati e chi li utilizza, normalmente a fini di sfruttamento economico. Ciò ovviamente richiede una particolare attenzione nel maneggiare le riflessioni espresse da chi ha esaminato il tema da questa diversa angolazione, date le specificità teleologiche dell'utilizzo delle informazioni in possesso dell'amministrazione. Non bisogna dimenticare, infatti, che la funzionalizzazione

all'interesse pubblico in linea di principio contraddistingue sia l'attività della p.a. ampiamente intesa, sia – di conseguenza, e geneticamente – il trattamento dei dati svolto dai soggetti pubblici.

L'esigenza di ri-contestualizzazione rispetto alle sollecitazioni provenienti dalla dottrina civilistica si coglie immediatamente, non appena si iniziano a valutare le ricadute dell'eventuale configurazione dei dati – quanto meno di quelli personali – come beni immateriali che rientrano nel patrimonio del soggetto a cui si riferiscono. Questa tesi, infatti, si scontra con una circostanza, che è particolarmente evidente e rilevante nel caso dei dati detenuti dall'amministrazione per lo svolgimento di compiti latamente istituzionali: vale a dire il fatto che normalmente il consenso del titolare dei dati non è né necessario né sufficiente per legittimarne il trattamento con finalità pubblica[7]. La "dequotazione" del ruolo del consenso del titolare del dato è particolarmente evidente nella fattispecie della richiesta di accesso documentale, ove da sempre la p.a. può assecondare l'istanza ostensiva su documenti contenenti informazioni che riguardano terzi, nonostante il dissenso di costoro, allorché l'esigenza fatta valere dall'istante risulti giuridicamente maggiormente fondata rispetto al diritto alla riservatezza del controinteressato[8]. Dunque, l'impostazione strettamente volontaristica va evitata, poiché lo *ius excludendi*, tipico del paradigma proprietario, quando nella gestione dei dati è coinvolta l'amministrazione non opera, quanto meno con modalità "classiche".

Pertanto, la posizione del singolo titolare del dato in realtà è più agevolmente e correttamente riconducibile ai diritti della personalità ampiamente intesi e si riflette (non tanto in una facoltà di esclusiva, quanto piuttosto) nella possibilità di esercitare un controllo sulla circolazione dei "propri" dati. Ma anche su questo fronte urge una precisazione: il controllo del titolare dei dati, infatti, non comporta la possibilità di esercitare un vero e proprio veto sui trattamenti indesiderati. Ove sia direttamente coinvolto l'interesse pubblico, infatti, la posizione del privato si riverbera solo nella consapevolezza delle modalità con cui il dato è trattato dalla p.a. e dunque nella sua "tracciabilità". Ne deriva un evidente indebolimento del diritto individuale all'autodeterminazione informativa[9], poiché, in caso di violazione delle regole, una volta che il dato sia stato indebitamente comunicato o addirittura pubblicato non c'è margine di tutela, se non sul fronte risarcitorio.

Quindi, la logica squisitamente dominicale appare palesemente insufficiente e si profila l'opportunità di ragionare non solo e non tanto sugli atti di disposizione del dato/bene, quanto piuttosto sulla configurazione dei principi di buona amministrazione nella gestione dei dati, in primis con riferimento alla trasparenza.

Tutto ciò premesso, sembra potersi dire che, nell'analisi della consistenza giuridica dei dati detenuti dall'amministrazione, emergono essenzialmente tre profili, che vanno combinati l'uno con l'altro. Il primo profilo è quello, blandamente dominicale, dei dati come beni "a destinazione pubblica". La seconda dimensione è quella del dato personale come oggetto di un diritto inviolabile individuale[10]. La terza dimensione è quella del dato come oggetto di trattamento da parte della p.a., cioè di un'attività necessariamente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico. Si tratta di sfaccettature inscindibili del medesimo fenomeno[11].

## 2. Premessa: cose e beni (anche intangibili)

Come è risaputo, secondo l'art. 810 c.c., i beni sono le cose che possono costituire oggetto di diritti[12]. Questa impostazione tuttora è formalmente riconosciuta e accettata come punto di riferimento concettuale di partenza in tutte le branche del diritto[13].

È ragionevole, però, domandarsi se davvero il legislatore e la dottrina continuino a riporre in quella definizione piena fiducia. Alla risposta in senso tendenzialmente negativo è piuttosto agevole pervenire anche solo tenendo conto del fenomeno generale della crisi delle tassonomie, che attualmente si riscontra in vari ambiti scientifici[14]. Inoltre, da un lato la progressiva scarsità di alcune risorse[15] (percepite come tali anche alla luce di nuove sensibilità collettive)[16], dall'altro lato il progresso tecnologico[17] contribuiscono al dinamismo della classificazione dei beni giuridici, determinando la graduale ma inarrestabile integrazione del loro catalogo.

Tuttavia, sarebbe eccessivo e addirittura erroneo arginare la parziale destrutturazione della distinzione concettuale fra "cosa" e "bene" come un prodotto esclusivamente degli anni più recenti, che sarebbero caratterizzati, rispetto al passato, dalla crisi del diritto quale sede di delimitazione di strumenti

epistemologici e, conseguentemente, di soluzione di problemi (anche) applicativi. Mi sembra, infatti, che, a ben vedere, l'intrinseco valore delle classificazioni non debba essere sopravvalutato e che la percezione della loro rigida vincolatività subisca da tempo alcune interessanti limitazioni. Ciò talora avviene non solo e non tanto nel momento interpretativo delle disposizioni vigenti, bensì già nella fase della formulazione dei precetti.

Un esempio in tal senso significativo e – credo – illuminante ha a che fare con un ambito ormai "classico" del diritto pubblico, quale la disciplina del patrimonio culturale. Ebbene, nel d.lgs. n. 42/2004 viene costantemente utilizzata una distinzione fra cose e beni radicalmente diversa da quella indicata nel codice civile. Precisamente, i beni culturali sono considerati formalmente tali solo dopo l'apposizione del vincolo, che li riconosce come "testimonianze aventi valore di civiltà" e ne sancisce ufficialmente la rilevanza per il patrimonio nazionale. Nel sistema normativo di settore, sono denominati "cose", invece, i medesimi beni, prima che tale adempimento sia stato compiuto[18]. In questo caso, la differenziazione nel linguaggio giuridico poggia, pertanto, non sull'idoneità della cosa a costituire oggetto di diritti (*ex* art. 810 c.c.), ma sull'intensità del suo legame con il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Questo sintetico riferimento dimostra come già da qualche anno i termini tecnici ("cosa", "bene") stiano perdendo, in alcune circostanze, i loro connotati tipici, nonostante questi continuino a contraddistinguerli nella disciplina di portata generale e di impianto sistematico. Tale fenomeno si verifica, in particolare, nell'ambito di talune normative specialistiche[19], ove i termini "tradizionali" vengono utilizzati con una portata semantica almeno in parte inedita, talora quasi come se si trattasse di convenzioni linguistiche prive di un'identità omogenea e storicamente sedimentata. I dati e le informazioni possono assurgere al ruolo di beni in senso giuridico proprio in seguito a questa graduale ma inarrestabile metamorfosi.

Ma c'è di più. Dopo aver problematizzato la questione del rapporto fra cosa e bene[20], un altro profilo, che non va trascurato per delineare lo statuto (o gli statuti) dei dati in possesso della p.a. come beni a destinazione pubblica, è la loro natura intrinsecamente immateriale[21]. Il riconoscimento giuridico dei beni intangibili, del resto, non rappresenta affatto una novità[22]; al contrario, esso appare da tempo radicato nella cultura giuridica italiana[23].

Eppure, ad oggi in realtà non esiste una definizione universalmente condivisa. In letteratura, emergono alcuni caratteri essenziali: precisamente, il bene intangibile, pur non essendo identificabile in base a parametri fisici, può essere utilizzato come merce di scambio ed è dunque potenzialmente fonte di profitto[24]. La prassi – prima ancora del diritto positivo – insegna che questi elementi ricorrono con riferimento ai dati (in particolare, quelli personali), che infatti sono considerati senz'altro dotati di notevole valore economico dai soggetti che li utilizzano[25]. Anzi, nella disciplina eurounitaria (e nella corrispondente normativa italiana)[26], la prospettiva accolta è prevalentemente proprio quella della patrimonializzazione[27]. Per inciso, va detto che ciò consente di depotenziare alla radice una tesi, che astrattamente potrebbe essere avanzata sul piano ricostruttivo, per ricondurre i dati alla categoria tradizionale dei beni *extra commercium*[28]: alla luce della loro indiscutibile rilevanza in primis patrimoniale e *in secundis* economica in senso stretto, attualmente questa via non pare efficacemente praticabile.

## 3. I dati come beni: riflessioni sulla praticabilità della ricostruzione

Il punto di partenza concettuale per (cercare di) comprendere se davvero i dati possano rientrare nella nozione giuridica di "bene" consiste nella ricerca di una definizione, possibilmente univoca, di "dato". È necessario prendere atto, tuttavia, che in realtà non è possibile individuare una nozione normativa, e forse neppure una definizione giuridica in senso stretto.

Secondo un'opinione rintracciabile in dottrina, il dato è qualunque elemento (espresso, tra l'altro, in forma di numero, testo, immagine, video o audio), che può essere riprodotto e memorizzato con formati diversi (tanto digitali, quanto materiali) e, sebbene abbia un valore proprio, può assumere significati differenti in ragione alla sua contestualizzazione[29]. Com'è ampiamente noto, da tempo il legislatore definisce, invece, il dato personale, come quello che riguarda una persona fisica identificata o identificabile, direttamente o indirettamente[30]. L'informazione, poi, è un dato spesso elaborato, di certo inserito in un contesto specifico, al quale si può attribuire un puntuale e chiaro significato[31].

Ora, come si è visto, nella prospettiva "dominicale" i dati possono essere

ricondotti alla categoria dei beni immateriali o intangibili e in dottrina è stata avanzata la proposta di considerarli *new goods*[32].
Pertanto, è sostanzialmente confermata la tesi, espressa in apertura di queste note, in base alla quale alla dimensione dell'interesse alla protezione dei propri dati (inteso nel nostro quadro costituzionale come diritto inviolabile della persona) si affianca una concezione più relativistica e "patrimonialistica", anche in vista della gestione e della circolazione ai fini dell'ottenimento di un profitto economico. Tuttavia, ciò non significa che le due prospettive siano radicalmente antagoniste, né che per giustificare la piena liceità della circolazione dei dati personali (eventualmente, anche a titolo oneroso) sia indispensabile qualificarli come beni di proprietà della persona a cui si riferiscono.
Secondo una lettura alternativa, a mio giudizio perfettamente praticabile e più "costituzionalmente orientata", la fattispecie della circolazione dei dati può essere ricondotta alla logica basata sull'appartenenza del diritto, in cui l'oggetto di tutela non è il bene in sé e per sé, ma l'autodeterminazione della persona nelle scelte sulla gestione del proprio patrimonio informativo. Quindi, chi dispone dei dati personali che lo concernono, affidandoli a terzi, non rinuncia alla titolarità di un diritto inviolabile (come tale indisponibile), ma lo esercita liberamente scegliendo come utilizzare le informazioni.
L'integrazione della prospettiva latamente dominicale con quella "personalista" appare quanto mai utile e opportuna non solo sul piano sistematico, ma anche in ottica più pragmatica, poiché permette di superare un'impasse di non poco conto. Infatti, qualora ci si limitasse a considerare il dato personale come un bene, nel momento della cessione a terzi il titolare perderebbe qualsiasi facoltà di controllarne la circolazione ulteriore. Se, invece, la questione si pone sul fronte dell'esercizio di un diritto della personalità del singolo, il controllo sul proprio patrimonio informativo può permanere comunque, perché manca l'effetto traslativo in senso stretto.

## 4. I dati detenuti dall'amministrazione come beni a destinazione pubblica: fisionomia giuridica e possibile casistica

Certamente, gli enti pubblici concorrono alla strutturazione di un patrimonio

informativo immenso, policentrico ma coordinato. Si tratta di informazioni di diverso tipo, generate o acquisite *ab externo* (ed eventualmente rielaborate), per lo più (ma non necessariamente) nello svolgimento delle diverse attività istituzionali. Il fatto stesso che le informazioni entrino nella disponibilità di soggetti vincolati, nello svolgimento della loro attività, al perseguimento dell'interesse della collettività rende i dati in loro possesso "a destinazione pubblica", quanto meno in un'accezione teleologico-funzionale.

Questo approccio concettuale non è distante da quello a suo tempo assunto dalla Commissione europea nel primo Libro verde sull'informazione del settore pubblico[33], in cui si delinea la distinzione tra «*informazioni amministrative*», destinate o connesse all'espletamento delle funzioni di governo[34], e «*informazioni di carattere non amministrativo*» raccolte dai soggetti pubblici nell'espletamento dei propri compiti[35]; nell'ambito delle informazioni «*del settore pubblico*», si individuano ulteriormente non solo quelle «*fondamentali per il funzionamento della democrazia*»[36], ma anche informazioni d'interesse ristretto e informazioni con (potenziale) «*valore economico*»[37].

A fronte di questi – per quanto scarni – riferimenti, è opportuno domandarsi se davvero i dati in possesso della p.a. possano automaticamente e globalmente essere contraddistinti dalla destinazione pubblica, ed eventualmente in che senso lo siano. A mio parere, il quesito merita una risposta cautamente affermativa, ma è doveroso distinguere almeno due livelli.

Da un lato, può ravvisarsi una destinazione pubblica "in senso oggettivo", allorché la collettività sia titolare di un diritto di accesso ai dati, cui corrisponde il dovere dell'amministrazione di renderli fruibili potenzialmente da chiunque. In questo senso, rilevano sicuramente i dati a pubblicazione obbligatoria, ivi compresi quelli suscettibili di accesso civico semplice[38]. Inoltre, sembrano poter forse rientrare nel medesimo gruppo (almeno in parte) i dati passibili di accesso generalizzato *ex* artt. 3 e 5, d.lgs. n. 33/2013, ove l'autorità competente optasse discrezionalmente per la loro pubblicazione[39].

Sul fronte opposto, una destinazione pubblica, per così dire, "soggettiva" compare nel momento in cui l'autorità sia depositaria di dati, ma non necessariamente debba o possa metterli a disposizione della collettività. Si pensi, per esempio, alle informazioni coperte da segreto pubblicistico. Benché in maniera più sfumata, si pensi anche ai dati non divulgabili poiché coperti da

riservatezza "forte" (ovvero prevalente rispetto all'istanza ostensiva presentata da terzi), rispetto ai quali è necessario proteggere in primo luogo un diritto individuale dotato di copertura costituzionale e dunque di rilevanza pubblicistica. Volendo applicare a queste fattispecie l'impostazione blandamente dominicale (pur continuando a ribadire l'inevitabile parzialità di tale approccio), nel primo caso, si potrebbe avanzare la tesi della titolarità esclusiva dei dati in capo all'ente pubblico; nel secondo caso si potrebbe invece ravvisare una sorta di "contitolarità" fra la p.a. e il privato a cui il dato si riferisce.

In posizione intermedia rispetto ai due estremi menzionati, si potrebbero collocare i dati che non sono posti a disposizione della collettività in quanto non pubblicabili, ma potrebbero essere comunicati a stakeholders determinati, diversi dal soggetto a cui ineriscono. Si pensi ai dati personali coperti da un diritto alla riservatezza che potremmo definire "debole", contenuti in documenti suscettibili di accesso documentale da parte di alcuni portatori di interesse qualificato. Si pensi, poi, ai dati passibili di accesso generalizzato ex artt. 3 e 5, d.lgs. n. 33/2013, ove la soluzione praticata discrezionalmente dall'autorità consistesse – pare di poter dire, correttamente – non nella pubblicazione ma nella comunicazione al singolo istante[40].

Infine, in questo complesso statuto dei dati come beni a destinazione pubblica, mi pare richiedano autonoma considerazione un paio di fattispecie peculiari, anch'esse tendenzialmente meritevoli di collocazione sistematica, per così dire, intermedia.

In primo luogo, si pone la questione dei dati che riguardano soggetti diversi dalle persone fisiche, rispetto ai quali i meccanismi legislativi di protezione sono andati negli anni via via scemando di intensità, sia a livello eurounitario, sia (di conseguenza) a livello nazionale. Benché le regole specifiche sul trattamento non contemplino tale tipologia di dati[41], resta ferma l'estensione esplicita a quest'ambito soggettivo delle tutele correlate alla protezione della riservatezza individuale con riferimento (almeno) all'esercizio dell'accesso documentale da parte di terzi[42].

In secondo luogo, merita un cenno in questa sede la questione della possibile ravvisabilità di dati coperti da riservatezza dell'amministrazione. In passato, sul punto si è svolto un dibattito acceso, per quanto "di nicchia". Da un lato, si richiama la presunzione per cui il principio di trasparenza impedirebbe

comunque alla p.a. di mantenere il riserbo su qualsiasi documento a sé relativo. Dall'altro lato, si fa leva sull'idea – maturata in particolare nelle riflessioni sul coinvolgimento degli enti pubblici in fattispecie di matrice contenziosa – per cui il principio di parità delle parti imporrebbe di applicare all'autorità le regole sulla *disclosure* degli atti con modalità identiche a quelle riservate ai soggetti privati, cioè con alcune eccezioni per proteggere adeguatamente le legittime esigenze di riserbo[43]. Oggi può ritenersi che la chiave di lettura preferibile sia la seconda, come è talora confermato nel diritto positivo[44].

## 5. Il problema della titolarità dei dati: dalla proprietà all'appartenenza?

La corretta ricostruzione del vincolo di appartenenza dei dati in possesso dell'amministrazione rappresenta un problema assai spinoso, che probabilmente non ha una risposta univoca.

Secondo una prima direttrice argomentativa, ci si deve chiedere se i dati appartengano al soggetto (privato) a cui si riferiscono[45] o a quello (pubblico) che li utilizza. Nel secondo caso, il paradigma di riferimento dovrebbe essere tendenzialmente indicato nel regime dei beni pubblici in senso stretto. Nel primo caso, invece, i dati detenuti dalla p.a. potrebbero essere cautamente assimilati ai beni privati di interesse pubblico e il ruolo del diritto amministrativo potrebbe focalizzarsi non tanto sulla disciplina del regime dominicale quanto piuttosto sul fronte delle modalità dell'intervento, necessariamente compatibile con i principi di imparzialità e buon andamento. È evidente, però, che entrambe le tesi presentano importanti criticità, derivanti dall'accoglimento di un impianto eccessivamente monolitico.

Pertanto, pare preferibile abbandonare l'ottica rigidamente "para-dominicale", il cui "assolutismo" conduce fatalmente all'emersione di problemi ricostruttivi pressoché insormontabili, per assumere un orientamento più flessibile, incentrato sull'accoglimento di una nozione frammentata di appartenenza. In questo modo, al diritto per così dire "primario" si può affiancare un fascio di facoltà, non necessariamente rientranti nel patrimonio giuridico di un unico titolare.

Questa impostazione non è estranea ad alcune interessanti teorie dottrinali[46] e rispecchia, *mutatis mutandis*, una famosa ricostruzione giurisprudenziale. In

particolare, come è noto, da tempo, la Corte di Cassazione[47], occupandosi della questione, certamente in parte difforme, della demanialità, riconosce che tale connotato «*esprime una duplice appartenenza, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dovendosi intendere la titolarità in senso stretto come appartenenza di servizio, nel senso che l'ente esponenziale può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la sua concreta possibilità di fruizione*».

Alla luce di questo orientamento, può cautamente profilarsi l'idea che i dati in possesso della p.a. siano tendenzialmente suscettibili di assumere una vocazione al contempo "patrimonialistica" e "solidaristica". Adattando questo approccio alla situazione dei dati personali detenuti dall'amministrazione, si potrebbe dunque asserire che la (parziale) appartenenza dei dati all'autorità, allorché essa ne entra in possesso, è strumentale o alla loro fruizione da parte della comunità, oppure comunque al loro utilizzo nel perseguimento dell'interesse generale.

## 6. La prospettiva funzionale

Emerge allora in tutta la sua evidenza quanto si è accennato in apertura di queste note: alle considerazioni fin qui svolte deve necessariamente affiancarsi una prospettiva ulteriore, di carattere più spiccatamente funzionale e relative alle regole di condotta vincolanti l'autorità depositaria dei dati.

Va sottolineato che anche in prospettiva "mercantilistica" si riconosce l'esistenza di una sorta di rapporto fiduciario fra il titolare delle informazioni e chi le utilizza. Precisamente, il privato detentore dei dati altrui ha interesse a non danneggiare illegittimamente l'interlocutore e tende a rispettare i principi di correttezza perfino in assenza di norme stringenti in tal senso[48]. Ovviamente, l'adesione ai medesimi principi vincola a maggior ragione la p.a., che vi è comunque tenuta in forza dei parametri costituzionali di imparzialità e buon andamento e dei loro numerosi corollari, tra cui spiccano la ragionevolezza e la proporzionalità[49].

D'altro canto, anche sul fronte dei principi a cui deve attenersi l'autorità in possesso di dati personali si possono evidenziare una serie di possibili criticità.

La prima deriva dall'applicazione ai trattamenti svolti dagli enti pubblici del parametro della stretta necessità (del trattamento stesso) rispetto al fine perseguito. Come osserva attenta dottrina[50], oggi, a seguito dell'entrata in vigore

del G.D.P.R. del 2016, questo principio si sovrappone non senza incertezze al parametro della legalità rispetto all'attribuzione dei compiti istituzionali, in cui i singoli trattamenti vanno inquadrati. Ciò significa che, nel settore pubblicistico, sul piano operativo, la regola di minimizzazione del trattamento, intercettando i principi di legalità, competenza e tipicità dei poteri pubblici, non può non declinarsi nel paradigma della proporzionalità e della ragionevolezza dell'attività amministrativa.

La seconda criticità opera sul fronte della complicazione della relazione che si instaura fra l'autorità detentrice dei dati e gli altri soggetti coinvolti nella fattispecie. Pare di poter dire, infatti, che, nel momento in cui la p.a. entra nella disponibilità del dato, almeno allorché si tratti di un dato personale, si instaura un rapporto sicuramente bilaterale, precisamente fra soggetto pubblico e titolare del dato. Considerata l'inevitabile funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse generale, però, quasi certamente a queste due parti se ne aggiunge una terza (seppure chiamata in causa in maniera meno diretta): può trattarsi della collettività laddove i dati siano suscettibili di pubblicazione, oppure degli stakeholders potenzialmente destinatari – in ragione del loro interesse qualificato – della comunicazione del dato. A volte, poi, la parte pubblicistica del rapporto si frammenta ulteriormente a seguito dell'intervento nella fattispecie dei Garanti[51].

I meccanismi di appartenenza, dunque, si moltiplicano, correlandosi a distinte modalità e intensità di funzionalizzazione pubblicistica. Non a caso, in dottrina[52] si declina la distinzione tra il concetto di "micro-informazione", «*tendenzialmente rivolta a soggetti determinati o determinabili*» e spesso relativa a dati personali, e quello di "macro-informazione", che invece comprenderebbe «*le iniziative di informazione del pubblico sull'attività delle amministrazioni o su temi di interesse generale*», relativa quindi per lo più a dati conservati in forma aggregata o comunque tecnicamente non personali.

Sullo sfondo, si staglia l'idea per cui le attività amministrative di natura latamente informativo-comunicativa costituiscano di per sé una "funzione"[53], avendo quasi sempre una connotazione ontologica di doverosità[54].

È possibile, però, effettuare una distinzione ulteriore fra le attività pubbliche di gestione dei dati, a cui corrisponde una suddivisione di carattere eminentemente teleologico.

Talora, infatti, la pubblicazione dei dati trova, per così dire, in se stessa la propria

finalità istituzionale che, dunque, è pienamente soddisfatta nel momento in cui le informazioni sono materialmente poste a disposizione della collettività, anche a prescindere da una precisa cornice procedimentale[55]. È questo il caso, per esempio, dell'informazione statistica, che la legge considera «*fornita al Paese*» e qualifica come «*patrimonio della collettività*»[56], tanto che parte della dottrina[57] ha da tempo messo in luce i «*caratteri di servizio pubblico essenziale*» di questa attività, rivolta a soddisfare un bisogno di informazione e aggiornamento che la cittadinanza normalmente avverte anche al di fuori dei suoi rapporti formali con le istituzioni. Non è significativamente dissimile, poi, la diffusione al pubblico delle notizie da parte della protezione civile[58].

Sono sostanzialmente difformi le fattispecie in cui è, invece, prevista una procedimentalizzazione dell'attività autoritativa, almeno come tappa eventuale. Ciò avviene in vista dell'esercizio dell'accesso civico (sia semplice, sia generalizzato, ovviamente con diversi livelli di intensità)[59] e dell'accesso documentale. In questi casi, non si può peraltro escludere (tranne, in linea di massima, nel caso di accesso civico semplice) l'esistenza di limiti al dovere ostensivo e la presenza di controinteressati.

Tuttavia, sul fronte teleologico, l'accesso civico e generalizzato (da un lato) e quello documentale (dall'altro lato) vanno tenuti nettamente distinti. Nella disciplina del d.lgs. n. 33/2013, infatti, lo scopo è pur sempre – almeno in parte – "pubblicistico" e consiste (quanto meno, nella percezione del legislatore) nel consentire lo svolgimento da parte della cittadinanza di un controllo diffuso sull'adesione ai parametri di buona amministrazione. Ai sensi della l. n. 241/1990, invece, l'intento dell'aspirante accedente è, come è noto, essenzialmente egoistico e autoprotettivo. Inoltre, l'esercizio dell'accesso documentale conduce sempre a esiti "microinformativi", mentre l'accesso civico semplice determina interventi "macroinformativi"; l'esercizio dell'accesso civico generalizzato si pone in una collocazione intermedia, producendo di regola conseguenze comunicative con destinatari determinati, ma potendo saltuariamente configurare una diffusione di dati *erga omnes*[60].

## 7. Considerazioni di sintesi. Beni, diritti, principi: la

## rivisitazione delle tassonomie come chiave di lettura di un fenomeno complesso

È giunta l'ora di trarre qualche considerazione di sintesi, tentando di fornire una risposta ragionata al quesito che ha guidato la riflessione: i dati detenuti dall'amministrazione possono essere globalmente considerati come beni a destinazione pubblica?

L'argomentazione non può che prendere le mosse da un ulteriore interrogativo metodologico, poiché è necessario preliminarmente comprendere se sia possibile e opportuno in questa sede utilizzare le categorie giuridiche tradizionali, assumendo dunque come riferimento il concetto di "bene" distinto da quello di "cosa". Come si è cercato di evidenziare, è necessario relativizzare la rilevanza sistematica della distinzione fra cose e beni, che – pur comparendo tuttora nelle disposizioni di portata generale – da tempo non è percepita dal legislatore come un limite concettuale invalicabile, soprattutto nelle disposizioni settoriali. D'altra parte, ove adeguatamente aggiornate, le tassonomie tradizionali potrebbero mantenere una funzione ordinatrice e se ne potrebbe superare la crisi non accantonandole del tutto, bensì conducendole a una sorta di "autorigenerazione".

Nel caso del concetto di bene, l'elemento innovativo è rappresentato dall'introduzione di un accentuato dinamismo. Se, da un lato, non si abbandona del tutto il paradigma latamente dominicale, nel contempo ci si emancipa in parte dalla monolitica applicazione della disciplina sulla proprietà tradizionale. Emerge, invece, la propensione a sperimentare uno statuto giuridico complesso e stratificato, incentrato sul concetto, più flessibile, di appartenenza.

Pertanto, si rivela particolarmente preziosa la nozione, moderna e parzialmente innovativa, di "demanialità" in senso ampio, che, a valle di una metamorfosi gradualmente progressiva, è stata in epoca relativamente recente elaborata dalla giurisprudenza ed accolta da parte della dottrina, seppure in contesti del tutto diversi da quello che costituisce l'oggetto di queste note, contraddistinti dalla spiccata materialità del substrato dominicale di riferimento. La sollecitazione sistematica, che può rivelarsi quanto mai illuminante ai fini delle riflessioni in corso, risiede nell'affermazione della convivenza fra diverse facoltà, tutte connesse a una rinnovata concezione della titolarità del patrimonio pubblicistico, ma

operativamente frazionate – in parte – in capo all'amministrazione e – in parte – in capo alla collettività titolare dell'interesse al cui soddisfacimento l'utilizzo del bene è primariamente preordinato.

Tale approccio va affiancato, nel caso specifico dei dati in possesso della p.a., a una concezione funzionale, che si frastaglia ulteriormente, innestando un inevitabile e inestricabile intreccio con almeno altri due profili rilevanti: l'attenzione al legame con la titolarità e l'esercizio di diritti inviolabili individuali (in particolare, ovviamente, in capo al titolare delle informazioni, ove questo sia identificato o identificabile), da un lato; l'adesione ai principi di buona amministrazione, che devono immancabilmente regolare (anche) lo svolgimento delle attività di comunicazione o divulgazione pubbliche, dall'altro lato.

Da questa ricostruzione stratificata e polivalente può derivare la proposta di una moltiplicazione del regime giuridico dei dati in possesso dell'amministrazione, che, tenendo conto del valore (anche) economico che essi oggi indiscutibilmente assumono – soprattutto in vista della loro circolazione – adotti come paradigma di riferimento tendenziale (*mutatis mutandis*) lo statuto del patrimonio indisponibile degli enti pubblici.

In primo luogo, la parziale assimilazione ai beni pubblici rientranti nel patrimonio indisponibile potrebbe essere proposta per i dati coperti da segreto pubblicistico. Essi sono di fatto radicalmente inaccessibili alla collettività – dunque, in prospettiva dominicale, sono "a uso esclusivo dell'amministrazione" – quanto meno fino alla loro eventuale desecretazione. Si ravvisa, peraltro, una frattura fra l'"appartenenza" del bene (in capo all'amministrazione, che detiene il dato) e la titolarità dell'interesse (pubblico) a tutela del quale il medesimo bene si pone (che è invece radicato direttamente in capo alla collettività).

A questa prima categoria di dati potrebbero forse essere blandamente equiparati – in particolare, valorizzando il legame intrinseco con il perseguimento dell'interesse generale – i dati coperti da "riservatezza dell'amministrazione". Anche in questo caso, infatti, l'accesso alle informazioni è di fatto precluso ai soggetti diversi dall'autorità che li detiene. La differenza fra i due gruppi consiste nel fatto che, in questa fattispecie, sia il bene immateriale (il dato) sia l'interesse alla cui protezione esso è sotteso pertengono direttamente all'amministrazione, ponendosi il legame con l'interesse della collettività soltanto in via "mediata".

Un altro gruppo di dati in parte analoghi è quello delle informazioni relative a

soggetti privati e coperte, per così dire, da "riservatezza forte", cioè da un diritto al riserbo del titolare suscettibile di prevalere sulle istanze ostensive di terzi e, di conseguenza, in grado di impedire tanto la pubblicazione quanto la comunicazione a interlocutori determinati. Qui, il tratto distintivo consiste in una appartenenza geneticamente frazionata a monte, ove l'amministrazione detentrice del dato e il soggetto a cui esso si riferisce risultano di fatto "contitolari in via esclusiva" del bene.

In una collocazione un po' diversa, ma pur sempre blandamente riconducibile per analogia funzionale al paradigma del patrimonio indisponibile, si posizionano – pare di poter dire – i dati contenuti nelle banche dati pubbliche, che si possono configurare come open data. Si tratta, infatti, secondo la prospettiva ricostruttiva che sto tentando di precorrere, di beni pubblici immateriali, (soggettivamente) appartenenti all'ente pubblico ma immediatamente fruibili (in modo tendenzialmente non rivale)[61] dalla collettività.

È forse ragionevole ritenere che ad analoga soluzione possa pervenirsi con riferimento ai dati che non sono pubblici ex lege, ma lo sono perché la p.a. ha deciso di pubblicarli in seguito a una valutazione ampiamente discrezionale. Questa ipotesi è genericamente ma espressamente prevista nell'art. 7-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013 e trova legittimazione giuridica anche nei principi di collaborazione e buona fede nei rapporti fra soggetti pubblici e privati, sanciti dal comma 2-bis dell'art. 1, l. n. 241/1990. L'assimilazione alle fattispecie indicate precedentemente sembra praticabile, poiché nella fattispecie i dati coinvolti normalmente non sono tecnicamente personali, in quanto non riguardano soggetti identificati o identificabili

Se, invece, si ravvisano controinteressati, la situazione evidentemente si complica. Infatti, laddove la riservatezza dei soggetti a cui i dati si riferiscono non sia così forte da comportare la radicale esclusione tanto della pubblicazione quanto della comunicazione a terzi, il regime giuridico applicabile si frastaglia, poiché l'accesso (documentale o generalizzato a seguito di comunicazione *ad personam*) può essere esercitato, con l'indispensabile adesione ai vincoli connessi al divieto di ulteriore divulgazione e utilizzo. In questo caso, quindi, il paradigma dominicale si fraziona in maniera difforme, poiché permane (anche) l'appartenenza dei dati in capo al soggetto privato a cui essi si riferiscono.

L'applicazione sperimentale del regime dominicale tipico del patrimonio

pubblico indisponibile ai dati detenuti dall'amministrazione non produce dunque un paradigma sistematico e operativo unitario. Al contrario, la cifra identitaria della fattispecie sembra poter essere indicata nella complessità, a cui si accompagna l'esigenza di differenziare adeguatamente la casistica, tenendo attentamente conto delle sfumature che la contraddistinguono. Anzi, è opportuno sottolineare che il quadro complessivo, a ben vedere, si potrebbe ulteriormente complicare proprio nelle vicende in cui permane la (con)titolarità dei dati in capo al soggetto a cui si riferiscono, ove il paradigma giuridico più appropriato potrebbe essere – piuttosto che quello del patrimonio indisponibile degli enti pubblici – quello dei beni privati di interesse pubblico[62].

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, deve peraltro ribadirsi, in queste note conclusive, che la dimensione blandamente dominicale – ammesso che la si ritenga percorribile (cosa ovviamente non scontata) – non va praticata isolatamente. Come già si è ripetutamente avvertito, infatti, essa va necessariamente integrata con altre due chiavi di lettura, altrettanto importanti[63]. La prima è quella della necessaria tutela dei diritti individuali (riservatezza e autodeterminazione, in primis). Si tratta, ovviamente, di un aspetto di assoluto rilievo, ma non esaustivo, se non altro poiché non tutti i dati detenuti dall'amministrazione sono dati personali in senso tecnico. Infatti, molti sono sottoposti a trattamento in forma aggregata; altri, poi, sono relativi a soggetti diversi da persone fisiche e dunque non trovano copertura normativa nel d.lgs. n. 196/2003.

D'altro canto, l'applicazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (e dei loro corollari) è invece richiesta per l'attività amministrativa ampiamente intesa. Emerge, allora, la seconda dimensione ulteriore, che è quella che si concentra sui parametri della proporzionalità, della ragionevolezza e della parità di trattamento, che devono costantemente guidare l'operato dei soggetti pubblici, allorché maneggiano materiale informativo.

L'analisi svolta ha quindi consentito di evidenziare un'indiscutibile complessità, che talora pare addirittura sfociare in complicazione a causa delle molteplici sfaccettature delle varie fattispecie, di cui è necessario tenere conto per offrire una ricostruzione possibilmente precisa ed esaustiva del paradigma giuridico dei dati in possesso dell'amministrazione come beni a destinazione pubblica. Proprio questo elemento può indurre l'interprete a interrogarsi sulla sostenibilità di tale

operazione ricostruttiva. Credo di poter dire, al riguardo, che le insidie insite in questo frazionamento sistematico (peraltro, non privo – come si è visto – di ripercussioni applicative) non devono essere drammatizzate, ma razionalmente gestite alla luce del principio di legalità: i problemi operativi dovranno quindi essere risolti in ossequio alle regole specifiche vigenti – ove esse esistano – e, soprattutto, dei principi generali di buona amministrazione.

In proposito, sul fronte metodologico, una interessante suggestione proviene dalla tradizione di *common law*[64]. Nel nostro ordinamento, infatti, quasi sempre si dà per scontato che il paradigma del trattamento dei dati personali debba essere monolitico e unitario; tuttavia, palesemente definire regole precise universalmente valide è quanto mai arduo e per questo lo statuto normativo complessivo rischia di risultare drammaticamente insoddisfacente. Nell'approccio anglosassone, invece, l'assunto per cui i dati possono essere assimilati ai beni e trattati di conseguenza in vista della circolazione sorge quasi naturalmente dall'atteggiamento pragmatico che contraddistingue le riflessioni dottrinali. Se ne deduce la pacifica ammissibilità della coesistenza di regole diverse nei molteplici settori del loro utilizzo, a seconda dell'esito dell'intreccio e del bilanciamento fra i vari interessi giuridici in gioco. Non si avverte, pertanto, l'urgenza di predisporre uno statuto unitario del trattamento dei dati (o almeno di quelli personali). Inoltre, la configurazione come beni dei dati in possesso della p.a. (che viene sostanzialmente data pressoché per scontata) può condurre alla previsione di norme che non necessariamente corrispondono perfettamente a quanto può praticarsi nell'ambito dei rapporti fra privati: a seconda della natura e dell'intensità dell'interesse pubblico coinvolto, l'equilibrio fra i diversi elementi della fattispecie può mutare. L'esperienza di *common law* può insegnarci, dunque, a rifuggire da aneliti universalistici anacronistici, per adottare un approccio più relativistico e versatile, in cui le tassonomie tradizionali perdono finalmente la zavorra della rigidità per mantenere intatta la loro funzione di delimitazione concettuale e indirizzo sistematico-operativo.

Infine, come più volte accennato, è indispensabile chiedersi se ricondurre i dati detenuti dall'amministrazione al concetto di "bene", per quanto con la dovuta attenzione, possa risultare, ancorché rischioso, complessivamente utile e conveniente nell'ordinamento italiano vigente. A questo quesito sembra poter essere fornita risposta cautamente affermativa, almeno per un duplice ordine di

ragioni.

In primo luogo, la patrimonializzazione del valore delle informazioni (in particolare, ma non solo, di quelle personali), soprattutto in vista della loro gestione e circolazione, è ormai un dato di fatto incontrovertibile, in larga parte per il momento privo di coordinate normative precise[65]. Il diritto pubblico non può e non deve su questo fronte rinunciare ad esercitare il ruolo normativo che gli è proprio, perché abbandonare il campo all'applicazione analogica di principi e regole tipici del diritto civile e commerciale (propri dell'ambito dei rapporti interprivatistici) rischierebbe fatalmente di sminuire o pericolosamente ridimensionare la rilevanza fondamentale del perseguimento dell'interesse della collettività, chiave di volta di qualsiasi attività compiuta dalla p.a.

In secondo luogo, l'assunzione in questo campo di una prospettiva (anche) pseudo-dominicale potrebbe agevolare, *de jure condendo*, la predisposizione – inizialmente, soprattutto mediante la sperimentazione di *best practices* inclusive – di meccanismi di compartecipazione (del singolo, ovvero del gruppo interessato o talora addirittura dell'intera collettività) all'assunzione delle decisioni strategiche sulla gestione dei dati, secondo itinerari di "demanialità frazionata" inaugurati in altri settori.

1. Questo contributo approfondisce e rielabora la relazione svolta al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo "I beni pubblici: tradizione e innovazione" (Genova, 4-5 ottobre 2024). In questa sede introduttiva, è bene precisare che questo contributo si concentra sulla possibile configurazione come beni a destinazione pubblica dei dati detenuti dalle autorità amministrative, per così dire, "in senso stretto". Non mi occuperò, invece, dalla qualificazione giuridica dei dati in possesso di soggetti formalmente dotati di natura privatistica, allorché svolgano attività preordinate al perseguimento dell'interesse pubblico. Nonostante alcune disposizioni (*in primis*, l'art. 23, l. n. 241/1990) autorizzino in qualche misura il parallelo fra le due fattispecie, altre norme (soprattutto quelle sul trattamento dei dati personali, ex d.lgs. n. 196/2003), al contrario, suggeriscono all'interprete di mantenere i due piani nettamente distinti.
2. In proposito, sono interessanti le considerazioni introduttive di P. Stanzione, in *Idem* (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, soprattutto p. 6 ss.; nel medesimo volume, si occupa specificamente del tema anche G. Sciancalepore, *I dati come oggetto del contratto tra la Direttiva sui contenuti digitali e il GDPR*, *ivi*, p. 115 ss. Inoltre, v., per esempio: A. De Franceschi, M. Lehmann, *data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in *Italian Law Journ*., 1, 2015, p. 51 ss., ed E. Cremona, *Quando I dati diventano beni comuni: modelli di*

*data sharing e prospettive di riuso*, in *Riv. it. inform, dir.*, 2, 2023, p. 111 ss.

3. Evidentemente, il riferimento immediato va alla normativa generale contenuta negli artt. 22 ss., l. n. 241/1990 e al d.lgs. n. 33/2013.
4. Come è ampiamente noto, si tratta del Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, alla cui entrata in vigore ha fatto seguito la revisione del d.lgs. n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali).
5. Si pensi, per esempio, alla disciplina sul trattamento dei dati contenuti nelle offerte presentate da chi partecipa alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici (per cui il riferimento normativo primario è il Codice di settore, d.lgs. n. 26/2023); inoltre, si pensi alla controversa questione della gestione dei dati relativi al patrimonio culturale, ivi comprese le immagini dei beni (per cui il riferimento normativo primario è costituito dal Codice di settore, d.lgs. n. 42/2004).
6. Lo ricostruisce sinteticamente ma esaurientemente, nella dottrina recente, G. Di Filippo, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione*, in P. Stanzione (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., p. 15 ss., in particolare p. 41 ss.; v. anche i riferimenti bibliografici ivi indicati.
7. Se pur prevalentemente in prospettiva negoziale e giusprivatistica, si occupano delle dinamiche consensualistiche nella gestione dei dati personali, per esempio, M.G. Stanzione, *Consenso e trattamento di dati personali nella dimensione europea*, e V. D'Antonio, *Il consenso al trattamento di dati personali tra autodeterminazione informativa e dinamiche remuneratoria*, entrambi in P. Stanzione (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., rispettivamente p. 77 ss. e p. 151 ss.; v. i riferimenti bibliografici ivi indicati. Inoltre, v. C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Giappichelli, Torino, 2020, in particolare p. 121 ss.
8. Nella copiosa giurisprudenza amministrativa in tal senso, v. per esempio, recentemente, T.A.R. Marche, Ancona, II, 23 agosto 2023, n. 529, nonché T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Trento, 13 luglio 2023, n. 125, e *Idem*, 1 febbraio 2022, n. 17.
9. Questa osservazione trova conferma in un caso specifico, che è quello della gestione di enormi quantità di dati (big data), tipica dell'era del "capitalismo informazionale", in cui l'attività economicamente rilevante spesso si basa, quanto meno in parte, sullo scambio di dati e informazioni. Con riferimento ai *big data*, il paradigma dell'autodeterminazione (di stampo più o meno latamente dominicale) funziona solo in piccola parte. Infatti, nel momento in cui un soggetto – poniamo, anche volontariamente – fornisce alla p.a. un dato che lo riguarda, non sempre, pur a fronte di una adeguata informativa, sarà in grado di capire con quali altri dati esso sarà messo in relazione; il risultato concreto potrebbe consistere nella formazione di un'informazione assai complessa, potenzialmente utilizzabile anche a fini discriminatori (per esempio, su basi economico-sociali o strettamente reddituali, a seguito di profilazione). I rischi sono particolarmente evidenti con riferimento ai trattamenti svolti dalle autorità amministrative, data la tendenziale

osmosi senza formalità rigorose fra banche dati pubblicistiche. Per alcune interessanti considerazioni nella prospettiva indicata, v. per tutti P.S. Maglione, *L'"apertura" dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Dir. econ*., 2, 2022, in particolare p. 23 ss., e A.G. Parisi, *Illiceità del trattamento di dati personali e rimedi (inibitori, risarcitori, satisfattivi e ablativi)*, in P. Stanzione (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., p. 209 ss.; cfr. i riferimenti ivi indicati.

10. Non va sottaciuto, infatti, che se, da un lato, l'applicazione alla circolazione dei dati delle regole economiche non va demonizzata aprioristicamente, perfino nella prospettiva del G.D.P.R. (di fatto, tendenzialmente "patrimonialistica"), si afferma che la regola della libera circolazione non deve mai risultare in contrasto con la tutela dei diritti della persona. Per alcune riflessioni dedicate proprio a questa dimensione, v., per esempio, in proposito, G. Cerrina Feroni, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. Stanzione (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., p. 59 ss.; v. i riferimenti bibliografici ivi indicati. A suo tempo, assumeva una prospettiva di analisi in parte simile F. Cafaggi, *Qualche appunto si circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, p. 613 ss. Accoglie l'idea della necessaria multidimensionalità del trattamento dei dati personali, anche nella prospettiva della loro patrimonializzazione, anche C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, cit., in più punti.
11. Anche la giurisprudenza amministrativa ha talora riconosciuto la necessità di inquadrare l'attività di trattamento dei dati personali da parte dell'amministrazione in prospettiva polivalente. Precisamente, secondo T.A.R. Lazio (sezione I), sentenza del 10 gennaio 2020, n. 260, «*a fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati*». Analogamente si pone T.A.R. Lazio (sezione I), sentenza del 10 gennaio 2020, n. 261, ove si aggiunge che «*il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore [..; inoltre,] eventuali contestazioni sulla non pertinenza o eccedenza del trattamento dei dati dell'utente rispetto alla finalità del trattamento stesso sarebbero di competenza dell'Autorità garante per la "privacy"*». In senso sostanzialmente analogo, v., poi, Cons. St. (sezione V), sentenza del 29 marzo 2021, n. 2631.
12. Testualmente, stabilisce l'art. 810 c.c. che «*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*». In proposito, la dottrina è sterminata. Per limitarsi ai riferimenti risalenti, che testimoniano la lunga storia delle riflessioni giuridiche sul tema, v., per esempio: F. Maroi, (voce) *Cosa*, in *Nuov. Dig. It*., Vol. IV, UTET, Torino 1938, p. 356 ss.; M. D'Amelio, *Dei*

*beni*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, *Libro della proprietà*, Firenze 1942; A. Pino, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1948, p. 828 ss.; B. Biondi, *I beni*, in F. Vassalli (dir.), *Trattato di diritto civile*, Vol. IV, UTET, Torino 1956, p. 21 ss.; R. Franceschelli, *L'oggetto del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1 ss.; S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 ss.; S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Giuffrè, Milano 1962; S. Pugliatti, (voce) *Cosa* (Teoria generale), in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Giuffrè, Milano 1962; G. Pescatore, *Dei beni*, in AA.VV., *Comm. cod. civ.*, Vol. III, UTET, Torino 1968; F. De Martino, *Beni in generale*, in AA.VV., *Comm. Scialoja*, Branca, sub art. 810, Bologna-Roma 1976; U. Natoli, *La proprietà*, Giuffrè, Milano 1976; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli 1976; D. Messinetti, (voce) *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Dir*., Vol. XXIX, Giuffrè, Milano 1979, p. 812 ss.; M. Costantino, I *beni in generale. Cose e ordinamento giuridico*, in G.U. Rescigno (dir.), *Trattato di diritto privato*, UTET, Torino 1982, 15 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano 1982; M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 607 ss.; C. Maiorca, (voce) *Beni*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, Vol. V; V. Zeno Zencovich, (voce) *Cosa*, in *Digesto civ.*, VOl. IV, UTET, Torino 1989; A. Gambaro, *La proprietà privata*, in *Tratt. Cicu*, Messineo, Giuffrè, Milano 1990; G. Visentini, *I nuovi beni come oggetto di garanzia*, in G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Giuffrè, Milano 1991, p. 82 ss.; A. Iannarelli, *La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel codice del 1942*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1993, p. 17 ss. Più recentemente v., per esempio: A. Iannarelli, *Beni, interessi e valori. Profili generali*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Vol. I, Padova 2001; M. Costantino, *I beni in generale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Vol. I, UTET, Torino, 2005, p. 3 ss.; M. Palazzo, *Bene giuridico*, in *Il diritto - Encicl. Giur*., 2007, p. 469 ss.; O.T. Scozzafava, *I beni*, Napoli 2007; A. Gambaro, *La proprietà*, in *Tratt. Gambaro*, *Morello*, Giuffrè, Milano 2008; L.G. Papaleo, *Bene giuridico, un tentativo di definizione onnicomprensiva,* in *http://www.dirittoegiustizia.it/news/8/0000048407/Bene_giuridico_un_tentativo_di_definizione_onnicomprensiva.html* (consultato da ultimo il 20 marzo 2020), 2010.

13. A questo proposito, v. soprattutto A. Gambaro, *I beni*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, Giuffrè, Milano 2012, p. 2 ss. L'autore sottolinea che la disciplina dei beni contenuta nel codice civile del 1942 «*corrisponde ad un grandioso tentativo di erigere una categoria generale che possa costituire il fondamento di tutto il diritto patrimoniale*». Inoltre, v., per esempio, M. Costantino, *I beni in generale*, cit., p. 7 ss.
14. A proposito del ruolo delle tassonomie (e sulla loro possibile crisi) nel diritto, v., per esempio: M. Martino, *Coerenza linguistica e codificazione: il ruolo selettivo e correttivo delle tassonomie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, p. 79 ss.; M. Carducci, *"Ragione politica" della comparazione e "costituzionalizzazione" delle tassonomie ("Political reason" of the comparison and "constitutionalization" of taxonomies)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2017, p. 1097 ss.; G. Pascuzzi, *Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi (Know by*

*comparing: taxonomies and cognitive errors)*, in *Dir. pubbl. comp. eur*., 4, 2017, p. 1179 ss.; G. Resta, *Le tassonomie e la precomprensione del comparatista (Taxonomy of legal systems and the comparativist's precomprehension)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2017, p. 1197 ss. Inoltre, v., per esempio, A. Di Nunzio, D. Grbac, M. Corveddu, C. Rolla, *Terminologia e tassonomia: un'esperienza in Biblioteca (Terminology and taxonomy: a librarian experience)*, in *Informatica dir*., 1, 2014, p. 193 ss.; R. Guastini, *Per una tassonomia delle controversie tra giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2011, p. 883 ss. Infine, si occupa in qualche misura della crisi delle tassonomie giuridiche anche D. Messinetti, *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2010, p. 23 ss.

15. L'esempio forse più noto e studiato ha a che fare con la crescente consapevolezza della necessità di tutelare adeguatamente l'ecosistema. Per alcune interessanti considerazioni critiche sul perdurante rilievo delle nozioni giuridiche tradizionali di "cosa" e "bene", applicate nel peculiare settore della tutela e valorizzazione dell'ambiente e del paesaggio, v., dunque, L. Perfetti, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2009, p. 1 ss. Più in generale, per una panoramica in chiave evolutiva dell'utilizzo in dottrina della nozione di "bene ambientale", v., per esempio: M. Arena, *L'ambiente-territorio come bene oggetto di tutela giuridica e la sua proiezione costituzionale*, in *Il foro napoletano*, 4, 3, 1981, p. 241 ss.; B. Cavallo, *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1990, p. 397 ss.; A. Berra, *Brevi riflessioni sul bene giuridico ambiente, nota a TAR Lombardia, Milano, I, 17 gennaio 1990, n. 15*, in *Riv. giur. edilizia*, 2, 1990, p. 263 ss.; P. Maddalena, *Ambiente. Un bene da costituzionalizzare*, in *Democr. Dir*., 1, 1995, p. 339 ss.; M. Tambuso, *L'ambiente: un bene per tutti da salvaguardare, in Comuni d'Italia*, 10, 2006, p. 67 ss.; C. Miccichè, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali (The environment as a collective asset and environmental damage management)*, in *Diritto dell'economia*, 1, 2018, p. 41 ss.
16. In proposito v., per esempio, R. Ferorelli, *Le reti dei beni nel sistema dei diritti. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali*, Cacucci, Bari, 2006, nonché, in prospettiva metodologicamente analoga, R. Federici, *A proposito di "cose" che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, in *Rass. dir. civ*., 2, 2000, p. 311 ss., e D.E. Petronella, *Il concetto di ristrutturazione edilizia: cosa o bene in senso giuridico? Nota a Cass. sez. II civ. 9 aprile 2001, n. 7909*, in *Giur. it.*, 6, 2002, p. 1170 ss.
17. Per un tentativo di applicazione della tassonomia tradizionale in un settore di recente rilievo giuridico, v., per esempio: L. Cuomo, *Beni immateriali e Internet*, in *Ciberspazio dir*., 3-4, 2001, p. 271 ss.; M.V. Serranò, *"Beni" e "cose" nella fattispecie dell'e-commerce*, in *Boll. trib. inform.*, 7, 2007, p. 606 ss.; S. Montaldo *"Internet" e "Commons": le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni (Internet and Commons: the resources of the network from the perspective of the commons), in Dir. informazione e informatica*, 2, 2013, p. 287 ss.; C.M. Cascione, *Garanzie e "nuovi beni". Sulla collateralization di nomi di dominio,*

*pagine web, banche dati*, in *Riv. dir. priv*., 3, 2010, p. 69 ss.

18. In proposito v., per esempio, A.C. Nazzaro, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contratto e impr.*, 4-5, 2013, p. 1014 ss., nonché R. Di Raimo, *La "proprietà" pubblica degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1101 ss. e soprattutto p. 1109 s.
19. Per un esempio interessate e del tutto particolare – quello della progressiva configurazione delle risorse ematiche come veri e propri beni in ambito sanitario – v., per esempio, A. Scotto, V. Vaccaro, *La passione gelata dalla scienza, in assenza del diritto: la corsa all'oro verso i nuovi beni*, in *Cons. Stato*, 2005, 3, 2, p. 655 ss.
20. Va comunque segnalato che in dottrina permane una certa incertezza nell'utilizzo tecnico dei termini "cosa" e "bene". Per esempio, è interessante che, già secondo Pugliatti, il concetto di "bene" attenga all'oggetto della fenomenologia giuridica: v. G. Pugliatti, (voce) *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir*., Vol. V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 164 ss. Negli stessi anni, però, Ascarelli rileva l'emersione di nuove forme di ricchezza non agevolmente riconducibili alle categorie tradizionali: v. T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico, in Problemi giuridici*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 37 ss. In proposito, risulta particolarmente evocativa l'immagine richiamata da G. Di Filippo, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione*, cit., p. 15 ss. e in particolare p. 20, ove si afferma che fra "cosa" e "bene" sembra esserci un legame inestricabile, per cui a prima vista le due nozioni possono sembrare elementi di un'endiadi, mentre in realtà ciascun concetto mantiene la sua individualità (come i due amanti nel celeberrimo quadro di Klimt).
21. Per una interessante ricostruzione in prospettiva storica, v. G. Turelli, *"Res incorporales" e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti ("Res incorporales" and intangible assets: similar but non congruent categories)*, in *Teoria e storia dir. priv.*, 2012, 5, p. 11 ss.
22. Per esempio, nell'articolato del Codice civile, v. l'art. 841 sulla configurazione delle energie naturali come beni intangibili e l'art. 2740 per l'analoga classificazione dei crediti.
23. I settori in cui la dottrina giuridica ha manifestato su questo fronte maggiore interesse sono, in primo luogo, quello dello sfruttamento privatistico di titoli finanziari, marchi, brevetti e altre utilità di rilievo imprenditoriale e, in secondo luogo, quello dei beni culturali. Per quanto concerne il primo profilo, v., per esempio: M. Lobuono, *I "nuovi beni" del mercato finanziario*, in *Riv. dir. priv*., 1, 2002, p. 49 ss.; F. Manco, *Economia dell'immateriale e produzione di "nuovi beni"*, in *Econ. dir. terziario*, 2, 1, 2003, p. 377 ss.; M. Nussi, *Per un ripensamento sistematico dell'ammortamento di avviamento, marchi e beni immateriali*, in *Corriere trib*., 13, 2009, p. 1033 ss.; O. Cagnasso, *I beni immateriali e la loro valutazione (Intangible Assets: Concept and Valuation)*, in *Il nuovo dir. delle società*, 6, 2013, p. 9 ss.; S. Giorgi, *I beni immateriali nel reddito di impresa, tra "forma" e "sostanza" [The intangible assets in business income, between "form" and "substance")*, in *Riv. dir. finanz. scienza finanze*, 1, 1, 2015, p. 116 ss.; C. Cincotti, *Rappresentazione contabile dei beni immateriali e doveri degli amministratori, nota a C. Cass., I sez. civ. 7 maggio 2015, n. 9193*, in *Giurisp. comm*., 4, 2, 2016, p. 783 ss.; L. Russo, *Avviamento, beni*

*immateriali e "nuovi beni" dell'azienda agricola*, in *Riv. dir. agrario*, 4, 1, 2016, p. 444 ss. Con riferimento ai beni culturali immateriali, invece, nella dottrina recente v., per esempio: C. Galli, *I toponimi, tra tutele, volgarizzazione e diritti consolidati (Toponyms between protection, vulgarization and vested rights)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 9 ss.; G. Severini, *Immaterialità dei beni culturali? (Immateriality of cultural heritage?)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 4 ss., e Id., *L'immateriale economico nei beni culturali (The economic dimension of intangible cultural heritage)*, in *Aedon*, 3, 2015, p. 13 ss.; G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali (The immaterial value of cultural heritage)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 8 ss., e Id., *Dei beni culturali immateriali*, in *GiustAmm.it*, 1, 2014, p. 19 ss.; C. Lamberti, *Ma esistono i beni culturali immateriali? (in margine al Convegno di Assisi sui beni culturali immateriali) (Does exist the intangible cultural heritage? (on the sidelines of the Assisi Convention on intangible cultural heritage)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 6 ss.; A. Gualdani, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali? (The intangible cultural heritage: still without wings?)*, in *Aedon*, 2014, p. 7 ss., ed Ead., *Primi passi verso una disciplina di settore dei beni immateriali. Il caso del disegno di legge sulle manifestazioni, rievocazioni e giochi storici (First steps towards a legal regulation of the field of immaterial property. The case of the bill on historical manifestations, commemorations and games)*, in *Aedon*, 3, 2017, p. 7 ss.; S. Fantini, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale (Cultural heritage and valorization of the intangible component)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 5 ss.; M. Dugato, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali (Legal instruments for the valorization of intangible cultural heritage)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 4 ss.; C. Casini, *"Noli me tangere": i beni culturali tra materialità e immaterialità ("Noli me tangere": cultural property between tangibility and intangibility)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 3 ss.; A. Bartolini, *L'immaterialità dei beni culturali (Immateriality of cultural heritage)*, in *Aedon*, 1, 2014, p. 6 ss.; G. Manfredi, *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in *Dir. economia*, 1, 2017, p. 29 ss.

24. Per una ricostruzione delle vicende di "patrimonializzazione" del patrimonio informativo individuale, v. per tutti V. Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Napoli, ESI, 2022, in particolare p. 105 ss.
25. Questa tendenziale patrimonializzazione dei dati pare accolta anche nella giurisprudenza della Cassazione penale. In particolare, è interessante Cass. pen. (sezione II), sentenza del 7 novembre 2019, n. 11959 sull'appropriazione indebita, in cui si chiarisce come il dato informatico possieda un indiscusso valore patrimoniale, in ragione delle facoltà di utilizzazione e del contenuto specifico del singolo dato, poiché i file sono riconducibili al concetto di "cosa mobile", quale entità fisica suscettibile di essere materialmente appresa, ossia idonea a soddisfare un bisogno umano [purché si tratti di] una parte del mondo esterno, avente una dimensione fisica, che possa essere trasportata da un luogo all'altro e sottratta al legittimo possessore. Dunque, il dato può essere oggetto di diritti penalmente tutelati e possiede tutti i requisiti della mobilità della cosa. Per esempio, nell'articolato del Codice civile, v. l'art. 841 sulla configurazione delle energie naturali come beni intangibili e l'art. 2740 per l'analoga classificazione dei crediti.

26. V. nuovamente il Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e, in ambito nazionale, il d.lgs. n. 196/2003.
27. V., per esempio, G. Sciancalepore, *I dati come oggetto del contratto tra la Direttiva sui contenuti digitali e il GDPR*, cit., p. 115 ss.
28. V. le ampie considerazioni di G. Di Filippo, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione*, cit., p. 41 ss.; v. anche i riferimenti bibliografici ivi indicati.
29. V. con particolare chiarezza M. D'Agostino Panebianco, *Il "dato": bene immateriale con un proprio valore intrinseco*, in *AmbienteDiritto*, 2, 2023, in particolare p. 2; cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.
30. V. la definizione di "dato personale", contenuta oggi nell'art. 4, comma 1, del Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a cui la normativa italiana espressamente si adegua.
31. V. nuovamente M. D'Agostino Panebianco, *Il "dato": bene immateriale con un proprio valore intrinseco*, in *AmbienteDiritto*, 2, 2023, in particolare p. 2 ss., nonché C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, cit., p. 98 ss.
32. Esattamente in questi termini si esprime, per esempio, G. Di Filippo, *I dati come beni giuridici. Dati personali e dati non personali: regime di appartenenza e di circolazione*, cit., p. 15 ss.; v. anche i riferimenti bibliografici ivi indicati. Sulle "nuove" categorie di beni in senso giuridico, v. per esempio: R. Ferorelli, *Le reti dei beni nel sistema dei diritti*, cit.; P. D'Addino Serravalle, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica*, ESI, Napoli 1999; G. De Nova, *I nuovi beni come categorie giuridiche*, in G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini (a cura di), *Dalle res alle new properties*, cit., p. 13 ss.; R. Mazzola, *Franco Voltaggio Lucchesi: una fenomenologia del bene immateriale*, in *Riv. intern. filosofia dir*., 1, 2016, p. 63 ss.
33. V. Commissione europea (a cura di), *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa. Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione*, COM(1998)585, 20 gennaio 1999, in particolare parr. 26 ss. e parr. 73 ss.
34. V. Commissione europea (a cura di), *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa*, cit., p. 1.
35. V. Commissione europea (a cura di), *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa*, cit., p. 5.
36. V. Commissione europea (a cura di), *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa*, cit., p. 11.
37. V. Commissione europea (a cura di), *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa*, cit., p. 11.
38. V. art. 5, d.lgs. n. 33/2013.
39. Come è noto, la lettura coordinate degli art. 3, comma 1, e 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, secondo una certa interpretazione, consentirebbe la pubblicazione di dati ulteriori rispetto a quelli di per sé oggetto di accesso civico semplice. Secondo una diversa – e forse più

appropriata – interpretazione, al contrario, l'esito applicativo del combinato disposto delle norme indicate non potrebbe condurre alla pubblicazione del dato, bensì alla sua comunicazione a istanti determinati. In proposito, riassuntivamente delle diverse posizioni, sia consentito richiamare per ragioni di sintesi, A. Simonati, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinamiche frontiere della discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, p. 3 ss.; cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.

40. V. *supra* nt. 30.
41. In proposito v., per esempio, D. Cutolo, *Il GDPR non si applica alle persone giuridiche (quasi mai): ecco le conseguenze*, in *Il GDPR non si applica alle persone giuridiche (quasi mai): ecco le conseguenze - Agenda Digitale, 25 luglio 2018*. In giurisprudenza, sottolinea proprio come le recenti riforme normative sul trattamento dei dati personali abbiano eliminato il riferimento alle persone giuridiche Cass. civ. (sezione V), ordinanza del 7 agosto 2020, n. 16807, nonché Ead. (sezione VI), ordinanza del 9 febbraio 2022, n. 4167.
42. La tendenziale equiparazione, ai fini dell'esercizio dell'accesso documentale, fra l'esigenza di tutelare la riservatezza delle persone fisiche e quella dei soggetti di diversa natura deriva con immediatezza dalla formulazione dell'art. 24, comma 2, lett. d), l. n. 241/1990. Nella giurisprudenza amministrativa recente v., al riguardo, per esempio, T.A.R. Puglia (sezione I), sentenza del 15 marzo 2022, n. 378, nonché Cons. St. (sezione V), sentenza del 10 febbraio 2021, n. 1237.
43. Per ragioni di sintesi, sia consentito richiamare, in proposito, A. Simonati, *L'ambito di applicazione del diritto di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1287 ss.; cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.
44. Per esempio, v. art. 35, d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici), ove è previsto che l'accesso debba sempre essere escluso sui pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice per la soluzione di liti, potenziali o in atto. In proposito v. per esempio, nella giurisprudenza amministrativa recente, T.A.R. Basilicata (sezione I), sentenza del 9 gennaio 2025, n. 19; T.A.R. Lombardia (sezione IV), sentenza del 14 ottobre 2024, n. 2668; T.A.R. Campania (sezione I), sentenza del 4 ottobre 2024, n. 5215, e T.A.R. Lazio (sezione IV), sentenza del 1° luglio 2024, n. 13225. In dottrina, v. per tutti R. Fusco, *La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nell'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici*, in *CERIDAP*, 4, 2024, p. 108 ss., e cfr. i riferimenti ulteriori ivi indicati.
45. In proposito, è interessante (benché forse eccessivamente "frettolosa") l'opinione incidentalmente espressa da Cass. civ. (sezione III) sentenza del 29 ottobre 2019, n. 27613, ove si afferma che i dati in sé sono contenitori vuoti all'interno dei quali si pone un contenuto specifico che, se è personale, rientra nel patrimonio informativo dell'interessato.
46. V., infatti, C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, cit., in più punti. L'A. ricorda che la dottrina spesso ricorre a una nozione frammentata di proprietà, ove le varie facoltà sono assegnate a soggetti diversi; nel contempo, però, osserva che cercare di individuare uno statuto dei dati (personali) come

beni può essere utile per gestire meglio la coesistenza di più interessi e più posizioni soggettive.

47. V., precisamente, Cass. civ., s.u., 14 febbraio 2011, n. 3665, nonché *Ead.*, 14 febbraio 2011, n. 3811, ed Eadem, 18 febbraio 2011, n. 3938 sulle valli da pesca.
48. V. V. Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, cit., p. 105 ss.
49. Si tratta, peraltro, di un sistema complesso di pesi e contrappesi, in particolare con riferimento all'attività di gestione di dati personali. In proposito, può essere utile richiamare la notissima pronuncia della Corte costituzionale, in cui la Consulta ha avuto modo di delimitare proprio alla luce del principio di ragionevolezza quale controlimite ai doveri di trasparenza amministrativa l'obbligo di pubblicazione dei dati relativi ai redditi dei dirigenti pubblici. V., precisamente, Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20, e cfr. le note di: A. Averardi, *La Corte costituzionale e gli obblighi di pubblicazione dei redditi dei dirigenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2019, p. 601 ss.; S. Battini, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo 'spoils system'*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2019, p. 269 ss.; G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *www.questionegiustizia.it*, 2019; A. Cardone, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2020, p. 1 ss.; S. Catalano, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 10, 2019, p. 1 ss.; M. Chiarelli, *L'ANAC e gli obblighi di trasparenza dopo la sentenza n. 20 del 2019*, in *federalismi.it*, 23, 2019, p. 1 ss.; A. Corrado, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 5, 2019, p. 1 ss.; V. Fanti, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, in *federalismi.it*, 5, 2020, p. 34 ss.; S. Leone, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *associazionedeicostituzionalisti.rivista.it*, 3, 2019, p. 642 ss.; I.A. Nicotra, *Privacy vs trasparenza, Il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *federalismi.it*, 7, 2019, p. 1 ss.; O. Pollicino, F. Resta, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, in *Dir. informazione informatica*, 1, 2019, p. 110 ss.; B. Ponti, *Il luogo adatto dove bilanciare. Il "posizionamento" del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali 'vs' il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in *Istituz. fed.*, 2, 2019, p. 525 ss.; G. Repetto, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE*, in *Giur. cost.*, 1, 2019, p. 255 ss.; A. Ruggeri, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro*, in *www.giurcost.org*, 2019, I, p. 113 ss.; M. Trapani, *Il nuovo paradigma della trasparenza: privacy e dati personali. Il bilanciamento della Corte costituzionale e lo spazio del legislatore*, in *F. it.*, 1, I, 2020, p. 145 ss.; G. Vitale, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn.*

*20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 10, 2019, p. 1 ss.

50. V. B. Ponti, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Franco Angeli, Milano, 2023, in più punti.
51. V., per esempio, l'art. 25, l. n. 241/1990 e, fra gli altri, gli artt. 3 e 5, d.lgs. n. 33/2013. In dottrina, v. per tutti V. Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, cit., soprattutto p. 105 ss., nonché G. Cerrina Feroni, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, cit., p. 59 ss.
52. Per esempio, v., in proposito: F. Merloni, *La funzione di informazione pubblica nella società dell'informazione*, in Id. (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002, p. 15 ss., nonché Id., *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, *ivi*, p. 33 ss., e Id., *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in E. Carloni (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, 2008, p. 158 ss.; B.G. Mattarella, (voce) *Informazione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. Dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, Vol. IV, 2006, p. 3126 ss.
53. Sul tema v., per esempio: A.G. Orofino, *Reti civiche e città digitali. La comunicazione pubblica online tra semplificazione, partecipazione e trasparenza*, in *Ciberspazio e diritto*, 3-4, 2001, p. 325 ss.; B. Di Giannatale, *La comunicazione pubblica nella democrazia contemporanea: effetti e conseguenze giuridico-istituzionali*, in *Nuova rass. legisl. dottr., giurisp.*, 6, 2001, p. 627 ss.; C. Pace, B. Luisi, *La formazione delle risorse umane per la comunicazione pubblica ed istituzionale*, in *Comuni It.*, 10, 2003, p. 76 ss.; T. Muzi Falconi, *Il processo di cambiamento nella comunicazione pubblica, alcuni elementi di criticità*, *ivi*, 4, 2003, p. 33 ss.; A. Vignudelli, *Genesi fenomenologica della comunicazione pubblica dallo Stato autoritario "secretante" alla "trasparenza" dello Stato democratico*, in *Dir. informaz. informatica*, 2, 2005, p. 237 ss.; R. Sansone, *La comunicazione pubblica: strumento di democrazia e di partecipazione del cittadino*, in *Funz. Pubbl.*, 1, 2005, p. 155 ss.; P. Lalli, *Pratiche di comunicazione pubblica: per un'etica delle competenze*, in *Istituz. Fed.*, 2009 (suppl. 2), p. 47 ss.; S. Martello, *Sull'operatività degli strumenti multimediali nel settore della comunicazione pubblica*, in *Ciberspazio e diritto*, 3, 2006, p. 291 ss.; D. Cosi, *"Comunicazione pubblica" e "documentazione giuridica" nei cinquanta anni di funzionamento della Corte Costituzionale*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giurisp.*, 15, 2007, p. 1513 ss.; F. Faccioli, *Comunicazione pubblica e media digitali: la prospettiva del public engagement*, in *Problemi dell'informazione*, 1, 2016, p. 13 ss.; M. Zambuco, *La comunicazione e l'informazione nell'organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 9-10, 2015, p. 417 ss.; A. Contaldo, *L'integrazione della comunicazione pubblica nell'organizzazione dell'"Open Government"*, in *Lo Stato*, 16, 2021, p. 251 ss.; A. Papa, P. Marsocci, *Lingua e linguaggio della comunicazione pubblica*, in *Riv. AIC*, 1, 2023, p. 169 ss. Inoltre, v., in prospettiva più generale: G. Arena (a cura di), *La comunicazione di interesse generale*, Bologna, 1995, e Id. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2004; G. Prilla, *La comunicazione della pubblica amministrazione*, Bari-Roma, Laterza, 2008; A. La Spina, A.

Cangemi, *Comunicazione pubblica e burocrazia*, Franco Angeli, Milano, 2009; W. D'Avanzo, *Partecipazione, democrazia, comunicazione pubblica. Percorsi di innovazione della pubblica amministrazione digitale*, Rubettino, Soneria Mannelli, 2009; F. De Visintini, *Innovazione e comunicazione nell'amministrazione pubblica*, Franco Angeli, Milano, 2010; S. Rolando, *Comunicazione, poteri, cittadini*, Egea, Milano, 2013.

54. In dottrina in proposito v., per esempio: F. Merloni, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 33 ss., e G. Arena (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Torino, 2004; S. Licciardello, *Informazione e servizi pubblici*, in F. Manganaro, A. Tomano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza. Il diritto di informazione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 55 ss.; B.G. Mattarella, (voce) *Informazione amministrativa*, cit., p. 3126. V. anche P.S. Maglione, *L'"apertura" dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit., in particolare p. 6.
55. Si pensi all'attività di trasmissione di informazioni contemplata dalla l. n. 150/2000, quale «*strumento per realizzare una effettiva democraticità dell'amministrazione costruita su un rapporto paritario con il cittadino*». In dottrina in proposito v., per esempio: T. Krasna (a cura di), *Informazione e comunicazione della p.a. dopo la legge n. 150/2000*, IPZS, Roma, 2003; E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini, 2014, p. 164 ss.; G. Gardini, *Le regole dell'informazione. L'era della post-verità*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 369 ss. V. anche P.S. Maglione, *L'"apertura" dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit., in particolare p. 4.
56. V. art. 1, comma 2, e art. 10, comma 1, d.lgs. n. 322/1989. In proposito, v. le interessanti considerazioni di P.S. Maglione, *L'"apertura" dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit., in particolare p. 3 ss.
57. In generale a questo proposito v. in dottrina, per esempio: A. Sandulli, A. Baldassarre, *Profili costituzionali della statistica in Italia*, in *Dir. soc.*, 1, 1973, p. 121 ss.; S. Cassese, *L'ordinamento statistico italiano: evoluzione e problemi attuali*, in R. Perez (a cura di), *Statistica e pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 7 ss.; M. D'Alberti, G. D'Alessio, *I servizi statistici fra Stato e Regioni. Profili giuridici*, in M. Crivellini, A. Niccoli (a cura di), *Regioni e informazione statistica. Problemi generali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 227 ss.; M.P. Chiti, *Servizi statistici nazionali e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, I, 1984, p. 576 ss.; G. Alfano, *Statistica e pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1985; M.P. Guerra, *La riorganizzazione del sistema statistico pubblico: il sistema statistico nazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1990, p. 1021 ss.; Id., (voce) *Ordinamento statistico*, in *Diz. dir. pubbl.*, 2006, p. 3977 ss.; R. Tomei, (voce) *Statistica (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur.*, Vol. XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.; Id., *Il sistema statistico nazionale. Un bilancio a quasi vent'anni dalla sua istituzione*, in *Riv. amm. rep. it.*, 14, 2004, p. 1239 ss.; Id. (a cura di), *L'ordinamento della statistica ufficiale*, Giuffrè, Milano, 2006; L. Torchia, *Autonomia dei soggetti e funzionalità del sistema: condizioni di qualità dell'informazione*

*statistica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 1999, p. 643 ss.; M.P. Chiti, *Istituzioni e regole della statistica ufficiale*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2005, p. 451 ss.; V. Cerulli Irelli, (voce) *Statistica (sistema statistico nazionale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 670 ss.; R. Tomei, *La statistica bene pubblico*, in *Il nuovo diritto*, 2-3, 2005, p. 105 ss.; M. Arsì, *Il sistema statistico nazionale tra gli sviluppi dell'integrazione europea e le riforme amministrative e costituzionali*, in *Riv. amm. rep. it*., 1-2, 2008, p. 3 ss.; E. D'Alterio, (voce) *Statistica*, in *Enc. dir.*, Vol. III, *Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1160 ss.

58. V. P.S. Maglione, *L'"apertura" dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit., p. 4.
59. V. in questi termini P.S. Maglione, *L'"apertura" dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit., p. 8, e cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.
60. In proposito sia consentito richiamare, riassuntivamente, A. Simonati, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinamiche frontiere della discrezionalità*, cit., p. 3 ss., in particolare p. 20 ss. Cfr. i riferimenti bibliografici ivi indicati.
61. In questi termini v. espressamente E. Cremona, *Quando i dati diventano beni comuni: modelli di data sharing e prospettive di riuso*, cit., p. 124. Più in generale, su questo tema, v., per esempio: G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 193 ss.; F. Gaspari, *The legal nature of big data and the twofold purpose of competition: in search for a new regulatory approach*, in *Dir. econ.*, 3, 2021, p. 244 ss. Infine, v. P.S. Maglione, *L'"apertura" dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit., p. 32 ss., in particolare p. 42.
62. Sui beni privati di interesse pubblico il dibattito dottrinale è risalente e non particolarmente ampio. V. per tutti: D. Rubino, *Odierne tendenze sui limiti del diritto di proprietà*, in *Annali dell'Università di Macerata*, Vol. XVII, 1948, p. 82 ss.; A. M. Sandulli, *Spunti per lo studio dei beni privati d'interesse pubblico*, in *Il dir. dell'economia*, 1, 1959, p. 163 ss.; M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 124 ss.; G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971, p. 7 ss.
63. Parafrasando Cons. St. (sezione VI), sentenza del 12 aprile 2021, n. 2931, in ottica più specifica, dunque, può ritenersi che i dati detenuti dall'amministrazione godano di una tutela multilivello.
64. V., per esempio: N. Purtova, G. van Maanen, *Data as an economic good, data as a commons, and data governance*, in *Law, Innovation and Technology*, 16, 1, 2024, p. 1 ss.
65. V. nuovamente E. Cremona, *Quando I dati diventano beni comuni: modelli di data sharing e prospettive di riuso*, cit., p. 126 s.

# La presunzione di interesse pubblico prevalente per le fonti energetiche rinnovabili: un tentativo di inquadramento sistematico

*Renata Spagnuolo Vigorita, Giovanni Battista Conte, Antonio Persico*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-56

*Il presente contributo s'incentra sulla portata applicativa della presunzione di interesse pubblico prevalente riferita alle fonti rinnovabili, oggi recepita nell'art. 3 del d.lgs. 190/2024, alla luce della prima prassi applicativa amministrativa e giurisprudenziale. In particolare, la trattazione mira a rispondere all'interrogativo se e in che termini la presunzione possa operare direttamente nei singoli procedimenti autorizzativi, senza necessità di ulteriori intermediazioni del legislatore o del pianificatore competente, nel tentativo di chiarire se tale presunzione abbia effettivamente sancìto la positivizzazione di un interesse tiranno oppure se essa possa coerentemente inserirsi nel contesto ordinamentale unionale e interno.*

***The presumption of overriding public interest for renewable energy sources: an attempt at systematic framing***

*This paper focuses on the scope of the presumption of overriding public interest referred to renewable energy power plants and infrastructures, recently implemented in art. 3 of Legislative Decree n.190/2024, in light of the first administrative and jurisprudential cases. This paper specifically seeks to find out if and how the mentioned presumption can be applied directly in administrative permit-granting procedures, without needing additional actions from lawmakers or planners, to determine if this presumption has led to the establishment of a tyrant interest or if it can logically fit within the framework of EU and national law.*

*Sommario: 1. Introduzione.- 2. L'interesse pubblico prevalente nella disciplina sull'accesso ai documenti delle Istituzioni dell'UE.- 3. La presunzione di interesse pubblico prevalente nel regolamento 2022/2577 e nella direttiva (UE) 2023/2413.-*

*4. Ricadute applicative della novità normativa.- 5. La presunzione di interesse pubblico prevalente nelle prime applicazioni amministrative e giurisprudenziali in Italia.- 6. Il recepimento della presunzione di interesse pubblico prevalente nell'ordinamento italiano.- 7. Conclusioni.*

## 1. Introduzione

L'impulso dell'Unione verso la transizione energetica[1], reso più urgente dall'esplosione della guerra in Ucraina, ha condotto all'introduzione di una presunzione di interesse pubblico prevalente e d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica nel settore dello sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili[2]. Inizialmente prevista come misura urgente e temporanea dall'art. 3 del regolamento (UE) 2022/2577, la presunzione di interesse pubblico prevalente è stata confermata ed estesa, sotto il profilo temporale, dall'art. 1 della direttiva (UE) 2023/2413 (cd. direttiva RED III)[3], che ha imposto agli Stati membri di assicurare che essa sia rispettata, specificatamente nell'ambito delle procedure autorizzative, per tutto il tempo necessario al conseguimento della neutralità climatica[4]. L' oggetto della presunzione è rimasto invariato, e si riferisce a «*la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio*». In tal modo, dunque, è stata introdotta e confermata *ex lege* natura di interesse pubblico prevalente delle installazioni e infrastrutture necessarie alla produzione e immissione in rete di energia "pulita".

Tali sviluppi normativi s'inseriscono in un contesto ordinamentale già contraddistinto da un marcato *favor* per le fonti rinnovabili e nel quale vige il principio, di derivazione unionale, della massima diffusione delle energie rinnovabili[5].

La presunzione *de qua* mira evidentemente ad accelerare il raggiungimento degli obiettivi, sempre più sfidanti, di aumento della quota di energia prodotta e consumata nell'Unione a partire dalle fonti rinnovabili, la quale è stata contestualmente innalzata, proprio dalla direttiva (UE) 2023/2413, alla percentuale del 42,5% sul totale dei consumi lordi in vista del 2030, nel tentativo di raggiungere il traguardo della quota del 45%[6]. A fronte di questa incrementata

ambizione, gli Stati membri sono stati a loro volta chiamati a rivedere, al rialzo, i loro contributi nazionali declinati nei rispettivi Piani Nazionali Integrati Energia e Clima (PNIEC), adottati e modificati ai sensi del regolamento (UE) 2018/1999. In questo scenario, la presunzione incide sulle singole procedure in chiave *lato sensu* semplificatoria/acceleratoria, introducendo un criterio decisionale volto a orientare i bilanciamenti di interessi dei casi concreti, a tendenziale favore dell'interesse per la transizione energetica[7]. Nondimeno, entrambe le disposizioni sopra citate si muovono nel senso di considerare la presunzione *de qua* come avente carattere relativo, chiaramente affermato dai "considerando" 4 e 8 del regolamento (UE) 2022/2577. Tanto comporta che in sede di applicazione nelle singole procedure autorizzatorie/concessorie essa possa essere superata nell'ambito dell'operazione di bilanciamento degli interessi del caso specifico.
Il recepimento della direttiva 2018/2001 (cd. RED II), come modificata dalla direttiva (UE) 2023/2413 (RED III), attraverso il d.lgs. 190/2024 conferma (all'articolo 3) l'operatività della presunzione caso per caso, sempre condizionandola al previo confronto con gli altri interessi in gioco. Tuttavia, la formulazione di tale disposizione non sembra interamente sovrapponibile a quella avuta a riferimento dalla fonte europea. Ma su tale questione, che evidentemente impone una attenta operazione ermeneutica e di raccordo tra le norme, si avrà modo di tornare nel prosieguo del lavoro. In questa sede, infatti, ci si limiterà ad evidenziare gli aspetti nodali delle questioni connesse alla previsione oggetto di indagine.
Se si guarda al dato offerto dalla prassi applicativa (il lavoro, come si vedrà si fonda anche sull'analisi di provvedimenti e di casi giurisprudenziali), esso restituisce un quadro dal quale si trae l'estrema cautela con cui la presunzione di prevalente interesse pubblico viene per così dire maneggiata dalle amministrazioni e da parte rilevante della giurisprudenza. Volendo riassumere, per chiarezza, i termini della questione appena sopra prospettata, si tratta di cogliere la natura degli effetti che la presunzione è in grado spiegare nei singoli procedimenti, e cioè se essa abbia un valore di tipo precettivo. Tanto impone di focalizzare, tra gli altri, il tema della necessità della adozione di particolari forme di intermediazione, cioè di ulteriori atti normativi ovvero amministrativi generali, ivi inclusa la modifica dei vari strumenti di pianificazione settoriale vigenti. Occorre cioè verificare se la presunzione in parola sia immediatamente applicabile

alle singole procedure autorizzative/concessorie, in virtù del solo dettato normativo.

Ulteriore spazio di riflessione deve essere poi dedicato alla questione della coesistenza, in considerazione degli obiettivi e delle relative misure dettate da una serie di direttive europee in materia ambientale, della presunzione d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica. In quale misura ed entro quali limiti, può predicarsi la prevalenza dell'interesse di cui si occupano le norme in discussione sugli altri interessi ambientali[8] tutelati dal diritto dell'Unione?

Esse potrebbero essere considerate foriere di qualche perplessità, sia dal punto di vista dell'ordinamento europeo sia di quello interno. Dal punto di vista dell'ordinamento europeo, è stato effettivamente denunciato il carattere distonico della presunzione in esame rispetto ai princìpi che governano la politica ambientale dell'Unione (precauzione, prevenzione, correzione in via prioritaria alla fonte, chi inquina paga), nonché rispetto ai trasversali principi di non regressione ambientale e di integrazione[9]. Guardando invece al dato ordinamentale interno, il concetto di prevalenza, nella misura in cui si presta ad un'aprioristica ordinazione gerarchica degli interessi primari, non parrebbe in linea con i princìpi elaborati dalla Corte costituzionale, che, come noto, da tempo respinge la predicabilità di un ordine gerarchico assoluto degli interessi primari affermando piuttosto la loro necessaria considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni[10].

Sembrano proprio tali perplessità a spiegare perché in sede applicativa, sia amministrativa che giurisdizionale, si riscontri la segnalata "cautela" a riconoscere alla novità normativa effetti precettivi e su cui, come detto, si tornerà nel corso del lavoro.

Anche se a ben vedere la presunzione di interesse pubblico prevalente si inserisce in entrambi i contesti senza particolari strappi di sorta o tensioni. Sotto il primo profilo, infatti, cioè rispetto al contesto ordinamentale europeo, la nuova presunzione di prevalenza non si pone in contrasto con i princìpi di precauzione e non regressione ambientale[11], nella misura in cui non va abbandonata l'ottica di tutela complessiva e dinamica dell'ambiente, orientata alla mitigazione dei cambiamenti climatici. D'altro canto, come si avrà modo di vedere, l'utilizzo di presunzioni di interesse pubblico prevalente[12] non costituisce una novità per il legislatore dell'Unione, e sull'operatività di simili presunzioni

esiste una considerevole giurisprudenza in sede europea. Sul piano ordinamentale interno, è l'evidenziato carattere relativo della presunzione a non disattendere il summenzionato approdo della giurisprudenza costituzionale e dunque a far ritenere che la presunzione si misuri sempre attraverso il prisma dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Tale questione intercetta il grande tema del rapporto tra discrezionalità e semplificazione[13], istanza che senza dubbio caratterizza l'impianto normativo offerto dal d.lgs. 190/2024. E, di riflesso, quello tra modelli di amministrazione pubblica e responsabilità amministrativa[14]. Non è questa la sede per approfondire le tematiche di cui si è appena riferito: esse rimangono però come coordinate a partire dalle quali verificare le diverse implicazioni cui può portare un approccio che assume la semplificazione come fine in sé, rispetto ad un approccio che, al contrario, ne valorizzi la funzione di strumento. Solo accedendo a questa seconda ricostruzione semplificazione e attività discrezionale non si pongono in chiave antitetica. Anzi, proprio ricostruendo la semplificazione come uno strumento per garantire un fine è possibile modulare l'esercizio del potere nel caso concreto in ragione dell'esigenza di assicurare tutela ad altri e concomitanti fini di pari rilievo[15]. Resta allora da verificare quanto la positivizzazione della presunzione di prevalente interesse pubblico, certamente ispirata da politiche che mirano a rafforzare la diffusione delle fonti energetiche rinnovabili, costituisca un *quid novi*, contribuendo al superamento dello stallo delle procedure e a far valere nell'ambito delle stesse il preminente interesse ordinamentale alla transizione energetica.

Occorre dunque ricercare quale possa essere la valenza precettiva della presunzione in questione e quali siano i suoi risvolti applicativi, con particolare riguardo all'esercizio della discrezionalità amministrativa e all'onere motivazionale gravante sulle pubbliche amministrazioni che intendano disattendere la presunzione nel caso concreto. L'obiettivo del presente lavoro, pertanto, è di cercare di fornire un inquadramento sistematico della novità normativa, onde poterne apprezzare le implicazioni a livello interno, con particolare riguardo all'ambito delle procedure *lato sensu* autorizzative degli impianti a fonti rinnovabili e di accumulo.

## 2. L'interesse pubblico prevalente nella disciplina sull'accesso ai documenti delle Istituzioni dell'UE

Per cercare di meglio focalizzare il concetto di interesse pubblico prevalente e le implicazioni sottese alla sua affermazione in relazione alle fonti rinnovabili, appare opportuno verificare se e in che termini una simile espressione si rinvenga in precedenti atti del diritto dell'Unione, ovvero se già si abbia esperienza applicativa di una presunzione di interesse pubblico prevalente, e quali siano le indicazioni giurisprudenziali al riguardo.

Viene in riferimento, a tal proposito, il regolamento (CE) 1049/2001[16] del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (le "Istituzioni"), dove l'espressione "interesse pubblico prevalente" è utilizzata per giustificare delle deroghe alle eccezioni alla regola generale in tema di accesso. Invero, obiettivo del regolamento è agevolare l'esercizio del diritto di accesso e di consentire, specularmente, ampie forme di trasparenza dei processi decisionali delle Istituzioni[17]; in quest'ottica, il combinato disposto del primo e del terzo paragrafo dell'art. 2 del regolamento sancisce la regola generale per cui qualsiasi cittadino dell'Unione, nonché qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, ha diritto di accedere a tutti i documenti detenuti delle Istituzioni, concernenti tutti i settori d'attività dell'Unione europea. Nondimeno l'art. 4 stabilisce alcune eccezioni alla regola, tali da legittimare il diniego dell'accesso qualora la divulgazione del documento arrechi pregiudizio a taluni interessi pubblici o privati ritenuti meritevoli di particolare protezione. Per quanto più interessa in questa sede, ai paragrafi 2 e 3 vengono annoverati gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale; la tutela delle procedure giurisdizionali e della consulenza legale; gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile (par. 2), nonché la fisiologia (intesa come assenza di turbative) dei processi decisionali delle Istituzioni (par. 3), con la specificazione, però, che in tutti questi casi l'accesso è comunque consentito in presenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. Nel primo periodo, invece, è contenuto un elenco di tipologie di interessi per i quali non è specificata la deroga all'eccezione, ovvero in relazione ai quali non si predica la possibile esistenza di un interesse pubblico prevalente:

trattasi della tutela della sicurezza pubblica, della difesa e delle questioni militari, delle relazioni internazionali e della politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro; nonché della vita privata e dell'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali.

L'interesse pubblico prevalente di cui parla l'art. 4 cit. viene, pertanto, in rilievo con riguardo al bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti, pubblici e privati, toccati da una domanda di accesso ai documenti: per vero, al netto delle ipotesi di cui al primo periodo, per le quali risulta non predicabile l'esistenza di un interesse superiore a fronte della protezione "assoluta" concessa dal legislatore dell'Unione, negli altri casi enunciati ai paragrafi 2 e 3 si contempla la possibilità che, in concreto, l'istanza di accesso sia sorretta da un interesse pubblico (tipologicamente non predeterminato) ritenuto ancor più meritevole degli interessi meritevoli di particolare protezione posti alla base dell'eccezione alla regola della generale accessibilità. La mancata predeterminazione tipologica degli interessi pubblici prevalenti rende evidente la necessità di una valutazione tesa ad apprezzare di volta in volta la consistenza della posizione giuridica vantata dal richiedente e la rilevanza ordinamentale dell'esigenza che si associa alla richiesta. Il concetto di prevalenza, a sua volta, altrettanto evidentemente si riferisce alla concreta capacità di tale posizione o esigenza protetta di fare aggio sugli interessi pubblici e privati positivizzati nei paragrafi 2 e 3 dell'art. 4 reg. 1049/2001/CE, ritenuti meritevoli di particolare protezione.

In linea con questa ricostruzione, la giurisprudenza unionale ha affermato che spetta alla parte che fa valere l'esistenza di un interesse pubblico prevalente fornirne la prova, con l'ulteriore specificazione per cui l'esigenza di conoscere tutte le informazioni relative a tutte le fasi di un progetto di ricerca tecnologica finanziato con fondi pubblici non può sistematicamente prevalere sugli interessi commerciali dei soggetti che abbiano partecipato al progetto, giacché una simile argomentazione sarebbe meritevole di accoglimento «*solo in presenza di una presunzione in base alla quale tali informazioni presenterebbero un interesse pubblico prevalente*». Di contro, «*in mancanza di una simile presunzione, spetta al ricorrente addurre in modo concreto le circostanze che giustificano la divulgazione dei documenti*»[18]. Analogamente, la CGUE, a fronte dell'invocazione di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione, ha

affermato che «*il regime delle eccezioni previsto da tale articolo 4, e segnatamente dal paragrafo 2 dello stesso, è fondato su una ponderazione degli interessi che si oppongono in una data situazione, ovvero, da un lato, gli interessi che sarebbero favoriti dalla divulgazione dei documenti in questione e, dall'altro, quelli che sarebbero minacciati da tale divulgazione*» concludendo che «*La decisione su una domanda di accesso ai documenti dipende dallo stabilire quale debba essere l'interesse prevalente nel caso di specie*»[19].

Ciò detto, la medesima giurisprudenza fornisce, in positivo e in negativo, alcune coordinate per l'individuazione di un interesse pubblico prevalente: ad esempio, è stato chiarito che solo in via eccezionale il principio di trasparenza può atteggiarsi a interesse pubblico prevalente in relazione a un documento che contiene un parere giuridico: ciò avverrebbe quando il parere afferisca a una procedura legislativa per la quale s'impone una trasparenza accresciuta, mentre non si ravvisa un interesse pubblico al mantenimento di un siffatto documento nel fascicolo di causa in ragione della mera esigenza individuale di uno Stato membro di sostenere un'eccezione processuale[20]. Del pari, non è stato ritenuto sufficiente invocare – per poter accedere alle informazioni commerciali afferenti a un progetto – l'esigenza di poter discutere pubblicamente di un programma di ricerca finanziato con fondi dell'Unione ritenuto politicamente "controverso" e in tesi idoneo a ledere i diritti fondamentali (si trattava di un progetto volto all'impiego di nuove tecnologie per la gestione dei controlli alle frontiere)[21]. In diversa occasione, invece, è stato ravvisato un interesse pubblico prevalente nella sicurezza dei consumatori, atto a giustificare l'accesso alle norme armonizzate adottate dal Comitato europeo di normazione (CEN) sulla sicurezza dei giocattoli, onde consentire la verifica della conformità dei prodotti immessi sul mercato alla legislazione dell'Unione[22]. La stessa CGUE ha avuto modo di evidenziare l'erroneità della tesi per cui gli stessi princìpi soggiacenti al regolamento 1049/2001 (trasparenza, apertura, democrazia e migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale) non potrebbero aprioristicamente essere considerati interessi pubblici prevalenti[23], così confermando la necessità di procedere a valutazioni concrete, caso per caso.

Infine, almeno un cenno merita il regolamento (UE) 528/2012 relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, il cui art. 66, intitolato "Riservatezza", dispone al par. 2 che l'Agenzia europea per le sostanze chimiche e

le autorità competenti rifiutano l'accesso alle informazioni la cui divulgazione pregiudicherebbe la tutela degli interessi commerciali o della vita privata e della sicurezza degli interessati, salvo il caso in cui sia indispensabile un'azione urgente per tutelare la salute umana, la salute animale, la sicurezza o l'ambiente o per altre ragioni di interesse pubblico prevalente. Anche in questo caso, la logica dell'interesse pubblico prevalente è quella dell'eccezione all'eccezione; si conferma il carattere indeterminato *ex ante* di un simile interesse ma si indicano alcune categorie di interessi atte ad assurgere a tale rango: salute umana, salute animale, sicurezza e ambiente.

In sintesi, alla luce delle surrichiamate coordinate giurisprudenziali, l'interesse pubblico prevalente è un interesse di rilevanza pubblica, non definito tipologicamente *ex ante*, che - sulla base delle specifiche circostanze e nell'ambito di un bilanciamento - assume rilevanza preminente nel singolo caso concreto. In mancanza di una presunzione per cui determinate informazioni assumono interesse pubblico prevalente, spetta all'istante (ricorrente) dimostrare le circostanze che diano luogo alla prevalenza dell'interesse vantato.

Senonché, il regolamento (CE) 1367/2006 (sull'applicazione alle istituzioni e agli organismi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia di ambiente), all'art. 6, ha effettivamente introdotto una presunzione di interesse pubblico prevalente, ai sensi della quale si ritiene che vi sia un interesse pubblico prevalente, ai fini dell'art. 4, par. 2, del cennato regolamento 1049/2001, qualora le informazioni per cui è richiesto l'accesso riguardino emissioni nell'ambiente. Nello specifico, la presunzione concerne le (sole) ipotesi di contrapposti interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, ovvero di contrapposte esigenze legate agli obiettivi delle attività ispettive e di revisione contabile, eccezion fatta per le indagini, in particolare quelle relative ad una possibile violazione della normativa comunitaria[24]. Sul punto, il Tribunale di primo grado dell'Unione Europea ha avuto modo di sostenere che tale presunzione comporta una deroga alla norma che prescrive la ponderazione degli interessi di cui all'art. 4, par. 2, reg. 1049/2001)[25]. In altra occasione, il medesimo Tribunale ha affermato che trattasi di una presunzione *iuris et de iure*, che risulta inconfutabile a prescindere dalla consistenza dell'interesse contrapposto (nel caso di specie, alla riservatezza di

informazioni commerciali), dato il primato assoluto riconosciuto all'interesse pubblico prevalente alla divulgazione delle informazioni relative alle emissioni nell'ambientale[26].

Ora, è evidente che il regolamento 1367/2006 abbia introdotto una presunzione legale[27], la quale comporta l'obbligo di divulgare e consentire l'accesso alle informazioni relative alle emissioni ambientali senza necessità di alcun bilanciamento con i contrapposti eventuali interessi alla riservatezza di informazioni commerciali o di tutela degli obiettivi di attività ispettive e di revisione contabile: in tal senso, il bilanciamento tra interessi è stato già svolto, in astratto, dal "legislatore" unionale e si è concluso a favore dell'interesse alla conoscenza delle informazioni in tema di emissioni nell'ambiente, qualificato come interesse pubblico prevalente. La presunzione legale, in questo caso, è di tipo assoluto e mette fuori gioco ogni tipo di bilanciamento del caso concreto, con riguardo agli specifici interessi contrapposti sopra menzionati, in quanto deve comunque prevalere la regola della divulgazione.

Tutto ciò considerato, quindi, si può affermare che l'ordinamento dell'Unione già contemplava sia l'espressione "interesse pubblico prevalente", sia la positivizzazione di una presunzione (assoluta) riferita allo stesso.

## 3. La presunzione di interesse pubblico prevalente nel regolamento 2022/2577 e nella direttiva (UE) 2023/2413

Com'è noto, una presunzione di interesse pubblico prevalente, a carattere relativo[28], è stata introdotta dal regolamento (UE) 2022/2577 per fronteggiare l'emergenza energetica connessa alla guerra in Ucraina, imprimendo «*un'accelerazione positiva alla diffusione delle energie rinnovabili nel breve termine*»[29]. La misura in questione ha un'efficacia temporale predeterminata di 18 mesi dall'entrata in vigore del predetto regolamento e si riferisce a una serie di attività, pubbliche e private, legate alla diffusione delle fonti rinnovabili sul territorio, e segnatamente – ai sensi dell'art. 3, par. 1 – «*La pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete*»; sono inoltre considerati di interesse pubblico prevalente la rete stessa e gli impianti di stoccaggio.

Il problema che si pone è se tale presunzione sia immediatamente applicabile nei

singoli procedimenti *lato sensu* autorizzativi relativi agli impianti FER e, in caso affermativo, in che termini dovrebbe operare.

Verso la risposta affermativa alla prima domanda militano una pluralità di argomenti. Anzitutto, occorre valorizzare il testo del primo paragrafo dell'art. 3 cit., il quale non menziona solo attività amministrative (la pianificazione) ma anche attività private, o comunque economicamente liberalizzate ai sensi del diritto dell'Unione[30], come la costruzione e l'esercizio degli impianti: se ne ricava che l'ambito applicativo della presunzione è anche il procedimento autorizzativo che ha ad oggetto tali attività, a prescindere dalla eventuale revisione degli strumenti di pianificazione – nelle materie rientranti nella competenza dell'Unione – vigenti.

Si prenda, inoltre, in esame il secondo periodo del par. 1: ivi si afferma che gli Stati membri possono limitare l'applicazione della presunzione a determinate parti del loro territorio nonché a determinati tipi di tecnologie o a progetti con determinate caratteristiche tecniche, conformemente alle priorità dei rispettivi PNIEC. Orbene, è evidente che l'intermediazione del legislatore nazionale ovvero dei competenti pianificatori è configurata come una mera eventualità, in difetto della quale, si ricava *a contrario*, la presunzione trova piena applicazione su tutto il territorio nazionale con riguardo a tutte le tipologie progettuali.

Ancora, merita di essere analizzato partitamente il secondo paragrafo dell'art. 3 cit., in base al quale «*Gli Stati membri provvedono a che nella procedura di pianificazione e autorizzazione, in sede di ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi, sia accordata priorità alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, nonché allo sviluppo della relativa infrastruttura di rete, quanto meno per i progetti riconosciuti come d'interesse pubblico prevalente*». Questa norma sembra, *prima facie*, contraddire quanto sinora argomentato, prestandosi alla lettura per cui in ogni caso sarebbe necessaria l'intermediazione degli Stati membri ai fini della revisione della normativa sulla procedura di autorizzazione. Senonché, un simile ragionamento porterebbe a conclusioni contrastanti con il dettato del primo paragrafo e inaccettabili alla luce di una corretta interpretazione sistematica e teleologica. Invero, l'opzione ermeneutica decisamente preferibile è quella per cui il primo periodo del secondo paragrafo, laddove si rivolge agli Stati membri, si riferisca direttamente anche agli organi di questi ultimi: ciò sarebbe del tutto coerente con

l'efficacia tipicamente *erga omnes* della fonte prescelta (il regolamento), e troverebbe ulteriore riscontro nel seguente argomento logico-sistematico: posto che la CGUE ha inconfutabilmente acclarato che le norme di direttive sufficientemente chiare, precise e incondizionate, che si rivolgono fisiologicamente agli Stati membri e che non vengono tempestivamente o correttamente trasposte, possano produrre effetti diretti e che, quindi, vadano applicate direttamente dall'amministrazione, al pari che del giudice nazionale[31], si può dunque dedurre che tanto possa valere, *a fortiori*, anche per la norma di regolamento che impone di accordare priorità alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Peraltro, il richiamo testuale alla ponderazione degli interessi nei singoli casi, rende evidente l'impercorribilità della tesi contraria: come potrebbe il legislatore, ma anche il competente pianificatore di settore, valutare tutti i singoli casi, esitare tutte le singole istanze, presenti e future, nelle loro specifiche caratteristiche, per effettuare il bilanciamento prescritto? È evidente il paradosso, ragion per cui bisogna concludere che il riferimento alla ponderazione dei singoli casi non può che alludere alla sede del procedimento amministrativo che culmina in provvedimenti puntuali su specifiche istanze. Ne deriva che la presunzione di interesse pubblico prevalente non può che essere affidata, quale criterio decisionale, innanzitutto e direttamente alle singole amministrazioni competenti a decidere delle istanze.

Tale conclusione, dal punto di vista teleologico, è in linea con l'urgenza sottesa all'adozione del regolamento e rispetta la *ratio legis* consistente nell'imprimere un'accelerazione delle fonti rinnovabili nel breve termine; di contro, a voler ritenere necessaria l'intermediazione legislativa o pianificatoria si affiderebbe la cogenza del regolamento al caso, vulnerandone l'effetto utile. Basti pensare alla (talvolta) fisiologica lunghezza dei procedimenti di modifica e revisione della normativa e della pianificazione in vigore; o ai rischi di volontà politiche divergenti che, attraverso la semplice via dell'inerzia, finirebbero per sterilizzare la portata della presunzione sancita dal regolamento.

D'altronde, proprio in Italia l'effetto utile della presunzione si apprezzerebbe essenzialmente sul versante della immediata operatività nell'ambito delle procedure autorizzative. Sul punto, la dottrina ha avuto modo di rilevare come le paralisi o i fallimenti dei processi autorizzativi risiedano, più che nell'architettura

procedurale, precipuamente all'interno della fase decisoria del procedimento, derivando dalla difficoltà di contemperare, in mancanza di criteri decisionali certi e univoci, i diversi interessi in gioco contrapposti, spesso di primaria rilevanza ordinamentale[32].

In definitiva, il corretto raccordo tra il primo e secondo paragrafo dell'art. 3 del regolamento (UE)2022/2577 sembra supportare la conclusione che segue: la presunzione di interesse pubblico prevalente, di carattere relativo, si applica di *default*, durante il periodo di 18 mesi in cui la presunzione è operativa[33], a tutte le procedure *lato sensu* autorizzative (ivi incluse le procedure di concessione) relative agli impianti FER (primo periodo del primo comma); gli Stati membri possono circoscrivere l'efficacia oggettiva e spaziale della presunzione, ai sensi del secondo periodo del primo paragrafo; se il singolo Stato membro decide di procedere in tal senso, deve comunque garantire che in sede di pianificazione e di autorizzazione sia garantita la priorità, direttamente sancita dal primo paragrafo, per i progetti che esso Stato membro riconosca come d'interesse pubblico prevalente (secondo paragrafo); in ogni caso, al netto delle aree in cui l'operatività della presunzione sia stata esclusa, spetta direttamente alle amministrazioni e ai giudici nazionali applicare la presunzione di interesse pubblico prevalente nei singoli casi.

L'esigenza di una preventiva eventuale intermediazione normativa o pianificatoria, a tutto concedere, può riconoscersi esclusivamente in relazione al secondo periodo del secondo paragrafo, ai sensi del quale la priorità di cui al primo periodo del secondo paragrafo può essere accordata solo se e nella misura in cui siano intraprese adeguate misure di conservazione che contribuiscono al mantenimento o al ripristino delle popolazioni delle specie in uno stato di conservazione soddisfacente e siano messe a disposizione a tal fine risorse finanziarie e aree sufficienti. Invero, il riferimento alle risorse finanziarie e all'individuazione di aree per la conservazione delle specie allude a un'attività di pianificazione che, se non già svolta o se svolta in maniera insufficiente a garantire la conservazione delle specie a fronte della realizzazione di nuovi impianti, dovrebbe essere oggetto di uno specifico intervento propedeutico all'applicazione della presunzione di prevalenza.

Da ultimo, la presunzione di interesse pubblico prevalente è stata reiterata ed estesa fino al conseguimento della neutralità climatica dalla direttiva (UE) 2023/2413 (RED III), che ha introdotto un nuovo articolo 16 *septies* nella

direttiva (UE) 2018/2001 (RED II), il quale, se da un lato non ripete il riferimento alla «*procedura di pianificazione*» di cui all'art. 3, par. 2, reg. (UE) 2022/2577, dall'altro è del tutto esplicito nel riferire l'operatività della presunzione «*nella procedura di rilascio delle autorizzazioni*». Non trattandosi di una misura temporanea, la cui efficacia sia circoscritta in virtù della data di presentazione delle istanze, è ragionevole concludere che la presunzione veicolata dalla direttiva sia applicabile nella fase decisionale dei procedimenti ancora pendenti e di quelli futuri, a prescindere dalla data di presentazione della relativa istanza.

Certo, non si può ignorare la diversità della fonte che veicola la presunzione: trattasi di una direttiva, che, come tale, si rivolge agli Stati membri e non è applicabile immediatamente *erga omnes*. Nondimeno, ci si può chiedere *quid iuris* se uno Stato membro non abbia correttamente trasposto la presunzione in esame nel proprio ordinamento interno entro il termine previsto (il 21 febbraio 2024). L'evidente allusione è alla possibilità di ricollegare alla norma in questione efficacia diretta. Se si tiene a mente che il *quid proprium* della presunzione relativa di interesse pubblico prevalente, consiste, ai fini della procedura autorizzativa, nel caricare l'amministrazione dell'onere di dimostrare, tramite motivazione rafforzata[34], che il progetto presentato comporterebbe un grave e irreparabile pregiudizio all'ambiente, sembra possibile circoscrivere in maniera chiara, precisa e incondizionata la portata precettiva della norma, che indubbiamente risulta vantaggiosa per il proponente. Se tale vantaggio abbia poi la consistenza di una posizione giuridica soggettiva conferita al privato che sia rilevante per integrare la fattispecie a efficacia diretta della norma di direttiva non correttamente recepita, è questione che meriterebbe un approfondimento a sé stante e che esula dall'economia della presente trattazione.

## 4. Ricadute applicative della novità normativa

Bisogna allora comprendere e valutare in che termini debba operare la presunzione in questione.

Il considerando (8) del regolamento (UE) 2022/2577 offre una pista di valorizzazione della novità normativa: la presunzione consentirebbe ove necessario di valutare mediante procedura semplificata se i progetti possono

beneficiare delle deroghe specifiche previste dalla pertinente normativa ambientale dell'Unione, con effetto immediato. La valutazione mediante procedura semplificata della possibilità di beneficiare di deroghe specifiche ai sensi della normativa ambientale dell'Unione, tuttavia, è solo una possibile declinazione applicativa della presunzione in esame, come testimonia l'inciso «*ove necessario*». D'altronde, si è già avuto modo di evidenziare come il testo dell'art. 3 del regolamento contempli espressamente l'operatività della presunzione nell'ambito delle procedure autorizzative e in sede di bilanciamento degli interessi nei casi concreti: appare chiaro, dunque, che la presunzione non si traduce esclusivamente nella facoltà per gli Stati membri di introdurre specifiche procedure semplificate di valutazione anticipata degli impatti ambientali, altrimenti si giungerebbe ancora una volta a espungere, in via ermeneutica, una parte del contenuto precettivo dell'art. 3 del regolamento.

A sua volta, il considerando (9) del regolamento conferma questa impostazione, allorché precisa, al secondo periodo, che la priorità da accordare alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili al momento della ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi è funzionale a eliminare le strozzature nella procedura autorizzativa.

Sul punto, inoltre, conviene ricordare che il primo periodo del primo paragrafo dell'art. 3 affianca alla presunzione di interesse pubblico prevalente anche la presunzione «*d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi, ai fini dell'articolo 6, paragrafo 4, e dell'articolo 16, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 92/43/CEE, dell'articolo 4, paragrafo 7, della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*». La disposizione normativa è chiara nell'affermare l'operatività di entrambe le presunzioni «*nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi*», in linea con quanto sin qui sostenuto, e implica la tipizzazione di alcune ipotesi di deroga agli obblighi e agli obiettivi imposti da alcune direttive europee in materia ambientale, posto che i progetti «*d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica*», possono essere realizzati, ai sensi della normativa unionale vigente, anche in ipotesi di: - valutazione di incidenza negativa sui siti della Rete Natura 2000 (art. 6, par. 4, della direttiva 92/43/CEE); - regimi di tutela speciali per le specie faunistiche e vegetali protette,

ai sensi degli artt. 12-15 della direttiva 92/43/CEE (art. 16, par. 1, lettera c), della direttiva 92/43/CEE); mancato rispetto degli obiettivi ambientali prescritti per i corpi idrici dall'art. 4 DQA (art. 4, par. 7, della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio); - regimi e misure di protezione degli uccelli prescritti ai sensi della direttiva 2009/147/CE (art. 9, par. 1, lettera a), della direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio).

Il *quid proprium* della presunzione, tuttavia, deve essere ricercato in altra direzione, posto che essa si affianca e non si riduce a quella, già contemplata dalla normativa ambientale appena richiamata, d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica. Sul punto torna utile la già richiamata giurisprudenza in tema di accesso ai documenti delle Istituzioni dell'Unione. L'interesse pubblico prevalente, invero, è tale in quanto è idoneo a fare aggio su altri interessi pubblici e privati ritenuti meritevoli di particolare protezione ai sensi della normativa dell'Unione. Il senso della positivizzazione di una presunzione legale, di tipo relativo, in ordine alla diffusione delle fonti rinnovabili, sembra doversi ricercare nella logica per cui «*in mancanza di una simile presunzione, spetta al ricorrente addurre in modo concreto le circostanze che giustificano la divulgazione dei documenti*»[35]. Pur se riferita al ben diverso contesto normativo concernente l'accesso ai documenti delle Istituzioni dell'Unione, se ne possono trarre pienamente le implicazioni della positivizzazione di una presunzione di interesse pubblico prevalente: sgravare il ricorrente (ovvero l'istante/il proponente, nell'ambito della procedura autorizzativa) dall'onere di dimostrare, nel caso specifico, che l'interesse vantato o comunque associato alla sua pretesa abbia consistenza tale da dover prevalere su altri contrapposti interessi oggetto di particolare protezione ai sensi della normativa dell'Unione.

Il legislatore unionale – è stato correttamente rilevato in dottrina – «*entra nel vivo del processo decisionale amministrativo*», imponendo un adeguata giustificazione delle decisioni pubbliche che, nei singoli casi facciano prevalere diversi interessi[36]. Facendosi questione di una presunzione relativa, ne deriva una sorta di inversione dell'onere della prova, spettando alle amministrazioni titolari di funzioni decisionali il compito di dimostrare perché, nei singoli casi, non si possa assentire la realizzazione degli impianti e delle infrastrutture energetiche contemplati dal primo paragrafo dell'art. 3. A tal fine, ovviamente, non basterà invocare la semplice presenza di un contrapposto interesse ambientale di rilevanza

ordinamentale primaria ovvero la sua possibile lesione, in quanto l'utilità della presunzione di interesse pubblico prevalente è proprio quella di risolvere il conflitto tra interessi di rilevanza pubblica preminente. Occorrerà, piuttosto, motivare in ordine alla presenza di «*prove evidenti che tali progetti hanno effetti negativi gravi sull'ambiente che non possono essere mitigati o compensati*» (arg. ex considerando (8) reg. 2022/2577 e considerando (44) dir. 2023/2413). L'onere motivazionale concernente l'evidenza delle prove e la gravità dei pregiudizi per l'ambiente, che non siano mitigabili o compensabili, di certo non può ritenersi assolto invocando la semplice presenza di un qualsivoglia rischio per questa o quella risorsa naturale ovvero il solo mancato rispetto degli strumenti attuativi, a livello interno, delle normative unionali in materia ambientale, anche alla luce della tipizzazione della deroga agli obiettivi di qualità ivi previsti in ragione della presunzione «*d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica*». Per poter legittimamente considerare recessivo l'interesse alla realizzazione del progetto, bisogna dimostrare che esso, con ogni probabilità, impatterà in maniera grave e irreversibile sull'ambiente, recando una perdita secca per le componenti ecosistemiche e/o per le risorse naturali, che non possa essere in alcun modo rimediata o attenuata. Spetterà, in particolare, all'amministrazione argomentare sul fatto che il pregiudizio invocato sia assistito dai crismi richiesti dalla norma e, specialmente, sul perché tale pregiudizio risulti di gravità qualificata.

Va da sé che il mancato assolvimento di un siffatto onere motivazionale rinforzato è sindacabile dinanzi alle competenti sedi giurisdizionali[37]. Tale risvolto è di tutto momento, soprattutto in relazione ai procedimenti di valutazione di impatto ambientale, i cui esiti sono ritenuti, ad oggi, praticamente insindacabili dalla giurisprudenza, che fa valere l'elevato tasso di discrezionalità (sia tecnica sia amministrativa/pura) esercitata in ambito VIA, il cui provvedimento viene ritenuto veicolare una funzione di indirizzo politico[38], circoscrivendo, per l'effetto, il sindacato ai vizi "macroscopici", "evidenti", "manifesti", ovvero *ictu oculi* percepibili[39]. In quest'ottica, all'assottigliamento della discrezionalità (essenzialmente, di quella amministrativa) esercitata in sede di VIA non può che corrispondere un maggiore incisività del sindacato giurisdizionale.

## 5. La presunzione di interesse pubblico prevalente nelle prime applicazioni amministrative e giurisprudenziali in Italia

La disamina di alcune decisioni amministrative e di ulteriori orientamenti giurisprudenziali a livello nazionale concorre ad ulteriormente indagare la portata applicativa della presunzione di interesse pubblico prevalente di derivazione unionale, consentendo di saggiarne effettivamente l'impatto sinora riscontrabile sull'ordinamento interno.

Viene in rilievo, anzitutto, la determinazione costitutiva n. 539 del 20 maggio 2024 della Provincia di Belluno, recante diniego di autorizzazione unica per un progetto di impianto idroelettrico a seguito di emissione di un parere di VIA non favorevole. In questo caso, la Provincia ha preso in considerazione il solo art. 16 *septies* della direttiva RED II, introdotto dalla direttiva RED 2023/2413, sebbene potrebbe obiettarsi che nel caso di specie fosse prioritariamente applicabile l'art. 3 del regolamento 2022/2577, a fronte di un'istanza di VIA presentata nel gennaio 2023 (l'istanza di concessione e autorizzazione, tuttavia risaliva al 2010). La Provincia, in tale atto, correttamente considera del tutto evidente che la presunzione prevista dal nuovo art. 16 *septies* si applica, indistintamente, a tutte le forme di energie rinnovabili, e nondimeno valorizza il tenore del considerando (34) della direttiva RED III e del suo art. 15 *quater*, in tema di zone di accelerazione, per giungere alla conclusione per cui gli obblighi della direttiva quadro acque (CE) 2000/60 possono essere derogati ove solo la deroga sia prevista dagli strumenti di pianificazione settoriale. Di conseguenza le normative e gli strumenti interni di attuazione devono essere comunque rispettati e non ne è possibile la deroga caso per caso, in quanto tale possibilità di deroga è consentita solo ove espressamente contemplata e disciplinata negli strumenti di pianificazione attualmente in vigore: l'operatività della presunzione è allora subordinata alla revisione, di regola sessennale, degli obiettivi per i singoli corpi idrici superficiali previsti dal Piano di gestione distrettuale delle acque e del Piano di tutela delle acque. Del pari, il medesimo documento afferma che l'art. 16 *septies* non potrebbe operare in una zona rientrante nella rete Natura 2000, invocando a sostegno di tale tesi l'art. 15 *quater* cit. par. 1 lett. a) punto ii), il

quale esclude dalle zone di accelerazione i siti Natura 2000.

Senonché, un simile argomentare contraddice tanto la premessa del ragionamento quanto la lettera dell'art. 16 *septies*. Da un lato, infatti, la premessa del ragionamento è che la presunzione si applica a tutte le fonti rinnovabili: sostenere che, per le centrali idroelettriche, non sia possibile alcuna deroga agli obblighi della direttiva quadro acque (DQA), e delle direttive habitat (92/43/CEE) e uccelli (2009/147/CE) laddove il progetto ricada in siti Natura 2000, significa affermare, in buona sostanza, l'inapplicabilità della presunzione agli impianti idroelettrici, dal momento che gli interessi prevalenti, in questi casi, sarebbero sempre e comunque i contrapposti interessi ambientali tutelati dalla previgente normativa unionale. Inoltre, il richiamo al considerando (34) e all'art. 15 *quater* non sembra conferente: trattasi di previsioni che si riferiscono al procedimento di pianificazione delle zone di accelerazione, il cui contenuto non è affatto incompatibile con l'operatività della presunzione di interesse pubblico prevalente anche al di fuori di un simile processo e fuori dall'ambito spaziale di tali zone. In quest'ottica, la presunzione rileva anche (e soprattutto) nella fase decisionale dei singoli procedimenti, mentre la pianificazione delle zone di accelerazione è un'attività che sfocia in atti di portata generale ed è precipuamente funzionale, nell'ottica del diritto unionale, alla introduzione di misure di accelerazione procedimentale. Peraltro, il considerando (34) si riferisce alla generalità degli obblighi della DQA, con riferimento essenzialmente alla fase di pianificazione delle zone di accelerazione: in virtù del criterio della specialità, tale previsione cede il passo all'applicazione della peculiare ipotesi di deroga prefigurata dall'art. 16 *septies* ai sensi dell'art. 4, par. 7, DQA, che concerne specificamente la possibilità di non raggiungere il buono stato (o potenziale) ecologico del corpo idrico ovvero di non impedirne il deterioramento. Questa ricostruzione, che suggerisce di tenere su due piani distinti l'attività di pianificazione delle zone di accelerazione e le norme che a essa si riferiscano rispetto all'articolo in tema di presunzione di interesse pubblico prevalente, trova conforto nell'osservazione per cui, se è vero che l'art. 15 *quater* par. 1 lett. a) punto ii) esclude dalle zone di accelerazione i siti Natura 2000, al contempo l'art. 16 *septies* testualmente consente, in ragione della presunzione «*d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica*», di realizzare gli impianti anche in caso di valutazione di incidenza negativa per i siti della Rete Natura 2000, a norma

dell'art. 6, par. 4, della direttiva 92/43/CEE. Insomma, l'argomentare della Provincia, sovrapponendo l'ambito applicativo delle previsioni introdotte dalla direttiva RED III che disciplinano rispettivamente l'istituzione delle zone di accelerazione e l'applicazione della presunzione di interesse pubblico prevalente, finisce, specialmente con riguardo agli impianti idroelettrici, per sterilizzare la presunzione negando, *tout court*, la prevalenza all'interesse alla diffusione delle rinnovabili nel conflitto con altri interessi protetti dalla normativa dell'Unione; ovvero, con effetto parimenti riduttivo, subordina l'applicazione della presunzione - che per l'effetto non avrebbe una portata applicativa autonoma nei singoli procedimenti - alle scelte effettuate in sede di pianificazione in materia di acque o in materia di individuazione delle zone di accelerazione.

In argomento, comunque, non pare superfluo ricordare che la giurisprudenza della CGUE antecedente all'introduzione della presunzione di interesse pubblico prevalente e d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica riferita alle fonti rinnovabili, aveva già riconosciuto la possibilità di assentire la deroga agli obiettivi qualitativi della DQA nell'ambito dello specifico procedimento autorizzativo relativo al singolo progetto, indicando le motivazioni che giustificano la deroga nell'atto autorizzativo, e salvo successivo adeguamento della pianificazione di settore[40].

Nondimeno, anche la Provincia di Brescia, con provvedimenti del 3 marzo 2025, prot. nn. 39560 e 39564, recanti l'archiviazione di istanze di concessione derivazione d'acqua a scopo idroelettrico, ha assunto una posizione restrittiva, tale da escludere la diretta applicazione della presunzione nei procedimenti *lato sensu* autorizzativi, in quanto la presunzione si rivolgerebbe esclusivamente agli Stati membri, i quali, in tesi, dovrebbero adottare una disciplina uniforme, al fine di evitare applicazioni difformi a livello locale. Con specifico riguardo all'assentibilità della deroga ai sensi dell'art. 4, par. 7, DQA, si evidenzia che gli strumenti di pianificazione di settore vigenti e applicabili non sembrano consentire la deroga in sede di rilascio di nuove concessioni. Anche in questo caso, dunque, l'operatività della presunzione risulta subordinata alla revisione della pianificazione di settore, ritenendosi, in sostanza, che essa non possa trovare applicazione diretta nella fase decisionale dei singoli procedimenti concessori/autorizzativi.

Le prime esperienze applicative riportate, come si è cercato di evidenziare,

depongono nel senso che la presunzione in esame non sia direttamente applicabile, richiedendo l'intermediazione normativa degli Stati membri e/o la revisione degli strumenti di pianificazione vigenti. L'effetto della novità normativa, di conseguenza, risulta pressoché inconsistente, dal momento che si sostanzierebbe o nell'inutile reiterazione del compito di procedere all'individuazione delle zone di accelerazione per le fonti rinnovabili, ovvero nella (non necessaria, anche alla luce della surrichiamata giurisprudenza della CGUE) conferma della facoltà per le amministrazioni interne di prevedere, in sede di revisione della pianificazione di settore, alcune ipotesi di deroga agli obiettivi di tutela ambientale previsti dalla normativa dell'Unione per consentire la realizzazione di impianti FER. Si neutralizza, in tal modo, il riferimento contenuto sia nel regolamento 2022/2577 sia nell'art. 16 *septies* dir. RED II, al bilanciamento degli interessi nei singoli casi, nell'ambito delle procedure autorizzative. La presunzione d'interesse pubblico prevalente si ridurrebbe, allora, nella semplice riaffermazione del già chiaro *favor* ordinamentale per le fonti rinnovabili.

Per quanto attiene alla disamina della giurisprudenza si riscontra un filone che invoca la presunzione di interesse pubblico prevalente (introdotta dal regolamento 2022/2577) quale argomento *ad abundantiam* volto a corroborare la tesi per cui i termini del procedimento di VIA sono perentori (ai sensi dell'art. 2 l. 241/1990) e il Ministero dell'Ambiente deve concludere il procedimento nel rispetto di tali termini, anche in caso di mancata adozione tempestiva della Commissione tecnica, attraverso l'attivazione di poteri sostitutivi[41]. Come è agevole rilevare, la presunzione non sembra fornire, in questo ragionamento, alcun apporto innovativo, posto che le medesime conclusioni sono autonomamente sorrette dalla lettura delle disposizioni del d.lgs. 152/2006 in combinato disposto con quelle dell'art. 2 l. 241/1990.

Il TAR Piemonte ha avuto modo di negare la possibilità di dare applicazione diretta alla presunzione sancìta nell'art. 16 *septies* dir. RED II, ritenendo conferenti le affermazioni di un parere del Consiglio di Stato del 2021 in base al quale «*le direttive europee e gli accordi internazionali, dunque, non hanno nessun effetto verticale diretto e non svolgono nessuna incidenza, né rilevanza riguardo alle scelte – statali e regionali – in ordine al corretto bilanciamento tra gli opposti interessi pubblici della salvaguardia delle risorse agricole e naturali locali (artt. 9,*

*32 e 44 Cost.) e dello sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili (per perseguire l'obiettivo globale della lotta ai gas climalteranti). Del resto, operare una comparazione (o una sorta di bilanciamento) tra il valore della lotta al mutamento climatico, che riguarda effetti ipotetici, indiretti e futuri e si pone su di un piano globale e di lungo periodo, e il valore di tutela della risorsa agricola e del paesaggio, che verrebbe invece pregiudicato immediatamente per effetto diretto degli interventi proposti, costituisce un evidente errore logico, prima che giuridico, poiché implica l'instaurazione di una comparazione tra termini palesemente eterogenei e non commensurabili, perseguendo l'uno un effetto solo ipotetico, indiretto e futuro, comportando l'altro, invece, danni immediati, certi e diretti ai beni-interessi protetti*»[42].

Una maggiore valorizzazione della portata applicativa della presunzione in questione in sede di ponderazione degli interessi nei singoli casi è, invece, rinvenibile in alcuni arresti del TAR Puglia, sede di Bari, ove si attribuisce rilievo all'art. 3 del regolamento 2022/2577, «*secondo cui gli impianti alimentati da fonti rinnovabili assumono "interesse pubblico prevalente" nell'ambito della ponderazione dei vari interessi giuridici nei singoli casi, di guisa che gli atti gravati non appaiono, nel complesso, congruamente motivati, non rintracciandosi alcuna ragione per ritenere sussistenti apprezzabili profili di incompatibilità ambientale o paesaggistica, in assenza di espressi vincoli ostativi*»[43].

Senonché, anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno avuto di pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 3 reg. 2022/2577. Nello specifico, dopo aver dichiarato l'inapplicabilità *ratione temporis* del regolamento alla procedura autorizzativa del caso di specie (relativa a un progetto di impianto idroelettrico), la Suprema Corte ha laconicamente e sibillinamente concluso che il regolamento *de quo* presuppone «*in ogni caso che la priorità alla costruzione ed all'esercizio degli impianti FER venga dai singoli Stati attuata, seppure in attuazione delle deroghe di cui alla Direttiva Quadro Acque, nella ponderazione degli interessi giuridici propri dei singoli casi*»[44]. Affermazione, questa, che da un lato sembra sottendere la necessaria intermediazione normativa degli Stati membri (distonica, peraltro, con la natura dell'atto regolamentare e con il carattere emergenziale delle sue misure), e dall'altro lascia aperto il dubbio su come possano realisticamente gli Stati membri, attraverso i propri legislatori, effettuare una ponderazione degli interessi giuridici propri dei singoli casi, ovvero di tutti e di ciascuno di essi.

## 6. Il recepimento della presunzione di interesse pubblico prevalente nell'ordinamento italiano

Ad ogni modo, è bene evidenziare che il legislatore nazionale ha inteso recepire la presunzione di cui all'art. 16 *septies* dir. RED II tramite l'art. 3 del d.lgs. 190/2024 (il c.d. testo unico[45] sulle fonti energetiche rinnovabili, teso a dare attuazione, specialmente a seguito dei rilievi critici sollevati in sede di parere dal Consiglio di Stato[46], alle previsioni introdotte dalla direttiva RED III). Conviene dunque prendere in esame in che termini sia avvenuta la trasposizione e quali implicazioni ne derivino.

Il primo comma dell'art. 3 recita: «*In sede di ponderazione degli interessi, nei singoli casi e salvo giudizio negativo di compatibilità ambientale o prove evidenti che tali progetti abbiano effetti negativi significativi sull'ambiente, sulla tutela della biodiversità, sul paesaggio, sul patrimonio culturale e sul settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, anche tenendo conto di quanto previsto ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, gli interventi di cui all'articolo 1, comma 1, sono considerati di interesse pubblico prevalente ai sensi dell'articolo 16-septies della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018*».

La norma in questione conferma l'impostazione sostenuta nel presente lavoro, riaffermando l'applicazione della presunzione di interesse pubblico prevalente ai sensi dell'articolo 16 *septies* della direttiva (UE) 2018/2001 (testualmente richiamato) nei singoli casi, evidentemente nella fase decisoria dei singoli procedimenti autorizzativi (e concessori). Tale conclusione è ulteriormente confortata dalla lettura del secondo comma dell'art. 3 in questione, in base al quale il Presidente del Consiglio dei ministri previa intesa in sede di Conferenza unificata può individuare i casi in cui la presunzione non si applica: *a contrario*, si arguisce evidentemente che nella generalità dei casi e senza bisogno di intermediazioni dei *policy makers* o dei pianificatori di settore, la presunzione è pianamente e pienamente applicabile, in sede di ponderazione degli interessi nei singoli procedimenti. Peraltro, l'applicazione della presunzione non è condizionata alla data di presentazione dell'istanza, venendo in rilievo, esclusivamente, il momento della decisione.

Sembra altresì confermato che il procedimento di pianificazione spaziale delle aree idonee (considerazioni analoghe possono trarsi per le zone di accelerazione) a ospitare gli impianti va tenuto su un piano distinto da quello dell'operatività della presunzione di interesse pubblico prevalente, non essendo precondizione necessaria alla sua applicazione nei singoli procedimenti autorizzativi: in tal senso, il comma 3 fa salva l'individuazione delle aree ai sensi dell'art. 20 d.lgs. 199/2021, norma che disciplina, per l'appunto, l'individuazione delle aree idonee su terraferma, ma che procede direttamente, in via transitoria, all'individuazione di aree idonee *ex lege* (statale) nelle more della designazione a opera delle Regioni. Insomma, è chiaro che il sistema diretto all'individuazione delle aree idonee si muove su un separato binario e prevede un diverso iter procedimentale rispetto al procedimento teso all'individuazione delle specifiche aree e delle tipologie progettuali per le quali non vada applicata la presunzione di interesse pubblico prevalente. Il menzionato comma 1, d'altronde, richiede solamente di tenere conto di quanto previsto dall'art. 20 d.lgs. 199/2021, unitamente agli ulteriori elementi di valutazione citatati, per stabilire se la presunzione non possa operare: il richiamo, al più, può valere a escludere l'operatività della presunzione nelle aree considerate specificamente non idonee, ma di certo non già nel senso di restringere l'operatività della presunzione alle sole aree individuate come idonee dalle Regioni, pena lo svuotamento di significato del secondo comma dell'art. 3.

Desta qualche perplessità, piuttosto, la formulazione alquanto ampia e generica delle eccezioni in presenza delle quali la presunzione relativa, nei singoli casi, possa ritenersi superata. Compare, infatti, un'elencazione di svariati interessi afferenti alla dimensione *lato sensu* ambientale, i quali ordinariamente vengono a emersione in sede di autorizzazione degli impianti FER. Orbene, l'utilità della presunzione di interesse pubblico prevalente dovrebbe consistere proprio nell'orientare l'esercizio della discrezionalità a fronte di siffatti interessi contrapposti, accordando tendenziale prevalenza allo sviluppo delle fonti rinnovabili. La formulazione dell'articolo, sotto questo profilo, avrebbe potuto essere, opportunamente, più circoscritta e specifica.

In proposito, l'articolo in questione sembrerebbe accontentarsi, per mettere fuori gioco la presunzione relativa di interesse pubblico prevalente, di un giudizio negativo di compatibilità ambientale o di prove evidenti che i progetti abbiano effetti negativi significativi sugli interessi *lato sensu* ambientali surrichiamati. La

formulazione non convince e pone dubbi circa la corretta attuazione del diritto dell'Unione. Invero, l'ambito di elezione per l'applicazione della presunzione di interesse pubblico prevalente dovrebbe essere costituito proprio dai subprocedimenti di valutazione di impatto ambientale, nei quali confluisce tra l'altro la valutazione di incidenza (V.Inc.A.), rispetto alla quale la presunzione «*d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica*» consente appunto in via derogatoria di soprassedere a una V.Inc.A. negativa. Inoltre, si rileva che la direttiva non si limita a richiedere, per superare la presunzione relativa di interesse pubblico prevalente, prove evidenti di effetti negativi significativi sull'ambiente, ma esige altresì che i medesimi effetti non possano essere mitigati o compensati.
Le cennate discrasie potrebbero essere risolte in via ermeneutica, valorizzando il rinvio testuale rivolto all'art. 16 *septies* dir. RED II, riallineando, per tale via, la portata precettiva dell'art. 3, co. 1, con la *voluntas* del "legislatore" unionale, garantendo l'effetto utile della presunzione, che non può non operare anche nei procedimenti di valutazione di impatto ambientale ove previsti, nei quali, per eccellenza, si contrappongono all'interesse alla promozione delle rinnovabili e alla realizzazione dell'impianto gli ulteriori interessi *lato sensu* ambientali menzionati dalla norma. In quest'ottica, la specificazione che fa salvo l'eventuale giudizio negativo di compatibilità ambientale emesso, si giustificherebbe esclusivamente in quanto tesa a evitare, ragionevolmente, una duplicazione dell'applicazione della presunzione nel medesimo procedimento, strumentalmente volta a superare un giudizio negativo di compatibilità ambientale nel quale sia stata già vagliata e correttamente superata la presunzione relativa in esame. Parimenti, un'interpretazione orientata all'effetto utile del diritto dell'Unione suggerisce una lettura rigorosa e restrittiva degli impatti significativi sull'ambiente, intendendo per tali quelli che non risultino mitigabili o compensabili.
Se poi il diritto vivente si assesterà invece su posizioni difformi, si potrà porre il tema dell'esattezza della trasposizione operata dal legislatore nazionale e, conseguentemente, di un possibile inadempimento al Trattato.

## 7. Conclusioni

Le due disposizioni dell'Unione Europea che introducono e confermano la presunzione di interesse pubblico prevalente per gli impianti di produzione di

energia da fonte energetica rinnovabile realizzano una significativa innovazione nel quadro normativo europeo e nazionale, volta ad accelerare la transizione energetica in risposta all'emergenza climatica e alle crisi geopolitiche. Tuttavia, l'effettiva introduzione di questo principio innovativo nel diritto interno incontra forti resistenze che conducono a sollevare questioni interpretative ed applicative, sia in relazione alla sua compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento europeo e costituzionale, sia riguardo alla sua cogenza nei procedimenti autorizzativi.

La presunzione della prevalenza dell'interesse alla costruzione degli impianti FER opera come criterio di priorità nell'attività di comparazione e ponderazione degli interessi, auspicabilmente orientando la discrezionalità nella fase decisoria dei singoli procedimenti verso scelte che considerino tendenzialmente recessivi gli interessi che si contrappongono alla transizione energetica, assicurando in tal modo che il preminente interesse pubblico alla promozione di quest'ultima, protetto dall'ordinamento e promosso a livello programmatico e strategico unionale e nazionale, si rispecchi congruamente nelle decisioni puntuali.

Si tratta di una presunzione relativa, che non sembra escludere del tutto il bilanciamento a favore di altri interessi ma inverte l'onere della prova, gravando le amministrazioni competenti di dimostrare in modo stringente che gli effetti positivi di un impianto FER riconosciuti come prevalenti *ex lege* siano concretamente neutralizzati da impatti negativi talmente gravi e irreversibili sull'ambiente, non mitigabili né compensabili, da rendere assolutamente intollerabile la realizzazione dell'impianto.

Il vero nodo applicativo della questione risiede nel procedimento autorizzativo degli impianti e l'analisi della prima prassi applicativa, sia di alcune amministrazioni che di alcuni organi giurisdizionali, sembra denotare un approccio restrittivo che nega l'applicazione diretta della presunzione, subordinandola a interventi legislativi o pianificatori. Non mancano però delle aperture in alcune pronunce che, se sviluppate, potrebbero condurre all'effettivo riconoscimento dell'operatività della presunzione nei singoli procedimenti, in linea con la natura *erga omnes* del regolamento UE e con la RED III, la quale ad un primo esame appare essere sufficientemente chiara, precisa e incondizionata nell'affermare la presunzione in funzione dell'obiettivo di accelerazione delle singole procedure autorizzative.

Il possibile effetto innovativo e dirompente del nuovo principio potrebbe subire una consistente mitigazione dal d. lgs. 190/2024, di recepimento della direttiva RED III, il cui portato testuale sembra rendere necessaria un'interpretazione conforme al diritto UE che valorizzi il requisito della non mitigabilità/compensabilità dei danni ambientali.
Affinché la presunzione realizzi il suo effetto utile, sarà necessario:

- chiarire i criteri per superare la presunzione, evitando che diventi una mera enunciazione priva di conseguenze pratiche;
- armonizzare l'applicazione tra amministrazioni e giudici, superando orientamenti difformi;
- monitorare la compatibilità con i controlimiti costituzionali e i principi ambientali UE, anche in vista di eventuali pronunce della Corte di Giustizia o della Corte costituzionale.

Ai fini del singolo procedimento autorizzativo, non si tratta di sopprimere la necessaria ponderazione degli interessi in gioco, ivi inclusi quelli di natura ambientale e paesaggistica, posto che il bilanciamento tra gli interessi rimane il cardine dell'esercizio della discrezionalità spettante all'amministrazione per la scelta dei mezzi per raggiungere il risultato della transizione energetica, a fronte degli impatti sul territorio che possono determinare i singoli progetti. Né si intende avallare l'idea che la – invero intrinsecamente complessa e delicata – attività di semplificazione amministrativa (principio che anima anche il richiamato d.lgs. 190 del 2024) possa ridursi alla ricerca di decisioni automatiche e vincolate, secondo una costruzione dei rapporti tra semplificazione e discrezionalità in termini oppositivi, spogliando l'amministrazione del potere di valutare in concreto la consistenza degli interessi pubblici e privati sottesi alla decisione.
Piuttosto, la presunzione in commento s'innesta sull'attività dialettica tra i vari interessi, chiarendo che le rinnovabili hanno un effetto pro-ambientale su scala vasta laddove il funzionario amministrativo è spesso portato a (soprav)valutare l'impatto ambientale e territoriale del singolo impianto su base locale, dando prevalenza alle esigenze di conservazione dello stato dei luoghi, andando ad alimentare la cosiddetta sindrome NIMBY. L'amministrazione, di contro, pur

mantenendo il proprio potere discrezionale, dovrà d'ora in avanti riconoscere e considerare che la riduzione della CO2 in atmosfera è un impegno politico e giuridico prioritario cui deve darsi tendenziale prevalenza nei bilanciamenti dei singoli casi. D'altro canto, alla luce degli eventi climatici sempre più estremi, risulta inadeguato l'approccio conservativo teso a salvaguardare un determinato luogo, se questo l'anno successivo rischia di essere devastato dal fuoco o travolto dall'alluvione, ovvero a evitare di tagliare alcuni alberi di un bosco, che però sarà tutto abbattuto dalla prossima tempesta "Vaia". A seguito della novità normativa la PA dovrà dar conto di aver valutato accuratamente questa priorità unitamente agli altri interessi in gioco.

Del resto la Commissione europea ha recentemente valutato l'andamento dei piani nazionali energia e clima (PNIEC) in vista degli obbiettivi da raggiungere entro 2030 rilevando che sebbene i Paesi membri siano sulla buona strada, il raggiungimento degli obiettivi necessita di una applicazione rigorosa delle regole espansive introdotte dall'Unione destinate a garantire un aumento estremamente rapido della produzione di energia da fonti rinnovabili. Pertanto, un'interpretazione normativa del principio del prevalente interesse pubblico che faccia prevalere gli altri aspetti di tutela ambientale rispetto a quello di lotta ai cambiamenti climatici porterebbe al fallimento degli obiettivi che l'Unione si è proposta di realizzare, con ricadute estremamente negative sull'ambiente che si vorrebbe tutelare. I cambiamenti climatici in atto hanno procurato costantemente anche gravi danni economici, che la Commissione ha quantificato da ultimo in 163 miliardi di euro nel periodo 2021-2023.

In conclusione, la presunzione di interesse pubblico prevalente costituisce un importante strumento per favorire la transizione energetica, ma la sua effettività dipenderà sì da un bilanciamento rigoroso e motivato tra esigenze climatiche e tutela delle componenti ecosistemiche, ma anche dal riconoscimento di un'effettiva prevalenza della produzione di energia pulita seppur nel rispetto dei principi di legalità, proporzionalità e certezza del diritto.

1. Il presente lavoro è il frutto di una riflessione condivisa tra gli autori, nondimeno il paragrafo 1 è da attribuirsi a Renata Spagnuolo Vigorita, i paragrafi da 2 a 6 sono da attribuirsi ad Antonio Persico, il paragrafo 7 è da attribuirsi a Giovanni Battista Conte.
2. In dottrina, cfr. P. Chirulli, *Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra "RePowerEU" e direttiva RED III*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2, 2024, pp. 196 ss.; F. Eroico,

*Energie rinnovabili e presunzione di interesse pubblico prevalente: prime impressioni a margine del regolamento (UE) 2577/2022*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2024, pp. 55 ss.

3. Con cui è stata modificata la direttiva (UE) 2018/2001 (cd. RED II) attraverso l'inserimento di un nuovo articolo 16 *septies*.
4. Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento 2018/1999/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, il conseguimento della neutralità climatica è un obiettivo vincolante da conseguire al più tardi entro il 2050 e comporta l'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l'Unione dei gas a effetto serra disciplinati dalla normativa unionale. In dottrina, sull'azione di impulso dell'Unione tesa al perseguimento della neutralità climatica attraverso la promozione delle fonti rinnovabili cfr. F. Fracchia, P. Pantalone, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedimentali*, Napoli, 2022; F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit*, 1, 2022, pp. 53 ss.; F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetic*a, Torino, 2020.
5. L'esistenza di tale principio è stata confermata in ripetute occasione dalla Corte costituzionale, che sul versante interno lo ha qualificato come principio fondamentale in materia energetica. Tra le varie pronunce, cfr. Corte Cost. n. 46/2021, n. 237/2020, n. 148/2019, n. 86/2019. In dottrina, cfr. V. Buratti, *Il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili e l'illegittimità di divieti assoluti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 34, 2019, pp. 635 ss.
6. In precedenza, la quota percentuale dell'energia prodotta da fonti rinnovabili sui consumi finali lordi da conseguire entro il 2030 era sancita dalla direttiva RED II nella misura del 32,5%.
7. Il tema è ampiamente indagato, fra tutti cfr. E. Bruti Liberati, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, in *Giorn. dir. amm*., 6, 2024, p. 745.
8. Sulla questione, cfr. D. Bevilacqua*, La dialettica tra la promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giorn. dir. amm*. 1, 2024, p. 125.
9. Cfr. A. La Calle Marcos, *Informe sobra la propuesta de reglamento para acelerar el despliegue de las energías renovables adoptada para la Comisión el 9 de Noviembre de 2022*, pubblicato sul sito della *Fundación Nueva Cultura del Agua*: www.fnca.ue.
10. In argomento, si veda A. Persico, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele (Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022 e ai riferimenti giurisprudenziali ivi contenuti.
11. Cfr. M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb*., 1-2, 2012.
12. Per certi versi si tratta di questione non dissimile da quella che si prospetta nel settore dei contratti pubblici, in particolare in forza delle relative norme processuali: la giurisprudenza è particolarmente attenta, specie in sede cautelare, a ritenere sussistente la presunzione di preminenza dell'interesse pubblico alla sollecita esecuzione del contratto prevista

dall'articolo 120, c. 8 ter, del c.p.a.

13. Sia consentito in argomento rinviare a R. Spagnuolo Vigorita, *Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'Amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale*, in *Munus*, 2, 2020, p. 347.
14. Su cui Corte Cost., sent. 16 luglio 2024, n. 132.
15. Pur se riferita al diverso ambito delle concessioni ed alla problematica degli spazi di concorrenza nel settore, utili riferimenti di ricostruzione possono essere tratti da Corte giust., sentenza 20 aprile 2023, C-348/22.
16. Per un commento al Regolamento 1049/2001/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001, cfr. R. Bifulco, *Il regolamento sull'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Quaderni cost*., 3, 2001, pp. 696 ss.; C. Alberti, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam fra consacrazione e limitazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1, 2003, pp. 55 ss.
17. Cfr. i primi tre "considerando" e l'art. 1 del regolamento 1049/2001/CE.
18. Corte giust., Decima Sez., 7 settembre 2023, C-135/22 P.
19. Corte giust., Quinta Sez., 14 novembre 2013, in cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P.
20. Cfr. Corte giust., Grande Sez., 31 gennaio 2020, C-457/18; nonché Corte giust., Plen., 16 febbraio 2022, C-156/21.
21. Corte giust., Decima Sez., 7 settembre 2023, C-135/22 P.
22. Corte giust., Grande Sez., 5 marzo 2024, C-588/21.
23. Corte giust., Grande Sez., 1 luglio 2008, in cause riunite C-39/05 P e C- 52/05 P.
24. Sul punto, la CGUE ha affermato che i procedimenti per inadempimento di uno Stato membro costituiscono attività di indagine: Corte giust., Quinta Sez., 14 novembre 2013, in cause riunite C-514/11 e C-605/11 P.
25. Tribunale, Ottava Sez., 7 marzo 2019, T-716/14.
26. Tribunale, Seconda Sez., T-545/11.
27. Che trattasi di una presunzione legale lo conferma anche Corte giust., Quinta Sez., 14 novembre 2013, in cause riunite C-514/11 e C-605/11 P.
28. Il carattere relativo della presunzione è espressamente affermato dai considerando (4) e (8) del regolamento.
29. Cfr. il considerando (4) del Regolamento 2022/2577/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 dicembre 2022.
30. Cfr. l'art. 8, par. 1, della Direttiva 944/2019/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, ai sensi del quale «*Per la costruzione di nuovi impianti di generazione gli Stati membri adottano una procedura di autorizzazione informata a criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione*».
31. Cfr. Corte giust., 22 giugno 1989, nel procedimento 103/88. Tale approdo è stato di recente confermato da Corte giust, Terza Sez., 20 aprile 2023, C-348/22.
32. Cfr. B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati*

*dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, pp. 124 ss.; S. Spuntarelli, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. Amministrativo*, 1, 2023, pp. 59 ss.

33. Quantomeno a tutte quelle la cui istanza sia stata presentata durante il periodo in questione: cfr. l'art. 1 del regolamento.
34. Che la presunzione prevista dall'art. 3 d.lgs. 190/2024 imponga un onere di motivazione rafforzato in capo all'autorità procedente è stato di recente sostenuto anche da P. Pantalone, *La disciplina introdotta dal Decreto legislativo 25 novembre 2024, n. 190, in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025.
35. Corte giust., decima sez., 7 settembre 2023, C-135/22 P.
36. P. Chirulli, *Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra REPowerEU e Direttiva RED III*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2, 2024, p. 205.
37. Cfr., in senso analogo, A. Travi, *Le procedure di valutazione ambientale per gli impianti che utilizzano fonti convenzionali di energia*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, op. cit., pp. 165 ss.
38. In dottrina, in particolare, evidenzia la componente di politicità della VIA E. Scotti, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la Via e i procedimenti unificati*, in *Rivista giur. edilizia*, 5, 2018, pp. 353 ss. (in particolare, vds. nota 97, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinari in argomento).
39. Cfr.; Cass. civ., s.u., ord. 27 dicembre 2023, n. 35943 e ord. 14 aprile 2023, n. 10054; Cons. St., Sez. IV, 2 gennaio 2019, n. 16; Cons. St., Sez. IV, 18 maggio 2018, n. 3011; T.A.R Lazio, Sez. V, sentenza del 4 aprile 2024, n. 6517.
40. Cfr. in particolare Corte giust., Seconda sez., 5 maggio 2022, C-525/20: «*Quanto alla condizione prevista all'articolo 4, paragrafo 7, lettera b), della direttiva 2000/60 secondo cui «le motivazioni delle modifiche o alterazioni [devono essere] menzionate specificamente e illustrate nel piano di gestione del bacino idrografico prescritto dall'articolo 13 [di tale direttiva] e gli obiettivi sono riveduti ogni sei anni», dalla giurisprudenza della Corte (sentenza del 4 maggio 2016, Commissione/Austria, C-346/14, EU:C:2016:322, punti 66 e 68, nonché giurisprudenza ivi citata) e dai termini dell'allegato VII, parte A, punto 5, di tale direttiva risulta che detta condizione può considerarsi soddisfatta quando le motivazioni che sono all'origine del progetto interessato sono contenute, alla data dell'autorizzazione di tale progetto, unicamente nella decisione di autorizzazione del medesimo*». A sua volta, la citata sentenza del 4 maggio 2016, Commissione/Austria, in causa C-346/14, riguardava, per l'appunto, l'autorizzazione in deroga di un progetto di centrale idroelettrica, nel caso di specie correttamente ritenuto rivestire un interesse pubblico superiore.
41. Cfr., *ex multis*, T.A.R Sicilia, Catania, sez. I, 28 aprile 2025, n. 1398; 7 aprile 2025, n. 1156; 21 marzo 2025, n. 996; T.A.R Sicilia, Palermo, Sez. V, 25 settembre 2024, n. 2625;

T.A.R Campania, Napoli, Sez. V, 24 marzo 2025, n. 2501; 24 gennaio 2025, n. 618; T.A.R Puglia, Bari, sez. II, 22 aprile 2024, nn. 449 e 500; T.A.R Sardegna, sez. II, 28 ottobre 2024, n. 745.

42. T.A.R Piemonte, sez. II, 4 luglio 2024, n. 820, che a sua volta richiama Cons. St., sez. I, 11 maggio 2021, n. 843.
43. Cfr. T.A.R Puglia, Bari, Sez. II, 28 aprile 2023, nn. 683 e 684. Nello stesso senso, altresì T.A.R Puglia, Bari, Sez. II, 23 marzo 2023, n. 529.
44. Cass. civ. s.u., ord. 27 dicembre 2023, n. 35943.
45. In realtà non si tratta di un vero testo unico, visto l'esercizio solo parziale della delega legislativa di cui all'art. 26, commi 4 e 5 legge n. 118/2022; di conseguenza, restano fuori dal decreto una serie di norme di sicura rilevanza nel settore, come quelle in tema di incentivi e di aree idonee.
46. Cfr. Cons. St., sez. I, parere 12 settembre 2024, n. 1216.

# Il self-cleaning nel Codice dei contratti pubblici: un'opportunità concreta per il Modello 231

*Pierandrea Corleto*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-40

*Il decreto legislativo n. 231/2001, nell'ambito della prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti, ha introdotto un avanzato strumento organizzativo finalizzato a improntare l'attività aziendale nella direzione della sostenibilità legale d'impresa. In questo contesto, il "Modello 231" assume oggi una rimarcata funzione rimediale. Il procedimento amministrativo riveste la funzione di indiscusso luogo di valutazione delle misure di self-cleaning, le quali trovando nel principio del contraddittorio tra le parti uno dei loro fondamenti. Ne deriva una riflessione sulla disciplina concernente il procedimento di valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche.*

***Self-cleaning in the public procurement code: a genuine chance for the "231 Model"***

*In order to avoid businesses from incurring administrative liability, Legislative Decree No. 231/2001 established an advanced organisational tool aimed at imprinting corporate activities in the direction of legal corporate sustainability. In this setting, "Model 231" now serves a clear corrective purpose. The administrative procedure serves as an undeniable forum for evaluating self-cleaning measures, which are founded on the idea of adversarial debate between the parties. This prompts a consideration on the discipline's approach for analysing the subjective conditions for participation in public tenders.*

*Sommario: 1. Premessa introduttiva.- 2. Il Codice dei contratti pubblici: requisiti soggettivi di partecipazione e motivi di esclusione.- 3. Il self-cleaning quale strumento di ravvedimento operoso.- 3.1. Tempistiche di adozione delle misure di salvaguardia.- 3.2. Il contraddittorio procedimentale.- 4. Il Modello 231: un breve inquadramento normativo.- 5. Codice dei contratti e d.lgs. n. 231/2001 verso una*

*concreta interazione normativa: i criteri della sufficienza e della tempestività.- 6. Riflessioni conclusive.*

## 1. Premessa introduttiva

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001[1] ha rappresentato, in Italia, uno degli eventi giuridico-normativi più rilevanti e significativi degli ultimi decenni.
Il decreto ha, infatti, introdotto un sistema articolato di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, con lo scopo di promuovere la prevenzione dei reati e di garantire al contempo una maggiore trasparenza e responsabilità nelle attività aziendali.
Gli enti sono, così, divenuti coprotagonisti della vicenda punitiva e diretti destinatari di risposte sanzionatorie a contenuto afflittivo, orientate alla prevenzione di reati[2]. Secondo il modello di responsabilità messo a punto dal d.lgs. n. 231/2001, le persone giuridiche possono ora essere ritenute responsabili della commissione di uno dei reati cc.dd. presupposto tassativamente individuati ed elencati dal decreto.
Si tratta, nella sostanza, di una responsabilità che si inserisce in un complesso sistema punitivo: beneficiando delle garanzie derivanti dalla disciplina penale, nonostante l'acceso dibattito sulla delicata natura giuridica della responsabilità[3].
In questo contesto, l'unico strumento fornito agli enti, in grado di proteggerli e di salvaguardarne la continuità aziendale, è il Modello di organizzazione, gestione e controllo: il c.d. "Modello 231".
Questo dispositivo di prevenzione si focalizza sull'oggetto stesso del rimprovero mosso nei confronti della persona giuridica: la mancata adozione e attuazione di modelli aziendali di organizzazione idonei a prevenire efficacemente il concretizzarsi della colpevolezza di organizzazione.
Oltre a rappresentare una misura di conformità normativa, il Modello 231 è oggi concepito quale efficace strumento di *self-cleaning*: indicativo dell'affidabilità degli operatori economici nelle procedure a evidenza pubblica.
Mutuato dall'esperienza del diritto europeo, il concetto di *self-cleaning* si riferisce a quelle misure adottate da un'impresa per rimediare a una situazione pregressa di irregolarità o illecito, al fine di evitare l'esclusione da una gara pubblica.

Invero, il Modello 231, se efficacemente attuato, può costituire un elemento di prova, valutabile dalla stazione appaltante, dell'impegno dell'ente a prevenire futuri illeciti nell'ottica di attribuire rilevanza alla capacità di auto intervenire su problematiche di *compliance* nelle more del procedimento di aggiudicazione.
In questa direzione, il Codice dei contratti pubblici prevede, oggi, una più chiara disciplina legislativa concernente i requisiti soggettivi degli operatori economici e improntata a una maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti nella valutazione dell'idoneità delle misure riparatorie concretamente adottate: la quale, nella garanzia del contraddittorio tra le parti, rifugge da un approccio meramente formalistico.
Orbene, lo scopo prefissato è quello di comprendere, nella prospettiva di promuovere un'organizzazione aziendale ispirata a traguardi di sostenibilità legale d'impresa, in che modo l'adozione di un Modello di prevenzione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 possa oggi, alla luce delle recenti novità legislative e giurisprudenziali, interloquire con il Codice dei contratti e fungere da valido strumento di *self-cleaning*.
Si intende, pertato, delineare un quadro complessivo delle opportunità, nonché delle mutevoli sfide, che la sua adozione comporta per quelle imprese interessate a migliorare la propria affidabilità e, allo stesso tempo, la loro competitività nel mercato alla luce della disciplina sui requisiti soggettivi contenuta nel Codice degli appalti pubblici.

## 2. Il Codice dei contratti pubblici: requisiti soggettivi di partecipazione e motivi di esclusione

Il 2023 è giuridicamente contraddistinto dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36 del 2023 (d'ora in avanti, semplicemente, Codice)[4]: il cui rivoluzionario procedimento di approvazione ha dato alla luce una riforma storica, «*chiamata a dare forma e senso ad una materia affascinante e misteriosa*»[5].
Il nuovo Codice, contrariamente alle precedenti edizioni, è di matrice tecnica. È stato, infatti, interamente redatto dal Consiglio di Stato, anziché dai nostri organi legislativi. La stessa relazione esplicativa del Codice evidenzia il percorso che ha portato alla stesura del testo definitivo, con a capo una commissione speciale

istituita dall'allora Presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini[6].

Il Codice è ora caratterizzato da una specifica introduzione dedicata ai principi generali[7], da cui emerge la centralità plastica del principio del risultato[8]: oggi specificamente disciplinato dall'articolo 1 del Codice stesso[9].

Orbene, il Codice riserva una disciplina piuttosto particolareggiata ai requisiti soggettivi di ordine generale, inseriti all'interno del Titolo IV rubricato: «*i requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti*»[10].

Il controllo sul possesso dei requisiti rappresenta un momento centrale nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici poiché costituisce quella fase procedimentale diretta a verificare il possesso da parte degli operatori economici delle qualità indispensabili ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento e all'esecuzione delle prestazioni dedotte di cui all'oggetto del contratto d'appalto.

In particolare, al Capo II del citato Titolo IV, è contenuta una trattazione dettagliata[11] che prevede agli artt. 94 e 95, rispettivamente: le «*cause di esclusione automatica*» e, ancora, le «*cause di esclusione non automatica*» degli operatori economici dalla partecipazione a una procedura d'appalto[12].

Andando con ordine. Il primo articolo, come si evince dalla rubrica, individua le cause di esclusione "automatica", unitamente alle ipotesi di quei soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, "per contagio", l'esclusione dell'operatore economico.

Ai sensi del comma 1, dell'art. 94, a titolo esemplificativo, è causa di esclusione la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per reati di associazione a delinquere o di stampo mafioso, traffico di droga, truffa, frode, riciclaggio[13]. Mantenendo immutata la struttura di cui al precedente art. 80, comma 1, la norma elenca un dettagliato ventaglio di fattispecie incriminatrici accumunate dalla specifica manifestazione di disvalore della condotta censurata nei confronti della "cosa pubblica".

Ai sensi del successivo comma 2 del citato art. 94 è, altresì, causa di esclusione la sussistenza di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo Codice[14].

Relativamente al valore attribuito al provvedimento di interdittiva antimafia, in

continuità con l'orientamento giurisprudenziale concernente l'ormai superato art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, il Codice prevede ora l'esclusione dell'operatore economico alla presenza di un provvedimento interdittivo[15] efficace: indipendentemente dall'avvenuta impugnazione dello stesso innanzi all'autorità giudiziaria.

Quanto, invece, alla rilevanza del controllo giudiziario, contrariamente all'orientamento giurisprudenziale prevalente[16], l'art. 94, comma 2, prevede che l'ammissione alla procedura di cui all'art. 34 *bis* del d.lgs. 159/2011 sterilizza la rilevanza a fini escludenti del provvedimento interdittivo, anche se intervenuta in corso di gara, a condizione che l'impresa vi si stata ammessa entro l'aggiudicazione[17].

L'esclusione è disposta automaticamente qualora la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva siano stati emessi nei confronti: dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché, a seconda della tipologia di organizzazione giuridico-societaria, del titolare o del direttore tecnico dell'impresa individuale, di un socio amministratore o del direttore tecnico delle società in nome collettivo, dei soci accomandatari, dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza (ivi compresi gli institori e i procuratori generali), dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del socio unico e, ancora, dell'amministratore di fatto[18].

Dall'elencazione dei soggetti destinatari dei provvedimenti che causano l'esclusione obbligatoria di cui al previgente comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, sono stati rimossi i riferimenti ai «*soggetti cessati*» dalla carica nell'anno precedente alla data di pubblicazione del bando di gara. Questo riferimento, sebbene assente nella direttiva europea, obbligava gli operatori economici a incombenti gravosi, fonte di un rilevante contenzioso[19].

A completamento del quadro giuridico concernente i requisiti di ordine generale, ai sensi dell'art. 95, recante «*cause di esclusione non automatica*», rilevano invece: la sussistenza di gravi infrazioni, l'idonea determinazione di una situazione di conflitto d'interesse[20], l'intervento di sanzioni da parte dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e, infine, la commissione di un grave illecito professionale. Trattasi di ipotesi prive di una diretta rilevanza penale e che,

pertanto, non determinano l'esclusione automatica. La stazione appaltante, nei casi di specie, dovrà effettuare una valutazione, avvalendosi di qualunque mezzo ritenuto adeguato, finalizzata ad accertare la sussistenza dei fatti contestati, garantendo il contraddittorio con l'operatore economico.
La differenza principale tra le due norme risiede, pertanto, nell'attività di verifica del presupposto normativo.
Se per le cause di esclusione automatica, l'amministrazione è chiamata a verificare il presupposto normativo, prendendo atto dell'esistenza della causa stessa; nel secondo caso la stazione appaltante è, invece, tenuta a esprimere una valutazione discrezionale sulla sussistenza o meno della causa quale presupposto di esclusione dalla procedura di aggiudicazione.
In altre parole, nella prima ipotesi, integrabile ad esempio nel caso di sentenza di condanna passata in giudicato per uno dei reati tassativamente indicati dalla norma stessa, l'amministrazione – accertata la presenza della causa – sarà obbligata a procedere all'esclusione dell'operatore economico. In quanto attività vincolata, la ponderazione degli interessi è posta in essere a monte dal legislatore: la stazione appaltante non dispone di alcun margine di discrezionalità nel determinare le sorti dell'operatore economico coinvolto.
Nell'ipotesi delle cause di esclusione non automatica, invece, la stazione appaltante si troverà di fronte a un fatto da valutare. Si pensi al caso di sentenza non definitiva per reati diversi da quelli indicati tassativamente nell'art. 94, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023. La stazione appaltante dovrà valutare se quella sentenza non definitiva assume rilevanza ed è idonea ad escludere l'affidabilità e la credibilità dell'operatore economico.
Una delle più importanti cause di esclusione non automatica prevista dal Codice è la commissione da parte dell'offerente di un illecito professionale.
Il vecchio Codice dei contratti pubblici ricorreva al citato concetto giuridico indeterminato affermando, alla lettera c), del comma 5, dell'art. 80, che era possibile procedere all'esclusione dell'operatore economico, qualora la stazione appaltante dimostrasse con mezzi adeguati che l'impresa si era resa colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.
Orbene, la citata norma relativa ai gravi illeciti professionali, regolava quei casi che, pur non essendo espressamente indicati dalla legge quali cause di esclusione obbligatoria, potevano comunque compromettere la moralità professionale

dell'impresa e, di conseguenza, giustificarne l'esclusione[21].

In ragione della natura indeterminata della locuzione, il legislatore dell'ormai vecchio Codice aveva assegnato incarico all'ANAC di definire puntualmente il concetto giuridico di illecito professionale: individuando al contempo, per ragioni di omogeneità applicativa, i mezzi di prova che potevano essere ritenuti idonei a integrare il verificarsi del presupposto del grave illecito professionale.

Alla sollecitazione legislativa l'ANAC aveva provveduto per mezzo della redazione di Linee Guida[22]. Nello specifico, al loro interno, venivano individuati una serie di reati astrattamente idonei ad assumere rilievo quali fatti riferibili al grave illecito professionale.

Trattandosi di una causa di esclusione non automatica, la circostanza per cui una fattispecie rientrasse tra quelle elencante nelle Linee Guida, non determinava in automatico l'esclusione del concorrente, ma imponeva alla stazione appaltante il rigoroso obbligo di effettuare una valutazione discrezionale sulla gravità dell'illecito e sulla connessa incidenza in termini di affidabilità e integrità dell'impresa.

Secondo il Consiglio di Stato, tuttavia, la valutazione discrezionale poteva riguardare anche comportamenti non espressamente previsti dalle Linee Guida[23]. Concetto, a ben vedere, precisato nelle stesse Linee Guida: «*le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi*».

Ne derivava il ruolo di utile riferimento, ma non di parametro vincolante e decisivo[24]: la stazione appaltante poteva, così, desumere la sussistenza di gravi illeciti professionali anche da altre vicende pregresse dell'operatore economico, purché fosse accertata la violazione di un dovere stabilito in una norma civile, penale o amministrativa e tale violazione fosse stimata a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità[25].

Oggi queste Linee Guida non sono più attuali, poiché superate dall'entrata in vigore del Codice del 2023. Tuttavia, il loro contenuto è ora confluito nel testo dell'art. 98[26], che al contrario della sua precedente versione legifera tassativamente le situazioni in cui potrebbe ritenersi che sussista un grave illecito professionale a carico dell'operatore economico.

A differenza della normativa previgente, che lasciava ampi margini di discrezionalità alla stazione appaltante nella ricerca dei comportamenti qualificabili quali gravi illeciti professionali, l'attuale formulazione dell'art. 98 tipizza in modo tassativo le situazioni che possono determinare l'esclusione dell'operatore economico, riducendo così l'incertezza interpretativa e garantendo maggiore uniformità applicativa.
L'evoluzione normativa è mossa dal dichiarato intento di rafforzare la trasparenza e l'affidabilità nel settore degli appalti pubblici: delineando dei criteri più chiari per il procedimento di verifica dell'affidabilità degli operatori economici.

## 3. Il *self-cleaning* quale strumento di ravvedimento operoso

Tutto ciò premesso, in questo contesto si inserisce e assume rilevanza la disciplina concernente le misure di *self-cleaning*.
Di derivazione comunitaria, il concetto di *self-cleaning* individua uno specifico meccanismo che consente agli operatori economici esclusi dalle gare per motivi connessi a illeciti o irregolarità, di dimostrare la concreta adozione di misure correttive tali da essere considerati nuovamente idonei a partecipare alla procedura di gara.
Ai sensi del combinato disposto dell'art. 57, par. 6, della Direttiva 2014/24/UE e il Considerando 102[27] della medesima Direttiva, l'operatore interessato da una delle violazioni di cui ai paragrafi 1 e 4, del citato art. 57, può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, fermo restando che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto per un siffatto motivo. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che «*tale disposizione introduce, dunque, un meccanismo di provvedimenti di ravvedimento operoso (*self-cleaning*) conferendo al riguardo un diritto agli operatori economici che gli Stati membri devono garantire al momento della trasposizione di tale direttiva, nel rispetto delle condizioni stabilite da quest'ultima*»[28].
La normativa europea non ha lasciato margini di discrezionalità agli Stati membri quanto alla sua interpretazione, consentendo loro esclusivamente di precisarne le condizioni di applicazione. L'istituto è stato, pertanto, recepito dagli ordinamenti nazionali, tra cui quello italiano, che ne ha dato originaria applicazione per mezzo

dell'art. 80, commi 7 e 8, del vecchio Codice dei contratti pubblici[29].

In questa direzione, per quanto concerne il tema di interesse, un importante contributo interpretativo è stato offerto dalle già citate Linee Guida n. 6. Invero, nelle stesse l'ANAC prevedeva espressamente, quale ulteriore elemento di valutazione per le stazioni appaltanti, l'ammissione della prova dell'avvenuta eventuale adozione di misure di *self-cleaning* da parte dell'operatore economico per rimediare a un grave illecito professionale, così come previsto dall'art. 80, comma 7, del vecchio Codice dei contratti pubblici[30].

In particolare, attraverso taluni accorgimenti di natura tecnico organizzativa, l'operatore economico che si veniva a trovare in una potenziale posizione di causa di esclusione poteva dimostrare che nonostante la sussistenza della causa di esclusione era in realtà un soggetto affidabile.

A questo proposito, era onere dell'operatore economico indicare le specifiche misure di *self-cleaning* adottate nel Documento di Gara Unico Europeo o nel contratto di attestazione.

Potevano essere considerate idonee a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:

a) l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacita` professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;

b) l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;

c) la promozione di azioni di responsabilità nei confronti dei soggetti responsabili dei gravi illeciti professionali;

d) la rinnovazione degli organi societari;

e) l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;

f) la dimostrazione che il fatto e` stato commesso eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi e` stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

Orbene, come può evincersi sin d'ora dal richiamato punto 14 delle citate Linee

Guida n. 6, tra le misure di *self-cleaning*, l'ANAC individuava e dava ampio risalto anche all'adozione e all'efficace attuazione del Modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo alla prevenzione dei reati presupposto e l'affidamento all'organismo dell'ente dotato di potere di iniziativa e di controllo di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei protocolli e di curarne l'aggiornamento.

A questa ipotesi seguiva poi, quale ulteriore misura idonea a escludere l'operatività della causa di esclusione, la dimostrazione che il fatto era stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente o, comunque, eludendo fraudolentemente il Modello di organizzazione e gestione, anche a causa dell'omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza.

Così congegnato, l'istituto è stato tuttavia rimodulato dal legislatore italiano, che ne ha rafforzato l'applicazione, tramite l'attuale Codice dei contratti pubblici.

Il legislatore dando più spazio alla disciplina dei motivi di esclusione, dedicando ad essi ben 5 articoli, di pari passo ha inteso allargare il concetto di *self-cleaning*.

Il Codice attribuisce oggi alle stazioni appaltanti ampi margini discrezionali nella valutazione dei requisiti soggettivi degli operatori economici partecipanti a gare pubbliche. Invero, questa discrezionalità è particolarmente manifesta nel contesto del *self-cleaning*, ambito in cui l'amministrazione è chiamata a effettuare una valutazione approfondita e sostanziale delle misure adottate dalle imprese per sanare precedenti situazioni di irregolarità.

Oggi, ai sensi del comma 6 dell'art. 96, «*Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico*».

Alla regola generale disposta dall'art. 96, comma 1, volta a prevedere l'immediata esclusione dell'operatore economico, in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95, sono così individuate talune importanti eccezioni. Ai sensi dei successi commi 2, 3, 4, 5, e 6, il legislatore ha, così, inteso specificare il diritto degli operatori economici all'effettiva dimostrazione dell'avvenuta adozione di misure finalizzate a ripristinare la propria moralità professionale.

## 3.1. Tempistiche di adozione delle misure di salvaguardia

Un tema centrale sul quale il Codice di contratti intende fare chiarezza è, anzitutto, quello del tempo in cui possono operare le misure di *self-cleaning*.

Per molti anni, e fino a tempi relativamente recenti, la giurisprudenza amministrativistica e l'ANAC – che ne ha recepito gli orientamenti, contribuendo a condizionare e consolidare, in questo gioco dialettico, un approccio interpretativo restrittivo – ritenevano che le misure di salvaguardia dovessero essere adottate «*entro il termine fissato per la presentazione delle offerte*»[31]. Questa impostazione, derivante dall'interpretazione del comma 7 dell'art. 80 del Codice, stabiliva che l'operatore economico, al fine di dimostrare la propria affidabilità, era tenuto ad adottare le misure correttive anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte: le misure di *self-cleaning* dovevano, quindi, necessariamente precedere la fase di presentazione delle offerte di gara[32].

Questo principio implicava che eventuali azioni di rimedio intraprese successivamente non potessero essere prese in considerazione dalla stazione appaltante, con la conseguenza di una sostanziale rigidità nel riconoscimento dell'idoneità dell'operatore a partecipare alla gara. Questa interpretazione, sebbene mirata a garantire maggiore certezza giuridica e trasparenza nel procedimento di selezione, ha tuttavia sollevato numerose criticità.

Da un lato, infatti, essa finiva per penalizzare eccessivamente gli operatori economici che, pur avendo adottato misure di *self-cleaning*, non avevano rispettato il termine predefinito; dall'altro, rendeva più difficile il recupero della capacità contrattuale da parte di imprese realmente intenzionate a correggere le

proprie condotte.
In tempi recenti, tuttavia, si è assistito a un'evoluzione interpretativa che ha posto l'accento su una valutazione sostanziale delle misure adottate, anziché su un rigido criterio temporale. L'obiettivo è stato quello di garantire un equilibrio tra l'esigenza di tutelare la concorrenza e la necessità di assicurare che la partecipazione alle gare sia riservata ad operatori economici effettivamente affidabili, senza incorrere in esclusioni automatiche sproporzionate rispetto alla gravità del comportamento pregresso.
Già nel 2022[33] e, poi, nel 2023 si è, così, assistito al susseguirsi di pronunce significative in tema di *self-cleaning*, con particolare riferimento alla sentenza n. 1700 del 2023 della terza sezione del Consiglio di Stato[34].
Quest'ultima, sulla base dell'interpretazione dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE fornita della Corte di Giustizia, ha espresso un importante principio di diritto.
Secondo i Giudici di Palazzo Spada, contrariamente a quanto sostenuto in passato, non esiste nessuna norma o principio che precluda la valutazione di una misura di *self-cleaning* adottata nel corso della medesima gara d'appalto. Queste misure possono, così, essere prese in considerazione anche se intervenute durante lo svolgimento della gara stessa.
Il citato processo giurisprudenziale ha, di fatto, anticipato la versione codificata dell'art. 96.
Oggi, ai sensi del combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 96, l'adozione delle misure di *self-cleaning* subito dopo l'emersione della causa di esclusione deve comunque essere tenuta in considerazione dalla stazione appaltante, allo scopo di valutare e accertare se l'impresa concorrente merita effettivamente l'esclusione o se abbia conservato il presupposto dell'affidabilità contrattuale[35].

## 3.2. Il contraddittorio procedimentale

Emerge peraltro un ulteriore dato rinvenibile dalla nuova formulazione fornita dal Codice dei contratti: l'essenzialità del contraddittorio procedimentale.
L'art. 96 afferma espressamente che l'esclusione deve avvenire in contraddittorio tra le parti[36].
La trasposizione del modulo del contraddittorio nel processo di valutazione delle

misure di *self-cleaning* sancisce il riconoscimento del diritto dell'impresa a essere ascoltata preliminarmente all'adozione di un provvedimento definitivo concernente la sua esclusione dalla gara.
In questo nuovo contesto normativo, l'impresa, da un lato, deve avere l'opportunità di dimostrare l'efficacia delle proprie misure riparatorie, fornendo adeguata documentazione e i chiarimenti del caso concreto. La stazione appaltante, dall'altro, ha l'obbligo di svolgere un'istruttoria completa, trasparente e imparziale, garantendo che la decisione finale sia ragionevole, proporzionata e basata su evidenze concrete.
Ne deriva che l'assenza totale o l'insufficiente contraddittorio possono costituire motivo di illegittimità degli atti amministrativi di esclusione o aggiudicazione, con conseguente annullamento in sede giudiziale.
In caso di esclusione, la stazione appaltante dovrà, pertanto, instaurare un contraddittorio: manifestando l'intenzione di escludere il concorrente con il precipuo scopo di garantire a quest'ultimo il diritto di difesa procedimentale.
Accertata la sussistenza della causa di esclusione e premessa l'ampia discrezionalità circa la valutazione di idoneità della misura di *self-cleaning* adottata, il sindacato del giudice amministrativo è limitato alla verifica della sussistenza di profili di manifesta ragionevolezza e logicità.
In questo contesto, tuttavia, si conviene che il contraddittorio non sia strabico: anche in ragione dell'esclusione quale scenario non desiderato[37].
Sarà onere dell'impresa rappresentare in maniera esaustiva le misure adottate ad evitare il concretizzarsi della causa di esclusione, non potendosi avvalere di quanto non detto all'amministrazione davanti al giudice: integrando in sede processuale la carenza procedimentale.

## 4. Il Modello 231: un breve inquadramento normativo

Prima di addentrarsi nel tema della valutazione di sufficienza e tempestività delle misure riparatorie concernenti l'adozione dei Modelli di organizzazione, è, anzitutto, preliminare volgere una panoramica sulla disciplina della responsabilità degli enti. Con il decreto legislativo n. 231/2001 si è oggi definitivamente abbandonato l'anacronistico dogma secondo cui *societas delinquere non potest*[38].
A seguito dell'acquisita cognizione della inidoneità del paradigma punitivo

classico, incentrato sulle sole responsabilità individuali delle persone fisiche, è stato creato un vero e proprio sistema di imputazione che ha visto gli enti quali diretti destinatari della disciplina.
A più di vent'anni dalla sua adozione, è, ormai, dato ricevuto che la circostanza per cui una persona giuridica possa essere assoggettata a una sanzione penale è questione strettamente legata al piano della politica criminale e, conseguentemente, non trova alcun tipo di ostacolo negli schemi giuridici legati al concetto espresso dal principio di personalità della responsabilità penale.
Pertanto, nel caso di commissione di uno dei reati individuati dagli artt. 24 e ss. del d.lgs. n. 231/2001, la responsabilità dell'esecutore materiale – rappresentante legale, amministratore unico o delegato, direttore generale, amministratore di fatto e qualsivoglia soggetto sottoposto alla loro direzione e vigilanza – sarà suscettibile di estensione anche alla società: la quale risponderà della commissione del fatto illecito qualora questo sia stato eseguito a vantaggio o nell'interesse dell'ente stesso.
Come anticipato in precedenza, alla società, il decreto legislativo, offre uno strumento efficace: il quale esplica i suoi effetti sulle dinamiche dell'imputazione soggettiva del reato.
Orbene, punto fondamentale della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti è rappresentato dall'individuazione dei criteri di imputazione della responsabilità all'ente per l'illecito amministrativo consumato. Questi sono individuati e suddivisi in criteri di natura oggettiva e soggettiva, quest'ultimi scissi a loro volta secondo due modelli di disciplina elaborati attraverso la definizione della qualifica che l'autore del reato assume nell'organizzazione dell'ente.
Nella parte generale del decreto, quanto ai criteri oggettivi di imputazione dell'illecito all'ente, il decreto legislativo n. 231/2001, prevede: che la persona fisica, autore del reato, abbia una particolare qualifica nell'organizzazione dell'ente, e cioè sia soggetto in posizione apicale (art. 5 comma 1 lett. a) oppure sia soggetto sottoposto alla sua direzione o vigilanza (art. 5 comma 1, lett. b); che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, escludendosi tale relazione strumentale con l'attività dell'ente nel caso in cui l'autore o gli autori abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, così come previsto dal legislatore[39].
Tralasciando in questa sede il profilo dell'interesse o del vantaggio[40], emerge il

criterio soggettivo di imputazione previsto dal legislatore. Questo criterio, che si esprime in termini di "colpevolezza" inteso con riferimento al soggetto responsabile "persona giuridica", in quanto diversa dalla persona fisica, non può assumere significati di carattere psicologico e si traduce perciò sostanzialmente nel concetto di "colpa di organizzazione". Ne deriva una forma di responsabilità connessa al rischio di impresa: graduata dal legislatore da una intensità aggravata per i soggetti che gestiscono la politica d'impresa, a una di grado attenuato per i soggetti tenuti ad applicarla[41].

Con il citato decreto il legislatore, nell'introdurre la previsione della responsabilità da reato degli enti, ha contestualmente individuato le specifiche ipotesi nelle quali l'ente stesso può andare esente da responsabilità. Trattasi, appunto, dei citati Modelli di organizzazione, normativamente individuati quali cause di esonero di responsabilità. In questo senso, espressamente dispongono l'art. 6, con riguardo agli illeciti dell'ente dipendenti da reato commesso da soggetti in posizione apicale, e l'art. 7, con riguardo agli illeciti dipendenti da reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione e controllo.

Gli effetti giuridici riconducibili all'adozione di un Modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato, necessitano, tuttavia, di essere relazionati al fattore temporale, ovvero a seconda che questi siano stati predisposti in via preventiva, prima della commissione di un reato da parte dei soggetti inseriti nella compagine aziendale, oppure successivamente alla commissione dell'illecito.

Nel primo caso, l'adozione del Modello 231 assolve a una funzione esimente, impeditiva della responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente da reato.

Diversamente, i Modelli adottati "*post factum*", prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, possono acquisire rilevanza: di attenuazione della responsabilità e di riparazione delle conseguenze dannose. Cosicché, la sua adozione o il suo adeguamento determinano una considerevole riduzione della sanzione pecuniaria[42] e l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive[43].

Indipendentemente dal momento in cui l'ente decida di dotarsi di strumenti organizzativi e di controllo del proprio operato, l'elemento cardine risiede nella valutazione dell'idoneità del Modello a svolgere la funzione di prevenzione del rischio specifico di commissione di reati da parte di soggetti che agiscono in nome e per conto dell'ente.

Invero, in particolare, il legislatore fonda la valutazione sui Modelli di organizzazione su due criteri distinti: sul parametro dell'idoneità in ordine all'adozione e su quello della loro efficacia in ordine alla loro attuazione. I due ordini di valutazioni, tuttavia, non sono tra loro indipendenti: l'efficace attuazione presuppone necessariamente l'avvenuta adozione di un modello idoneo, con la conseguenza che, in sede di valutazione degli effetti che il legislatore collega ai Modelli di organizzazione, dovrà necessariamente essere dapprima valutato se l'adozione sia idonea e successivamente, ma inderogabilmente, se l'attuazione sia efficace.

In sostanza, occorre verificare che siano state o meno predisposte regole di comportamento idonee, che le medesime siano state dichiarate vincolanti per chi opera nell'ente da parte di un soggetto legittimato a farlo e che le stesse siano applicate nei casi concreti. Inoltre, è necessario accertare che il Modello sia stato verificato dagli Organi di controllo nel corso del suo concreto funzionamento e che lo stesso sia stato modificato o aggiornato nel caso si siano verificate inosservanze.

Tutto ciò premesso, ai sensi del già citato art. 1 del d.lgs. n. 231/2001, sono interessati dell'adozione del Modello 231 tutti gli enti forniti di personalità giuridica e le società e associazioni anche se prive di personalità giuridica, ovvero: società (di persone e capitali), consorzi, cooperative, associazioni, fondazioni ed enti pubblici economici[44].

Sebbene la legislazione nazionale non ne imponga l'adozione, il Modello 231 è obbligatoriamente richiesto per ottenere o mantenere l'accreditamento in alcuni specifici settori, nonché, sempre più di frequente, per contrattare con le pubbliche amministrazioni.

Invero, pur non essendo obbligatoria l'adozione di un Modello 231, essa è ormai uno strumento imprescindibile per ogni società, qualsiasi sia la sua forma giuridica o la sua grandezza in termini di fatturato, capitale sociale o mole di affari.

L'adozione del Modello 231 non è immediata, poiché necessita di un attento studio sull'effettivo rischio-reato nell'ambito dello svolgimento dell'attività d'impresa.

In estrema sintesi, la citata adozione si articola in diverse fasi.

Anzitutto, nell'identificazione dei rischi connessi all'attività dell'ente. Questa

analisi del contesto aziendale è finalizzata a evidenziare in quali settori o aree di attività possono essere commessi i cc.dd. reati "presupposto" da parte di amministratori o dipendenti.
A questa citata attività di *screening* segue poi l'individuazione di protocolli idonei ad annullare o, quantomeno, ridurre lo specifico rischio-reato così individuato, con successiva predisposizione del Modello 231 e adozione dello stesso, da parte dell'organo di gestione della società.
Il compito di vigilare sull'adozione, sul funzionamento e sull'aggiornamento del Modello 231, nonché di erogare la formazione ai destinatari dello stesso (amministratori, dirigenti, impiegati ma anche dipendenti e funzionari) sono affidate all'Organismo di Vigilanza[45], la cui composizione e nomina è disposta in fase di approvazione del Modello stesso[46].
È indubbio che l'adozione di un Modello *ex* d.lgs. n. 231/2001 conferisca alla persona giuridica un valore aggiunto in termini di organizzazione e gestione dell'attività di impresa: dichiaratamente improntata al rispetto della legalità aziendale.
Ne deriva la riduzione del rischio per l'ente di essere sanzionato per reati commessi da parte di un proprio amministratore o dipendente, ma anzitutto che vengano concretamente poste in essere attività delittuose al proprio interno.

## 5. Codice dei contratti e d.lgs. n. 231/2001 verso una concreta interazione normativa: i criteri della sufficienza e della tempestività

Come detto, il Modello di organizzazione di cui al decreto 231/2001 si configura oggi quale strumento essenziale di carattere tecnico-preventivo, nonché, di organizzazione aziendale ispirata al principio di legalità. Ne deriva la sua trattazione congiunta alle misure di *self-cleaning* di cui al citato art. 96 del Codice dei contratti. Al pari del giudizio di idoneità di applicazione penalistica, queste ultime possono neutralizzare la causa di esclusione dalla procedura soltanto nelle ipotesi di giudizio positivo all'esito della valutazione posta in essere dalla stazione appaltante.
Nonostante la presenza di una causa di esclusione, anche ai sensi dell'art. 94 del Codice degli appalti, all'operatore economico è, così, riconosciuto il diritto di

provare la sua serietà contrattuale.
L'accertamento dei requisiti soggettivi di ordine generale sarà, dunque, connotato da ampia discrezionalità, arricchita dall'eventualità in cui l'operatore economico abbia concretamente intrapreso misure riparatorie e di salvaguardia.
A questo proposito, le stazioni appaltanti, nel valutare le misure di *self-cleaning*, devono adottare criteri ben definiti e trasparenti che consentano di accertare con chiarezza se le iniziative poste in essere dall'impresa siano idonee a ripristinare l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico.
L'adozione di un Modello di organizzazione riveste qui una posizione privilegiata, con specifico riguardo alla concreta attuazione di protocolli organizzativi idonei a improntare l'attività sociale ai principi di sostenibilità legale d'impresa. Al pari dei citati Modelli "*post factum*", la differenza fra le due tipologie di discipline, valevoli rispettivamente per il giudice penale e, dall'altro lato, per la stazione appaltante, è la circostanza per cui: la prima si fonda sulla prevenzione dei rischi di commissione da reato ragionevolmente prevedibili; mentre la secondo dovrà preoccuparsi anche dell'avvenuta rimozione delle carenze organizzative che hanno già portato alla commissione di un determinato reato, permanendo però, anche qui, la funzione preventiva svolta in relazione alla individuazione delle aree di rischio nella specifica realtà.
Secondo quanto previsto dalla norma di riferimento, le misure adottate dagli operatori economici sono valutate dalla stazione appaltante considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione.
Qualora tali misure siano ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto; diversamente, se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.
Tra i principali criteri emergenti in tema di adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo rileva, pertanto, il requisito della «sufficienza» in luogo del criterio della c.d. «*idoneità*» di cui al precedente paragrafo.
Nonostante la peculiare differenza terminologica, il legislatore ha inteso riferirsi all'adozione di provvedimenti effettivi e concretamente attuati: non è sufficiente la semplice adozione formale del Modello 231, occorre dimostrare che le misure

abbiano di fatto modificato i comportamenti e le pratiche aziendali che hanno condotto agli illeciti.

Si pensi, in particolare, all'ipotesi del grave illecito professionale. Una società, potendo rispondere – astrattamente – per tutti i reati presupposto di cui al d.lgs. 231/2001, a titolo esemplificativo, può essere esclusa anche per la pendenza di un procedimento penale ambientale[47].

Si immagini, a questo punto, la selezione del contraente in una grossa gara d'appalto, ove la pendenza delle citate contestazioni può comportare l'esclusione dell'operatore economico. Spetterà alla società l'onere di dimostrare l'occasionalità della condotta criminosa.

L'impresa potrà ora legittimamente accedere al meccanismo del *self-cleaning* solo se, nell'immediatezza del fatto – non individuabile nell'eventuale avviso di conclusione delle indagini, bensì nella fase prodromica al sequestro – abbia tempestivamente attivato un percorso concreto e documentabile di riparazione del danno e riorganizzazione interna. Ciò comporta l'adozione di misure correttive idonee a prevenire o ridurre il rischio che simili condotte possano ripetersi: ancora prima, dunque, dell'esito formale dell'accertamento penale.

In questa prospettiva, il *self-cleaning* assume la forma di una organizzazione rimediale rispetto al fatto: presupponendo una pronta e responsabile reazione aziendale al momento in cui emerge il disvalore del comportamento e non una mera risposta dilazionata alle contestazioni giudiziarie.

Solo così l'operatore economico potrà creare margini di difficoltà nella valutazione della stazione appaltante: tenuta per legge ad approfondire anche la tempestività della condotta ripristinatoria rispetto alla contestazione e, dunque, se quest'ultima, al momento dell'adozione della misura, potesse valutarsi ancora in una fase primordiale.

Cosicché, al fine di evitare l'esclusione, la società virtuosa deve sin da subito orientare o, meglio, ri-orientare il suo operato nel senso della normativa contestata: andando a implementare quelle regole organizzative già esistenti, o creandole *ex novo*, con serietà e con fini di concreta capacità di riduzione del rischio reato.

In questa direzione, si era già espresso il Consiglio di Stato[48]. Tra i provvedimenti adottati in ambito di Modelli di organizzazione, gestione e controllo, di assoluto rilievo, emergevano nel caso di specie, «*le modifiche del* "Modello di

organizzazione ex d.lgs. 231/2001*" di gestione e controllo finalizzato alla prevenzione dei reati contro la p.A.*». Il continuo aggiornamento dei protocolli aziendali è uno dei primi parametri di valutazione dell'attualità e concreta attuazione dei Modelli 231: i quali necessitano di continui adattamenti ai mutamenti aziendali e normativi.

A questa valutazione seguiva, altresì, la constatata esclusione di qualsiasi forma di soggezione dell'Organismo di Vigilanza dagli amministratori della società, con conseguente abilitazione ad esercitare i poteri di iniziativa e controllo anche nei confronti dello stesso organo amministrativo che lo ha nominato.

Ne deriva la piena rilevanza ai fini valutativi delle avvenute variazioni dei componenti dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 al fine di assicurarne la piena indipendenza comprovata anche dalla dotazione di un autonomo *budget* di spesa.

Circostanza che, nel caso di specie, ha portato l'Organismo di Vigilanza ad assumere, di fatto, «*un ruolo più pregnante nell'esercizio dei poteri di iniziativa e controllo su ogni attività aziendale e livello gestionale, sia nei confronti del personale che nei confronti dello stesso Consiglio di Amministrazione*»[49].

Da ultimo, secondo i Giudici di Palazzo Spada rilevavano: l'adozione di protocolli di tracciabilità dei contratti di consulenza ed affidamento di incarichi a terzi al fine di impedire il fenomeno delle consulenze fittizie o assegnate a soggetti riconducibili alle persone politicamente esposte con l'intento di conseguire indebiti vantaggi; la revisione delle modalità di gestione dei flussi finanziari finalizzate ad impedire la distrazione di somme per fini extrasociali o per scopi estranei all'attività aziendale.

È, così, possibile dedurre alcuni parametri chiave per la valutazione dell'efficacia delle misure di *self-cleaning*. Assumono rilievo: la sostenibilità e continuità nel tempo, le misure adottate devono essere sostenibili nel tempo e capaci di produrre effetti durevoli sulla *governance* e la cultura aziendale; l'effettiva indipendenza degli organismi di controllo, la presenza di un Organismo di Vigilanza realmente indipendente è considerata un indicatore fondamentale della serietà e dell'efficacia del modello adottato; e, infine, la già citata tempestività dell'adozione, da intendersi come la rapidità con cui l'impresa adotta misure correttive dopo la scoperta degli illeciti.

L'altro lato della medaglia è, pertanto, rappresentato dalla inidoneità di una

valutazione formale e superficiale da parte della stazione appaltante: la quale non potrà considerarsi sufficiente nell'ottica di un'attestazione di reale affidabilità dell'operatore economico.
Emerge, di contro, il profilo della motivazione provvedimentale.
Il comma 6 dell'art. 96 prevede che la stazione appaltante debba adempiere ad un puntuale onere motivazionale, riferibile alle due condizioni di cui al medesimo comma: tempestività della misura riparatoria ed esistenza di elementi idonei al superamento del giudizio di sufficienza.
Ricalcando la medesima impostazione di cui alla causa di esclusione non automatica del grave illecito professionale, questo onere motivazionale viene previsto solo per i provvedimenti con cui viene disposta l'inidoneità sanante della misura riparatoria, da cui deriva la conseguenziale conferma dell'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara.
Da ciò si ricava, che in caso di ammissione della funzione riparatoria della misura, le stazioni appaltanti non siano sottoposte al medesimo obbligo di motivare puntualmente circa l'avvenuto superamento dei criteri di positività della misura di *self-cleaning*[50].

## 6. Riflessioni conclusive

Si può ora tentare di tracciare una minima ricostruzione in chiave conclusiva.
L'utilizzo del Modello 231 quale strumento di *self-cleaning* offre notevoli vantaggi per gli operatori economici e per la pubblica amministrazione; tuttavia, pone anche diverse criticità che meritano una riflessione.
Riassumendo brevemente i profili trattati, nell'ampia cornice rappresentata dall'aggiornamento delle regole dell'evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti, che vedono l'inscindibile influenza della normativa europea, ci si è occupati di approfondire il tema dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e, più nello specifico, del livello di interazione del d.lgs. 231/2001 con la normativa concernente il procedimento di esclusione degli operatori economici, verificando quali sono i vantaggi e le problematiche attuali che derivano dall'adozione di Modelli di organizzazione, gestione e controllo.
Il Codice dei contratti dedica oggi ampio spazio alla disciplina concernente i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche.

In questo contesto il d.lgs. n. 231/2001 e, in particolare, le sentenze penali di condanna o l'apertura di procedimenti penali per uno dei reati presupposto previsti dal decreto, si inseriscono, anzitutto, tra le cause di esclusione automatiche e non automatiche di cui agli artt. 94 e 95[51].

Orbene, se da un lato, il Modello 231 grazie alla normativa in materia di appalti, può vedere una crescita a livello applicativo; dall'altro, a opinione di chi scrive, si rischia di assistere a un abuso indiscriminato al rimando al decreto legislativo n. 231.

Il Codice utilizza spesso un approccio generico al citato decreto, rinviando al suo integrale contenuto e a tutti i reati presupposto in esso disciplinati: a prescindere dalla loro specifica rilevanza rispetto alla procedura di gara per cui si valuta l'esclusione.

Il legislatore ha, di fatto, compiuto un massiccio investimento sull'ampliamento e sul corretto utilizzo della discrezionalità da parte della stazione appaltante. Tuttavia, l'onnipresente binomio discrezionalità e risultato, soprattutto in tema di cause di esclusione concernenti il decreto 231 e di valutazione delle misure di *self-cleaning*, pone a carico della pubblica amministrazione un grosso peso.

L'acquisita rilevanza del procedimento amministrativo, luogo in cui l'impresa deve dimostrare la sua estraneità, trasla il problema sulle capacità tecniche-giuridiche effettivamente possedute dalla stazione appaltante: su cui, inevitabilmente, grava un arduo compito di valutazione e un accentuato onere motivazionale.

L'attuale contesto burocratico lascia seri dubbi sull'effettivo possesso della capacità tecnica di valutare quelle misure di auto-pulizia poste in essere dalla società virtuosa.

La normativa nazionale è, ormai, chiara nel perseguire obiettivi di legalità effettiva: società virtuosa è soltanto colei che è in grado di dimostrare di aver provveduto ad adottare rimedi virtuosi, veri, in luogo di spesso diffusi rimedi fittizi.

Urge più che mai ampliare la cultura delle imprese rispetto alle possibili criticità che possono coinvolgerle: una cultura improntata all'applicazione efficace e attuale delle misure di *self-cleaning*, le quali, se correttamente attuate, possono essere in grado di mettere in serissima difficoltà la stazione appaltante che dovrà motivare l'esclusione dalla gara.

Nella fase del dialogo con la pubblica amministrazione è, pertanto, onere della società dimostrare che quelle misure sono state efficacemente attuate.
È, tuttavia, necessario che le imprese dimostrino di essere intervenute tempestivamente con misure riparatorie. Non è sufficiente intervenire in occasione della partecipazione alla gara di appalto: l'operatore economico deve dimostrare di non essere un'impresa criminale, ma di essere, al massimo, un'impresa che ha, occasionalmente, commesso un crimine.
Ne consegue un evidente abisso tra le due differenti ipotesi. Nel primo caso, l'operatore non sfugge dall'esclusione dall'appalto. Al contrario, l'impresa in grado di provare di essere incorsa in una contestazione isolata, sintomo di una condotta non sistematica, dimostra di non essere permeata dal grave illecito professionale o dal fatto reato accertato o in fase di accertamento.
L'episodicità può, così, essere dimostrata dalla stazione appaltante soltanto mediante comportamenti correttivi adeguati, adottati, quando possibile, prima della partecipazione alla gara. È, dunque, fondamentale che l'impresa abbia una organizzazione orientata al rispetto della legalità: solida e credibile sia davanti alla p.A., sia, eventualmente, di fronte al tribunale amministrativo.
La riforma ha, così, segnato il passaggio, avviatosi già nell'ultimo anno in tema di valutazione delle misure di *self-cleaning*, dal processo ammnistrativo, quale luogo di difesa della partecipazione, al procedimento in rigoroso contraddittorio.
È proprio nel procedimento amministrativo che l'impresa deve essere accorta e deve poter arrivare armata al fine di dimostrare l'estraneità ai fatti in contestazione.
La pubblica amministrazione procederà alla valutazione positiva delle misure riparatorie qualora l'operatore economico sia in grado di dimostrare di essere da sempre orientato alla legalità, e, dunque, che l'impresa è un'impresa etica, credibile e affidabile, nonché in grado di concludere l'appalto.
Inserendosi nel delicato contesto di attuazione del PNRR, l'obiettivo di fondo è, pertanto, il c.d. risultato: la gara pubblica.
Solo la credibilità organizzativa può garantire all'impresa la continuità, permettendole di sedersi al tavolo del dialogo in maniera seria, al fine di dimostrare l'occasionalità del comportamento e, dunque, la capacità tecnica dell'operatore di portare a compimento l'appalto per cui compete.
L'adozione del Modello 231 presenta numerosi benefici e opportunità sia per le

imprese che per le amministrazioni aggiudicatrici: da un lato, permettendo agli operatori economici di ripristinare e migliorare la propria affidabilità professionale dopo episodi di irregolarità, contribuendo a preservare il valore aziendale e a mantenere la competitività sul mercato; dall'altro lato, fungendo da strumento di raffronto per le stazioni appaltanti nella valutazione oggettiva della reale volontà delle imprese di correggere i propri comportamenti, contribuendo a garantire procedure di gara trasparenti e sostenibili.

La discrezionalità tecnica insita nei giudizi di sufficienza e tempestività dei provvedimenti riparatori passa, tuttavia, da criteri chiari e uniformi.

L'applicazione pratica del Modello 231 nell'ambito del Codice dei contratti vede, infatti, tra le sue principali criticità la disparità di trattamento che può emergere a causa dell'ampio tecnicismo della discrezionalità conferita alle stazioni appaltanti nella valutazione delle misure di *self-cleaning*. È evidente che quest'ultima, se non esercitata con criteri chiari e uniformi, potrebbe comportare decisioni non omogenee e potenzialmente discriminatorie: esponendo le amministrazioni a un incremento dei contenziosi amministrativi e provocando ulteriore sfiducia nel rapporto tra gli operatori economici e la pubblica amministrazione.

Le imprese affrontano difficoltà pratiche significative nell'implementazione effettiva del Modello 231, specialmente quelle di piccole e medie dimensioni, che spesso dispongono di risorse limitate per realizzare modelli efficaci e realmente adattati alla loro struttura organizzativa. In molti casi, infatti, i costi economici e organizzativi legati all'attivazione organizzativa del Modello possono risultare onerosi, ostacolando così l'accesso di piccole e medie imprese alle procedure di gara.

Potrebbe in questa direzione giocare un ruolo fondamentale l'effettivo ricorso, ove possibile, alle tecnologie digitali.

Una prospettiva ampiamente vagliata dalla dottrina è rappresentata dall'impiego sempre più diffuso di tecnologie digitali avanzate nella *compliance* aziendale[52]. Strumenti di supporto digitale, di archiviazione di dati certi e di segnalazione delle anomalie, potrebbero contribuire a migliorare l'efficacia dei protocolli organizzativi, nonché la trasparenza, la rapidità e l'efficacia dei processi di valutazione delle misure di *self-cleaning*, offrendo strumenti più oggettivi per monitorare la *compliance* aziendale e l'effettività delle misure correttive adottate.

Sebbene il Modello 231 rappresenti uno strumento promettente per promuovere

la responsabilità nelle gare pubbliche, rimangono aperte numerose questioni applicative e interpretative. Per ottimizzare l'utilizzo di questo strumento, sarà necessario incentivare la definizione di linee guida più precise e promuovere l'adozione di *standard* omogenei da parte delle stazioni appaltanti. Futuri approfondimenti potrebbero concentrarsi sulla valutazione empirica dell'efficacia del Modello 231, analizzando casi concreti e approfondendo le soglie di sufficienza delle misure, anche nell'ottica di migliorare la trasparenza e l'efficienza dei processi di valutazione delle misure di *self-cleaning*.

1. Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante: «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*». Ai sensi dell'art. 1, rubricato «*Soggetti*», «*Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*».In forza di quanto riportato nell'introduzione alla relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, riferendosi alla legge del 29 settembre 2000, n. 300, il legislatore ha inteso, per mezzo di delega al Governo, ottemperare «*agli obblighi previsti dalla Convenzione OCSE e da altri strumenti di prossima ratifica (si pensi al secondo Protocollo PIF). Piu`in generale, la quasi totalità degli strumenti internazionali e comunitari in specie, in una pluralità (eterogenea) di materie, dispone la previsione di paradigmi di responsabilità delle persone giuridiche, a chiusura delle previsioni sanzionatorie. Sicché la riforma appariva oramai improcastinabile. Si aggiunga soltanto che essa interpreta l'esigenza, oramai diffusa, di colmare un'evidente lacuna normativa del nostro ordinamento, tanto più evidente in quanto la responsabilità della societas è già una realtà in molti Paesi dell'Europa (cosi` in Francia, Regno Unito, Olanda, Danimarca, Portogallo, Irlanda, Svezia, Finlandia)*». È ormai pacifico, prosegue la relazione, «*che le principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere da soggetti a struttura organizzata e complessa*».
2. Cfr. G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *Dir. pen. contem.*, 28 ottobre 2012, pp. 1 ss., ora in Id., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, Pisa, 2012.
3. Sul tema la letteratura è ormai pressoché sterminata. Sia qui consentito richiamare V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4, 2001, pp. 879 ss.; G. Amarelli, *Profili pratici della*

*questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2006, pp. 151 ss.; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffré, Milano, 2008; C.E. Paliero, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in Aa.Vv., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi,* in *Soc*., n. spec., 2011, pp. 5 ss., spec. 15 ss. Sul punto si veda ancora G. De Simone, *La responsabilità da reato*, cit., spec. 5. Secondo l'A., quella della natura della responsabilità «*non e`una questione solo accademica e nominalistica, perché qui sono in gioco i "referenti costituzionali" della disciplina tratteggiata nel d.lgs. n. 231. E`chiaro, infatti, che, qualora si ritenga sostanzialmente penale siffatta responsabilità, la legittimità di questa disciplina non potrà che essere valutata alla luce di quelle norme che la costituzione dedica alla materia penale. Entrerebbero in gioco, pertanto, sia gli artt. 25, commi 1 e 2, e 27, commi 1, 2 e 3, Cost. 23, sia gli artt. 111 e 112 cost.; ed i principi ivi sanciti diventerebbero "giustiziabili da parte della Corte costituzionale al fine di vagliare la legittimità [...] delle singole disposizioni normative che compongono il d. lgs. n. 231"*».

4. Sul tema si veda, anzitutto, l'intervento del presidente L. 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, tenutosi in data 7 gennaio 2023, ora disponibile in *giustizia-amministrativa.it*, 2023.
5. Cfr. F. Caringella, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, Relazione al convegno il *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, AIGA, tenutosi a Cagliari i giorni 9-10 giugno 2023, ora disponibile in *giustizia-amministrativa.it*, 2023. Secondo l'A., è lo stesso sintagma "contratto pubblico" ad essere «*sfuggente ed enigmatico*». Questo «*fonde il concetto privatistico per antonomasia – contratto, auto-regolamento espressione di autonomia negoziale, territorio di libertà ed espressione di volontà individuale, se non di capriccio personale – e un aggettivo ("pubblico"), che evoca la negazione del diritto privato, la mannaia del* public power *unilaterale, la scure dell'imperatività, l'asimmetria, se non il privilegio*».Ancora, in argomento si segnala il contributo di P. Chirulli, *Contratti pubblici e amministrazione del futuro*, in *CERIDAP*, 3, 2023, pp. 24 ss. Il saggio sottolinea come i contratti pubblici, in ragione del loro impatto sulla finanza pubblica, sull'economia e sul benessere della collettività, siano una variabile determinante per il futuro dell'amministrazione ma al tempo stesso rappresentino un grande sfida, per la complessità della materia e la difficoltà nel disciplinarla in modo semplice ma al tempo stesso efficace. In questo quadro si inserisce la riforma del nuovo Codice, che ha cercato di imprimere «*un cambio di passo rispetto alle precedenti codificazioni*». Sul tema si veda il commento di 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, pp. 4 ss., la quale si sofferma sulle previsioni rilevanti rispetto al tema della transizione digitale della p.A.
6. Secondo quanto espressamente riportato nella premessa alla citata relazione illustrativa del

7 novembre 2022: «*In data 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei Ministri ha comunicato al Presidente del Consiglio di Stato di voler affidare la formulazione del progetto di codice dei contratti pubblici al Consiglio di Stato, ai sensi del comma 4 dell'art. 1 della legge n. 78 del 21 giugno 2022. Ha ricordato che l'approvazione di questa riforma costituisce un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che ne dettaglia il contenuto. Il successivo 4 luglio il Presidente Frattini ha istituito una Commissione speciale, da lui presieduta e col supporto di un* board *composto dal Presidente aggiunto e da altri due vice, presidenti titolari di sezione del Consiglio di Stato, di cui uno con compiti di coordinatore*».

7. È seguita l'attrazione nella ridetta parte generale anche del principio di sussidiarietà orizzontale: oggi specificamente disciplinato dall'articolo 6 del Codice. L'innovazione codicistica è frutto del recepimento dei principi eurounitari sintetizzati nella nota sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale: la quale, in estrema sintesi, concerne il ruolo degli Enti del Terzo Settore nello svolgimento di attività definibili di "interesse generale", nella ricerca di un tentativo di coordinamento con il Codice dei contratti. In argomento si veda A. Manzione, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: trasferimento immobiliare come corrispettivo dell'appalto, opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e partenariato sociale*, Relazione tenuta in occasione della 6° Rassegna di diritto pubblico dell'economia, a cura dell'UPEL, Varese, 25-26 maggio 2023, oggi disponibile in *giustizia-amminnistrativa.it*. In passato, l'espressione sussidiarietà orizzontale figurava unicamente all'art. 189, il quale si riferiva «*a possibili esempi di applicazione pratica dello stesso, non a caso ricondotti alla rubrica "Interventi di sussidiarietà orizzontale"*». Due osservazioni in merito appaiono indispensabili. In primo luogo, le incongruenze tra il nuovo testo della norma e la sua "narrazione" in sede di relazione illustrativa. In secondo luogo, la perdita di *chance* connessa alla limitata portata applicativa della norma. Invero, già dalla rubrica della stessa, si deduce che il legislatore non ha inteso parlare di sussidiarietà orizzontale in senso generale, bensì, esclusivamente di quella sua particolare estrinsecazione in cui vengono ad essere coinvolti i cc.dd. Enti del Terzo Settore.
8. Sul principio del risultato si guardi al recentissimo contributo di F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*., in *giustizia-amministrativa.it*, 2023. Lo scritto riprende la relazione tenutasi a Firenze il 14 aprile 2023 in occasione del convegno su *I principi nel codice dei contratti pubblici* organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri. In particolare, secondo l'A., la collocazione topografica del principio del risultato all'art. 1, chiarisce l'intenzione che ha ispirato il legislatore nell'anteporre alle altre disposizioni del codice un titolo appunto riservato ai principi. Oltre alla loro naturale funzione di norme di carattere generale e trasversale da leggersi in combinato disposto con i numerosi articoli del decreto, «*il legislatore ha infatti preso atto della rilevante complessità di una disciplina che, vuoi per ragioni dipendenti dalla tecnica normativa delle istituzioni dell'Unione europea e ben visibile nel pacchetto di direttive del 2014, vuoi per ragioni legate al nostro ordinamento e in particolare all'esperienza – in verità non sempre di successo – della c.d. codificazione del diritto amministrativo, ha impegnato l'amministrazione, gli*

*operatori economici, insieme ai pratici e teorici del diritto, nella non facile lettura e nel coordinamento di norme decisamente molto numerose*».Sul tema sia consentito richiamare anche i contributi di S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. soc.*, 2022, pp. 551 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali nel codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, pp. 1 ss.

9. Sia qui consentito riportarne il testo per facilità di consultazione. Secondo il nuovo art. 1 del Codice: «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato "codice" e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva*».
10. Per completezza espositiva, è opportuno segnalare che ai requisiti di ordine generale, segue la dimostrazione dei requisiti soggettivi di ordine speciale di cui all'art. 100 del Codice degli appalti: idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali.
11. Momentaneamente in disparte il profilo sostanziale, dal punto di vista formale, il legislatore ha optato per un'articolazione della disciplina in cinque distinti articoli, in sostituzione dell'unico articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016. La citata disposizione, sebbene mutasse in larga misura il testo dell'art. 57 della direttiva europea 24/2014, può essere considerata una delle più dibattute nell'ambito del contenzioso in materia di contratti pubblici. Ne deriva una scelta legislativa frutto di non più rinviabili istanze di semplificazione e chiarificazione normativa, finalizzata a consentire – anche attraverso rubriche caratterizzate da una terminologia più chiara e precisa – agli operatori economici e alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di meglio orientarsi nel panorama giuridico.
12. Con una terminologia più chiara ed esplicita rispetta a quella utilizzata nel Codice del 2016, il legislatore ha voluto distinguere espressamente le cause di esclusione al ricorre delle quali non è lasciato alcun margine di valutazione alla stazione appaltante (art. 94), da quelle che, invece, richiedono, ai fini della concreta rilevanza sull'affidabilità dell'operatore

economico, a una valutazione discrezionale (art. 95). Non si tratta di un cambiamento radicale, piuttosto di una formalizzazione legislativa di una distinzione già utilizzata nella giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del nuovo Codice. In argomento si veda F. Fichera, *Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici*, relazione al convegno *Il Codice dei contratti pubblici ad un anno dalla Riforma*, 4-6 marzo 2024, Consiglio di Stato, Palazzo Spada, Roma, ora disponibile in *giustizia-amministrativa.it,* 2024. A dire dell'A., «*tale netta distinzione non figura nel diritto unionale di riferimento, che, oltre a non enucleare espressamente cause di esclusione obbligatoria e facoltativa, prevede che anche al verificarsi delle cause di esclusione obbligatoria sia consentito all'operatore economico di fornire prova di aver adottato misure correttive (c.d. di* self-cleaning*) sufficienti a riacquisire propria affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Le direttive UE in materia di appalti, infatti, non impongono alcun automatismo espulsivo, consentendo agli operatori, anche in presenza di motivi di esclusione obbligatoria, di fornire alle stazioni appaltanti la prova di aver riacquistato il possesso dei requisiti di ordine morale con l'adozione di misure di* self-cleaning *e obbligando, per altro verso, le amministrazioni aggiudicatrici a valutare le misure correttive intraprese dall'operatore economico*».

13. Si guardi, nello specifico, all'elenco tassativo di reati fornito dal comma 1 dell'art. 94 del d. lgs. n. 36/2023. Se ne riporta il testo per facilità di consultazione: «*È causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-*bis *del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis *oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater *del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 452-*quaterdieces *del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317,318,319,319-*ter*, 319-*quater*, 320,321,322,322-*bis*, 346-*bis*, 353,353-*bis*, 354,355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; c) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile; d) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995; e) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; f) delitti di cui agli articoli 648-*bis*, 648-*ter *e 648-*ter.*1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109; g)*

*sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; h) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*».

14. Ai sensi del successivo comma 2 dell'art. 94: «*È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4*-bis*, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34*-bis *del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato*».
15. Per un approfondimento sul tema delle interdittive antimafia, sia qui consentito richiamare L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 14, 2023, pp. 21 ss.; R. Greco, *La Giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di misure antimafia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024. Secondo quest'ultimo, l'esigenza di "fare il punto" sulle misure amministrative antimafia, con particolare riguardo ai principali approdi raggiunti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di informative interdittive, «*si impone oggi per un duplice ordine di ragioni: da un lato, per la crescente diffusività di tali misure, che hanno da tempo abbandonato la loro originaria connotazione "di nicchia", circoscritta al solo settore degli appalti pubblici, per trasformarsi in strumenti ordinari di prevenzione delle infiltrazioni mafiose nell'economia e del mercato; dall'altro, alla luce dei ripetuti interventi di modifica che hanno interessato negli ultimi anni il quadro normativo, culminando in quelli operati con il decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, i quali sono verosimilmente destinati a produrre un impatto "sistemico" che andrà ben oltre la (pur rilevante) portata dei nuovi istituti introdotti*».
16. Si guardi, in particolare, a quanto affermato da Cons. Stato, V, 14 aprile 2022, n. 2847: «*L'ammissione (o anche la sola richiesta di ammissione) al controllo giudiziario delle attività economiche e dell'azienda di cui all'art. 34*-bis*) d.lgs. n. 159 del 2011 non ha conseguenze sui provvedimenti di esclusione che siano stati adottati ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara, di modo che non v'è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione; in mancanza di espressa indicazione normativa – il legislatore, infatti,* tam dixit quam voluit *e, se avesse voluto, avrebbe potuto estendere l'effetto sospensivo ai provvedimenti di esclusione già adottati – vale il principio generale dell'efficacia solo per l'avvenire dell'ammissione al controllo giudiziario, con la conseguente possibilità di partecipare in situazione di controllo ad altre procedure di gara (in*

*tal senso, del resto, sia pur* incidenter tantum*, si è espressa Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2018, n. 3268 e, più recentemente, V, 11 gennaio 2021, n. 387)*».

17. Così come rilevato nella citata relazione illustrativa al Codice dei contratti, redatta dal Consiglio di Stato, già nell'Atto di segnalazione Anac n. 3 del 27 luglio 2022 (e nelle successive proposte emendative del 25 luglio 2022) si era fatta presente l'opportunità concreta di «*allineare l'ambito soggettivo di applicazione del requisito previsto dall'art. 80, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016, rispetto ai soggetti sottoposti alle verifiche antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011)*».
18. Quanto al riferimento agli amministratori di fatto, la norma introduce un'importante novità rispetto alle pregresse disposizioni codicistiche: recependo principi già affermati dalla giurisprudenza amministrativistica in costanza della previgente formulazione normativa. Secondo i giudici di Palazzo Spada l'assenza di un'investitura formale non può essere idonea ad eludere l'intervento delle cause di esclusione, da cui il riconoscimento della rilevanza sostanziale del ruolo concretamente svolto all'interno della società. A questo proposito, sia qui consentito richiamare la pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23: «*Nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori. Anche in questo caso, come sottolineato nella stessa ordinanza di remissione, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza.A ben vedere, in altre parole, in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti.Detta conclusione non è smentita dal menzionato art. 45 della direttiva U.E., il quale anzi, facendo riferimento, come già innanzi riportato, a "qualsiasi persona" che "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo" dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura*».
19. Nello specifico, secondo la vecchia disciplina, l'esclusione operava qualora l'impresa non dimostrasse completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata: scatenando una forma di "caccia all'errore" o alla dimenticanza da parte delle imprese controinteressate. In argomento si veda ancora, F. Fichera, *Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici*, cit., spec. 8. Secondo l'A., alla

base della scelta legislativa di non riproporre tale importante estensione soggettiva, «*vi è senz'altro, da un lato, la volontà di ravvedersi dalla violazione del divieto di* gold plating *in cui era "caduto" il precedente legislatore, la cui fuga in avanti (o meglio, all'indietro, considerando che l'esclusione colpiva l'impresa anche se la causa escludente riguardasse un soggetto cessato dalla sua carica prima della pubblicazione del bando) non trovava adeguata copertura legislativa nella normativa europea di riferimento. Dall'altro lato, a determinare tale importante novità sono state anche ragioni di carattere "pratico". Non può trascurarsi, infatti, che l'applicazione della disposizione avesse creato un significativo contenzioso correlato alle modalità di identificazione dei soggetti interessati, e, in particolare, al ruolo della stazione appaltante, la quale, a fronte di una compiuta identificazione di questi ultimi, poteva procedere essa stessa alle opportune verifiche, anche attraverso il casellario giudiziale e altri archivi pubblici ai quali la stessa, a differenza del dichiarante, avrebbe potuto avere ad accesso*».

20. Il nuovo art. 95, comma 1, lett. b, rinvia alla disposizione di cui all'art. 16 del medesimo Codice, il quale modifica il precedente art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016. In forza delle novità legislative introdotte, l'attuale versione prevede: «*Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione.In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro*».
21. In argomento si veda G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, pp. 779 ss. La disciplina previgente attribuiva di fatto a ciascuna stazione appaltante un potere valutativo delle vicende dell'impresa, che doveva essere esercitato sulla base del principio di proporzionalità, richiamato dallo stesso Considerando 101, terzo periodo, della direttiva 2014/24/UE. Ciascuna stazione appaltante era, così, tenuta a valutare la rilevanza dei fatti oggetto di contestazione (costituenti l'illecito professionale) in relazione alla loro incidenza sull'integrità e sull'affidabilità dell'operatore economico. A dire dell'A., la *ratio* della disciplina era evidente: evitare che la stazione appaltante stipulasse contratti ovvero li mantenesse in essere con imprese inaffidabili o corrotte.
22. Le Linee Guida ANAC n. 6 sono state adottate con la delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e successivamente aggiornate con la delibera n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Sul loro contenuto si è espresso il Consiglio di Stato nei pareri n. 2286 del 3 novembre 2016 e n. 2042 del 25 settembre 2017.

23. In particolare, secondo il parere interlocutorio del Cons. Stato, sez. cons., 23 ottobre 2018, n. 2616, richiamato a sua volta da Cons. Stato, III, 2 agosto 2021, n. 5659, la «*chiara e inequivoca – e logica e forse inevitabile – scelta del legislatore, prima di tutto, e al massimo grado di quello eurounitario, di optare per una tecnica normativa imperniata sull'uso di termini generici introduttivi di concetti giuridici indeterminati, che rimandano naturalmente al completamento del precetto in sede applicativa mediante integrazione del fatto facendo ricorso a nozioni e valutazioni anche extragiuridiche (paradigmatico è l'art. 57 par. 4 lett. c) della direttiva UE 24/2014, secondo un approccio che, peraltro, a suo tempo era stato già seguito, in Italia dalla normativa contabilistica degli anni '20 del secolo scorso ed il cui successivo abbandono non sembra avere dato risultati appaganti). Ciò sul rilievo che la casistica degli illeciti è molto vasta, oltre che mutevole, e che l'apprezzamento del fatto in questa materia ha un peso preponderante, il che rende impossibile ovvero illusorio e controproducente prevedere* ex ante *ogni singola ipotesi*».
24. In questo senso v. Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1367: «*Sulla scorta del delineato quadro giurisprudenziale nonché dei pareri di questo Consiglio del 3 novembre 2016, n. 2286 e del 25 settembre 2017, n. 2042, si ricava, altresì, l'utilità, ma non la decisività, delle linee guida ANAC n. 6, approvate con la delibera del 16 novembre 2016, n. 1293 ed aggiornate con la delibera dell'11 ottobre 2017, n. 1008 (recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice", emanate in attuazione dell'art. 80, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016), al fine della soluzione interpretativa da fornire della disposizione normativa più volte citata, che, peraltro, non smentiscono la suddetta esegesi in base alla quale il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti tipizzati, rileva ai fini dell'esclusione qualora, sulla base del discrezionale giudizio della stazione appaltante, sia idoneo ad integrare il "grave illecito professionale", e sia in grado dunque di ledere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico*».
25. In questo senso si vedano *ex multis*: Cons. Stato, V, 5 marzo 2020 n. 1605; Id., 24 gennaio 2019 n. 586; 25 gennaio 2019, n. 591; 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018 n. 7231.
26. La scelta di prediligere una predisposizione separata dell'articolo tipizzante l'illecito professionale rende necessaria una lettura coordinata di quest'ultimo con la disciplina generale sui motivi di esclusione. In argomento, secondo quanto riportato nella citata relazione illustrativa al Codice: «*I) si è rimessa alla disposizione generale in materia di cause di esclusione di cui all'art. 96 la disciplina "cornice" in punto di:- individuazione del momento iniziale di decorrenza del triennio per ciascuna causa non automatica di esclusione;- previsione di un onere di comunicazione e produzione da parte dell'operatore economico dei provvedimenti giudiziali, con riguardo alle fattispecie di causa "non automatica" di esclusione che trovi fonte in un provvedimento di una Autorità di settore, ovvero dei provvedimenti giudiziali per quelle integranti reato, e disciplina delle conseguenze dell'inottemperanza a tale onere in punto di decorrenza del periodo triennale di possibile*

*esclusione;*

*II) e`stata invece rimessa all'art. 98 sull'illecito professionale la individuazione dell'autorità competente a disporre l'esclusione facoltativa, nonché la enumerazione e descrizione delle fattispecie rilevanti e dei mezzi di prova delle medesime: ivi, peraltro, quanto alle fattispecie penalmente rilevanti, e`stata perimetrata la portata dell'obbligo motivazionale in relazione alla diversa valenza dimostrativa delle "fonti" utilizzate dalla stazione appaltante ove si risolva ad avvalersi di tale causa facoltativa di esclusione*».

27. Se ne riporta il testo integrale per facilità di consultazione: «*è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato*».In argomento si veda G. Pesce, *L'ammissione alle procedure*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2025, spec. 922 ss. Secondo l'A., la disciplina relativa ai motivi di esclusione, intesa quale criterio di selezione qualitativa degli operatori economici, è stata orientata dal legislatore europeo ad un approccio sostanzialistico. Nello specifico, il considerando n. 102 della direttiva sottolinea l'importanza di offrire agli operatori economici l'opportunità di adottare misure idonee a garantire «*l'osservanza degli obblighi volti a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e ad impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo*».

28. Il passaggio è ripreso da Corte giust., sentenza 14 gennaio 2021, C-387/19, *RTS infra BVBA and Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2021:13. In senso conforme si veda, anche, Corte giust., sentenza 11 giugno 2020, C-472/19, *Vert Marine SAS*, ECLI:EU:C:2020:468: «*A tale riguardo, occorre ricordare che, in forza dell'articolo 38, paragrafo 9, primo comma, della direttiva 2014/23, un operatore economico che si trovi in una delle situazioni contemplate, inter alia, nel paragrafo 4 di tale articolo può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione e che, se tali prove sono ritenute*

*sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura. Tale disposizione introduce, dunque, un meccanismo di misure correttive (*self-cleaning*) [v., per analogia, per quanto riguarda l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65), che è equivalente all'articolo 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23, sentenza del 30 gennaio 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punto 49 e giurisprudenza ivi citata]. Dalla formulazione dell'articolo 38, paragrafo 9, primo comma, della direttiva 2014/23 risulta che, prevedendo che un operatore economico possa fornire la prova delle misure correttive adottate, tale disposizione conferisce agli operatori economici un diritto che gli Stati membri devono garantire al momento della trasposizione di tale direttiva, nel rispetto delle condizioni stabilite da quest'ultima*».

29. Già in tempi risalenti, la giurisprudenza amministrativistica si era espressa sulla necessità di evitare esclusioni automatiche in caso di sentenze penali di condanna: prospettando l'opportunità di una valutazione puntuale circa l'incidenza della condanna sulla affidabilità del concorrente. Questa valutazione deve tenero conto della natura del reato, delle circostanze, della pena inflitta e del tempo intercorso dalla sua commissione, al fine di evitare abusi se non, addirittura, censure di illegittimità costituzionale della norma. In questa direzione Cons. Stato, VI, 24 ottobre 2000, n. 5715, ha, così, suggerito di rapportare con attenzione la condotta sanzionata agli interessi in gioco.
30. Nello specifico, ai sensi dell'art. 80, comma 7, d.lgs. n. 50/2016: «*un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*».
31. Cfr., ancora, le già citate Linee Guida n. 6. Secondo quanto indicato dal punto 14.2: «*L'adozione delle misure di* self-cleaning *interviene entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. I fatti verificatisi successivamente al termine di presentazione delle offerte sono tempestivamente comunicati alla stazione appaltante con indicazione delle misure di* self- cleaning *adottate*».
32. In argomento si veda G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, cit., pp. 779 ss., spec. 11 ss. L'A. affronta il tema delle misure di *self-cleaning* nell'ambito del potere di valutazione della stazione appaltante nei procedimenti di esclusione concernenti i gravi illeciti professionali. A dire dello stesso, riferendosi alla ormai precedente formulazione, la caratteristica principale della disciplina delle misure di riparazione era la c.d. efficacia pro futuro: «*ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo. Solo dopo*

*l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera dell'operatore economico*».In questa direzione, rileva sempre l'A., si orientava la giurisprudenza maggioritaria. A dire dei giudici amministrativistici, infatti, le misure di *self-cleaning* dovevano essere considerate una conseguenza di precedenti condotte illecite e, in quanto tali, rispondevano alla finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato. Per queste ragioni, non possono certamente essere considerate idonee a sanare l'illiceità di condotte pregresse, potendo rilevare solo per il futuro, in relazione, cioè, alle gare indette successivamente alla loro adozione. In questo senso si vedano *ex multis*: Cons. Stato, III, 2 agosto 2021 n. 5659; Cons. Stato, V, 6 aprile 2020 n. 2260; T.A.R. Lazio, Roma, II, 2 marzo 2018, n. 2394; T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 26 febbraio 2018 n. 218; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 10 novembre 2017, n. 2123; T.A.R. Puglia, Bari, III, 1 ottobre 2018, n. 1252; T.A.R. Lazio, Roma, II, 23 luglio 2018, n. 8309.

33. Si vedano, in particolare, Cons. Stato, V, 30 maggio 2022, nn. 4362 e 4363. Secondo l'interpretazione fornita nelle pronunce citate, occorre distinguere le misure assunte prima della presentazione delle offerte e quelle intervenute nel corso del procedimento di gara: le prime consentono da sole all'operatore economico di prevenire l'esclusione; quanto alle seconde, invece, la Quinta Sezione ha ritenuto che «*l'adozione delle misure medesime in corso di procedura non è affatto un evento la cui valutazione sia preclusa alla stazione appaltante* tamquam non esset. *All'opposto, rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante tenere conto delle misure di* self-cleaning *adottate in corso di procedura e di valutare la loro idoneità (o meno, eventualmente anche in ragione della tardività dell'intervento riparatore) a garantire l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dello specifico appalto di che trattasi*».

34. La vicenda concerneva la partecipazione di un'impresa ad una procedura di evidenza pubblica. Durante la pendenza della gara, protrattasi per anni, emergeva tuttavia il concretizzarsi di un fatto idoneo a integrare una causa di esclusione. Nel giudizio di primo grado, in conformità all'orientamento più rigido, il Tar aveva ritenuto che una volta emersa una causa di esclusione, il *self-cleaning*, in una logia formalistica, non potesse intervenire per impedire l'esclusione dalla gara. In questa direzione i giudici di prime cure, richiamando una vicenda analoga che ha visto convolte le stesse parti del caso di specie, condividevano l'osservazione secondo cui «*Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento*» (così Cons. Stato, III, 6 dicembre 2021, n. 8160). In grado di appello, i Giudici di Palazzo Spada, allineandosi ai principi espressi dalla Corte di Giustizia, già recepiti in altre isolate sentenze del Consiglio di Stato, hanno rilevato che le misure di *self-cleaning*, «*contrariamente a quanto sostenuto dal TAR (che, a sua volta, ha richiamato un orientamento della giurisprudenza assai diffuso, fondato sul principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107; Cons. Stato Sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198), devono essere esaminate*

*dalla stazione appaltante prima di assumere ogni determinazione diretta ad accertare, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'attuale integrità ed affidabilità dell'operatore economico nei confronti del quale si siano verificati fatti astrattamente riconducibili a gravi errori professionali passibili di esclusione facoltativa, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016. [...] Ne consegue che la tesi della inapplicabilità delle misure di* self-cleaning *alle gare in corso, di origine pretoria, in quanto non prevista né nella direttiva appalti, e neppure nel codice dei contratti, che preclude alle stazioni appaltanti di valutare il contenuto e l'idoneità delle misure di ravvedimento operoso assunte dagli operatori partecipanti ad una gara, al fine di eliminare qualsiasi dubbio sulla propria affidabilità, ingenerato da vicende penali pregresse, verificatesi tra la data di presentazione dell'offerta e quella di aggiudicazione, si pone in contrasto con i principi del diritto unionale relativi al diritto al contraddittorio, al principio di proporzionalità e del* favor partecipationis *e, quindi, in definitiva al principio di concorrenza*» (Cons. Stato, III, 20 febbraio 2023, n. 1700).

35. Interviene in ausilio la stessa relazione di accompagnamento al Codice, in cui è stato precisato che «*I commi da 2 a 6 [dell'art. 96 n.d.r.] prevedono la "nuova" versione allargata del* self-cleaning *aderente alla direttiva 24/2014 UE: conformemente all'incipit del paragrafo 6 dell'art. 57 della direttiva ("Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4") nella parte in cui non richiama il paragrafo 2, restano fuori dal perimetro applicativo dell'istituto le violazioni fiscali e previdenziali di cui al comma 6 dell'art. 94 e al comma 2 dell'art. 95 (in passato entrambe contenute nel al comma 4 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016)*».
36. La letteratura in tema è, pressocché, sterminata, valgano qui alcuni specifici richiami, in ragione della sua rilevanza sia sotto il profilo procedimentale, ma anche processuale: da cui deriva la sua origine. Andando per gradi. Con specifico riferimento all'ambito processual amministrativistico, il principio di diritto, ormai recepito dall'art. 27 c.p.a, impedisce al giudice di esprimersi sulla domanda senza la preliminare e regolare integrazione del contraddittorio tra le parti. In argomento si veda tra tutti F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 172-173. Il contraddittorio, per essere garantito, deve oggi rispondere ai requisiti della completezza e della continuità. In particolare, per quanto concerne il profilo della continuità, il contraddittorio deve essere mantenuto *integro* per l'intera durata del processo. Ciò significa che la dialettica tra le parti deve essere organizzata razionalmente e che il «*dialogo*» con il giudice deve essere costante. Il contraddittorio deve essere garantito sia nella fase istruttoria, specialmente nella formazione delle prove, sia nella fase di formazione del convincimento del giudice. Secondo l'A., infatti, questo implica che «*nessuna decisione del giudice, sia istruttoria, sia di merito, possa essere adottata senza che le parti abbiano avuto modo di pronunciarsi preventivamente sulla questione da decidere*».Da questo crinale, rilevano le tanto vagliate analogie sul piano procedimentale: storicamente fondate su un'elaborazione giuridica, radicata nella teoria giuridica austro-tedesca, secondo cui giudicare e amministrare sono concetti equiparabili, che necessitano di regole valevoli,

tanto per la funzione del giudicare, quanto per la funzione dell'amministrare. Imprescindibile la dottrina di M. Nigro, *Sulle decisioni amministrative*, in *Foro Amministrativo*, 1950, pp. 17 ss. Il recepimento del suo pensiero, di cui è intrisa la legge sul procedimento amministrativo, segna il passaggio verso la progressiva, e, ormai, inarrestabile trasposizione del modello del contraddittorio anche al procedimento amministrativo: il quale assume oggi un carattere simil-processuale, in un'ottica "para-contenziosa". In questa direzione si veda anche il contributo di F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, ESI, Napoli, 1996. Secondo l'A, il rapporto tra autorità e amministrato ha subito, nel corso di più di un secolo di elaborazione teorica, una profonda trasformazione caratterizzata da una tendenziale diminuzione del carattere autoritativo dell'azione dei pubblici poteri, grazie anche all'enucleazione, da parte della giurisprudenza amministrativa, di principi generali che rappresentano sempre più i parametri di legittimità dell'agire dell'amministrazione. È proprio in questa linea di tendenza che si inserisce la disciplina generale del contradditorio procedimentale: contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto volta a dar vita ad una vera e propria norma sulla funzione amministrativa. Ciò contribuisce a garantisce una maggiore trasparenza e chiarezza nei meccanismi decisionali che conducono alla formazione della regola nel caso concreto. Invero, sebbene la trasposizione del citato principio dal processo al procedimento non è indenne da contraddizioni, esso consente di realizzare un procedimento con pluralità di parti: favorendo una determinazione più compiuta del rapporto giuridico che lega l'amministrazione all'amministrato.

37. Si pensi alle analogie con le misure adottate dal Prefetto. In argomento si veda M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *giustiziainsieme.it*, 25 maggio 2023. Il tema del contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'informazione antimafia (liberatoria o interdittiva) ha assunto oggi massima attualità per effetto del c.d. decreto *discovery*, n. 152 del 2021. Orbene, secondo l'A., oltre ai vantaggi connessi alla riduzione del rischio di errore in procedimenti concernenti l'accertamento di fatti complessi, se non addirittura di tipo indiziario, un efficace contradditorio procedimentale: «*a) consentirebbe all'impresa di esercitare in sede procedimentale i propri diritti di difesa e di spiegare le ragioni alternative di determinati atti o condotte, ritenuti dalla Prefettura sintomatici di infiltrazione mafiosa, nonché di adottare, eventualmente su proposta e sotto la supervisione della stessa Prefettura, misure di self cleaning, che lo stesso legislatore potrebbe introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie, ad esempio, dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014, da ammettersi, ove la situazione lo consenta, prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell'informazione antimafia; b) consentirebbe allo stesso Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo quale extrema ratio solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall'impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all'esito di una istruttoria più completa, approfondita,*

*meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato; c) consentirebbe infine al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale, anche previo approfondimento istruttorio nel contraddittorio con l'impresa, nonché sul conseguente corredo motivazionale del provvedimento prefettizio, e di affinare così ulteriormente, nell'ottica della full jurisdiction, i propri poteri cognitori e istruttori in questa delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco*».

38. Rappresentative del concetto, risuonano le parole di F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 232 ss., «*sarebbe un finto processo se il pubblico ministero perseguisse fantasmi intellettuali, diavoli ovvero santi, cose inanimate, bestie, persone giuridiche, enti collettivi, cadaveri. Bisogna che l'imputazione evochi una persona fisica, esista o no in carne ed ossa. Stiamo parlando dei presupposti (*a parte rei*) mancando i quali il processo sarebbe pura apparenza*».
39. In particolare, in forza del principio di autonomia della responsabilità previsto dall'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, una volta accertato il collegamento funzionale tra l'autore del reato e l'ente, la responsabilità e, dunque, l'imputabilità degli effetti dell'illecito nei confronti dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile: con la conseguenza che la responsabilità dell'ente è disgiunta da quella della persona fisica che ha commesso il reato.
40. Sia qui sufficiente richiamare la previsione dell'art. 5 comma 1 del decreto, in base al quale «*l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio*». Particolare rilievo assume la presenza della congiunzione «*o*» che implica la sufficienza che il reato sia stato posto in essere nell'interesse dell'ente, non occorrendo, ai fini della responsabilità dello stesso, che questo ne abbia anche tratto vantaggio: ciò significa che, ai fini dell'imputabilità dell'illecito, vi può essere anche solo «*interesse*» e non anche «*vantaggio*».Questa conclusione è desumibile, altresì, dall'art. 12 comma 1 lett. a) del citato decreto che, nel prevedere la riduzione della sanzione pecuniaria nell'ipotesi in cui l'autore del reato abbia commesso il fatto «*nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo*», sancisce comunque la responsabilità anche laddove non vi sia alcun vantaggio da parte dell'ente. In altre parole, i requisiti dell'interesse e del vantaggio devono essere considerati tra loro alternativi, costituendo il primo il requisito necessario e sufficiente per l'imputabilità dell'illecito all'ente, nei confronti del quale il secondo si pone in termini ultronei e di non essenzialità. Ne deriva che, il citato criterio oggettivo di imputazione della responsabilità deve essere individuato nella effettiva dimostrazione del ruolo dell'ente quale destinatario del risultato conseguito per mezzo del reato commesso dalla persona fisica ad esso funzionalmente collegata.Tutto ciò premesso, in dottrina, sul tema del vantaggio sia qui consentito richiamare G. De Vero, *La responsabilità*, cit., pp. 162 ss., il quale si occupa di differenziarne la portata rispetto al concetto di "profitto". Ai fini della definizione della

nozione di vantaggio non è essenziale né la sua patrimonialità, potendo esso consistere anche in utilità non patrimoniali, né la necessità che la singola operazione cui è diretto l'illecito debba recare profitto, potendo la stessa, complessivamente considerata, permettere il raggiungimento di una posizione di vantaggio per l'ente. Parimenti, secondo T.E. Epidendio, *L'illecito dipendente da reato*, in A. Bassi, T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 166 ss., l'interesse dell'ente non deve necessariamente consistere in una valutazione economica, potendo assumere rilevanza in tutti i casi in cui il reato viene commesso non nella previsione di un beneficio patrimoniale monetariamente valutabile, ma di un miglioramento della posizione dell'ente sul mercato.
Infine, sul ruolo complessivo dell'interesse e del vantaggio nella strutturazione della responsabilità in capo all'ente, sia vedano: A. Astrologo, *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 649 ss.; G. De Simone, *La responsabilità da reato*, cit., pp. 32 ss. In particolare quest'ultimo, dopo essersi soffermato sulle problematiche ermeneutiche concernenti il citato binomio, si sofferma sulla peculiare compatibilità del criterio di imputazione ai reati colposi previsti nel decreto legislativo n. 231.

41. Nello specifico, nell'ipotesi di cui primo modello di imputazione, incentrato sul presupposto che il reato sia stato commesso da soggetto in posizione apicale, il legislatore ha ritenuto sufficiente la commissione di un dato reato da parte di una persona fisica in posizione al vertice dell'ente, nell'interesse di questo o a suo vantaggio. In questo caso, l'esonero da responsabilità – da provarsi a carico dell'ente medesimo – può configurarsi solo nelle sottoindicate specifiche ipotesi: se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un Modello di Organizzazione e di Gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6 comma 1 lett. a); se l'ente nella sua organizzazione ha introdotto un autonomo Organismo di Vigilanza con i compiti di controllo sul funzionamento e sull'osservanza del Modello (art. 6 comma 1 lett. b); se il reato è stato commesso perché il reo ha eluso «*fraudolentemente i Modelli di Organizzazione e di Gestione*» (art. 6 comma lett. c) predisposti ed attuati; se non vi sia stata omissione o carenza della vigilanza da parte dell'apposito Organismo (art. 6 comma 1 lett. d).Diversamente, per quanto riguarda, il secondo modello, relativo al reato commesso dai soggetti sottoposti, la normativa richiede per la riconducibilità della responsabilità all'ente, non solo che il reato sia stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio, ma anche che la condotta criminosa della persona «*sottoposta*» sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza sulla medesima da parte dei soggetti in posizione apicale.
42. Ai sensi dell'art. 13, comma 2 e 3, del d. lgs. n. 231/2001, rubricato «*Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*»: «*La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Nel caso in cui*

*concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi*».

43. Si veda nello specifico l'art. 17 del d. lgs. n. 231/2001. Se ne riporta il testo per facilità di consultazione: «*Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca*».
44. In argomento, si veda tra tutti A. Rossi, *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il D.Lgs. 231?*, in Aa.Vv., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi,* in *Soc.*, n. spec., 2011, pp. 23 ss.
45. L'Organismo di Vigilanza è dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, con il precipuo fine di vigilare sul funzionamento, l'efficacia e l'osservanza del modello, nonché di curarne l'eventuale aggiornamento. In via generale, spetta, altresì, all'OdV il compimento delle mansioni di: informazione e formazione sul Modello, mediante la promozione di iniziative specifiche e la risposta a richieste interne di chiarimento e/o di consulenza; gestione dei flussi informativi da e verso l'OdV; formulazione di proposte sanzionatorie agli organi e funzionari competenti in caso di violazioni del Modello. È opportuno precisare che, ai fini dello svolgimento degli adempimenti citati, l'Organismo, anche per il tramite delle risorse di cui dispone, può: effettuare con e senza preavviso, tutte le verifiche e le ispezioni ritenute opportune ai fini del corretto espletamento dei propri compiti; accedere liberamente presso tutte le funzioni, gli archivi e i documenti dell'ente, senza alcun consenso preventivo o necessità di autorizzazione, al fine di ottenere ogni informazione, dato o documento ritenuto necessario; disporre, ove occorra, l'audizione delle risorse che possano fornire indicazioni o informazioni utili in merito allo svolgimento dell'attività della Società o ad eventuali disfunzioni o violazioni del Modello; avvalersi, sotto la sua diretta sorveglianza e responsabilità, dell'ausilio di tutte le strutture della società ovvero di consulenti esterni.
46. L'Organismo di Vigilanza è nominato dall'organo di gestione dell'ente, il quale ne da comunicazione al professionista incaricato a cui compete l'accettazione formale dell'incarico. L'Organismo di Vigilanza, ai fini del superamento dell'eventuale giudizio di estraneità dell'ente, deve possedere una serie di requisiti legali. Anzitutto, l'Organismo di Vigilanza deve essere autonomo. Il requisito dell'autonomia deve riferirsi all'Organismo in quanto tale e dovrà intendersi quale libertà di autodeterminazione e di azione, con totale esercizio della discrezionalità tecnica nell'espletamento delle proprie funzioni. Segue, poi, l'indipendenza. L'OdV deve essere scevro da condizionamenti dipendenti da legami di sudditanza rispetto al vertice di controllo e deve essere un organo terzo, collocato in posizione di indipendenza anche gerarchica, con capacità di adottare provvedimenti e

iniziative autonome. Sempre sotto il profilo dell'indipendenza, i membri dell'OdV non devono essere in conflitto di interessi con la società: dovendo, di fatto, risultare indipendenti dalla società stessa e dal suo *management*. L'organo di controllo deve, poi, essere in possesso dei requisiti di professionalità: intesa come insieme di strumenti e tecniche necessari allo svolgimento dell'attività assegnata, sia di carattere giuridico che ispettivo e consulenziale. Ancora, all'Organismo deve essere assicurata la continuità di azione: al fine di garantire una efficace e costante attuazione del Modello, l'OdV deve monitorare in modo costante la coerenza tra i comportamenti previsti dal modello e le attività in concreto svolte dai destinatari dello stesso. Per fare ciò può essere provvisto di *budget* e risorse. Infine, rilevano l'onorabilità e l'assenza di conflitti di interessi. Questi ultimi devono intendersi nei medesimi termini previsti dalla legge con riferimento ad amministratori e sindaci se presenti.

47. Con l'emanazione del d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121, entrato in vigore il 16 agosto 2011, il legislatore ha dato attuazione alle note direttive 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 e 2009/123/CE in tema di tutela penale dell'ambiente. In particolare, con l'art. 2 del citato decreto, che ha introdotto nel d. lgs. n. 231/2001 la fattispecie di cui all'art. 25-*undecies*, è stata estesa agli enti la c.d. responsabilità amministrativa per taluni reati ambientali. Nello specifico, infatti, non tutti i reati ambientali sono stati considerati dal legislatore come produttivi della suddetta responsabilità amministrativa degli enti. Nonostante qualche disallineamento tra le direttive europee e la normativa italiana, a titolo esemplificativo, gli enti possono oggi essere sanzionati per i reati di inquinamento ambientale, smaltimento abusivo dei rifiuti, immissioni in atmosfera, scarico di acque reflue. Per un approfondimento sul tema, si vedano: A. Scarcella, *Commento al d. lgs. 121/2011,* in *G. dir.,* 38, 2011, pp. 30 ss.; L. Pistorelli, A. Scarcella, *Sulle novità di rilievo penalistico introdotte dal Decreto Legislativo di recepimento della Direttive CE in materia di ambiente (D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121) – Rel. n. III/09/2011 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione,* in *Dir. pen. contemporaneo*, 4 agosto 2011*;* C. Ruga Riva, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale,* in *Dir. pen. contemporaneo*, 8 agosto 2011; V. Plantamura, *Responsabilità individuali e degli enti nel d. lgs. 7 luglio 2011 n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente,* in *Riv. trim. dir. pen. ec.,* 2011, pp. 477 ss.; S. Sarno, *La responsabilità da reato degli enti per i crimini ambientali tra contraddizioni legislative e normative di categoria*, in *Resp. amm. delle soc. e degli enti*, 3, 2021, pp. 162 ss.

48. Si veda, in particolare, Cons. Stato, 18 ottobre 2022, n. 8864. La pronuncia, nello specifico, esordisce richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui: *«"il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da Parte della P.A. cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore; ne consegue che il sindacato che il Giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale*

*apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa" (Cons. Stato, IV, 8 ottobre 2020, n. 5867)*».Questa premessa ha portato i Giudici di Palazzo Spada a sottolineare la logicità della valutazione posta in essere dalla stazione appaltante, in ordine alla dimostrazione dell'insussistenza delle condizioni per ritenere esistente un potere di ingerenza attuale, continuativo e significativo del precedente amministratore di fatto della società. Invero, la riforma dell'assetto societario dell'ente «con riguardo alla posizione ed ai compiti dell'organo amministrativo si è mossa in una duplice direzione: da un lato, ha realizzato un sistema di deleghe gestorie in settori cruciali (appalti pubblici – rapporti infragruppo – esercizio del voto in sede assembleare), eliminando il precedente accentramento in capo ad un solo soggetto dei poteri amministrativi; dall'altro, ha individuato opportuni contrappesi rispetto al potere gestorio degli amministratori».

49. Cfr. ancora Cons. Stato, n. 8864/2022, cit.
50. In argomento si veda, ancora F. Fichera, *Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici*, cit., spec. 21. Riferendosi, all'onere motivazione di cui alla disciplina del grave illecito professionale, in questa stessa direzione «*si era, in effetti, pronunciata la giurisprudenza formatasi sotto il previgente art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016, la quale riteneva che ove la stazione appaltante non ritenesse la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale non vi fosse l'obbligo di esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per* facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa. Portato alle estreme conseguenze, tale principio implicava che la stazione appaltante dovesse motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni. [...] Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, che nella sostanza non ha cambiato la disciplina prevista dall'art. 80, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016 (la quale prevedeva espressamente l'obbligo di motivazione solo in caso di esclusione), può ritenersi che, in applicazione dei principi generali in materia di motivazione (v. art. 3 della L. 241 del 1990), le stazioni appaltanti siano chiamate a motivare, seppur in modo "meno puntuale" e "più attenuto", anche i provvedimenti di ammissione alla gara. Il riferimento alla "puntualità" della motivazione previsto dall'art. 98, infatti, accentua lo sforzo motivazionale richiesto alla stazione appaltante in sede escludente, ma tuttavia non la esautora dal generale obbligo motivazionale, se pur in questo caso più graduato, che pervade i provvedimenti amministrativi, ivi compresi quelli di ammissione alla gara. Come precisato nella Relazione di accompagnamento al Codice, il maggior sforzo motivazionale richiesto in caso di esclusione nasce anche dalla valorizzazione della "presunzione di innocenza" di cui all'art. 27 della Costituzione, da cui discende la necessità di motivare "puntualmente", in presenza di illeciti che non sono stati accertati con una sentenza passata in giudicato*».
51. In argomento si veda il contributo di M. Bonsegna, L. Tarricone, *Il nuovo Codice degli appalti: le contestazioni di illeciti ex d.lgs. 231/2001 come motivo di esclusione*, in *Resp. amm. delle soc. e degli enti*, 2, 2023. Secondo gli Aa., con l'entrata in vigore del nuovo

Codice appalti si assiste a un effettivo incremento dell'elenco di disposizioni che collegano la normativa amministrativa con la responsabilità degli enti *ex* d.lgs. 231/2001. Oltre a un profilo di incentivo per le imprese ad adottare efficaci procedure di *self-cleaning* tramite la creazione o potenziamento di Modelli organizzativi gestionali 231, il contributo annalizza la portata innovativa del Codice dei contratti pubblici anche nell'ottica di stanare taluni punti di criticità della nuova disciplina: fonte della cresceennte rilevanza delle contestazioni di illeciti *ex* d.lgs. 231/2001 quali motivo di esclusione.

52. L'espressione *compliance* digitale mira a individuare un ambito di crescente impatto pratico: l'applicazione di tecnologie emergenti ai sistemi di contenimento del rischio di non conformità aziendale, legale e penale e, tra questi, ai modelli di organizzazione e gestione previsti dal d.lgs. 231/2001. In argomento si veda, anzitutto, A. Nisco, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, in *Sistemapenale.it*, 14 marzo 2022, ora in L. Cornacchia, E.D. Crespo (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti: profili dogmatici e politico-criminali*, Giappichelli, Torino, pp. 231 ss. Secondo l'A., dal punto di vista operativo, per *compliance* digitale ci si riferisce, anzitutto, alla gestione dei dati, al rispetto della normativa sulla riservatezza e alla prevenzione dei reati – nella *species* informatici – derivanti dallo svolgimento dell'attività d'impresa progressivamente improntata all'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale. Nel contesto delineato dal d.lgs. 231/2001, discende altresì l'innovativo impatto derivante dall'applicazione delle nuove tecnologie informatiche, basate sull'Intelligenza Artificiale, al processo di valutazione dell'attività d'impresa ai parametri di legalità sanciti dal citato decreto e alle modalità operative relative al controllo e alla prevenzione dei reati in ambito societario.In questa versione si parla di *Digital Criminal Compliance*. L'utilizzo di strumenti di monitoraggio intelligente consente di attenzionare in tempo reale eventuali *alert* connessi alla concretizzazione dello specifico rischio reato e di ricondurre rapidamente l'attività aziendale a parametri di legalità. Questa combinazione permette alle aziende di operare controlli efficaci, rapidi e performanti – anche in ottica di gestione delle risorse – il tutto nella generale ottica di efficientamento dell'organizzazione aziendale. Sul tema applicato ai protocolli di prevenzione degli infortuni sul lavoro si veda S. Preziosi, *Responsabilità da reato degli enti e intelligenza artificiale*, in *Resp. amm. delle soc. e degli enti*, 4, 2020, pp. 173 ss.

# Ensuring the Rule of Law under Martial Law: A Comparative Study of Constitutional Mechanisms

*Stella Kelbia, Roman Lutskyi, Vitalii Skomorovskyi, Olexandr Polishchuk, Maksym Lysak*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-37

*Scopo dello studio è di esaminare le peculiarità inerenti alla garanzia dello stato di diritto in regime di legge marziale e l'esperienza e la prassi internazionale di diversi Paesi (tra cui gli Stati Uniti, il Regno Unito, la Francia, Israele e l'Ucraina). Esso pone in evidenza la necessità di trovare un equilibrio tra sicurezza nazionale e protezione dei diritti umani. Lo studio ha rilevato che le misure restrittive, come i coprifuoco, le restrizioni alla libertà di movimento e di riunione, la censura e i tribunali militari, sono d'uso comune in molti paesi durante la legge marziale. Tuttavia, la portata e la durata di tali restrizioni variano notevolmente. Lo stato di diritto richiede una disciplina normativa chiara, una magistratura indipendente, meccanismi di governance efficaci e la trasparenza degli organi statali. Lo studio ha sottolineato il ruolo della cooperazione internazionale e dello scambio di esperienze nel rafforzamento dello stato di diritto durante i conflitti militari.*

*The study explores the rule of law under martial law in various states (including the United States, the United Kingdom, France, Israel, and Ukraine) and highlights the need for a balance between national security and protection of human rights. The study found that restrictive measures, such as curfews, restrictions on freedom of movement and assembly, censorship and military courts, were common in many countries during martial law. However, the extent and duration of these restrictions vary greatly. An effective rule of law requires clear legal regulation, an independent judiciary, effective governance mechanisms, and transparency of state bodies. Successful cases demonstrate the importance of international cooperation and exchange of experience in strengthening the rule of law during military conflicts.*

*Summary: 1. Introduction.- 2. Materials and Methods.- 3. Results.- 3.1. Interrelationships and factors affecting the rule of law under martial law.- 3.2. Chronological analysis and comparative historical analysis of sources.- 4. Discussion.- 5. Conclusions.*

## 1. Introduction

Ensuring the rule of law under martial law is a pressing issue of our time, especially given the growing number of armed conflicts and crises in the world. Martial law, as an emergency legal regime, provides the state with the expanded powers necessary to effectively respond to threats to national security. However, these powers carry the risk of restricting human rights and freedoms, which may lead to a violation of the fundamental principles of the rule of law. Therefore, finding an optimal balance between security and human rights under martial law is an important task for legal scholarship and practice.

The issue of ensuring the rule of law under martial law has been actively studied in the international scientific discourse. Dyzenhaus[1] examined the constitutional aspects of the legal regime during emergencies, focusing on the mechanisms of control over the actions of the authorities and the protection of human rights. He pointed out the importance of preserving the independence of the judiciary and the role of civil society in ensuring the rule of law during martial law. Neff[2] studied the law of armed conflict, analysing permissible legal restrictions and their impact on the legal status of individuals. He noted that international humanitarian law establishes the limits of permissible restrictions on human rights during war, aimed at protecting civilians and preventing unnecessary suffering.

In the Ukrainian context, the issue of ensuring the rule of law under martial law has become particularly relevant after the outbreak of full-scale aggression in 2022. Kozyubra[3] studied the issue of ensuring human rights and freedoms under martial law, emphasizing the need for strict compliance with international human rights standards. The author highlighted that even under martial law, the state is obliged to ensure fundamental human rights, such as the right to life, freedom from torture and the right to a fair trial. The study shows that Ukraine

has a positive track record in fulfilling its international human rights obligations, even under martial law.

In a broader context, Hirschl[4] noted the importance of comparative analysis of constitutional law in different countries to understand the peculiarities of ensuring the rule of law in crisis conditions and situations. His research described that different countries have different approaches to balancing security and human rights during martial law, and this experience may be useful for Ukraine. Sikkink[5] examined the role of the international community in ensuring human rights during armed conflicts and crises. She emphasized the importance of international pressure and cooperation to ensure respect for human rights during wartime. Cane[6] studied the historical development of UK constitutional law, including periods of war and emergency. His work demonstrated that even in such difficult conditions, the British legal system remained committed to the fundamental principles of the rule of law, such as the independence of the judiciary and respect for human rights.

The gap in research is the lack of a comprehensive approach to the problem of ensuring the rule of law under martial law. Existing research works have mainly focused on certain aspects of this problem. However, there is a lack of studies that would combine these different aspects into a single conceptual framework and consider them in interconnection. In particular, insufficient attention has been paid to how the theoretical foundations of the rule of law, such as the principle of legality, independence of the judiciary, and protection of human rights, can be implemented in practice under martial law, when the state has expanded powers and faces the need to take swift and decisive action. In addition, existing studies have not always considered the specifics of different countries and their historical experience in ensuring the rule of law during wartime. For instance, studies conducted in countries with developed democracies and strong legal institutions may not be fully applicable to countries with less developed legal cultures or those experiencing protracted armed conflicts.

There has also been insufficient attention paid to the interaction of different legal institutions and mechanisms that ensure the rule of law under martial law. For example, how the judiciary, parliament, civil society and international organizations can cooperate to ensure respect for human rights and limit the excessive use of state powers. Thus, there is a need for a comprehensive study that

would take into account both the theoretical foundations of the rule of law and the practical experience of different countries in ensuring this principle during martial law, as well as analyse the interaction of various legal institutions and mechanisms in this process. The research was conducted to determine the details of ensuring the rule of law under martial law and to study international experience and practice.

## 2. Materials and Methods

The article uses a systematic method to study the peculiarities of ensuring the rule of law under martial law. The author defines the boundaries of the rule of law system, identifies its main elements (legislation, judiciary, law enforcement agencies, civil society) and defines their functions under martial law. The author analyses the interrelationships between the elements of the system, identifies direct and reverse relationships, and determines the factors affecting their effectiveness during wartime (restriction of rights and freedoms). Models have been developed that reflect the functioning of the rule of law system in different martial law conditions (e.g., in a full-scale war, local conflicts, occupation). This made it possible to assess the impact of various factors on the rule of law and to predict possible scenarios.

Comparative legal methods were used to analyse the legal systems of different countries that have introduced martial law. The legal norms of the United States[7], the United Kingdom, France[8], Israel[9] and Ukraine[10] were studied. This made it possible to identify common features and differences in the approach to the introduction of martial law, to assess the effectiveness of various legal mechanisms and their impact on human rights. Through thematic categorisation of institutional tasks within six functional domains (legislative, executive, judiciary, law enforcement, civil society, and international cooperation) comparison tables (Tables 1-4) were created. Each domain's content was taken from government decrees, court rulings, and national legal frameworks. These categories were chosen in light of frequent cross-jurisdictional references in scholarly commentary and legal writings. This methodology made it possible to compare institutional and legal practices under martial law in the five case study countries in a methodical manner.

Historical methods were used, namely chronological analysis and comparative historical analysis of sources. To study the evolution of legal regulation of martial law and its impact on the rule of law. An analysis was made of historical data on the introduction of martial law in different countries, as well as its impact on the legal system and society. This made it possible to understand how the approach to the legal regulation of martial law has changed over time and what lessons can be learnt from experience.

Analytical methods were used to analyse the information received, identify important trends and formulate results. International and national legal norms, judicial decisions of international and national courts, scientific publications and reports of international organizations such as Amnesty International[11], Human Rights Watch[12] and Freedom House[13] were analysed. This made it possible to assess the degree of human rights observance under martial law and identify the factors that affect the effectiveness of legal mechanisms. The analysis used included reports and studies, policy, and case law. The main sources of research were international treaties[14], domestic laws[15], Conseil constitutionnel, court rulings[16] and reports of international organizations[17]. The main sources include the judgments of the European Court of Human Rights[18], the Supreme Court of Ukraine and domestic legislation[19] on the state of emergency in the country selected for comparative analysis.

In order to maintain methodological clarity, the study's empirical component is based on a purposeful selection of court rulings, human rights monitoring reports, and normative legal acts from 2000 to 2024. Targeted searches in publicly available legal databases (such as HUDOC, HeinOnline, Legifrance, the official websites of the Knesset and the Constitutional Court of Ukraine), as well as repositories of global human rights organisations like Amnesty International, Human Rights Watch, and Freedom House, were used to find the source materials. The inclusion criteria included the suitability, relevance, and accessibility of the information related to the introduction of martial law. The sample was representative and included documents from different countries and international organizations. Violations were classified according to their category and evaluated based on whether or not there were adequate legal remedies. Fisher's exact test (significance threshold: $p<0.05$) was used for statistical testing to assess the association between the frequency of violations and the availability

of legal remedies. The R software environment (v.4.3.1) was used for data processing, and established protocols for categorical data analysis were followed to guarantee analytical robustness. The analysis of statistical data helped to identify crucial trends and problems in ensuring the rule of law under martial law.

## 3. Results

### 3.1. Interrelationships and factors affecting the rule of law under martial law

The rule of law under martial law is a complex mechanism whose effectiveness depends on the interaction of its components and the influence of various factors. These relationships fall into three main categories: horizontal (between different branches of government and civil society), vertical (hierarchy and control) and external (international cooperation). In wartime, vertical ties become particularly important as they ensure prompt and efficient decision-making[20]. The parliament adopts laws that regulate this specific regime[21], the executive branch (government, president) is responsible for their implementation, and the judiciary controls the legality of the actions of other branches of government. Law enforcement agencies and military forces ensure security and law and order, while civil society plays a key role in monitoring human rights and providing quality legal aid[22]. The state can also cooperate with the United Nations (UN), the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) and other international organizations in the field of human rights protection[23], share experiences with other states on best practices for ensuring the rule of law under martial law and ensure compliance with international humanitarian law during hostilities[24].

The effectiveness of the rule of law system under martial law depends not only on the interaction of its elements, but also on several internal and external factors. Internal factors include the legal framework, institutional capacity, resources and public opinion. External factors include international support, information warfare and the geopolitical situation. The clarity and integrity of the legal framework and its compliance with international standards are crucial.

Legislation that complies with international standards, such as the International Covenant on Civil and Political Rights[25] and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[26], prevents ambiguous interpretation and abuse of power, and provides a predictable and stable legal environment even under martial law[27].

The judiciary plays a key role in ensuring the rule of law during martial law, controlling the legality of restrictions and protecting human rights in the United States[28], the United Kingdom[29], France[30], Ukraine and Israel[31]. In the United States, the Supreme Court limits executive power and ensures that measures are proportionate. In the UK, the courts review government actions for compliance with the Human Rights Act. The French Council of State controls the legality of restrictions during a state of emergency. In Israel, the Supreme Court restricts the actions of the military in the occupied territories. In Ukraine, the courts are functioning, and the Constitutional Court controls the legality of government decisions. All these examples show that the judiciary is an essential element of the system of checks and balances that guarantees human rights and prevents the state from abusing its power during martial law. The independence of the courts is a key to their effectiveness[32].

Restrictive measures during martial law are measures necessary to ensure state security and public order[33]. They include curfews, restrictions on freedom of movement, bans on public events, censorship, and the establishment of military courts. The specific measures and their duration vary from country to country and from case to case. The legality of these measures is determined by the principle of proportionality. According to this principle, the restriction of human rights and freedoms must be appropriate and necessary to achieve a legitimate aim, such as national security. Restrictive measures must be clearly defined in law, applied only to the extent necessary, and must not violate fundamental human rights[34].

International humanitarian law (IHL) plays a pivotal role in establishing the permissible limits of human rights restrictions during conflicts, including martial law[35]. The main purpose of IHL is to protect those not taking part in hostilities and to limit the methods and means of warfare. IHL establishes the rules for the treatment of prisoners of war and guarantees the right to humane treatment, medical care and communication, as well as other fundamental rights. The

Geneva Conventions relative to the Treatment of Prisoners of War define in detail the conditions of detention, rights, and obligations of prisoners of war. For example, the Geneva Conventions[36] prohibit the use of weapons "which by their nature are likely to cause unnecessary injury or suffering". The International Covenant on Civil and Political Rights[37] also allows for the restriction of certain rights in times of public emergency, but these restrictions must be proportionate to the threat and non-discriminatory. International courts, such as the International Criminal Court, play an important role in ensuring compliance with IHL. The Rome Statute of the International Criminal Court[38] provides for jurisdiction over war crimes, including violations of IHL. The International Criminal Court investigates and prosecutes war crimes, including human rights violations, during conflict. The United States Constitution[39] authorizes the President to declare martial law, but this power is not absolute and is subject to strict judicial review. The US Supreme Court has repeatedly emphasized the need to respect human rights even under martial law. In subsequent decisions[40], the Supreme Court has repeatedly pointed out that restrictive measures during martial law must be necessary and proportionate to the threat and must not violate fundamental human rights.

In the United Kingdom, the Armed Forces Act 2006 clearly defines the rights and responsibilities of the armed forces and establishes the legal framework within which they operate. In particular, it guarantees the right to a fair trial, protection from discrimination and access to medical care. The Constitution of France[41] provides that certain rights and freedoms may be restricted during a state of emergency (*l'état d'urgence*), which is introduced in case of a serious threat to the institutions of the Republic, the independence and territorial integrity of the state or the fulfilment of France's international obligations. In addition, all restrictive measures are subject to judicial review. This means that anyone who believes that their rights have been violated during the state of emergency can go to court to protect their rights. The *Conseil d'État*, the highest administrative court in France, has the right to review the legality and legitimacy of restrictive measures and to cancel them if they do not comply with the Constitution or the law. The Basic Laws of Israel[42] do not contain specific provisions on martial law, but give the Knesset (parliament) the power to pass laws necessary to ensure the security of the state. The Defence Regulations

(Times of Emergency[43]), adopted before Israel's independence, gives the government broad powers in the event of war or a threat of war. The Defence Regulations give the government the right to restrict freedom of movement, impose censorship, detain persons without trial and take other measures necessary to ensure security. While the Defence Regulations give the government broad powers, the Supreme Court plays a major role in overseeing the exercise of these powers and ensuring that human rights are respected.

After the start of Russia's large-scale invasion in 2022, Ukraine was forced to declare martial law in accordance with the Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 "On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defence[44]". This measure was necessary to ensure the security and defence of the country, but at the same time led to certain restrictions on the rights and freedoms of citizens. Ukraine has ratified important international human rights treaties, such as the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[45] and the International Covenant on Civil and Political Rights[46], and continues to fulfil its obligations under these treaties. Restrictions have been imposed on freedom of movement, freedom of assembly, freedom of expression and access to information. In addition, the martial law affects the judicial system, restricting access to justice and the ability to appeal against government decisions. There are also restrictions on freedom of expression, including on the dissemination of information that could harm national security. Thus, martial law creates a complex situation in which the state must strike a balance between ensuring national security and protecting human rights. Although states are obliged to comply with international human rights standards, martial law inevitably leads to certain restrictions. It is critical that these restrictions are proportionate to the threat, clearly defined in law and subject to effective judicial review. A study of the legislation and case law of the United States, the United Kingdom, France, Israel, and Ukraine confirms that no country is immune to this challenge.

A systematic analysis of the rule of law under martial law allows us to consider the legal system as a complex organism consisting of interconnected elements: legislative, executive and judicial branches of government, law enforcement agencies, military forces and civil society. The functioning of this organism changes under different martial law scenarios, requiring adaptation and flexibility

to ensure the rule of law and the protection of human rights (Table 1-3).

Table 1: The "Full-scale war" model.

| | |
|---|---|
| Legislature | Adopts laws aimed at mobilizing resources by restricting certain rights and freedoms of citizens in the interests of national security. |
| Executive power | It carries out operational management of military operations and ensures the functioning of the state in times of war. |
| Judiciary | It plays a pivotal role in monitoring the legality of the actions of other branches of government and protecting human rights, although its functioning can be complicated. |
| Law enforcement agencies and military formations | They are strengthening their role in ensuring security and law and order. |
| Civil society | It plays a major part in monitoring human rights, providing assistance to victims and supporting the military, despite possible restrictions on freedom of speech and assembly. |
| International community | It can provide military, financial and humanitarian assistance, facilitate a diplomatic settlement of the conflict, monitor compliance with international humanitarian law and assist in the investigation of war crimes. |

Source: created by the authors based on United States Constitution[47], Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001[48], Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66[49]), Constitution of 4 October 1958[50], Constitution for Israel[51], Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 "On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defence[52]", European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[53].

A situation where the state's constitutional architecture is maintained but is prone to increased centralisation and quick legal adaptation is reflected in the full-scale war model. One of the most important findings is the change in institutional balance: the legislative now plays a reactive rather than an initiating role, while the executive branch takes on an extended operational role that is frequently justified by urgency and national security imperatives. Despite being legally retained, the judiciary has severe restrictions on institutional independence, access, and procedural protections. This results in a structurally imbalanced arrangement where checks and balances are undermined via tangible limitations, like restricted court operations, lowered requirements for admissible evidence, or postponed legal remedies, rather than by official suspension. Additionally, the paradigm implies that civil society, while active, functions under conditions of limited autonomy and is frequently mobilised to support rather than to challenge official authority. When wartime demands are not backed by concurrent investments in legal continuity and rights-based oversight systems, this pattern highlights the dangers of normative disintegration.
The local conflict model, on the other hand, shows a more unique and flexible constitutional response (Table 2). In this case, context-sensitive governance is made possible by the decentralised structure, in which the executive collaborates with non-state actors and regional institutions rather than monopolising power.

Table 2: Local conflicts model.

| | |
|---|---|
| Legislature | Adopts special laws to resolve conflict situations. |
| Executive power | Focuses on conflict resolution and security in the region. |
| Judiciary | He actively protects human rights and ensures fair trials. |
| Law enforcement agencies and military formations | They are involved in ensuring security in the conflict zone, conducting anti-terrorist operations and protecting civilians. |

| | |
|---|---|
| Civil society | More actively involved in peaceful settlement and protection of the rights of the local population. |
| International community | The international community can play a mediating role in conflict resolution, provide humanitarian aid, monitor human rights and provide expert support in restoring law and order. |

Source: created by the authors based on United States Constitution[54], Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001[55], Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66[56]), Constitution of 4 October 1958[57], Constitution for Israel[58], Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 "On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defence[59]", European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[60].

According to Table 2, the judiciary maintains its adjudicative validity and functional accessibility, especially while handling human rights complaints and overseeing emergency procedures. This implies a situation when martial law is imposed proportionately and selectively. Notably, civil society is not only present in this model but also has a significant impact on efforts for accountability, rights monitoring, and conflict mediation. The model shows that the risk of arbitrary governance is much decreased when legal institutions are integrated into a responsive and networked structure. Furthermore, the public's opinion of state legitimacy is influenced by the ability to maintain procedural justice in conflict areas. This model supports the importance of distinct legal frameworks that take into account the temporal and spatial subtleties of conflict dynamics.
The model that deviates from constitutional normativity the greatest is the occupation model (Table 3). The state's capacity to function as a sovereign legal system is essentially suspended when legislative and judicial institutions are either abolished or appropriated. If executive authority does exist, it is either severely limited by the occupying military or is only symbolic. According to this concept, any horizontal accountability mechanisms are undermined when civil society collapses or is suppressed, which results in systematic repression, arbitrary rule,

and widespread legal discontinuity. This arrangement highlights the importance of external players as the only sources of legal intervention and normative reference, including international institutions, human rights courts, and transnational investigative bodies. This approach shows how urgently international legal frameworks, such as occupation law and international humanitarian law, are needed to record transgressions and reinstate minimum rights. It also implies that previous documenting and acknowledgement of institutional collapse during occupation are crucial for post-conflict legal reconstruction. Thus, in the lack of institutional and territorial sovereignty, the paradigm emphasises the limitations of domestic constitutionalism.

Table 3: The "Occupation" model.

| | |
|---|---|
| Legislature | Significantly weakened or replaced by the occupation administration. |
| Executive power | Faces obstacles in the administration of justice. |
| Judiciary | Faces obstacles in the administration of justice. |
| Law enforcement agencies and military formations | They can continue to fight in the form of guerrilla or underground activities, or be disbanded and replaced by the occupying forces. |
| Civil society | He is subjected to repression. |
| International community | It plays a key role in protecting human rights and upholding the rule of law. |

Source: created by the authors based on United States Constitution[61], Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001[62], Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66[63]), Constitution of 4 October 1958[64], Constitution for Israel[65], Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 "On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defence[66]", European Convention for the

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[67].

The functioning of the rule of law system under martial law shows that it depends on many factors, including the type of conflict, its intensity, the political situation in the country and the international situation. A systemic approach allows taking into account all these factors and developing the most effective strategies to ensure the rule of law and human rights protection in each case.
International cooperation and the exchange of experience play a pivotal role in strengthening the rule of law in times of armed conflict. International organizations such as the United Nations (UN), the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) and the Council of Europe have developed standards and guidelines for the protection of human rights in times of war. The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) monitored the human rights situation in the conflict zones, provided expert assistance to states and investigated violations. The OSCE monitored the human rights situation in the conflict zones, supported war crimes investigations and facilitated dialogue between the parties to the conflict. The Council of Europe developed the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[68]. The European Court of Human Rights (ECHR) has considered and ruled on numerous cases of human rights violations during military conflicts. States have exchanged information on war crimes suspects, provided legal assistance in investigations, and transferred suspects for prosecution. For example, cooperation between Ukraine and the Netherlands led to the establishment of a Joint Investigation Team (JIT) to investigate the downing of flight MH17 in eastern Ukraine in 2014[69]. International cooperation and exchange of experience are important tools for strengthening the rule of law during armed conflicts. This helps to protect human rights, ensure justice and bring perpetrators of war crimes to justice. Table 4 shows the results of a comparative analysis of the legal systems of each country (the United States, the United Kingdom, France, Israel, and Ukraine). Elements and functions of the rule of law.

Table 4: Elements and functions of the rule of law

| USA | Ukraine | Israel | France | United Kingdom |
|---|---|---|---|---|
| Legislature | | | | |
| The US Congress enacts laws governing martial law (the Insurrection Act, the Martial Law Act). Congress has the power to declare war, allocate funds for defence, and oversee the executive branch during martial law. | The Verkhovna Rada of Ukraine adopts laws regulating the legal regime of martial law. It also approves presidential decrees on the introduction and cancellation of martial law, and exercises control over the activities of the executive branch. | The Knesset (Israel's parliament) adopts laws that regulate the activities of the military and law enforcement agencies in the security sector (the Basic Defence Law). The Knesset also approves government decisions to declare a state of war and can amend legislation. | The French parliament (National Assembly and Senate) adopts laws that regulate the state of emergency (l'état d'urgence) and the scope of the president's powers during this period. Parliament also exercises control over the government's actions during the state of emergency. | The UK Parliament makes laws governing the government's emergency powers (Emergency Powers Acts) in times of war or other emergencies. Parliament also exercises control over the government's actions during the emergency powers. |
| Executive power | | | | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| The US judicial system continues to function under martial law, but some cases may be transferred to military courts. The U.S. Supreme Court has the power to review decisions of military courts and other authorities regarding the legality of their actions during martial law. | The Ukrainian judicial system continues to function during martial law, but some cases may be transferred to military courts. The Constitutional Court of Ukraine has the right to review the decisions of other authorities regarding the legality of their actions during martial law. | The Israeli judicial system continues to function during martial law, but some cases may be transferred to military courts. The Supreme Court of Israel has the right to review decisions of military courts and other authorities regarding the legality of their actions during martial law. | The French judicial system continues to function during a state of emergency, but some powers may be transferred to administrative authorities. The *Conseil d'État* (Council of State) oversees the legality of the government's actions during a state of emergency. | The UK judicial system continues to function during the emergency powers, but the government may impose restrictions on certain court procedures. The UK courts have the power to review the government's decisions on the legality of its actions during the emergency powers. |
| Law enforcement agencies | | | | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| The FBI, state police, and other law enforcement agencies continue to operate under martial law, but may be given additional powers and tasks. | The SSU, the National Police and other law enforcement agencies continue to operate under martial law, but may be given additional powers and tasks. | The Israeli Police, Shin Bet (security service) and other law enforcement agencies continue to operate under martial law, but may receive additional powers and tasks. | The police, gendarmerie, and other law enforcement agencies continue to operate during the state of emergency, but may be given additional powers and tasks. | The police, intelligence services (MI5, MI6) and other law enforcement agencies continue to operate under emergency powers, but may be given additional powers and tasks. |
| Military formations | | | | |
| The United States Army plays a key role in ensuring national security and defence during martial law. They can be called upon to perform a variety of tasks. | The Armed Forces of Ukraine play a key role in ensuring national security and defence during martial law. They conduct combat operations and protect the country's territorial integrity. | The IDF (Israeli Defence Forces) plays a key role in ensuring national security and defence during martial law. It conducts combat operations, protects the integrity of the country and exercises control over the occupied territories. | The Forces armées françaises (French armed forces) may be called upon to maintain law and order during a state of emergency, especially in the event of terrorist threats. | The British Armed Forces may be involved in maintaining law and order during emergency powers, especially in the event of terrorist attacks. |

Source: created by the authors based on ArtII.S2.C1.1.14 Martial Law Generally[70], Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001[71], Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66[72]), Constitution of 4 October 1958[73] (2024), Constitution for Israel[74] (1958), Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 "On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defence[75]".

Table 4 compares the roles of the main elements of the rule of law (legislative, executive and judicial branches, law enforcement agencies, the army and civil society) under martial law. The table shows which institutions are responsible for making laws, providing security, administering justice, maintaining law and order, and protecting the rights of citizens under martial law in each country.

## 3.2. Chronological analysis and comparative historical analysis of sources

These four conventions and their additional protocols form the basis of international humanitarian law (IHL). During armed conflict, states parties to the Geneva Conventions are obliged to protect medical personnel and facilities from attack[76]. The International Covenant on Civil and Political Rights[77] is one of the fundamental international human rights treaties adopted by the UN General Assembly in 1966. The fundamental rights guaranteed by the International Covenant on Civil and Political Rights include the right to life; freedom from torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; liberty and security of person; the right to a fair trial; freedom of thought, conscience, and religion; freedom of expression; freedom of peaceful assembly and freedom of association. However, such restrictions must be prescribed by law, be necessary to protect national security, public order, public health or morals, or the rights and freedoms of others, be proportionate to the aims pursued and not exceed what is strictly necessary.

Most countries have constitutional provisions and specific laws governing the introduction and operation of martial law[78]. During martial law, the state may restrict freedom of movement, but such restrictions must be aimed at achieving a legitimate aim (e.g., protection of national security) and must not be excessive[79].

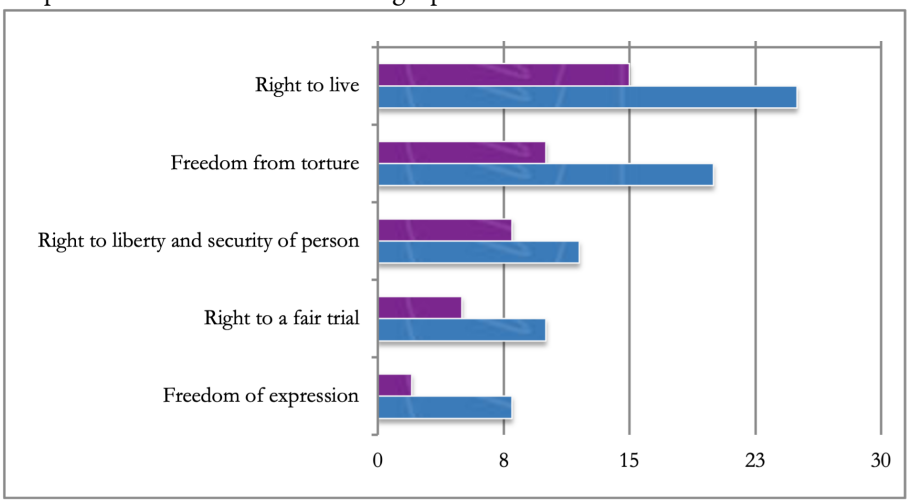
For example, the Constitution of Ukraine (Articles 64, 85) and the Law of Ukraine No. 389-VIII "On the Legal Regime of Martial Law[80]" define the conditions and procedure for the introduction of martial law. With the beginning of Russia's full-scale invasion of Ukraine on 24 February 2022, martial law was introduced in the country. This allowed the government to introduce a number of restrictions aimed at ensuring national security and defence.

In its case law, the ECtHR has repeatedly emphasized that even under martial law, states are obliged to respect the fundamental human rights enshrined in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[81]. Some rights, such as the right to life and the prohibition of torture, are absolute and cannot be restricted even during martial law[82]. Other rights, such as freedom of movement, freedom of expression and freedom of assembly, may be restricted during martial law, but only if such restrictions are absolutely necessary for the achievement of a legitimate aim and are proportionate to that aim[83]. The ECtHR has also repeatedly pointed out the importance of ensuring effective remedies for victims of human rights violations during martial law. This includes access to court, the right to a fair trial and the right to an effective investigation of complaints. In the case of Ukraine and the Netherlands v. Russia, the ECtHR found that Russia had exercised control over parts of eastern Ukraine since May 2014 and was responsible for numerous human rights violations in those territories. The ECHR case law plays an important role in shaping international standards for the protection of human rights under martial law; it is binding on Council of Europe member states and influences the development of national legislation and practice. In addition, the ECHR case law is an essential source for other international and national courts considering cases related to martial law. Thus, the ECHR is a crucial mechanism for protecting human rights under martial law and helps to ensure compliance with international standards and prevent states from abusing their powers.

Courts in different countries also considered cases related to martial law, and their decisions contributed to the development of national legislation and its application. The courts assessed the legality and proportionality of restrictions on rights and freedoms, protected the rights of detainees and prisoners of war, and controlled the actions of the authorities. The reports of Amnesty International[84], Human Rights Watch[85] and Freedom House[86] are a critical

source of information on the human rights situation in the world, especially in countries with martial law or other emergency regimes. These organizations conduct independent research, document human rights violations, analyse the causes and consequences of such violations, and offer recommendations to governments and the international community to address them[87].

Figure 1: The number of cases of human rights violations during martial law in the presence/absence of effective legal protection mechanisms.




Source: created by the authors, based on Amnesty International[88] and Human Rights Watch[89].

The test results showed that there is a statistically significant relationship between the type of human rights violation and the availability of effective remedies ($p<0.05$). This means that the availability of effective legal remedies has a significant impact on the likelihood of human rights violations under martial law. Countries with effective remedies, such as independent courts and active human rights organizations, are less likely to experience human rights violations than countries with no or ineffective remedies[90].

The results of the study show that the right to life and the right not to be subjected to torture are the most frequently violated rights, especially in countries where legal mechanisms are ineffective. This indicates that these rights are the most vulnerable under martial law and require special protection. At the same

time, the research findings show that human rights violations occur even where effective legal mechanisms are in place. This indicates that even in the presence of an appropriate legal framework and institutions, martial law creates special conditions that complicate the protection of human rights. Therefore, this analysis highlights the importance of strengthening legal mechanisms for the protection of human rights in all countries, especially those under the threat of armed conflict. This includes ensuring the independence of the judiciary, establishing effective mechanisms for challenging government decisions, supporting the work of human rights organizations and raising legal awareness.

## 4. Discussion

The study confirms the complexity and multifaceted nature of the problem of ensuring the rule of law during martial law, which echoes the findings of many researchers in this area. For example, Dyzenhaus[91] emphasized that martial law should not lead to a complete abandonment of legal principles, but rather aims to find a balance between security and human rights. This study expands on this assertion by showing that this balance is achieved not only by legal measures, but also by a comprehensive approach that includes the effective functioning of the judiciary, public oversight and international cooperation. Similarly, Hart[92], in his concept of law, pointed out the importance of primary and secondary rules for the structure and legitimacy of the legal system. In the context of martial law, this study has demonstrated that secondary rules, such as judicial oversight and parliamentary control, are critical to ensuring that the rule of law is upheld and preventing abuses of power. The study also found that restrictions on rights and freedoms during martial law should be clearly defined by law, necessary and proportionate to the threat, which is consistent with the position by Bandurka[93] on the need to preserve the rule of law even during emergencies.

A historical analysis of the legal regulation of martial law in different countries has revealed a variety of approaches and decisions that have developed under the influence of historical, political and cultural factors. This was confirmed by the study by Hirschl[94], which emphasized the importance of taking into account the national context when analysing legal systems. However, like the study by Dyzenhaus[95], the present study revealed some general trends, such as the

increasing role of international law and judicial review, which indicates the universality of some legal principles. These findings also echo those of Raymond[96], who found that international norms and standards increasingly influence national human rights legislation, even during times of armed conflict. The study by Miles[97] also highlighted the influence of international factors on domestic policies, including the decision to impose martial law and restrictions on human rights. It is important to note that Cane's[98] study emphasized that the historical development of constitutionalism in the UK demonstrates the importance of a balance between the executive and other branches of government, especially in times of crisis, which was confirmed by the need for judicial and parliamentary control identified in this study.

A comparative analysis of the legal frameworks of different countries has shown that there is no single model of martial law regulation. This is consistent with the findings of the study by Neff[99], which emphasized that international humanitarian law establishes only a general framework, and that specific human rights protection mechanisms depend on national legislation. However, this study went further, highlighting some general principles that should be taken into account when developing and applying legal norms during martial law, such as the principle of legality, necessity, and proportionality of restrictions, the principle of non-discrimination and the principle of access to justice. These principles are also emphasized in the studies of other authors, such as Dworkin[100], who highlighted the importance of respecting human rights even in emergency situations. In addition, the study by Finnis[101] emphasized the importance of natural law, which is the basis for any legal system, including the legal norms applied during martial law. Raz's[102]study also pointed out the importance of moral constraints on the exercise of state power, even in times of emergency, which is consistent with the findings of this study on the need to balance security and human rights. These findings are further supported by Chemerinsky[103], who analysed US constitutional law and emphasized the importance of judicial review of government actions during emergencies such as martial law.

The statistical analysis of the data showed that there is a correlation between the level of development of the legal system, the independence of the judiciary and the effectiveness of human rights protection during martial law. The results

coincide with the study of Doronin[104], where he pointed out that national security is the main function of the state. This also confirms the findings of the study by Gur and Jackson[105], which showed that adherence to the rule of law is an important factor in ensuring public support and legitimacy of the legal system. In addition, the study by Kravchuk[106] emphasized the importance of the independence of the judiciary to ensure effective human rights protection, especially during martial law, when there is an increased risk of abuse of power. This is also consistent with the arguments of Hart[107], who put an emphasis on the importance of an independent court to interpret and apply legal norms, especially in complex situations such as martial law. Levy's[108] study also emphasized the importance of institutional mechanisms, such as independent courts and parliamentary oversight, to ensure the rule of law and the protection of human rights during crises.

The study also identified certain challenges in ensuring the rule of law during martial law, such as the lack of a clear legal framework, insufficient judicial oversight, restrictions on civil society and lack of transparency in the activities of state bodies. This is in line with the findings of Sikkink[109], which highlighted the importance of international pressure and cooperation to ensure human rights during crises. In addition, a study by Reiter[110] showed that martial law can be used by authoritarian regimes to consolidate power and restrict political freedoms. These conclusions are confirmed by Articles ArtII.S2.C1.1.14 Martial Law Generally[111] and ArtII.S2.C1.1.13 President as Commander of Armed Forces[112], which analysed the historical experience of the United States and showed that martial law can lead to significant restrictions on civil liberties and abuse of power. The study by Neocleous[113] also emphasized the potential risks of martial law for human rights and democratic values, as well as the study by Kostiuk[114].

Given these conclusions, it is important to point out that ensuring the rule of law during martial law is not only a legal, but also a political and moral necessity. As noted by Hayek[115] in his work, the rule of law is the foundation of freedom and justice in society. During martial law, when there is an increased risk of abuse of power and human rights violations, the rule of law becomes even more relevant. This requires the state not only to comply with formal legal procedures, but also to adhere to fundamental principles of justice and human rights[116]. As noted by

Brooke-Holland and Mills[117], even during martial law, the state must ensure the protection of the rights of military personnel and veterans, which is an essential aspect of the rule of law and social justice.

## 5. Conclusions

The study provided a better understanding of the complex and multifaceted nature of ensuring the rule of law under martial law. It confirmed that this process requires a comprehensive approach that takes into account not only legal norms but also political, social and economic factors. The analysis of international legal norms, national legal norms, court practice and reports of international organizations showed that even under martial law, states are obliged to respect fundamental human rights and ensure the functioning of the legal system. This means that restrictions on rights and freedoms under martial law must be legitimate, necessary, and proportionate to the threat.

The study found that clear legal norms, an independent judiciary, effective administration and transparency of state institutions are key elements for ensuring the rule of law under martial law. Clear legal norms guarantee predictability and stability of the legal environment, an independent judiciary protects human rights and checks the legality of government actions, effective public administration ensures the implementation of legal norms and the maintenance of law and order, and transparency of state institutions increases public trust and prevents abuse of power.

An important outcome of this study was the identification of the role of international humanitarian law and international human rights law in establishing the limits of permissible restrictions on human rights during war. These norms help to ensure minimum human rights protection in armed conflict and prevent unnecessary suffering of the civilian population. The importance of international cooperation and exchange of experience in strengthening the rule of law during armed conflicts was also highlighted. International organizations and other states can provide support to countries at war in the form of expert assistance, financial support, monitoring of the human rights situation and assistance in the investigation of war crimes.

Statistical analysis of the data using the Fisher's exact test confirms the hypothesis

that the existence of effective legal protection mechanisms significantly affects the likelihood of human rights violations under martial law. In other words, strengthening the judiciary, supporting the work of human rights organizations and raising legal awareness are crucial steps to ensure that human rights are respected in wartime. However, the study also revealed certain difficulties in ensuring the rule of law under martial law. In particular, the absence of a clear legal framework and inadequate judicial oversight can lead to abuse of power and human rights violations. This underscores the need for further research in this area to identify and address these challenges.

As this study examined the experience of only five countries (the United States, the United Kingdom, France, Israel, and Ukraine), it cannot be concluded that the patterns and trends identified can be generalized. Future research could also examine the experience of countries such as India, South Africa, Colombia, Turkey, and Japan. As these countries have different legal systems and historical backgrounds, it may be possible to gain a broader picture of how to ensure the rule of law under martial law and identify the most successful practices. In addition, a historical study of martial law regulation will help to understand the history of martial law and identify the reasons for the emergence of modern legal norms.

1. D. Dyzenhaus, *Legality in a time of emergency, in The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
2. S. Neff, *The law of armed conflict*, in R. Lesaffer, J.E. Nijman (ed.), *The Cambridge Companion to Hugo Grotius*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
3. M.I. Kozyubra, *Philosophy of law, jurisprudence and science: Commonalities and differences*, in *Philosophy of Law and General Theory of Law*, vol. 2, 2019, pp. 128-142.
4. R. Hirschl, *Comparative matters: The Renaissance of comparative constitutional law*. Oxford University Press, Oxford, 2014.
5. K. Sikkink, *Evidence for Hope: Making Human Rights Work in the 21st Century*, Princeton University Press, Princeton, 2019.
6. P. Cane, *The Cambridge Constitutional History of the United Kingdom*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.
7. Art. II.S2.C1.1.14, Martial Law Generally, 2024, available on the page https://constitution.congress.gov/browse/essay/artII-S2-C1-1-14/ALDE_00013476/.
8. Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66), available on the page https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006527555/1958-10-05.
9. Constitution fot Israel, 1958, available on the page

https://faolex.fao.org/docs/pdf/isr129765.pdf.
10. Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 (On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defense), available on the page https://www.president.gov.ua/documents/112022-41141.
11. Amnesty International, *Syria: Former refugees tortured, raped, disappeared after returning home*, 2021, available on the page https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/09/syria-former-refugees-tortured-raped-disappeared-after-returning-home/; Amnesty International, *Myanmar: Military should be investigated for war crimes in response to 'Operation 1027'*, 2023, available on the page https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/12/myanmar-military-should-be-investigated-for-war-crimes-in-response-to-operation-1027/.
12. Human Rights Watch, *World Report 2023: Ethiopia, 2023*, available on the page https://www.hrw.org/world-report/2023/country-chapters/ethiopia.
13. *Freedom in the World 2023: Ethiopia*, 2023, available on the page https://freedomhouse.org/country/ethiopia/freedom-world/2023.
14. U.N., *Report of the International Law Commission*, 2022, available on the page https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/a_77_10_advance.pdf.
15. Art. II.S2.C1.1.14, Martial Law Generally, 2024; Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66); Constitution for Israel, 1958; Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 "On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defense", 2022; Constitution of 4 October 1958, 2024, available on the page https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.
16. S. Buchko, *Ex Parte Milligan*, in *Indiana Law Review*, vol. 37, 2004, pp. 667-685.
17. Amnesty International, *Myanmar: Military should be investigated for war crimes in response to 'Operation 1027'*, 2023; *World Report 2023: Ethiopi*a, 2023; *Freedom in the World 2023: Ethiopia, 2023*, available on the page https://freedomhouse.org/country/ethiopia/freedom-world/2023; Amnesty International, *Syria: Former refugees tortured, raped, disappeared after returning home*, 2021.
18. HUDOC, 2024, available on the page https://hudoc.echr.coe.int/.
19. Law of Ukraine No. 389-VIII, 2015, (On the Legal Regime of Martial Law), available on the page https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text.
20. Yu.O. Zahumenna, *Legislation on national security of Ukraine as a systemic phenomenon: Theoretical and legal analysi*s, Baltija Publishing, Riga, 2018.
21. Decree of the President of Ukraine No. 11/2022.
22. M.A. Alimbekova, A.S. Ibrayeva, G.T. Ichshanova, K.R. Useinova, N.S. Ibrayev, *Legal culture of public servants: The comparative legal analysis of the formation practices of various countries*, in *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, vol. 10, no. 7, 2019, pp. 1956-1967.
23. Amnesty International, *Syria: Former refugees tortured, raped, disappeared after returning*

*home,* 2021.
24. International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Third Geneva Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
25. U.N., *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1967, available on the page https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/03/19760323%2006-17%20am/ch_iv_04.pdf.
26. ECHR, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1950, available on the page https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG.
27. D. Dyzenhaus, *Legality in a time of emergency*, in *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency.*
28. U.S. Constitution, 2024; S. Buchko, *Ex Parte Milligan*, cit., pp. 667-685.
29. *Human Rights Act*, 1998, available on the page https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents.
30. Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66).
31. Constitution for Israel, 1958.
32. O. Miliienko, *Internal migration and displaced persons in Ukraine: Governing policies and protections by the administrative courts*, in *Social and Legal Studios*, vol. 6, no. 3, 2023, pp. 103-112; D.B. Makhambetsaliyev, G.M. Sagynbekova, U.B. Abdykadyr, E.A. Alimova, A.B. Smanova, *Constitutional Law-Making in the U.S. Supreme Court*, in *Public Integrity*, vol. 26, no. 4, 2024, pp. 473-484.
33. N. Apakhayev, K. Adilova, D. Bugybay, G. Mukaldyeva, G.N. Mukhamadiyeva, B.M. Koshpenbetov, *Childhood legal protection in Kazakhstan*, in *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, vol. 8, no. 3, 2017, pp. 714-721; N. Apakhayev, K. Adilova, D. Bugybay, A. Toktybaev, D. Kopbayev, *The problem of protecting the rights and legitimate interests of the child in the family and outside IT*, in *Danube*, vol. 15, no. 3, 2024, pp. 221-236.
34. D. Makhambetsaliyev, E. Alimova, C. Utegenov, G. Sagynbekova, A. Smanova, *The main directions of the judicial activity of the Supreme Court of the United States in the field of civil rights and freedoms*, in *Scientific Herald of Uzhhorod University. Series Physics*, vol. 55, 2024, pp. 1532-1542.
35. O. Taran, M. Hryha, *Application of international humanitarian law by the European Court of Human Rights*, in *Scientific Journal of the National Academy of Internal Affairs*, vol. 29, no. 2, 2024, pp. 9-17; A.S. Khamzin, Z.A. Khamzina, Y.A. Buribayev, Y.M. Tileubergenov, D.A. Ibraimov, A.T. Yermekov, *International legal aspects of exercising refugees' rights in Central Asia*, in *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, vol. 7, no. 4, 2016, pp. 835-841.
36. Geneva Conventions, 1949, available on the page https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf.
37. International Covenant on Civil and Political Rights, 1967.
38. Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, available on the page

https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf.
39. U.S. Constitution, 2024.
40. S. Buchko, *Ex Parte Milligan*, cit.; U.S. Supreme Court, December 18, 1944, 323 U.S. 214, Korematsu v. United States, available on the page https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/.
41. Constitution of 4 octobre 1958, 2024.
42. A. Barak, *A constitutional revolution: Israel's basic laws*, in *Constitutional Forum*, vol. 4, 1993, pp. 83-84.
43. Israel Emergency Regulation, 1945, (Reg. 25, Defense Regulations, Times of Emergency), available on the page https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/Public/files/Discriminatory-Laws-Database/English/03-Defense-Regulations-Times-of-Emergency-1945-Regulation125.pdf.
44. Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 (On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defense, 2022).
45. ECHR, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1950.
46. U.N., *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1967.
47. U.S. Constitution, 2024.
48. U.K. Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, 2024, available on the page https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents.
49. Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66), 2024.
50. Constitution of 4 October 1958, 2024.
51. Constitution for Israel, 1958.
52. Decree of President of Ukraine No. 11/2022 (On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defense, 2022).
53. ECHR, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950.
54. U.S. Constitution, 2024.
55. U.K. Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, cit.
56. Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66) 2024.
57. Constitution of 4 Octobre 1958, 2024.
58. Constitution for Israel, 1958.
59. Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 (On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defense), 2022.
60. ECHR, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950.
61. U.S. Constitution, 2024, cit.
62. U.K. Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001,
63. Title VIII: Judiciary (Articles 64 to 66,).
64. Constitution of 4 Octobre 1958.
65. Constitution of Israel, 1958.

66. Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 (On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defense, cit.).
67. ECHR, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950.
68. *Ibid.*
69. HUDOC, 2024.
70. ArtII.S2.C1.1.14, Martial Law Generally, 2024.
71. U.K. Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001,
72. Title VIII: Judiciary, (Articles 64 to 66).
73. Constitution of 4 October 1958, 2024.
74. Constitution for Israel, 1958.
75. Decree of the President of Ukraine No. 11/2022 (On the Report on the Results of the Review of Public Security and Civil Defense).
76. I. Kostiuk, *Forensic classification of military criminal offences and the place of abuse of power or authority by a military official*, in *Law Journal of the National Academy of Internal Affairs*, vol. 14, no. 4, pp. 66-77, 2024.
77. U.N., International Covenant on Civil and Political Rights, 1967.
78. I. Cherleniak, M. Tokar, *Effective governance and the doctrine of "total defence" as factors of state stability in wartime*, in *Democratic Governance*, vol. 17, no. 1, , 2024, pp. 5-17.
79. A. Khamzin, Y. Buribayev, K. Sartayeva, *Prevention of Human Trafficking Crime: A View from Kazakhstan and Central Asian Countries*, in *International Journal of Criminal Justice Sciences*, vol. 17, no. 1, 2022, , pp. 34-53.
80. Law of Ukraine No. 389-VIII "On the Legal Regime of Martial Law", 2015.
81. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950.
82. L. Spytska, A*ssessment of the Political and Security Decisions of the Nuremberg Trials from a Legal Perspectiv*e, in *Pakistan Journal of Criminology*, vol. 15, no. 1, pp. 63-76, 2023; L. Spytska, *The Nature of Sexual Violence: The Criminological Concept of Victimisation*, in *Pakistan Journal of Criminology*, vol. 15, no. 4, 2023, pp. 1-20.
83. O. Gross, F.D. Ni Aolain, *The rhetoric of war: Words, conflict and categorization post-9/11*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 24, no. 2, 2014, pp. 14-47; V. Lytvyn, V. Ahmadov, *Problematic aspects of at the scene police work with victims of terrorist acts on the territory of Ukraine*, in *Law Journal of the National Academy of Internal Affairs*, vol. 14, no. 2, 2024, pp. 52-60.
84. Amnesty International, *Syria: Former refugees tortured, raped, disappeared after returning home,* 2021; Amnesty International, *Myanmar: Military should be investigated for war crimes in response to 'Operation 1027'*, 2023.
85. Human Rights Watch, *World Report 2023: Ethiopia*, 2023.
86. *Freedom in the World 2023: Ethiopia*, 2023.
87. Human Rights Watch, World Report 2023: Ethiopia, 2023; *Freedom in the World 2023: Ethiopia*, 2023; Amnesty International, *Myanmar: Military should be investigated for war*

*crimes in response to 'Operation 1027'*, 2023.
88. Amnesty International, *Syria: Former refugees tortured, raped, disappeared after returning home,* 2021; Amnesty International, *Myanmar: Military should be investigated for war crimes in response to 'Operation 1027'*, 2023.
89. Human Rights Watch, World Report 2023: Ethiopia, 2023.
90. V. Teremetskyi, O. Kovalchuk, A. Kolesnikov, R. Bogdanov, M. Korniienko, I. Dir, *Improving the Information and Legal Support of the Judicial System of Ukraine: Experience of the European Court of Human Right*s, in *Journal of Ecohumanism*, vol. 3, no. 3, pp. 61-74, 2024.
91. D. Dyzenhaus, *Legality in a time of emergency*, cit.
92. H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
93. S. Bandurka, *Advocacy in the system of protection of human rights and freedoms in wartime*, in *Social and Legal Studios*, vol. 7, no. 4, pp. 212-221, 2024.
94. R. Hirschl, *Comparative matters: The Renaissance of comparative constitutional law*.
95. D. Dyzenhaus, *Legality in a time of emergency*, cit.
96. G.A. Raymond, *International norms and the resort to war*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021.
97. J.R. Miles, *Soldiers' dilemma: Foreign military training and liberal norm conflict*, in *International Security*, vol. 46, no. 4, pp. 48-90, 2022.
98. P. Cane, *The Cambridge Constitutional History of the United Kingdom*, cit.
99. S. Neff, *The law of armed conflict*, cit.
100. R. Dworkin, *Justice for hedgehog*s, Harvard University Press, Belknap Press, Cambridge, 2011.
101. J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
102. J. Raz, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979
103. E. Chemerinsky, *Constitutional law: Principles and policies*, Aspen Publishing, Waltham, 2023.
104. M.I. Doronin, *Security essence of the state's functions security essence of the state's functions*, in *Information and Law*, vol. 1, no. 32, 2020, pp. 66-79.
105. N. Gur, J. Jackson, *Procedure-content interaction in attitudes to law and in the value of the rule of law: An empirical and philosophical collaboration*, in D. Meyerson, C. Mackenzie, T. MacDermott (ed.), *Procedural Justice and Relational Theory: Empirical, Philosophical, and Legal Perspectives*, Routledge, London, 2020.
106. V.M. Kravchuk, *Theoretical foundations of the constitutional and legal status of judges in Ukraine*, Uzhhorod National University of the Ministry of Education and Science of Ukraine, Uzhhorod, 2020.
107. H. L.A. Hart, *The concept of law*, cit.
108. J.T. Levy, Jeremy Waldron, *Political theory: Essays on institutions*, in *Review of Politics*, vol. 79, no. 2, 2017, pp. 321-323,
109. K. Sikkink, *Evidence for Hope: Making Human Rights Work in the 21st Century*, cit.

110. D. Reiter, *Avoiding the coup-proofing dilemma: Consolidating political control while maximizing military power*, in *Foreign Policy Analysis*, vol. 16, no. 3, 2020, pp. 312-331.
111. ArtII.S2.C1.1.14, Martial Law Generally.
112. ArtII.S2.C1.1.13, President as Commander of Armed Forces, 2024, available on the page https://constitution.congress.gov/browse/essay/artII-S2-C1-1-13/ALDE_00013475/.
113. M. Neocleous, *Whatever happened to martial law?*, in *Radical Philosophy*, vol. 143, 2024, pp. 13-22.
114. I. Kostiuk, *Theoretical legal analysis of abuse of power or official authority by a military official in martial law or combat situation: Key aspects*, in *Scientific Journal of the National Academy of Internal Affairs*, vol. 29, no. 4, 2024, pp. 61-74.
115. F.A. Hayek, *The Constitution of liberty*, Routledge, London, 2012.
116. O. Gross, F.D. Ni Aolain, *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice (American society of International 2007 Certificate of Merit for creative scholarship*), Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
117. L. Brooke-Holland, C. Mills, *The Armed Forces Covenant and status in law*, 2022, available on the page https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9072/.

# Infrastrutture di trasporto e politiche di coesione: il caso delle autostrade

*Klaudia Kurcani*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-32

*Il contributo riflette sul rapporto tra infrastrutture di trasporto e politiche di coesione, esaminando più in particolare il caso delle autostrade, che si affermano quale indubitabile vettore per la realizzazione di tali politiche. Lo scritto si sofferma sulle fasi di affidamento e gestione delle autostrade, ponendo in luce alcuni nodi di criticità che il sistema presenta e delinea delle traiettorie evolutive al fine di superare alcune delle disfunzioni ad oggi presenti. L'esigenza di intervenire nel settore pare ancora più rafforzata se si considera il fisiologico e necessario legame tra politiche di coesione ed infrastrutture per i trasporti terrestri.*

***Transport infrastructure and cohesion policies: the case of motorways***
*The contribution reflects on the relationship between transport infrastructures and cohesion policies, examining more specifically the case of motorways, which are established as an undoubted vector for the implementation of these policies. The paper dwells on the phases of motorway entrusting and management, highlighting some of the critical points of the system and outlining evolutionary trajectories in order to overcome some of the dysfunctions present today. The need to intervene in the sector seems even stronger if we consider the physiological and necessary link between cohesion policies and land transport infrastructures.*

*Sommario: 1. L'inscindibile legame tra politiche di coesione e infrastrutture per i trasporti terrestri.- 2. Le specialità del regime giuridico delle autostrade.- 3. I limiti nell'affidamento della gestione autostradale.- 4. ...(segue): e le criticità della fase esecutiva.- 5. Sui possibili rimedi per un potenziamento del sistema autostradale.*

## 1. L'inscindibile legame tra politiche di coesione e infrastrutture per i trasporti terrestri

Una riflessione sulle infrastrutture per i trasporti terrestri[1] non può prescindere da un preliminare inquadramento della più generale cornice entro cui la tematica si cala[2]. Tale settore, infatti, forse più di altri, interseca in modo considerevole le politiche di coesione sociale e territoriale[3]. La novità non risiede tanto nel fatto che i trasporti si attestano come fattore competitivo per il tessuto economico e sociale del Paese, trattandosi questo di dato oramai assodato, quanto nella loro affermazione quale indubitabile vettore di tali politiche[4]. Sintomatico di ciò è il fatto che le opere per la mobilità ed i trasporti assorbono quasi la metà delle risorse del fondo nazionale di sviluppo e coesione ripartite tra il governo e le Regioni[5] o, ancora, che il fondo di coesione a livello europeo è stato istituito per rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione europea, dovendo fornire sostegno anche «*b) alle reti transeuropee per quanto attiene alle infrastrutture dei trasporti (TEN-T)*». La politica di coesione rappresenta difatti una delle politiche settoriali dell'Unione europea ed assorbe circa un terzo delle risorse del suo bilancio[6].

Nello stesso senso si pone peraltro anche il Pnrr, nella parte in cui ha previsto una apposita missione per le infrastrutture e le politiche di mobilità. Più in particolare, la missione n. 3, «*Infrastrutture per la mobilita`sostenibile*», punta a completare entro il 2026 un sistema infrastrutturale moderno, digitalizzato e sostenibile, ponendo in particolare l'accento sulla sicurezza della rete stradale.

Le politiche di coesione, declinate sul piano delle infrastrutture di trasporto, sono così fondamentali per colmare e superare il divario infrastrutturale, contribuendo al rafforzamento dell'interconnessione territoriale, anche al fine di migliorare l'accessibilità e la connettività delle aree meno sviluppate[7]. E questo è ancor più evidente se si considera la centralità del "territorio"[8], inteso quale luogo in cui intersecano le dinamiche socio-economiche e «*depositario di caratteri distintivi che chiedono di non essere schiacciati e cancellati da una disciplina uniforme*»[9]. Il binomio infrastrutture di trasporto e coesione pare pertanto intriso di plurime potenzialità strumentali proprio alla implementazione di tali politiche.

I trasporti terrestri si articolano in molteplici categorie, tra cui se ne segnalano due in particolare, l'infrastruttura ferroviaria e quella autostradale e le riflessioni che

seguiranno avranno ad oggetto proprio l'infrastruttura autostradale. Non che il trasporto ferroviario sia carente di elementi che meritano di essere approfonditi, ma la tematica è stata da sempre particolarmente attenzionata tanto dal legislatore sovranazionale quanto da quello nazionale, che hanno adottato molteplici previsioni volte a favorire la transizione verso forme di liberalizzazione[10]. Le disposizioni sul punto adottate non hanno però fatto venire meno alcuni profili critici che il sistema presenta e che attengono principalmente alla difficoltà, a tratti fisiologica, di realizzare una effettiva liberalizzazione del settore, anche considerata l'impossibilità di duplicare la rete[11].

La medesima attenzione non si è registrata con riguardo alla rete autostradale e questo deficit ha riverberato in negativo sui profili di opportunità che il settore indubbiamente presenta[12], atteso che il trasporto privato su gomma costituisce la forma di trasporto maggiormente diffusa tanto in Italia quanto in Europa, potendo così consentire di realizzare quelle dinamiche di coesione sociale e territoriale[13]. Si pensi solo, ad esempio, al caso delle aree interne, che sovente possono essere raggiunte solo utilizzando il trasporto privato su gomma[14].

L'ampia diffusione di tale forma di trasporto, così come l'assenza di sue valide alternative, devono al contempo fare i conti con la dimensione intermodale che i trasporti stanno sempre più assumendo e che si inserisce, a sua volta, nel più ampio contesto del *mobility as a service*, un nuovo concetto di mobilità che prevede l'integrazione di servizi di trasporto pubblici e privati come unico servizio accessibile agli utenti. Uno dei pilastri delle politiche in tema di sviluppo ed ammodernamento dei trasporti si riscontra proprio nel rafforzamento del trasporto intermodale come una fra le più significative forme di mobilità sostenibile, anche al fine di rendere i territori sempre più competitivi[15].

## 2. Le specialità del regime giuridico delle autostrade

Inquadrato così, in termini più generali, il legame tra coesione e infrastrutture di trasporto terreste, che si afferma come fisiologico ed al contempo necessario per la realizzazione degli obiettivi di tali politiche, conviene ora soffermarsi in modo più esteso sulla infrastruttura autostradale, delineando alcune coordinate di riferimento che caratterizzano il sistema.

Le autostrade sono una infrastruttura a rete che consente lo spostamento e

l'interconnessione tra posti diversi e di merci e persone, definite in dottrina come «*vie di comunicazione riservate al traffico automobilistico. Esse occupano ormai un posto di primissimo ordine nel sistema dei trasporti dei Paesi civili*»[16]. Il concetto di autostrada è una invenzione del tutto italiana e risale ad uno studio predisposto nel 1922 dall'ingegnere Puricelli, avente ad oggetto la realizzazione di un collegamento stradale tra Milano e i laghi lombardi. L'Italia è stato il primo Paese nel quale sono state costruite, verso la fine degli anni Venti, strade dedicate unicamente al transito delle automobili, su cui veniva offerto «*un servizio veramente diverso, in un tempo in cui le strade erano di regola sterrate e affollate da cavalli, carri e barrocci*»[17].

La realizzazione della prima tratta autostradale è stata affidata ad un operatore economico privato, ma le entrate si sono rivelate poco soddisfacenti e ciò ha reso necessario il riscatto da parte del pubblico[18]. Tale crisi ha portato ad affidare la gestione delle tratte all'Azienda autonoma statale delle strade statali (Asss), istituita con r.d. 17 maggio 1928, n. 1094[19], ed è stato così avviato un periodo di gestione pubblica della rete autostradale sino agli anni Novanta.

Anche la gestione pubblica ha però mostrato alcuni nodi problematici e, anche al fine di fare fronte agli State failures che hanno coinvolto la maggior parte dei servizi a rete, si è passati nuovamente ad una gestione privata, incentivata dai processi di privatizzazione promossi negli anni Novanta[20], che hanno coinvolto anche il settore autostradale[21], dove l'unica forma di concorrenza possibile è quella "per" il mercato e non "nel" mercato, vista la natura di monopolio naturale delle reti infrastrutturali[22].

In questo modo, il privato inizia ad insinuarsi in settori prima gestiti dal pubblico e quest'ultimo «*come attore perde determinati privilegi, ma di conseguenza anche l'attività acquista una natura che non è più quella di prima*»[23].

Nel sistema autostradale, particolare rilievo assume la gestione della rete, la cui importanza si intreccia al fatto che per il tramite delle autostrade viene erogato (e di conseguenza, deve essere assicurato) un servizio che è strumentale al soddisfacimento di un interesse della collettività.

A differenza di altre infrastrutture di trasporto nelle quali il gestore è chiamato ad erogare direttamente il servizio, in quelle autostradali il concessionario si occupa della gestione lato senso intesa della rete, predisponendo tutte le condizioni necessarie per consentire all'utente di utilizzare l'autostrada: sotto questo profilo,

il servizio potrebbe definirsi come "mediato", in quanto non viene erogato direttamente all'utente, ma da questo fruito in via indiretta.

Posto quindi che non può dubitarsi del fatto che la rete è funzionale all'erogazione di un servizio, il nodo da sciogliere rimane quello della sua natura e, più in particolare, della sua possibile riconduzione nella categoria dei servizi pubblici[24]. Tale riflessione deve prendere le mosse dai requisiti che la dottrina e, più recentemente, il legislatore, seppure con riguardo alla dimensione locale dei servizi pubblici[25], hanno individuato come tipici del servizio pubblico e che coincidono con la dimensione economica dell'attività che può essere organizzata in forma d'impresa, con la sua strumentalità, in quanto direttamente satisfattiva di un bisogno collettivo primario e con il necessario ed imprescindibile intervento pubblico in caso di insufficienza o, ad ogni modo, inadeguatezza del mercato[26], elementi, questi, che sono tutti cumulativamente riscontrabili nelle autostrade, potendo così il servizio essere ricondotto entro il perimetro del servizio pubblico.

Rilevata pertanto la natura pubblica del servizio autostradale, un ruolo fondamentale viene svolto dalla gestione delle reti, la quale oltre a presentare nodi problematici e ancora molte incognite, si caratterizza per il fatto che pubblico e privato coesistono con indubbie criticità. Il settore autostradale, infatti, forse più di altri, consente difatti di rilevare la presenza del pubblico in termini del tutto particolari e di esaminare al contempo i rapporti che questo instaura con il privato[27], rappresentando l'interazione tra le due parti «*il perno dell'evoluzione del sistema o, se disfunzionante, la causa della sua insoddisfacente crescita*»[28].

Il settore autostradale ha difatti attraversato, con un ritmo e una intensità crescenti, fasi di profonde e non sempre lineari trasformazioni, con un dato che però si è affermato come costante: la compresenza dell'interesse pubblico connesso alla erogazione del servizio autostradale, da un lato, e di quello privato lucrativo, dall'altro. L'alterità soggettiva tra concedente e concessionario porta in questo modo all'entrata in scena di diversi interessi che potrebbero in concreto incidere anche sull'efficienza del servizio autostradale, dipendendo così dalla scelta del modulo gestorio, più in generale, il soddisfacimento o all'opposto l'affievolimento degli interessi pubblici che entrano in gioco e che con (e nell') infrastruttura autostradale si intendono perseguire.

## 3. I limiti nell'affidamento della gestione autostradale

Accertata pertanto la pubblicità del servizio autostradale, si pone ora la questione di delineare, seppure sommariamente, le principali forme di gestione della rete e questo partendo da un dato, ovvero dall'assenza, sul piano europeo, di una disciplina organica riguardante i moduli gestori, avendo tale lacuna portato i vari Stati membri a sperimentare modelli di gestione tra loro diversi[29].

In Germania le autostrade sono federali, ma la loro costruzione, manutenzione e gestione è di competenza dei vari *Länder*[30]. In Francia, invece, le società concessionarie sono state privatizzate solo nel 2006[31] e recentemente si sta discutendo sull'opportunità di procedere con una nuova nazionalizzazione del settore autostradale[32]. Un caso di gestione prevalentemente pubblica si ha invece in Regno Unito, dove le autostrade sono gestite dalla impresa pubblica *Highways England*, detenuta interamente dal governo britannico[33].

In Italia, le forme gestorie oscillano tra due poli tradizionali, l'esternalizzazione e l'internalizzazione: l'amministrazione può, in armonia con il principio di auto-organizzazione ora previsto all'art. 7 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36[34], decidere di affidare ad operatori economici terzi oppure gestire mediante società *in house* le tratte autostradali. L'autorganizzazione rappresenta così la stella polare in tema di gestione ed assume particolare rilievo in quanto da tale scelta derivano conseguenze con riguardo all'erogazione del servizio autostradale. L'autorganizzazione si lega poi, a sua volta ed in modo inscindibile, con il principio di risultato[35], posto che è quest'ultimo a dover guidare l'ente concedente nella scelta che in concreto è chiamato ad effettuare riguardo al modulo gestorio scelto.

I moduli gestori che possono essere utilizzati sono due e la disciplina dell'affidamento si rinviene nel d.lgs. n. 36/2023 e, più in particolare, nella parte relativa ai contratti di concessione. Il legislatore delegato, nel nuovo codice dei contratti pubblici, non ha fornito una regolamentazione unitaria del settore, inserendo qualche frammentaria previsione sulle concessioni autostradali in disposizioni di carattere più generale.

Per un lungo periodo, il sistema autostradale è stato così sfornito di una sua apposita disciplina e forse è proprio questa lacuna ad avere portato il legislatore ad adottare recentemente alcune previsioni di riordino delle concessioni

autostradali. è entro tale cornice che si inserisce la l. 16 dicembre 2024, n. 193, che ha introdotto un apposito capo proprio sulle concessioni autostradali, al fine così di rafforzare gli strumenti di governance del concedente e consentire una effettiva concorrenzialità tra gli operatori del settore (art. 1, comma 1, l. n. 193/2024). Al settore autostradale si applicano pertanto le previsioni del codice dei contratti pubblici, così come da ultimo integrate dalla l. n. 193/2024, che rappresenta una norma speciale di settore.

Per l'affidamento delle tratte autostradali, l'ente concedente può, tenendo conto degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali così come definiti dall'ART[36], liberamente decidere di esternalizzare la gestione del servizio autostradale. L'esternalizzazione ha come fulcro centrale quel fenomeno di contaminazione pubblico-privato che si è diffuso sempre più negli anni, assumendo forme declinatorie diverse a seconda dell'intensità del coinvolgimento del privato, che può essere totale oppure parziale, in caso di sperimentazione di forme partenariali, come nel caso della finanza di progetto o della società mista, dove pubblico e privato sono chiamati a "fare assieme"[37].

In caso di esternalizzazione della gestione, il concessionario deve essere selezionato nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, in attuazione delle previsioni contenute all'interno del d.lgs. n. 36/2023 e della l. n. 193/2024, le cui disposizioni troveranno applicazione solo per le gare che verranno indette a seguito della loro entrata in vigore. Anche considerate le multipolari forme di esternalizzazione che consentono all'ente concedente di esternalizzare in via totale la gestione del servizio, oppure di ricorrere a forme partenariali di varia intensità, v'è una unitarietà dello statuto giuridico di riferimento che eleva l'evidenza pubblica a regola generale[38].

Tale modulo gestorio va però incontro ad alcune difficoltà in sede di suo concreto utilizzo. Un primo fattore di depotenziamento dell'evidenza pubblica si ha con riguardo al diffuso utilizzo della proroga della durata delle concessioni, che si afferma come alternativa alla gara e questo pur in presenza dei più volte segnalati profili di criticità circa il suo utilizzo, tanto dall'ordinamento nazionale quanto da quello sovranazionale[39].

I problemi, però, possono sorgere anche nel corso della gara e possono riguardare sia difficoltà nel selezionare un operatore economico adeguato alla gestione ed esecuzione del servizio autostradale sia irregolarità che si registrano nel corso del

suo espletamento. Quand'anche le gare vengano predisposte, si registrano difatti sovente complicazioni che sono da ricollegarsi anche alla scarsa abitudine dell'ente concedente a ricorrere a procedure competitive, incidendo tale dato sicuramente in negativo sul loro concreto utilizzo.

Se, come si è detto, la scelta della forma di gestione è retta dal principio di autorganizzazione, l'amministrazione può in via alternativa decidere di internalizzare la gestione del servizio autostradale, ricorrendo alla gestione *in house*[40], sebbene tale opzione sia rimasta per lungo tempo una alternativa solo sulla carta. Anche a seguito dell'esplicita affermazione del principio di autorganizzazione, permane ancora l'onere di motivazione in caso di utilizzo dell'*in house,* dovendo l'ente concedente effettuare una preventiva valutazione delle ragioni che giustificano il ricorso a tale modulo gestorio[41]. Più in particolare, deve dare conto «*dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento degli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche*» (art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, ripreso anche all'art. 5, comma 1, l. n. 193/2024)[42].

Al di là dell'onere di motivazione, lo scarso utilizzo dell'internalizzazione nel settore autostradale si lega anche (anzi, soprattutto) al fatto che l'ente concedente è un'amministrazione centrale (ovvero il Mit) e che pertanto l'unica forma di *in house* possibile parrebbe essere un *in house* statale. E quindi, anche stante l'astratta percorribilità della via dell'internalizzazione, solo recentemente è stato avviato il procedimento con cui dare corpo alla previsione.

Il primo caso di affidamento *in house* si è avuto nell'aprile del 2024, con l'istituzione, mediante il d.P.C.M. del 9 aprile 2024, della società Autostrade dello Stato, società interamente partecipata dal Mef e sottoposta al controllo analogo del Mit[43], creata per gestire le autostrade a pedaggio di proprietà statale. Tale operazione è stata disposta in attuazione dell'art. 2, comma 2-*sexies*, d.l. 10 settembre 2021, n. 121, conv. nella l. 9 novembre 202, n. 156, che ha per l'appunto autorizzato la costituzione di una società per l'affidamento *in house* dell'attività di gestione delle autostrade statali; si tratta, così, di una forma di un affidamento *in house* pensata per la rete autostradale di rilievo statale.

La previsione tratteggia un modulo gestorio che impedisce però agli enti

territoriali di gestire *in house* tratte autostradali di competenza regionale anche di rilievo statale e, proprio al fine di limitare le conseguenze negative derivanti da tale impianto, è stata inserita una apposita previsione che si pone come obiettivo quello di rafforzare il coinvolgimento degli enti territoriali sul piano della gestione autostradale. Tale disposizione prevede la possibilità che le concessioni autostradali «*relative ad autostrade che interessano una o più regioni vengano affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite*» (art. 186, comma 7, d.lgs. n. 36/2023[44]): in questi casi, il controllo analogo sulla società viene esercitato dal Ministero per il tramite di un comitato appositamente costituito[45].
Un'altra disposizione che si pone sempre nel senso di coinvolgere gli enti territoriali nella gestione autostradale è stata inserita nel decreto fiscale del 2017, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. dalla l. 4 dicembre 2017, n. 284. Più in particolare, l'art. 13-*bis* prevede la possibilità, per le regioni e gli enti locali, di avvalersi, nel ruolo di concessionari, di società *in house*[46]. L'utilizzo dell'istituto è in verità consentito solo se funzionale al perseguimento delle finalità di cui ai protocolli di intesa stipulati in data 14 gennaio 2016 tra il MIT, la regione Trentino-Alto Adige e tutte le amministrazioni pubbliche interessate allo sviluppo del Corridoio scandinavo mediterraneo e tra il MIT e le regioni Friuli-Venezia Giulia e Veneto per lo sviluppo del Corridoio mediterraneo, e volti a promuovere la cooperazione istituzionale per lo sviluppo di tali Corridoi[47]. In applicazione di tale previsione è stata istituita la società denominata «*Società Autostrade Alto Adriatico S.p.A.*»[48], società *in house* con un capitale sociale di sei milioni di euro, e l'operazione che così ha coinvolto le regioni Friuli-Venezia Giulia e Veneto.
Se, quindi, in linea teorica il concedente può liberamente decidere di esternalizzare ovvero internalizzare la gestione della rete autostradale, la scelta tanto dell'una quanto dell'altra forma gestoria va potenzialmente incontro ad alcuni problemi applicativi.
L'esternalizzazione, verso un fronte, non ha difatti avuto come immediata conseguenza quella di portare all'affermazione dell'evidenza pubblica come regola generale per l'individuazione del gestore autostradale, essendosi negli anni registrati plurimi tentativi elusivi di tale onere. Ciò è ancor più evidente se si considera che le concessioni in corso sono state affidate senza l'espletamento di

una gara e che quelle in procinto di scadere continuano ad essere indebitamente prorogate. A questo dato, si aggiungono i problemi applicativi cui si va incontro in sede di espletamento dell'evidenza pubblica e che affievoliscono in maniera considerevole la portata dell'istituto.

Quanto, poi, alla gestione *in house*, questa a sua volta è chiamata a fare i conti con la peculiarità del sistema autostradale, mostrandosi in concreto una via di difficile percorrenza, visti i limiti strutturali che potrebbero portare non solo a relegare l'*in house* ai margini, ma anche ad escludere o, ad ogni modo, limitare considerevolmente, l'apporto degli enti territoriali nella gestione delle tratte autostradali ed è proprio questa la ragione per la quale sono state individuate delle forme atipiche di gestione *in house*, pensate in via esclusiva per il sistema autostradale.

Un ultimo dato merita una sottolineatura. Nel quadro così delineato, un ruolo centrale assume il principio di auto-organizzazione, la cui sorte appare ancora incerta. È fondamentale difatti chiedersi se tale principio riesca nel concreto a trovare attuazione, e se sia pertanto possibile la coesistenza di entrambi i moduli gestori, oppure se l'alternativa tra i due si affermi sul mero piano astratto, rappresentando una strada di difficile percorrenza su quello concreto[49].

L'applicazione di tale principio appare difatti subordinata al superamento dei nodi critici che il sistema presenta, dipendendo dalla effettiva affermazione di tale principio, più in generale, l'efficienza stessa del servizio autostradale.

## 4. ...(segue): e le criticità della fase esecutiva

Eppure, anche stante l'importanza della scelta del modulo gestorio e, pertanto, della fase di affidamento della gestione della rete, è soprattutto la fase esecutiva a rappresentare il fulcro del servizio ed è proprio in questa che si registrano i principali nodi problematici.

L'ordinamento sembra difatti focalizzarsi principalmente sulla fase di affidamento del servizio, come se questo fosse l'unico elemento mediante cui garantirne l'efficienza, passando in secondo piano la fase esecutiva del rapporto concessorio. Ma in verità è dalla buona riuscita di tale fase a dipendere l'erogazione efficiente del servizio autostradale e, più in generale, anche l'implementazione degli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale.

I rapporti tra concedente e concessionario sono disciplinati nella convenzione autostradale[50], nella quale si assiste ad un incrocio tra dimensione pubblicistica e privatistica, tant'è che sul punto si è rilevato che «*la giustapposizione dell'assetto autoritativo e di quello convenzionale dell'azione amministrativa è particolarmente evidente nella concessione-contratto, nella quale, com'è noto, all'atto autoritativo, unilaterale, discrezionale della pubblica amministrazione che dispone la concessione, si accompagna l'atto bilaterale destinato a regolare i diritti e gli obblighi delle parti, in funzione dell'avvenuta concessione*»[51]. In questa vengono individuati gli obblighi e le facoltà del concedente e del concessionario, coincidendo i primi con gli obblighi di vigilanza e controllo sul concessionario ed i secondi con gli obblighi di manutenzione e messa in sicurezza della rete autostradale.

I nodi problematici hanno ad oggetto tanto la fase esecutiva in senso stretto e riguardano i poteri di vigilanza e controllo che incombono all'ente concedente, quanto la fase relativa alla estinzione del rapporto concessorio, che può essere fisiologica oppure concludersi in modo patologico.

Quanto ai primi, ci si riferisce più in particolare alle difficoltà dell'ente concedente ad esercitare i propri poteri in modo efficace ed effettivo e questo per ragioni connesse soprattutto a sue carenze tecniche[52]. Profili di tensione si riscontrano poi anche se si considera l'estinzione del rapporto concessorio, che può essere fisiologica oppure concludersi anticipatamente in modo patologico. Instaurandosi tra le parti un rapporto di durata, questo è destinato a terminare una volta sopraggiunto il termine convenzionalmente individuato di scadenza, che ora non può essere superiore a quindici anni[53].

Eppure, come si è avuto modo di anticipare, nel settore autostradale si è spesso assistito a casi di proroga della durata del rapporto, venendo così di volta in volta posticipata la scadenza fisiologica della loro durata. In questo modo, la proroga, da istituto di carattere eccezionale, è divenuta regola generale che ha portato all'affermazione di una posizione di sostanziale monopolio dei privati gestori della rete, almeno per la singola tratta autostradale che gestiscono, la cui logica imprenditoriale e di lucro potrebbe influire (come in concreto fa) anche sulla gestione dell'infrastruttura autostradale e sulla conseguente erogazione del servizio. In questo modo, la parte pubblica pare piegarsi alle esigenze del concessionario privato e ciò è chiaro se si considera che la maggior parte delle

proroghe sono state disposte per tutelare la posizione economica del concessionario, registrandosi così un rapporto impari tra le parti.

Questo non, però, è l'unico caso da cui emerge l'asimmetria tra le parti. Lo squilibrio è difatti ancor più evidente se si esaminano i casi di cessazione anticipata del rapporto concessorio, e, più in particolare, le conseguenze economiche cui si andrebbe incontro qualora venisse intrapresa tale strada[54]. Tale dato è emerso con chiara evidenza a seguito del crollo del ponte Morandi, considerato che la convenzione rendeva eccessivamente oneroso, per il concedente, procedere con la cessazione anticipata del rapporto, anche se questa era da imputarsi ad inadempienze del concessionario[55].

Forse è proprio questa una delle ragioni per le quali, pur a fronte di un presunto inadempimento del concessionario agli obblighi convenzionali[56], al posto di procedere con la risoluzione del rapporto concessorio, è stato siglato un accordo transattivo comportante una modifica soggettiva dell'assetto societario di Aspi: l'operazione ha portato all'acquisizione della partecipazione maggioritaria di Autostrade per l'Italia dalla Holding Reti Autostradali S.p.A., partecipata da CDP Equity[57], Blackstone Infrastructure Partners e dai fondi gestiti da Macquarie Asset Management.

La legittimità di tale operazione è stata peraltro sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea che, con una sentenza resa il 7 novembre 2024, ha ritenuto l'operazione conforme al diritto europeo, in quanto la cessione di quote di capitale sociale del concessionario non comporta la sostituzione del concessionario iniziale con uno nuovo, rappresentando piuttosto una modifica nella composizione e ripartizione del capitale sociale del concessionario, che non richiede l'espletamento di una nuova procedura di aggiudicazione[58]. Alla medesima conclusione è poi giunto anche il giudice nazionale, ritenendo condivisibili le argomentazioni del giudice europeo e propendendo pertanto per la natura non sostanziale della modifica dell'assetto societario, posto che la compravendita delle azioni di Aspi deve essere inquadrata «*quale operazione di mercato tra privati*»[59].

In senso opposto a quanto deciso con riguardo al caso di Aspi si è invece posto il concedente in merito alla convenzione sottoscritta con Strada dei parchi S.p.a., disponendo, a seguito dell'accertamento dei presunti inadempimenti del concessionario agli obblighi convenzionali, la risoluzione della convenzione con

un provvedimento, poi cristallizzato in una legge-provvedimento[60]. La risoluzione è stata impugnata dinanzi al giudice amministrativo che, chiamato a pronunciarsi nel merito, ha sollevato alcune questioni circa la legittimità costituzionale delle previsioni legislative che hanno nella sostanza ripreso il contenuto del provvedimento di risoluzione[61].

Eppure, prima ancora che il giudice delle leggi fosse chiamato a pronunciarsi[62], il legislatore è tornato sui suoi passi, disponendo il reintegro della società nella titolarità della concessione per la gestione delle autostrade A24 ed A25 fino alla naturale scadenza della medesima[63]. Tale restituzione è stata forse incentivata anche dalla decisione del Tribunale dell'Aquila che, in sede penale, ha ritenuto che non vi fossero prove tali da dimostrare che le condotte degli imputati avessero messo in pericolo la sicurezza del traffico sulle autostrade A24 e A25, in quanto le perizie svolte avevano escluso qualsiasi rischio di crollo parziale e totale di ponti e viadotti, confermando così la sicurezza dell'infrastruttura[64].

Ed è proprio a seguito di tale pronunciamento che nel luglio del 2023 è stato adottato un decreto interministeriale che ha riconosciuto un indennizzo al concessionario ed ha contestualmente avviato le trattative per una soluzione transattiva, resa nei fatti possibile a fine dicembre 2023[65].

Posto quindi che nella maggior parte delle convenzioni i casi di cessazione anticipata del rapporto sono (anzi, erano) subordinati al pagamento di considerevoli somme di denaro per l'ente concedente, il legislatore con la già citata l. n. 193/2024 è intervenuto anche su questo punto, inserendo un apposito articolo che disciplina l'estinzione del rapporto concessorio e precisando che in questi casi devono applicarsi le previsioni contenute all'art. 190, comma 4, lett. *a)*, del codice dei contratti pubblici, «*anche in sostituzione delle eventuali clausole convenzionali, sostanziali e procedurali, difformi, anche se approvate per legge da intendersi nulle ai sensi dell'articolo 1419, secondo comma, del codice civile*» (art. 11, comma 3, l. n. 193/2024).

Se a chiusura del terzo paragrafo sono stati rilevati alcuni profili di criticità che si registrano nell'affidamento della gestione della rete autostradale, anche la fase a questa successiva, coincidente con la sua esecuzione ed estinzione, non è sicuramente esente da nodi critici, emergendo con tutta evidenza la situazione di squilibrio nel quale versa la parte pubblica.

In primo luogo, tale dato si riscontra se si considera il frequente impiego

dell'istituto della proroga, la quale si pone indubbiamente a favore del concessionario. Una ulteriore asimmetria si percepisce se si considera il contenuto delle convenzioni, posto che in sede di loro predisposizione la parte pubblica sembra piegarsi alla volontà di quella privata. Si pensi solo, ad esempio, alle forme di estinzione anticipata del rapporto, che hanno posto la parte pubblica in una posizione di evidente svantaggio economico rispetto a quella privata, e questa situazione ha inciso anche sulla concreta esperibilità della via della cessazione anticipata del rapporto concessorio. Ciò è emerso in modo evidente nelle due recenti vicende che hanno coinvolto il settore autostradale e che hanno portato a soluzioni tra loro di segno diametralmente opposto, optandosi in un caso per una soluzione transattiva della questione e nell'altro per la risoluzione del rapporto concessorio[66].

Il dato che si afferma quindi come costante è l'affievolimento, indubbiamente non volontario, del pubblico nella fase esecutiva del rapporto e, più nello specifico, in quella relativa alla sua estinzione, sia essa fisiologica oppure patologica.

## 5. Sui possibili rimedi per un potenziamento del sistema autostradale

Individuati così alcuni dei nodi critici che il settore presenta, pare opportuno riflettere, in chiave conclusiva, su qualche possibile rimedio che consenta di potenziare e rendere più efficiente il sistema autostradale, e questo nella consapevolezza che si deve in via prioritaria intervenire con riguardo alla fase esecutiva del rapporto concessorio.

E proprio in ragione di ciò, in primo luogo pare opportuno ripensare, in termini rafforzativi, i poteri di vigilanza e controllo del concedente sul rispetto degli obblighi convenzionali del concessionario, al fine di attenuare in parte lo sbilanciamento tra le parti. Per farlo, è necessario intervenire sul versante organizzativo interno, potenziando le capacità tecnico-amministrative delle strutture del MIT incaricate dell'affidamento e della vigilanza delle concessioni autostradali, anche stante l'indebolimento delle competenze tecniche in seno all'ente concedente, inserendo figure specializzate[67].

Un tale rafforzamento potrebbe essere reso in concreto possibile sfruttando le

potenzialità della digitalizzazione, dato, questo, ancor più avvalorato dal fatto che con il nuovo codice dei contratti pubblici questa è diventata un paradigma della contrattualistica pubblica, coprendo un arco temporale che va dalla ideazione della commessa pubblica sino alla sua esecuzione (art. 19, d.lgs. n. 36/2023). La digitalizzazione, quindi, se applicata alla fase esecutiva potrebbe consentire di consolidare i poteri di vigilanza e controllo del concedente sul rispetto degli obblighi convenzionali in capo al concessionario[68], al fine così di attenuare e (tentare di) eliminare l'asimmetria in cui questo si trova in concreto ad operare.

Un ulteriore piano sul quale intervenire riguarda il contenuto delle convenzioni, anche considerato che molte previsioni convenzionali hanno posto la parte pubblica in una posizione di evidente svantaggio rispetto a quella privata, subendo la prima un considerevole depotenziamento.

Da una disamina del loro tenore emerge la condizione di vantaggio nel quale versa il concessionario: si pensi solo, ad esempio, al fatto che nelle convenzioni sino a poco tempo fa era previsto che l'efficacia dei casi di cessazione anticipata del rapporto fosse subordinata al pagamento, da parte del concedente, di tutte le somme convenzionalmente dovute, rendendo eccessivamente oneroso e difficoltoso per l'amministrazione percorrere tale via e venendo in questo modo di fatto depotenziato il ruolo dell'ente concedente. Proprio al fine di eliminare tale squilibrio, la l. n. 193/2024 è recentemente intervenuta prevedendo che le disposizioni del codice dei contratti pubblici, segnatamente quelle contenute all'art. 190, comma 4, lett. *a)* di disciplina dei casi di estinzione del rapporto concessorio, debbano prevalere anche sulle previsioni convenzionali che dispongono in altro modo, le quali sono da considerarsi nulle.

Al fine di attenuare ulteriormente tale sbilanciamento, è poi fondamentale prevedere una "convenzione tipo", che riduca la discrezionalità e limiti almeno in parte l'autonomia delle parti in sede di predisposizione del contenuto convenzionale, tenendo al contempo conto dei differenti interessi che entrano in gioco. E questo partendo dal dato che le finalità sottese al perseguimento degli interessi pubblici sono strutturalmente estranee alla logica del privato ed è pertanto necessario pensare il contenuto convenzionale tenendo conto di tale alterità, anche al fine di evitare che si assista ad un arretramento degli interessi pubblici, tra i quali va ricompreso anche quello di promuovere una connessione interterritoriale e superare i divari territoriali e sociali.

Pare essersi reso portavoce proprio di questa esigenza anche il legislatore con la l. n. 193/2024, nella parte in cui ha previsto l'adozione di uno schema di convenzione da porsi alla base dell'affidamento, che deve tra le altre cose contenere anche i criteri per lo svolgimento delle attività di controllo e monitoraggio dell'ente concedente nei confronti del concessionario «*al fine di potenziarne l'efficacia e di promuoverne la capillarità, anche avvalendosi del supporto operativo dell'ANSFISA*» (art. 8, comma 2, lett. a), l. n. 193/2024).

Ciò che appare quindi improcrastinabile è configurare in termini armoniosi e meno asimmetrici il rapporto pubblico-privato, e questo sia nella fase genetica sia in quella esecutiva del rapporto concessorio, attraverso un intervento sugli elementi che svuotano nei fatti il potere del concedente rispetto al ruolo del concessionario. Alla necessità di promuovere interventi di manutenzione del sistema[69], si affianca una esigenza di carattere più sistemico che parrebbe andare nel senso di un generale ripensamento del ruolo dello Stato nel panorama autostradale, in armonia con la recente rimodulazione della sua presenza nell'intervento in economia in generale[70]. Un intervento che si ponga nel senso di un potenziamento della gestione della rete autostradale appare quindi necessario, posto che una delle principali critiche rivolte alle politiche di coesione riguarda proprio il fatto che «*esse sono destinate a fallire se le amministrazioni destinatarie degli interventi non sono in grado di darvi attuazione per incapacità gestionale o per la complessità delle procedure di attuazione*»[71].

Le autostrade potrebbero così consentire non solo di realizzare le politiche di coesione sociale e territoriale, colmando e superando il divario infrastrutturale e territoriale, ma, còlte in una traiettoria più sistemica (quindi, oltre la coesione), potrebbero al contempo contribuire alla crescita ed allo sviluppo economico del territorio, rafforzando in questo modo la competitività ed attrattività dell'intero sistema-Paese, creando valore in termini di inclusione sociale, crescita economica e occupazionale. Sono obiettivi, questi, che devono divenire una finalità di sistema[72]. Lo stretto legame tra infrastrutture e sistema-Paese è peraltro emerso anche nel recente piano strategico 2025-2029 presentato dal gruppo Fs, che ha previsto interventi per cento miliardi per accompagnare la crescita del Paese, disponendo un investimento di oltre quaranta miliardi di euro per la rete stradale gestita attraverso Anas, al fine di migliorare la qualità del servizio.

V'è, in definitiva, un rapporto di ontologica e necessaria funzionalizzazione tra

coesione ed infrastrutture per i trasporti terrestri, che deve essere sfruttato e necessariamente implementato, anche riflettendo su una possibile inversione dei paradigmi di gestione a favore dello Stato: è questo uno dei punti di partenza per una piena e completa attuazione delle politiche di coesione e, più in generale, per il rilancio del sistema-Paese.

1. Lo scritto riprende e sviluppa la relazione svolta al XXVI Convegno di Copanello sul tema «*Infrastrutture per lo sviluppo sociale*», tenutosi il 28 e 29 giugno 2024 a Montepaone Lido (CZ). Lo scritto è altresì destinato al volume che raccoglie gli Atti del Convegno di Copanello.
2. Più in generale sulle infrastrutture, senza pretese di esaustività, si v.: G. Morbidelli, E. Guerra, *Trasporti*, in *Dizionario amministrativo*, coordinato da G. Guarino, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1983, p. 1495 ss.; M.A. Carnevale Venchi, *Trasporti pubblici in concessione*, in *Enc. Dir*., Milano, 1992, p. 1089 ss. Più recentemente, G. Piperata, *Infrastrutture, strade, mobilità*, in *Enc. dir*., Giuffrè, Milano, 2022, p. 685 ss.; L. Saltari, *Trasporto pubblico*, in *Enc. dir*., cit., p. 1179 ss.; G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, A. Police (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 189 ss.
3. Su tali politiche si cfr. F. Manganaro, *Aspetti istituzionali delle politiche di coesione*, in *Le politiche di coesione economica e sociale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 1 ss.; A. Claroni, *Le politiche di coesione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Giuffrè, Milano, 2003, p. 3793 ss.; G. Colombini (a cura di), *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, Jovene, Napoli, 2011; G. de Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), A *150 anni dall'unificazione amministrativa*, Vol. II, Pisa University Press, Pisa, 2016, p. 9 ss.; S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2, 2018, p. 579 ss.
4. Sul punto, S. Cimini, M. D'Orsogna (a cura di), *Le politiche di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidisciplinare*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011; R. Dipace, M. D'Orsogna, L. Giani, C*oesione, sostenibilità e sviluppo territoriale: valorizzazione delle aree interne e prospettiva macroregionale* e L. Giani, Connecting the Region: *la strategia macroregionale per i trasporti*, entrambi in *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione*. *Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, cit., p. 1087 ss. e p. 1103 ss.
5. Sul Fondo sviluppo e coesione si è recentemente pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 175 del 2024, p.ti 3.1.2 e 3.2.2 del Cons. dir., decidendo il ricorso della Regione Campania, osservando come «*sussistono, pertanto, i presupposti costantemente richiesti dalla giurisprudenza di questa Corte per ritenere che gli interventi in parola ricadano nell'ambito applicativo dell'art. 119, quinto comma, Cost., tenuto conto che essi operano in*

*aggiunta rispetto al finanziamento normale delle funzioni amministrative spettanti all'ente territoriale, sono evidentemente riferiti a finalità non ordinarie di perequazione e garanzia indicate dalla norma costituzionale, e comunque a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni e, da ultimo, non sono rivolti alla generalità degli enti territoriali, bensì ad alcuni tra essi o a distinte categorie di questi ultimi (sentenze n. 63 del 2024, n. 71 e n. 70 del 2023 e n. 40 del 2022). Del resto, con le sentenze n. 123 del 2022 e n. 187 del 2021, questa Corte ha già espressamente qualificato le risorse del FSC come afferenti direttamente all'art. 119, quinto comma, Cost., con la conseguenza che la relativa competenza legislativa spetta allo Stato in via esclusiva, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.* (...) *Nel ribadire quanto si è esposto supra, nel punto 3.1.2. del Considerato in diritto, e cioè che la disciplina delle politiche di coesione e del riparto del FSC rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato di cui agli artt. 117, secondo comma, lettera e), e 119, quinto comma, Cost., va osservato anche che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte specificamente riferita al FSC, «spetta al legislatore statale la scelta dello schema procedimentale ritenuto più adeguato a assicurare l'ottimale realizzazione degli obiettivi di volta in volta perseguiti nello stanziare i relativi fondi (sentenza n. 189 del 2015, successivamente ripresa dalle sentenze n. 123 del 2022 e n. 187 del 2021)*».

6. S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree sufficientemente sviluppate*, cit., spec. p. 589.
7. La coesione rappresenta anche un indubbio strumento di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale da declinarsi anche sul piano relativo all'accesso ai servizi e al superamento del divario infrastrutturale, considerato che uno degli indicatori per le politiche di coesione coincide anche con il modo in cui vengono garantiti i servizi pubblici alle persone. Per tale ricostruzione si rinvia a F. Manganaro, *Politiche di coesione*, in *Enc. dir*., Giuffrè, Milano, 2022, 839 ss.
8. Sul legame tra reti infrastrutturali nazionali e territorio, S. Cassese, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Giorn. dir. amm*., 11, 1997, p. 1075 ss., il quale rileva che «*i grandi servizi pubblici nazionali* (...) *sono, con il territorio, in un duplice rapporto, che può essere così sintetizzato: lo debbono servire e se ne debbono servire. In altre e meno concise parole, questo rapporto è biunivoco: da un lato i servizi a rete hanno per scopo essenziale di fornire utilità a collettività stanziate sul territorio; dall'altro essi debbono attraversare il territorio senza barriere, se si vuole che adempiano il loro compito essenziale...essi sono in un rapporto di implicazione reciproca: in tanto i servizi pubblici a rete possono servire tutte le collettività stanziate sul territorio, in quanto essi possono usare il territorio, senza esserne impediti da vincoli o barriere posti da uno o da altro ente esponenziale della collettività*».
9. R. Dipace, M. D'Orsogna, L. Giani, C*oesione, sostenibilità e sviluppo territoriale: valorizzazione delle aree interne e prospettiva macroregionale*, cit., spec. p. 1089 e nt. 7.
10. Sulle infrastrutture ferroviarie, M. Delsignore, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pub. comun.*, 2, 2014, p. 451 ss.; A. Police, *Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario*, in *Nuov. auton.*, 3, 2015, p. 321 ss. Più in generale, sulle liberalizzazioni dei servizi di interesse economico generale si

v. M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 3, 2012, p. 507 ss.

11. Tale dimensione si rinviene invero anche con riguardo alla rete autostradale e si ricollega a sua volta al fatto che le ferrovie, così come le autostrade, assumono la dimensione di una *essential facility*, concetto di creazione giurisprudenziale elaborato prima negli Stati Uniti e poi in Europa. In dottrina, si v. G. Colangelo, *Le public utilities tra regolazione e concorrenza. Là dove porta la dottrina dell'essential facility*, in *Ent. pubbl.*, 2001, p. 451 ss.; M. Polo, *La nozione di* essential facility *tra regolamentazione e antitrust. Un commento*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, p. 293 ss.; D. Durante, G.G. Moglia, A. Nicita, *La nozione di* "essential facility" *tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, p. 257 ss.; M. Siragusa, M. Beretta, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Cont. impr. - Europa*, 1999, p. 260 ss.; S. Bastianon, *A proposito della dottrina delle* essential facilities. *Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?,* in *Merc. conc. reg.*, 1999, p. 149 ss.; L. Toffoletti, *La nozione di* essential facility, in *Conc. merc.*, 1998, p. 330 ss.; G. Guglielmetti, *'Essential facilities', rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'autorità garante e prospettive*, *ivi*, 1996, p. 394 ss.
12. Dato, questo, che emerge con chiara evidenza se si considera che solo con la l. n. 193/2024, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, è intervenuto con riguardo al settore autostradale, inserendo un apposito capo di riordino delle concessioni autostradali.
13. Come viene evidenziato nella Relazione *La rivoluzione della mobilità sostenibile parte dalle autostrade. Sicure, digitali, decarbonizzate*, «*nel 2019 il trasporto passeggeri su gomma (auto, moto e autobus) rappresentava oltre l'89% del totale, quota modale cresciuta nel 2022 a oltre il 90% del totale*» (p. 43). «*La assoluta prevalenza delle autostrade per il trasporto delle persone e delle merci può essere spiegata con la struttura degli insediamenti abitativi e industriali. Circa 28 milioni di persone (il 47% della popolazione italiana) vivono entro 10 chilometri da uno svincolo autostradale e 10 milioni di addetti (il 57% del totale nazionale) lavorano in aziende localizzate entro 10 chilometri da uno svincolo. La costruzione delle autostrade nel secondo dopoguerra ha quindi influenzato le scelte localizzative di famiglie e imprese*» (p. 50). Dai dati Eurostat del 2021, emerge come nel 2021 «*il trasporto in auto ha rappresentato il 79,7% dei passeggeri-chilometro in tutta l'Unione, rispetto al 7,3% degli aerei, al 7,1% dei pullman, autobus o filobus, al 5,6% dei treni e allo 0,3% delle imbarcazioni*» (sito eurostat.eu). Si cfr. anche EU Transport in Figures – statistical pocketbook 2018.
14. Per una riflessione delle aree interne da problema ad opportunità per la crescita del Paese e del ruolo strategico dei trasporti, R. Dipace, M. D'Orsogna, L. Giani, Co*esione, sostenibilità e sviluppo territoriale: valorizzazione delle aree interne e prospettiva macroregionale*, cit., spec. p. 1097. La valorizzazione delle aree interne passa così anche per un rafforzamento delle infrastrutture stradali e per un potenziamento e diffusione di forme alternative di mobilità (alternative al trasporto su gomma), e la diffusione e promozione di forme di accessibilità integrata tra reti, come, ad esempio, l'accessibilità integrata tra rete ferroviaria e stradale.

15. Sul tema della mobilità sostenibile si v. T. Bonetti, *Il trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, in *Dir. amm*., 3, 2020, p. 563 ss. e F. Manganaro, *Sistemi di trasporto per una mobilità sostenibile*, in *Climate change: la risposta del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, p. 229 ss.
16. In questi termini, A.M. Sandulli, *Autostrada*, in *Enc. dir*., Giuffrè, Milano, 1959, p. 525 ss. Sulla individuazione dei caratteri tipici delle infrastrutture, v. G. Piperata, *Infrastrutture, strade, mobilità*, cit., spec. p. 687, il quale ha osservato che rientrano in questa categoria «*quelle opere e impianti che a) sono progettati e realizzati per costituire una rete o un sistema non facilmente duplicabile, b) presuppongono l'intervento dei pubblici poteri a qualche titolo e c) risultano essere indispensabili per l'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico ovvero di un diritto o di una libertà fondamentale*».
17. G. Ragazzi, *I signori delle autostrade*, Il Mulino, Bologna, 2008, spec. p. 15. L'A. osserva come «*oggi circolano solo veicoli a motore, e non vi è più una netta differenza tra autostrade, superstrade o altre strade a scorrimento. È soprattutto il pedaggio che, in alcuni paesi, distingue le autostrade dalle altre strade*».
18. Per una accurata ricostruzione dei principali eventi che hanno coinvolto il settore si cfr. L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., p. 20 ss. Le ragioni della crisi sono da rinvenirsi «*nel (quasi assente) volume di traffico, considerato che in Italia, nel 1930, circolavano «appena 245 mila veicoli, uno ogni 142 persone (mentre il rapporto era uno a 28 in Francia e Inghilterra, uno a 4,6 negli Stati Uniti)*» (così, G. Ragazzi, *I signori delle autostrade*, cit., 29 ss., spec. p. 30.
19. Le tratte riscattate anticipatamente sono state le seguenti: la Milano-Laghi, la Milano-Bergamo, la Bergamo-Brescia e la Firenze-Mare. L'Ass è inoltre «*un organo allora con un immanente conflitto d'interessi perché per mandato legislativo il centro delle sue attività sono le "strade pubbliche statali": quelle senza pedaggio e altre restrizioni, il cui programma di sviluppo è antagonista rispetto a quello autostradale*» (così, L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni delle autostrade in Italia*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., p. 29). Sono invece riuscite a sopravvivere solo le concessionarie che si occupavano della gestione delle tratte Torino-Milano, Padova-Mestre e Napoli-Pompei.
20. S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl*., 1996, 5 ss. e G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1999, p. 626 ss.
21. Sul punto si v. A. Massera, *Partecipazioni statali e servizi d'interesse pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 219 ss. Sulla privatizzazione di IRI, P. Ciocca, *Storia dell'Iri. 6. L'Iri nell'economia italiana*, Laterza, Bari-Roma, 2014, p. 264 ss.
22. G. Napolitano, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv*., 2010, p. 437 ss.
23. G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato,* in *Munus*, 2011, p. 33 ss., spec. p. 61. Si v. anche S. Cassese, Le droit tout puissant et unique de la société. *Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 4, 2009, p. 879 ss., spec. p. 900, il quale sottolinea come «*nato statale, il diritto*

*amministrativo si universalizza e viene applicato anche a istituzioni private, ma ciò cambia la funzione dei suoi istituti, che divengono, quindi, diverse*».

24. Più in generale sui servizi pubblici cfr., *ex multis*, G. Caia, *I servizi pubblici*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, IV Ed., Monduzzi Editore, Milano, 2005; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, p. sp., III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 2581 ss.; F. Merusi, R. Villata, *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 2003; M. Cammelli, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, p. 7 ss.; M.S. Giannini, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in R. Perez (a cura di), *Statistica e pubblica amministrazione. II. I servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 1985; F. Merusi, *Servizio pubblico*, *Noviss. dig. it*., 1970, p. 220 ss.; U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Cedam, Padova, 1964. Sulla crisi della nozione di servizio pubblico, G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm*., 5, 2007, p. 498 ss.; A. Police, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, p. 79 ss.
25. Il d.lgs. n. 201/2022, di riordino della disciplina dei servizi pubblici economici di rilievo locale, ha infine delineato i confini del concetto di servizio pubblico, definendo i servizi pubblici locali di rilevanza economica come quei servizi «*erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*» (art. 2, comma 1, lett. c).
26. In questo senso M. Dugato, *Crisi del concetto di servizio pubblico locale*, in *Dir. amm*., 3, 2020, p. 511 ss., spec. p. 522, il quale osserva come «*il servizio pubblico è un'attività economica, suscettibile di essere organizzata in forma di impresa, capace di soddisfare in via diretta un bisogno primario (costituzionalmente garantito) della collettività di riferimento nelle ipotesi di inesistenza, insufficienza o inadeguatezza del mercato*». Si v. anche nota 26.
27. Più in generale, sul rapporto diritto pubblico-diritto privato si v. S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir*., Vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 696 ss.; S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2000, p. 389 ss., il quale, con riferimento alla linea di confine tra diritto amministrativo e diritto privato, osserva come questa è resa ancora più incerta «*da molti sviluppi contraddittori, che possono riassumersi in quattro paradossi: arretramento dei poteri nazionali, avanzata dell'Unione Europea: deperimento del modulo convenzionale in alcune aree, suo sviluppo in altre; liberalizzazione economica, regolazione amministrativa; diffusione delle privatizzazioni, espansione delle autorità di regolazione*». Cfr. anche G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.
28. In questi termini, L. Saltari, *Conclusioni*, in *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, Irpa, 2, 2014, p. 310.

29. Sull'importanza della comparazione, S. Cassese, L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 128 ss.
30. L. Muzi, *La Germania: l'azione e il ruolo cruciale dello Stato*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., p. 117 ss. L'A. osserva come «*diversamente dalla stragrande maggioranza degli altri ordinamenti statali, nella Repubblica federale tedesca prevale un modello di costruzione e gestione diretta delle autostrade, il cui rischio economico dell'opera è totalmente a carico della pubblica amministrazione*» (p. 118).
31. Tale processo ha preso avvio all'inizio del 2000: nel 2002 una quota minoritaria di Asf, uno dei gruppi pubblici operanti nel settore, era stata messa in vendita. «*Nel 2005 il governo francese ha venduto anche la sua partecipazione maggioritaria in Asf e di privatizzare le altre due società concessionarie pubbliche, al fine di ridurre il debito pubblico. Nelle casse dello stato sono affluite entrate superiori a 14 miliari di euro*» (in questi termini G. Ragazzi, *I signori delle autostrade*, cit., 87). Per una disamina del sistema francese si v. anche M. Conticelli, *La Francia: il nodo dell'influenza dei concessionari*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., p. 133 ss.
32. Nel 2019 sono state presentate alcune proposte di legge, poi però non approvate. Una prima proposta prevedeva la risoluzione unilaterale dei contratti di concessione con le società concessionarie e l'eliminazione dei pedaggi a partire dal 1 gennaio 2028 (*Proposition de loi n° 4742 visant à la réappropriation des sociétés concessionnaires d'autoroutes*), mentre un'altra prevedeva la nazionalizzazione delle società concessionarie (*Proposition de loi n° 1707 relative à la nationalisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes et à l'affectation des dividendes à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France*).
33. C. Di Seri, *Il Regno Unito: la virtuosa* partenership *pubblico-privato*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., p. 161 ss.
34. Sul punto si v. F. Figorilli, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 3, 2023, p. 991 ss., il quale si sofferma sull'istituto così come disciplinato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Cfr. anche M. Renna, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023, n. 36)*, La Tribuna. Il Foro Italiano, Milano, 2023, p. 1 ss., spec. p. 20-21.
35. Sul principio di risultato si rinvia a F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2023, p. 10; E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm*., 4, 2023, p. 829 ss.; M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo codice corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (D.Leg. 31 marzo 2023, n. 36)*, cit., p. 1 ss., spec. p. 15. Per una riflessione più in generale sull'amministrazione di risultato M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA, Giuffrè, Milano, 2002, p. 107 ss. Per uno sguardo critico S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?,* in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941 ss.
36. L'ART, con delibera del 23 giugno 2016, n. 70, ha definito gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, rilevando che costituiscono «*ambiti ottimali di gestione*» delle

tratte autostradali quelli corrispondenti ad una estesa chilometrica non inferiore, per singola concessione, a 180 chilometri, e tendenzialmente ricompresa nell'intervallo tra 180 e 315 chilometri.

37. M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., p. 56. A. Moliterni, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del Pnrr*, in *Dir. amm*., 2022, p. 441 ss.
38. La scelta della forma di esternalizzazione è stata in parte attenuata dall'art. 3, comma 3, l. n. 193/2024, che ha espressamente impedito all'ente concedente di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali «*scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 193 del codice dei contratti pubblici*», ovvero ricorrendo alla finanza di progetto.
39. Sul piano nazionale, l'Agcm in *Concessioni e criticità concorrenziali*, S3470, 12 dicembre 2018, ha osservato che «*l'eccessiva ampiezza e durata delle concessioni esistenti, dovuta anche al frequente ricorso a proroghe o rinnovi automatici, ha comportato un inevitabile ingessamento degli assetti di mercato esistenti, a vantaggio degli attuali concessionari*». Anche in precedenza l'autorità antitrust aveva segnalato le criticità di tale pratica, ponendo l'accento sulla necessità di introdurre disposizioni che privilegino meccanismi di attribuzione delle concessioni secondo procedure di selezione competitiva. Cfr. anche Agcm, AS988 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 2013, punto 5. Sul piano sovranazionale si v. Corte giust., sentenza 18 settembre 2019, C-526/17, Commissione/Italia, ECLI:EU:C:2019:756, p.to 1. I giudici hanno sul punto evidenziato che l'Italia, avendo prorogato la durata della concessione dell'Autostrada A12, è «*venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, p. 114), come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione*». Nel 2021 la Commissione Europea, sempre a seguito della proroga della durata delle concessioni, ha inviato una lettera di messa in mora all'Italia, al fine di conformarsi alla normativa europea in materia di concessioni.
40. Più recentemente, G. Caia, *Le società "in house": persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm*., 2020, p. 457 ss.
41. A. Maltoni, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti* in house *"convenzionali"*, in *Federalismi.it*, 29, 2023, p. 38 ss.
42. L'art. 5 della l. n. 193/2024 contiene una dettagliata disciplina sull'affidamento *in house*: l'ente concedente è chiamato a predisporre una proposta di convenzione con il relativo Pef, da sottoporre sottopone all'affidatario per la sottoscrizione, la quale deve avvenire entro i successivi trenta giorni. Tale proposta di affidamento, corredata dalla proposta di convenzione e dal Pef, deve poi essere sottoscritta da entrambe le parti e trasmessa all'Art e all'Anac per il loro parere; questa viene poi trasmessa al Cipess, chiamato anch'esso ad

esprimersi. Al termine di tale procedimento, il concedente trasmette la proposta definitiva di convenzione all'affidatario (art. 5, commi 2, 3, e 4, l. n. 193/2024).

43. L'art. 1, comma 2, del d.P.C.M. prevede che «*Autostrade dello Stato s.p.a. costituisce la società in house ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, ed è soggetta al controllo analogo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti secondo i contenuti e le modalità di esercizio definiti dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze adottato ai sensi dell'articolo 2, comma 2-acties, del decreto-legge n. 121 del 2021. Ai sensi dell'articolo 16, comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, oltre l'80% (ottanta per cento) del fatturato deriva dallo svolgimento dei compiti a essa affidati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*».
44. Tale previsione è stata ripresa anche dall'art. 3, comma 2, lett. b), l. n. 193/2024.
45. Art. 186, comma 7, d.lgs. n. 36/2023, il quale dispone che «*le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo sulla predetta società in house può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i relativi poteri*». L'operazione è possibile quando la società *in house* è composta da sole amministrazioni regionali, quando il soggetto *in house* è un'amministrazione di un altro ministero (è il caso di ANAS, interamente partecipata dal MEF), ovvero ancora quando si tratta di un soggetto compartecipato da un ente territoriale e da una società partecipata al cento per cento da un'amministrazione statale. Cfr. anche J. Bercelli, *Il sistema autostradale tra istanza autonomista, modello* in house *e regolazione indipendente*, in *Munus*, 1, 2022, p. 39, il quale osserva che «*se i poteri di concedente rimangono saldamente in capo al Ministero, tuttavia crescente appare il ruolo attribuito agli enti territoriali quali soggetti che controllano le società cui è affidata in via diretta la gestione di servizi autostradali*».
46. Art. 13-*bis*, d.l. n. 148/2017, conv., con modifiche, nella l. n. 172/2017. L'art. 13-*bis*, comma 1, lett. b*)*, stabilisce che «*per il perseguimento delle finalità di cui ai protocolli di intesa stipulati in data 14 gennaio 2016, rispettivamente, tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la regione Trentino-Alto Adige/Südtirol unitamente a tutte le amministrazioni pubbliche interessate allo sviluppo del Corridoio scandinavo mediterraneo e sottoscrittrici del predetto protocollo e tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le regioni Friuli-Venezia Giulia e Veneto interessate allo sviluppo del Corridoio mediterraneo, tesi a promuovere la cooperazione istituzionale per lo sviluppo dei medesimi Corridoi, il coordinamento delle infrastrutture autostradali A22 Brennero-Modena e A4 Venezia-Trieste, A28 Portogruaro-Pordenone e raccordo Villesse-Gorizia è assicurato come segue: a) le funzioni di concedente sono svolte dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; b) le convenzioni di concessione per la realizzazione delle opere e la gestione delle tratte autostradali hanno durata trentennale e sono stipulate dal Ministero delle infrastrutture e*

*dei trasporti con le regioni e gli enti locali che hanno sottoscritto gli appositi protocolli di intesa in data 14 gennaio 2016, che potranno anche avvalersi nel ruolo di concessionario di società in house, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati* (...)».

47. L'intervento è così funzionalizzato al coordinamento delle infrastrutture autostradali A22 Brennero-Modena e A4 Venezia-Trieste, A28 Portogruaro-Pordenone e raccordo Villesse-Gorizia.
48. La Società Autostrade Alto Adriatico S.p.A., costituita tra la Regione Autonoma Friuli Venezia-Giulia e la Regione del Veneto, è stata istituita il 17 aprile 2018, in attuazione dell'art. 13-*bis*, d.l. n. 148/2017. Essa ha per oggetto l'assunzione e/o comunque la gestione e l'esercizio della concessione autostradale trentennale delle tratte autostradali A4 Venezia-Trieste, A23 Palmanova-Udine Sud, A28 Portogruaro-Pordenone-Conegliano, A57 tangenziale di Mestre (competenza fino a Terraglio) e della A34 Villesse-Gorizia.
49. Il settore autostradale ha sperimentato, a seconda del contesto storico di riferimento, prima l'una e poi l'altra forma di gestione, affermandosi l'oscillazione tra pubblico e privato come costante della gestione autostradale sin dall'esordio. Per una accurata e completa ricostruzione dei principali eventi che hanno coinvolto il settore si v. L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade*, in *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., p. 20 ss. Si v. anche il contributo di G. Ragazzi, *I signori delle autostrade*, cit., p. 29 ss.
50. La storia delle convenzioni autostradali ha avuto un percorso del tutto peculiare, posto che sin dagli esordi delle prime concessioni e fino a recentemente, il contenuto delle convenzioni non è stato reso conoscibile. Le convenzioni, sottoscritte contestualmente all'affidamento della concessione, sono state riviste dal d.l. n. 262/2006, conv. nella l. n. 286/2006, il quale ha disposto il loro accorpamento in un unico atto, denominato convenzione unica, ed ha imposto un nuovo regime regolatorio. Un paio di anni dopo, la l. n. 101/2008, di conversione del d.l. n. 59/2008, all'art. 8-*duodecies* ha previsto l'approvazione *ex lege* di tutti gli schemi di convenzione già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data di entrata in vigore del decreto n. 59/2008, trasformando di fatto in regolazione quanto contenuto negli schemi di convenzione. La l. n. 193/2024 prevede che venga predisposto uno schema di convenzione che viene posto alla base dell'affidamento, i cui contenuti sono delineati per sommi capi dalla norma (art. 8), venendo altresì dettagliato il procedimento di approvazione e aggiornamento delle convenzioni di concessione e dei relativi piani economico-finanziari.
51. M. Ramajoli, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 357 ss., spec. p. 358-359, la quale riprende la pronuncia del T.A.R. Liguria, 28 gennaio 1982, n. 55 (cfr. anche nt. 8).
52. S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 7-8, per il quale «*l'amministrazione pubblica, sempre più dominata da amministrativisti, piuttosto che da tecnici, si depaupera di competenze tecniche settoriali, a*

*favore di generalisti "*bon à tout faire*", con preparazione giuridico-formale*». Parla di «*quasi scomparsa*» dei corpi tecnici in Italia G. Piperata nel suo contributo *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*, in *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, cit., p. 294 ss., spec. p. 305.

53. La l. n. 193/2024 è intervenuta, all'art. 10, sulla durata delle concessioni precisando che questa, pur essendo determinata dall'ente concedente in funzione dei servizi e lavori richiesti, non possa superare i quindici anni, potendo tale termine venire derogato solo qualora il programma dei lavori non consenta il recupero degli investimenti effettuati e il ritorno del capitale investito (art. 10, comma 1).
54. Nella maggior parte delle convenzioni i casi di cessazione anticipata del rapporto concessorio, anche per ragioni connesse ad inadempienze del concessionario, sono subordinati al pagamento di un indennizzo/risarcimento, salvo nelle convenzioni in cui sono inseriti degli atti aggiuntivi, che invece prevedono espressamente che l'efficacia del provvedimento di risoluzione della concessione per inadempimento del concessionario non è (più) sottoposta al pagamento delle somme convenzionalmente dovute (In questi termini si pone il terzo atto aggiuntivo alla convenzione di Autostrade per l'Italia, art. 10, comma 1, ultimo periodo, relativo alla risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario, che sostituisce l'art. 9 della Convenzione unica).
55. A seguito dell'evento, la direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali ha trasmesso ad ASPI tre note di contestazione relative al suo potenziale inadempimento agli obblighi di manutenzione e custodia: più nello specifico, le disposizioni che si assumevano violate riguardavano l'obbligo di custodia dei beni concessi (tra i quali il ponte Polcevera) e quello di provvedere alla manutenzione dell'infrastruttura, al fine di assicurare la fruizione da parte degli utenti in condizioni di massima sicurezza del ponte e, più in generale, dell'intera rete autostradale affidata in concessione (note del MIT del 16 agosto 2018, 20 dicembre 2018 e 5 aprile 2019).
56. Per una disamina più estesa sul punto si rinvia alla relazione del parere del gruppo di lavoro istituito con d.m. n. 119 del 2019. Il gruppo di lavoro, nelle conclusioni, sottolinea come «*a) in relazione all'evento del 14 agosto 2018 sussista l'inadempimento di Aspi agli obblighi di custodia e restituzione di cui all'art. 1177 del codice civile e di manutenzione di cui all'articolo 3 della Convenzione; b) tali inadempimenti abbiano il carattere della gravità in relazione all'interesse complessivo affidato alla cura del Concedente*» (p. 60). Sul punto si cfr. altresì la riflessione di M. Clarich, *Revoca concessione autostrade, le insidie di un'azione sommaria*, in *Ilsole 24 ore*, 17 agosto 2018.
57. CDP Equity è una società holding del «*gruppo Cassa Depositi e Prestiti, il cui obiettivo è l'investimento nelle società italiane di rilevante interesse nazionale caratterizzate da una condizione economica, finanziaria e patrimoniale equilibrata, con prospettive adeguate in termini di redditività e sviluppo a lungo termine, capace di generare valore per gli investitori. Cdp Equity possiede anche quote di maggioranza e minoranza in società di gestione finanziaria in vari comparti dell'economia*» (informazioni su *www.cdp.it*).
58. Alla luce di tali premesse, la Corte nella sentenza del 7 novembre 2024, p.to 85 del Cons.

dir., ha ritenuto che l'art. 43 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione, letto in combinato disposto con il principio di buona amministrazione, deve essere interpretato nel senso che «*non osta a una normativa nazionale ai sensi della quale l'amministrazione aggiudicatrice può procedere alla modifica di una concessione in corso di validità, riguardante la persona del concessionario e l'oggetto della concessione, senza organizzare una nuova procedura di aggiudicazione della concessione, purché tale modifica non rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 43, paragrafo 5, della citata direttiva e l'amministrazione aggiudicatrice abbia esposto i motivi per i quali ha ritenuto di non essere tenuta a organizzare una tale procedura*».

59. T.A.R. Lazio (sezione IV), sentenza del 31 marzo 2025, n. 6464, p.to 17 del Cons. dir. I giudici osservano che «*la modifica nella composizione del capitale sociale non dà luogo ad una novazione soggettiva del rapporto e non comporta il trasferimento della titolarità della concessione, ma l'operazione resta confinata sul piano meramente interno all'organizzazione dell'ente, che mantiene inalterata la propria identità giuridica. La compravendita delle azioni di ASPI deve essere piuttosto inquadrata quale operazione di mercato tra privati, ossia tra il socio alienante, Atlantia S.p.a., e il Consorzio acquirente. Si tratta di un'ordinaria transazione commerciale che non ha inciso sulla titolarità del rapporto concessorio, intrattenuto invece tra l'amministrazione e la società concessionaria*» (p.to 17 del Cons. dir.). (...) «*Sul piano soggettivo, infatti, il rapporto è proseguito con la società concessionaria originaria, che, pur avendo subito una modifica nella composizione del capitale sociale, è rimasta invariata nella sua identità giuridica. Anche sotto il profilo oggettivo, come osservato, l'impegno finanziario compensativo di ASPI e l'obbligo di rinforzare la sicurezza della rete autostradale, non hanno modificato l'originaria Convenzione*» (p.to 22 del Cons. dir.).
60. Il d.l. n. 85/2022, recante «*Disposizioni urgenti in materia di concessioni e infrastrutture autostradali*», ha previsto, al relativo art. 1, che «*le ripetute ed accertate violazioni agli obblighi convenzionali integrano un comportamento violativo degli obblighi convenzionali, tale da compromettere la fiducia del concedente circa l'idoneità del concessionario di tenere fede ai suoi impegni convenzionali e, più nello specifico, a quelli di mantenimento della funzionalità della rete autostradale affidatagli in concessione*». Il d.l. ha al contempo disposto che «*nelle more dell'adozione del provvedimento di cui al comma 1, Strada dei Parchi S.p.A. è obbligata a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio delle autostrade e delle relative pertinenze fino al trasferimento della loro gestione*» (art. 2, comma 2, d.l. n. 85/2022).
61. T.A.R. Lazio (sezione IV), sentenza del 29 dicembre 2022, n. 17819. I giudici hanno ritenuto «*rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 del decreto legge 7 luglio 2022, n. 85 (disciplina trasfusa, poi, nell'art. 7 ter del decreto legge 16 giugno 2022, n. 68, convertito, con modificazioni, in legge 5 agosto 2022, n. 108), in relazione agli artt. 77 e 3, 24, 25, 101, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione*».

62. La Corte costituzionale si è pronunciata con l'ordinanza del 27 febbraio 2024, n. 30, disponendo la restituzione degli atti al giudice rimettente per valutare la permanenza della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità a fronte del significativo mutamento del quadro normativo incidente sulla fattispecie del giudizio *a quo*.
63. Il d.l. n. 14/2023, conv., con modifiche, nella l. n. 191/2023, ha inserito l'art. 14-*bis*, recante «*Disposizioni relative alla gestione delle tratte autostradali A24 e A25*». La previsione ha disposto il reintegro di Strada dei Parchi nella concessione delle autostrade A24 e A25 a far data dalle ore 00:00 del 1° gennaio 2024 e fino alla scadenza stabilita nella relativa convenzione unica del 2009, prorogata di un periodo di tempo pari a quello in cui, in seguito alla sua risoluzione, la gestione è stata affidata provvisoriamente ad ANAS spa.
64. Il Gup ha così assolto con formula piena, «*perché il fatto non sussiste*», i vertici di Strada dei Parchi (Sdp), ex concessionaria delle autostrade laziali ed abruzzesi A24 e A25, nel processo sull'ammaloramento dei viadotti nel territorio dell'Aquila.
65. D.i. del Mit e del Mef approvato il 7 luglio 2023, che riconosce un risarcimento pari ad euro 1,2 miliardi a Strada dei Parchi S.p.a.
66. In termini più generali L. Saltari nel suo contributo *Le concessioni amministrative. Uno strumento antico, capace di rinnovarsi*, cit., p. 411, il quale osserva, con riferimento alla parte pubblica, come «*per molteplici ragioni può rivelarsi un contraente debole e poroso*».
67. Sulla fuga dall'amministrazione G. Melis, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim dir. pubbl*., 2, 2013, p. 469 ss. Per una riflessione sulla crisi dei corpi tecnici si v. T. Bonetti, *I corpi tecnici nella legge n. 241/1990 tra innovazioni e continuità*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 266 ss., spec. p. 269, il quale riflette sull'indebolimento dei corpi tecnici cui «*fa invece sempre più da pendant la "pervasività" della tecnica nell'azione quotidiana dell'amministrazione. Per un verso, cioè, si assiste a un incremento esponenziale della complessità tecnica dei compiti che le amministrazioni pubbliche sono chiamate a svolgere, anche a fronte dei tumultuosi mutamenti scientifici e tecnologici degli ultimi decenni* (...). *Per altro verso, però, si assiste quotidianamente all'impoverimento delle competenze specialistiche delle e nelle amministrazioni pubbliche*». Alcuni corpi tecnici conservano però una certa rilevanza: pone in luce tale dato G. Piperata nel suo contributo *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*, in *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, cit., p. 294 ss., spec. p. 305, il quale rileva che «*quelli* (corpi tecnici) *del patrimonio culturale continuano ad essere, invece, ancora irrinunciabile strutture amministrative, indispensabili per poter realizzare alcuni interessi e politiche pubbliche*».
68. Tale dato è emerso anche recentemente: si pensi al fatto che Anas, nel febbraio 2023, al fine di aumentare la sicurezza della rete, ha pubblicato un bando per l'affidamento di servizi di ispezione, rilievi, indagini delle gallerie, con l'obiettivo di applicare le tecnologie più avanzate per lo svolgimento delle attività ispettive e di controllo delle infrastrutture. O, si pensi ancora, al Memorandum of Understanding (MoU) siglato da Open Fiber e Aspi, volto a potenziare i progetti di digitalizzazione delle infrastrutture viarie e di rete. È in

questa scia che si inserisce l'istituzione di Argo Gallerie, una piattaforma per la gestione integrata delle ispezioni, che permette significativi vantaggi in termini di efficienza operativa; oppure il sistema digitale per il monitoraggio delle infrastrutture autostradali, che utilizzerà l'intelligenza artificiale di IBM, si avvarrà dell'uso di droni, di IoT (Internet of Things) e modellazione digitale 3D di Fincantieri NexTech.

69. Sulle riforme mancate e spezzate si v. M. Dugato, *Riforme mancate e riforme spezzate*, mentre sulla manutenzione delle riforme T. Bonetti, *La «manutenzione» e la «riforma» delle riforme*, entrambi in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *Le riforme amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 129 ss. e p. 133 ss.
70. Per una ricostruzione storica della presenza dello Stato in economia si rinvia a S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 589; M.S. Giannini, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, p. 311 ss., spec. p. 317 ss. Cfr. anche A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009. Più recentemente, si vedano anche le osservazioni di G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022, spec. p. 70, il quale, esaminando il ritorno dello Stato in economia, si chiede se «*li abbiamo gli antidoti contro le patologie e le eventuali esorbitanze dello Stato?* (...) *Siamo in grado di dimostrare, ai liberisti per principio, che lo Stato non è lo scorpione che sta attraversando il fiume sulle spalle della rana?*» (p. 70) e, rispondendo a questi quesiti, osserva come «*antidoti, per la verità, ce n'erano anche prima, a partire da quello per certi versi più antico contro i rischi di prevaricazione dell'interesse pubblico nell'adozione di decisioni pubbliche, delle quali, per non cadere nei guai, vada invece preservata la rispondenza a ragioni tecniche oggettive*» (p. 75).
71. Più in generale, sull'efficienza delle pubbliche amministrazioni per le politiche di coesione F. Manganaro, *Aspetti istituzionali delle politiche di coesione*, cit., spec. p. 9, nel quale l'A. rileva che «*questo aspetto emerge anche per la realizzazione di opere pubbliche infrastrutturali. Secondo il rapporto Svimez 2009, «la fase di progettazione oscilla tra gli oltre 1.000 giorni della Sicilia e i 380 giorni della Lombardia: tra l'approvazione del progetto e la pubblicazione del bando passano ulteriori 272 giorni in Sicilia, 207 in Campania a fronte di 93 giorni in Lombardia. I dati complessivi riportati nella Relazione* (dell'Autorità dei lavori pubblici) *citata mostrano una durata complessiva delle fasi amministrative necessarie solo a "decidere" di circa 900 giorni* (...)».
72. Per una disamina della competitività come attributo del sistema, T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 173 ss., spec. p. 193, il quale rileva come «*il concetto di competitività, al di là dei diversi punti di vista, ha un oggetto ben delimitato: lo sviluppo socio-economico di ogni singolo sistema (nazionale, regionale o locale che sia)* (...). *Prima di ogni altra cosa, la competitività è da intendersi come capacità a competere rispetto ad altri soggetti competitori e, quindi, come un attributo del sistema ad «equilibrio dinamico»* (p. 195).

# Governance del digitale: fondamenti teorici e il ruolo di legislatore e interpreti

*Luca Pellizzoni*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-46

*Il contesto digitale pone al centro la questione della governance, quale terreno di riflessione sull'influenza di teorie elaborate nel Novecento, il ruolo del legislatore e degli interpreti nel definire la struttura istituzionale e normativa per il governo delle tecnologie, la cui diffusione e pervasività hanno richiesto e richiedono un adattamento dell'ordinamento.*

***Digital governance: theoretical foundations and the role of legislators and interpreters***
*The digital context brings to light the issue of governance, as a focus for reflection on the influence of theories elaborated in the 20th century (prior to the digital transition), the role of legislators and interpreters in defining institutional and regulatory structures in relation to technologies, where the diffusion and pervasiveness of ICT require an adaptation of the legal system.*

*Sommario: 1. Introduzione.- 2. Definizione e modelli di governance nel contesto digitale.- 3. Governare la tecnologia: una questione politico-giuridica.- 4. Algoritmi e intelligenza artificiale: il ruolo degli interpreti nella ricerca di una base legale.- 5. Governance dei dati e dell'Intelligenza artificiale.*

## 1. Introduzione

L'evoluzione tecnologica e digitale ha reso necessario affrontare il tema della governance, intesa come l'insieme di principi, modelli e strumenti necessari per assicurare la direzione e il controllo delle innovazioni – di cui anche la pubblica

amministrazione si sta dotando – al fine di garantire una gestione efficace, trasparente e responsabile della tecnologia e dei dati. L'impiego di soluzioni tecniche anche di elevata complessità pone infatti il rischio di uno scivolamento verso il controllo privato dell'interesse pubblico[1].
Il presente lavoro mira quindi ad analizzare il concetto di governance, anche con riferimento al contesto digitale, esaminando alcune teorie fondamentali, e come hanno trovato declinazione nel contesto giuridico italiano.
Al cuore della discussione vi è la rilevanza assunta dall'IA nella società moderna, tanto da imporre una riflessione approfondita come queste tecnologie entrano prepotentemente nel contesto sociale, lasciando agli interpreti, prima ancora che al legislatore, il compito di ricondurre nell'alveo della legalità il loro uso, minimizzando al contempo i rischi associati alla loro diffusione e applicazione.
Vi è infine da considerare il legame intrinseco tra governance dei dati e governance dell'intelligenza artificiale, su cui l'Unione europea risulta concentrarsi attraverso un approccio regolatorio volto a promuovere la diffusione dei dati e delle tecnologie, ma anche una responsabilizzazione collettiva.

## 2. Definizione e modelli di governance nel contesto digitale

Il concetto di governance, inteso come l'insieme dei processi, delle regole e delle strutture organizzative che presiedono, in un determinato contesto, la definizione dei programmi, delle strategie e delle azioni, acquista nel dominio digitale una complessità e una rilevanza senza precedenti, dovute principalmente alla rapidità con cui le tecnologie e la comunicazione evolvono e si diffondono, trasformando significativamente i modelli sociali e politici tradizionali.
Nell'elaborazione teorica di R.A.W. Rhodes[2], sviluppata negli anni Novanta del secolo scorso, con governance si intendono nuove modalità di governare o nuovi metodi con cui la società viene governata. Questa espressione identifica, in particolare, la transizione dal government connotato da un'amministrazione centralizzata e burocratica, verso forme decentralizzate, caratterizzate dalla partecipazione di attori diversi, quali enti pubblici, privati ed enti «no» e «non» – profit alla definizione delle politiche pubbliche e all'erogazione di servizi, descrivendo quindi un mutamento organizzativo del settore pubblico. Lo stesso autore individua, inoltre, un ulteriore significato in questa espressione, per

descrivere il fenomeno di progressivo svuotamento dello Stato, in cui le funzioni e i poteri pubblici vengono trasferiti ad altri soggetti (come le Autorità amministrative indipendenti e le aziende private[3]) anche sovranazionali[4].
Questa teoria ha il pregio di descrivere un fenomeno verificatosi sul finire del secolo scorso caratterizzati da un profondo mutamento della società[5], e ai fini del discorso viene quindi presa in considerazione. Ma lo stesso Rhodes evidenzia come la parola governance venga impiegata anche per identificare una teoria sviluppatasi nel medesimo periodo per descrivere una stagione di riforme chiamata *New Public Management* (NPM)[6] . Questa si fonda su due assunti, l'equivalenza tra pubblico e privato, per quanto attiene agli approcci gestionali, e l'equiparazione tra dirigenti pubblici e manager delle aziende, connotandosi per alcune caratteristiche, in particolare la separazione tra politica e amministrazione, decentralizzazione e maggiore uso delle tecnologie dell'informazione[7]. L'obiettivo è di promuovere una migliore efficienza e qualità dei servizi, in ottica imprenditoriale, sostenendo una riduzione del *government* a favore della *governance*[8].
Il tema del digitale si interseca quindi con la teoria della *governance* di Rhodes, perché promette da un lato di migliorare l'efficienza, paradigma di questi costrutti teorici, e dall'altro solleva questioni per l'avanzare di attori, come le *Big Tech*[9], che per capacità economica e dimensioni sono paragonabili agli Stati sovrani, i quali fornendo servizi, divenuti nel corso del tempo essenziali, possono incidere sulle politiche pubbliche.
Lo sviluppo del digitale, in particolare nella pubblica amministrazione, si configura come un processo trasformativo strutturale e graduale, in grado di incidere sull'efficienza delle pubbliche amministrazioni, ovvero sulle modalità con cui esse organizzano al proprio interno la loro attività, prendono decisioni e si relazionano con cittadini. La digitalizzazione si presenta come un vettore fondamentale per realizzare il principio di buona amministrazione, intesa come legalità, imparzialità, trasparenza e partecipazione, ma al tempo stesso rivela profonde criticità nei processi di implementazione e, ancor più, nei meccanismi di *governance* ad essa associati.
L'affacciarsi di nuove tecnologie, innescanti cambiamenti, come le modalità di interazione dei cittadini con la PA e di erogazione dei servizi, richiede di stabilire soluzioni regolatorie e processi in grado di coordinare e definire l'utilizzo della

tecnologia. In questa prospettiva, la *governance* digitale diventa un concetto che coinvolge non soltanto aspetti tecnici relativi all'implementazione di infrastrutture IT, ma anche riflessioni più ampie di carattere etico e normativo. L'attenzione non si limita quindi all'uso e alla manutenzione degli strumenti digitali, ma si estende al modo in cui tali strumenti plasmano le relazioni economiche, influenzano le dinamiche sociali e determinano nuove modalità di esercizio del potere pubblico[10].

Comprendere dal punto di vista analitico, le implicazioni della transizione verso una dimensione cibernetica non è semplice. Non mancano, in questo ambito, proposte di analisi[11] volte a distinguere tra modalità di *governance* analogiche, aumentate e automatizzate. Le prime, fondate su norme, procedure e relazioni fiduciarie, non scompaiono, ma coesistono con nuove forme di *governance* che incorporano algoritmi, sistemi predittivi, *blockchain* e intelligenza artificiale. Le modalità aumentate combinano elementi digitali e tradizionali in cui soggetti e algoritmi si intersecano (un esempio sono le piattaforme digitali), mentre quelle automatizzate si fondano su algoritmi capaci di regolare autonomamente i processi decisionali attraverso l'elaborazione dei dati, modificando il controllo da una struttura gerarchica a una decentralizzata, basata su *checks and balances* previsti all'interno del sistema informatico stesso.

I primi passi volti a definire il conteso attuale possono essere fatti risalire agli anni Novanta del secolo scorso. In particolare, la stagione delle riforme che ha interessato l'Italia[12] è in effetti ispirata alle teorie sulla *governance*, ed in particolare al NPM[13]. Cominciate con la l. 8 giugno 1990 n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali, seguita dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i, che ha sancito i principi centrali sulla trasparenza dell'azione amministrativa, e dalla riforma Bassanini[14], con cui sono state introdotte regole ispirate ai principi della distinzione dei ruoli tra politica e amministrazione[15], il principio di autonomia e responsabilità dei dirigenti sul piano dei risultati, e quindi della contrattualizzazione della dirigenza e della valutazione delle *performance*, ed infine l'*e-government*[16]. L'intento del processo riformatore è stato quello di operare un significativo cambiamento dell'organizzazione amministrativa, attraverso la decentralizzazione amministrativa, in ossequio al principio di sussidiarietà, l'istituzione di agenzie governative, l'impiego di strumenti di semplificazione, come l'istituto del silenzio-assenso, la conferenza di

servizi e l'introduzione di strumenti di programmazione, di controllo e di gestione; in sintesi modificando l'apparato pubblico in senso aziendalistico[17].
A tali cambiamenti si sono affiancati ulteriori interventi normativi innescati dallo sviluppo dei sistemi informativi. L'incedere della tecnologia ha spinto, infatti, il legislatore ad approvare la legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, per istituire l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione[18] (formalmente istituita con d.lgs. 12 febbraio 1993 n. 39) attribuendo ad essa le funzioni di coordinamento delle iniziative e di pianificazione degli investimenti in materia di automazione. A questo decreto è seguito il d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, il cui art. 11 affidava all'ente il compito di definire i modelli e i sistemi informativi utili alla interconnessione tra le amministrazioni pubbliche, con il chiaro intento di assicurare l'adozione generalizzata e coordinata delle nuove tecnologie informatiche nell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, per accrescerne l'efficienza[19]. Il legislatore ha inoltre dovuto riconoscere la necessità di regolamentare lo sviluppo tecnologico, ed in particolare, con la l. 15 marzo 1997 n. 59 (la prima legge Bassanini), la diffusione di nuovi strumenti di dirompente novità[20]: il documento informatico e la firma elettronica.
Il primo passo verso la definizione della situazione di fatto è stato quindi un importante intervento riformatore della Pubblica amministrazione. Un processo lungo e complesso, in cui trovare il modello o la soluzione giusta è frutto di tentativi succedutisi nel tempo, come dimostra il susseguirsi di agenzie dedicate alla transizione digitale della PA[21].
La graduale evoluzione delle strutture originariamente deputate all'infosfera, dall'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA), alla costituzione di DigitPA e, infine, all'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), quale ente con competenze di coordinamento, monitoraggio e supporto tecnico nel digitale, mostra una stratificazione normativa e organizzativa che, pur avendo come scopo la razionalizzazione dei processi di digitalizzazione, ha prodotto sovrapposizioni di ruoli e una frammentazione dei centri decisionali, generando una sistema di gestione e controllo complesso, in cui la funzione di coordinamento centrale non sempre si integra in modo fluido con altri enti ai quali vengono assegnate funzioni amministrative, come le Regioni e i Comuni[22].
Oltre al NPM, si possono richiamare ulteriori modelli che hanno assunto rilievo con riferimento al digitale: *governance* multilivello e *Open Government*. Con la

prima espressione si descrive la scomparsa del ruolo di principale attore nelle decisioni politiche degli Stati nazionali, i quali diventano compartecipi assieme ad enti sovranazionali (ad esempio l'Unione europea), e altri soggetti sub-statali e non statali, dell'esercizio del potere, sviluppando nuove strategie di coordinamento e collaborazione per il perseguimento delle politiche pubbliche[23]. Mentre con la seconda espressione si descrive l'insieme delle politiche volte a promuovere la trasparenza delle amministrazioni pubbliche e la partecipazione dei cittadini[24].

Il richiamo a questi modelli assume rilevanza in ragione delle peculiarità della digitalizzazione. Essa non riveste, infatti, una dimensione nazionale, ma assume estensione globale, poiché scollegata da una dimensione fisica, in cui i dati circolano senza confini e al quale non si applicano le categorie giuridiche tradizionali[25].

Si presenta quindi un nuovo elemento, la *governance* digitale, intesa quale attività volta a definire, quindi attuare, politiche, procedure e standard per lo sviluppo, l'utilizzo e la gestione dell'infosfera[26]. La presenza di attori diversi rende il contesto digitale privo di rapporti gerarchici e si connota, invece, per una forma decentralizzata, in cui più soggetti sono collegati tra loro[27].

Per definire quale architettura debba avere la *governance* del digitale si devono prendere in considerazione elementi chiave, quali interoperabilità, sicurezza dei dati, servizi centrati sul cittadino, per promuovere trasparenza, *accountability* e innovazione nei servizi pubblici, garantendo al tempo stesso la conformità degli strumenti digitali alla legge[28].

Questo richiede anche una ridefinizione delle categorie del diritto amministrativo (come la motivazione del provvedimento, la pubblicità degli atti e i meccanismi di garanzia partecipativa), nella misura in cui risultano incapaci di regolare strumenti nuovi[29], poiché potenzialmente in grado di scardinare la realtà organizzativa (si pensi all'ipotesi di un procedimento amministrativo totalmente automatizzato, e quindi in assenza del funzionario) e ridefinire le responsabilità, in ragione dell'operare di soggetti pubblici e privati[30].

In questo contesto si inserisce un ulteriore tema, quello della diffusione degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale[31], che solleva questioni attinenti ai principi di legalità, al rispetto dei diritti fondamentali e alla partecipazione al procedimento amministrativo. Se l'introduzione di sistemi automatizzati

promette un incremento di efficienza, risulta imprescindibile una forma di controllo umano che assicuri la comprensibilità delle procedure e la responsabilità ultima dei decisori pubblici, così da evitare l'opacità dei processi e la marginalizzazione dei diritti di difesa dei cittadini[32].

Le questioni sollevate da queste tecnologie, hanno portato ad arricchire il dibattito teorico con concetti appartenenti alla dimensione tecnica, come lo "*human in the loop*"[33], che indica quel modello matematico per cui per produrre o validare il risultato è necessaria l'interazione tra uomo e macchina, ma anche principi esistenti, e riscoperti in una nuova prospettiva, come «*la riserva di umanità*»[34]. Questo principio descrive dal punto di vista teorico l'indispensabilità dell'intervento umano nello svolgimento delle funzioni amministrative automatizzate, in ossequio alla teoria generale della imputazione giuridico-formale dell'attività amministrativa in capo al funzionario persona fisica, per preservare il circuito di responsabilità, costituente elemento indispensabile di legittimazione dei pubblici poteri, un tanto al fine di tracciare un perimetro delle funzioni amministrative automatizzate, in ragione dei limiti e delle incognite che presenta l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel campo della sfera decisionale pubblica [35].

La *governance* del digitale si interseca quindi con quella dell'intelligenza artificiale, nella quale linee guida, *policy* e *framework* normativi vengo elaborati, ridefiniti e aggiornati in maniera costante, anche a causa della mutevolezza del contesto tecnologico in continua evoluzione.

L'incedere di nuove tecnologie rende per questi motivi la sfida della regolamentazione ancora più impervia, soprattutto se non viene affrontata in maniera sistematica. In proposito, basti pensare che l'avvio dell'innovazione tecnologica della pubblica amministrazione può essere collocato temporalmente a partire dal 2005[36] con l'introduzione dell'articolo 3 *bis* nella l. n. 241/1990, ai sensi del quale «*per conseguire una maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*». Una norma programmatica, successivamente modificata dall'art. 12, comma 1, lettera b) della l. n. 120/2020, che ha eliminato il riferimento all'incentivazione sostituendolo con «*agiscono mediante strumenti informatici e telematici*»[37]. È il legislatore stesso a rimarcare, con il menzionato art. 3 *bis* della l. n. 241/1990, la correlazione

tra strumenti digitali ed efficienza[38], paradigma della trasformazione della PA.
Nondimeno, il semplice ricorso a norme di principio appare inutile in assenza di una regolamentazione specifica, per una definizione delle modalità di utilizzo delle nuove tecnologie e di coordinamento tra enti pubblici, enti privati e cittadini[39], soprattutto in un contesto caratterizzato da incessante evoluzione, nel quale si è passati da semplici *software* di video scrittura a soluzioni di intelligenza artificiale come ChatGPT, in grado di produrre interi testi da semplici istruzioni (*prompt*) fornite.
Le difficoltà di coordinamento tra norme fondamentali del diritto amministrativo con la disciplina settoriale, come dimostra la circostanza che la l. 241/1990 abbia unicamente nell'art. 3 *bis* l'unica disposizione espressamente dedicata al digitale, laddove la disciplina specifica è contenuta nel d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (il Codice dell'Amministrazione Digitale), evidenzia le difficoltà di approcciare in maniera sistematica la questione, generando una frammentazione della disciplina[40].
Al contempo, la società digitale pone al centro nuove questioni, quella della tutela dei dati personali, oggetto di attenzione in particolare a partire dal Codice della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n.196)[41] e infine con il testo fondamentale, il Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, noto come *General Data Protection Regulation* (GDPR), con cui l'Unione europea ha voluto definire principi e regole comuni a tutti gli Stati membri, per imporre alle imprese e alle istituzioni l'adozione di misure e processi in grado di salvaguardare i diritti dei cittadini e la mitigazione dei rischi di eventuali abusi o fughe di informazioni personali sensibili.
Un aspetto chiave del contesto digitale risulta essere infatti anche la gestione dei dati, risorsa primaria di gran parte dei processi decisionali e di funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, in quanto l'IA dipende in modo sostanziale dalla disponibilità di dataset di alta qualità, accurati e privi di *bias*[42], su cui poter essere addestrata. In particolare, la *data governance* si preoccupa non solo degli aspetti tecnici, come la definizione di protocolli di sicurezza e l'implementazione di sistemi di controllo degli accessi, ma anche degli aspetti organizzativi, come l'assegnazione di ruoli e responsabilità chiare, la formazione del personale e la promozione di una cultura di responsabilità condivisa in materia di trattamento dati.

Il governo del digitale vede, infatti, da un lato il moltiplicarsi di regole, soprattutto a livello comunitario, e dall'altro la creazione di nuovi enti pubblici di controllo, di certificazione, di nuove figure professionali. È il caso di enti come il Garante per la protezione dei dati personali, l'AgID, l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale, o di nuove figure all'interno delle pubbliche amministrazioni, quali il Responsabile per la transizione digitale.

Se da un lato la regolazione plasma i comportamenti e definisce le norme alle quali coloro che operano nel digitale, devono attenersi, sono i singoli attori a contribuire alla *governance* del digitale attraverso l'esercizio delle funzioni loro attribuite (come nel caso degli enti pubblici menzionati).

Tracciare quindi un modello unitario di *governance* del digitale non può essere fatto, ma come è stato ben sintetizzato[43] può affermarsi che esso si compone degli elementi tradizionali ovvero Stati, aziende, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, organizzazioni della società civile, individui e altre persone giuridiche, i quali agiscono in conformità di leggi, regolamenti, contratti e in forza di mezzi tradizionali di applicazione della legge, come le decisioni dei tribunali e i provvedimenti amministrativi dello Stato e degli altri enti pubblici tradizionali. Nella *governance* digitale a queste componenti si aggiungono nuovi soggetti (come le compagnie tecnologiche) e nuove forme di regolamentazione, come le condizioni d'uso che gli utenti accettano per poter utilizzare un determinato servizio.

Quello che si proverà a fare nel prosieguo del presente lavoro è descrivere una parte dei cambiamenti che le regole e la tecnologia hanno apportato alle pubbliche amministrazioni.

## 3. Governare la tecnologia: una questione politico-giuridica

La trasformazione digitale della società contemporanea, ed in particolare della pubblica amministrazione, pone al centro del dibattito la questione della sovranità[44] nell'infosfera, in riferimento al rapporto tra autorità pubbliche e poteri privati, determinato dall'assenza di un luogo fisico, quale è la rete, caratterizzata dalla transnazionalità, la quale rende difficile l'esercizio della stessa[45].

Il problema della transnazionalità delle reti e delle piattaforme digitali si intreccia

con la questione della sovranità statale, poiché se da un lato gli Stati cercano di stabilire norme per il controllo delle tecnologie, le aziende multinazionali possono spostare i propri server e le proprie attività in giurisdizioni più favorevoli. Questo fenomeno è particolarmente evidente nell'economia delle piattaforme, in cui aziende come Google, Facebook, Amazon o Microsoft agiscono su scala globale, generando fatturati di gran lunga superiori a quelli di interi Paesi e potendo influenzare le politiche pubbliche[46].

Il processo di trasformazione tecnologica ha, infatti, innescato processi di concentrazione economica e di riassegnazione di competenze regolative, determinando un ripensamento delle categorie tradizionali del diritto pubblico e mettendo in evidenza i limiti dei principi fondamentali degli Stati democratici, mascherati con nuovi diritti raggruppati sotto il concetto di "costituzionalismo digitale", omettendo, tuttavia, l'elemento fondamentale del diritto costituzionale, ossia la legittimazione democratica[47]. In particolare, la formazione di oligopoli digitali, costituiti da poche *corporations* aventi la disponibilità di ingenti risorse economiche, in grado di raccogliere, elaborare e gestire una quantità enorme di dati, rende necessario per il potere pubblico decidere come vuole normare la tecnologia, intesa quale regolamentazione sia dei poteri privati quanto al loro operare nel mercato sia sotto il profilo dell'impiego di strumenti innovativi come l'Intelligenza artificiale nei processi decisionali pubblici[48]. Le grandi piattaforme digitali, in ragione della diffusa idea della *self-regulation* hanno finito per esercitare funzioni di tipo quasi-normativo, sfruttando le clausole d'uso e gli algoritmi di moderazione dei contenuti per definire in maniera svincolata da una legittimazione democratica l'esercizio di diritti (anche fondamentali) come la libertà di espressione[49].

Rispetto a questo fenomeno l'Unione europea ha scelto di adottare un approccio normativo per dettare le regole dello spazio cibernetico, altrimenti dettate dalle *corporations*[50].

In un primo momento, la prevalenza del paradigma della neutralità delle piattaforme e la convinzione di voler promuovere l'innovazione tecnologica hanno spinto i legislatori a lasciare ampi spazi di autoregolazione e di mercato[51]. Tuttavia, l'avvento dei cosiddetti poteri privati digitali ha progressivamente disvelato le fragilità di un modello fondato sulla mera autodisciplina, mettendo in evidenza l'ascesa di attori sovra-statali che detengono risorse di tipo informativo

tali da consentire di influenzare scelte individuali e collettive[52]. Le piattaforme, in questo quadro, non si limitano a fornire servizi, ma assumono il ruolo di vere e proprie "autorità di fatto", che impongono un insieme di regole privatistiche e di procedure di *enforcement* al di fuori di un controllo effettivo da parte di organi pubblici[53].

La vicenda dell'oscuramento del profilo Twitter del Presidente degli Stati Uniti d'America, Donald Trump, è sovente citata quale esempio emblematico del potere contrattuale e decisionale esercitato dalle piattaforme[54]. Ciò dimostra come il privato disponga di capacità d'intervento su diritti fondamentali e libertà politiche, sostituendosi alla funzione pubblica di garanzia e controllo.

Alla luce di questi motivi deve essere letta la scelta dell'Unione europea di superare un modello di sviluppo del digitale basato sul mercato e quindi sull'autoregolamentazione dei privati, verso politiche regolative in particolare relative ai dati e agli algoritmi[55]. Dopo aver inizialmente adottato atti programmatici[56], il legislatore europeo ha scelto una strategia volta ad imporre una *leadership* internazionale, con l'obiettivo di introdurre regole aventi forza globale e quindi tali da condizionare gli standard di sviluppo del mercato[57]. Questo fenomeno, definito "*Brussels Effect*",[58] pur avendo portata più ampia, riguarda anche il digitale e risulta evidente dal succedersi di regolamenti dedicati ad ogni segmento che compone questo settore[59], dal GDPR, (Regolamento 2016/679/UE) al *Digital Services Act* (Regolamento 2022/2065/UE), dal *Digital Markets Act* (Regolamento 2022/1925/UE), fino all'*AI Act* (Regolamento 2024/1689/UE), al *Data Governance Act* (Regolamento 2022/868/UE), e al *Data Act* (Regolamento 2023/2854/UE).

L'intento è quello di rivendicare anche una "sovranità digitale" dell'UE, intesa con una duplice valenza, ossia verso l'esterno, ovvero verso i due principali attori globali (USA e Cina), e verso l'interno, verso i singoli Stati membri, col fine di evitare la frammentazione normativa[60] e quindi assicurare l'esercizio di un potere pubblico di governo attraverso la legislazione[61]. Il fine è rivendicare un'autonomia digitale dell'Unione europea e una sovranità regolatoria, quale potere di imporre regole[62].

L'Unione europea contrappone in questo modo a modelli di governo della rete di matrice americana incentrati sul principio del "*laissez-faire*"[63] o di rigido controllo statale (come quello cinese) un approccio antropocentrico[64], ispirato

alla tutela della dignità umana e della privacy, definendo un modello di *governance* basato sull'essere umano[65]. Emblematico in questo senso è l'*Artificial Intelligence Act*, che individua fasce di rischio e obblighi di conformità, invocando principi di trasparenza, non discriminazione e controllo umano.

Allo stesso tempo, vi sono settori del digitale in cui gli Stati membri assumono un ruolo diretto in quanto sensibili ed intersecanti altre materie. È il caso della sicurezza cibernetica, ovvero la difesa delle reti e dei sistemi informatici dagli attacchi *hacker*, che si colloca nel più ampio settore della sicurezza nazionale, ancora fortemente appannaggio dei singoli Stati nazionali. Non è un caso che l'UE abbia in questa materia approvato direttive, le Direttive NIS1 e 2[66], attribuendo quindi ai singoli Stati membri il compito di implementare le regole comunitarie nel proprio ordinamento secondo apposite norme nazionali.

L'approccio fortemente normativo adottate dall'Unione europea risulta quindi eminentemente politico ed emerge con forza nell'individuazione di chi abbia il potere di fissare i criteri e i valori guida per l'innovazione e si accompagna alla definizione di un modello di *governance* diffuso, in cui operano Autorità indipendenti con funzione di vigilanza e di *enforcement*, ma anche di certificazione, con poteri sanzionatori, e la responsabilizzazione dei singoli operatori, privati e pubbliche amministrazioni alla gestione di settori quali la cybersicurezza e la protezione dei dati[67]. Viene tracciato in questo modo un approccio definito collaborativo, per condividere responsabilità, ma anche competenze, superando in questo modo la dicotomia tra regolazione pubblica e autoregolazione privata, fino ad integrare all'interno della tecnologia stessa i valori costituzionali[68].

La strategia della sovranità digitale europea si connota anche per la costruzione di un mercato interno in cui il potere pubblico viene riaffermato nel rispetto dei principi democratici e dei diritti fondamentali[69], in cui trasparenza, responsabilità e diritti umani sono elementi strutturali della regolazione.

In conclusione, l'emergere della sovranità digitale può essere interpretato come la fase in cui il potere pubblico tenta di riconquistare lo spazio normativo che in precedenza era stato occupato dal potere privato delle piattaforme, spesso attraverso strumenti contrattuali e tecnologici. Il modello europeo, facendo leva su un quadro di principi quali libertà, democrazia, concorrenza e tutela dei diritti,

mira a trasformarsi in un riferimento globale di regolazione, nella speranza di indurre un riallineamento delle pratiche commerciali e dell'impiego degli algoritmi. Il quadro che emerge è quindi un insieme di regole per tutelare i diritti fondamentali, ma anche lo sfruttamento economico, in particolare del dato[70].

Sul versante interno agli Stati, la dimensione politica della governance tecnologica si manifesta in particolare a partire dai finanziamenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che mirano ad incoraggiare e facilitare la transizione digitale implementando le IT e la migrazione dei dati delle Pubbliche amministrazioni verso ambienti *cloud* per razionalizzare, consolidare e modernizzare le risorse tecnologiche, migliorando efficienza, sicurezza e gestione delle informazioni[71]. L'effetto di questo piano è imporre un cambiamento significativo del funzionamento e dell'organizzazione della PA[72], tanto che si può affermare di essere di fronte a un mutamento così radicale da essere necessario un superamento delle regole esistenti[73]. Anche l'organizzazione amministrativa viene quindi interessata dalla digitalizzazione, da un lato attraverso l'istituzione di nuovi organismi, a cui viene affidata la "materia digitale", come l'Agenzia per l'Italia Digitale e, nel 2021, l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale e il Comitato interministeriale per la cybersicurezza, dall'altro attraverso la creazione di nuove figure all'interno delle pubbliche amministrazioni quali il responsabile per la transizione digitale[74] e, nel 2024, il referente per la cybersicurezza[75], a cui vengono affidati nuovi compiti in ragione della trasformazione in senso digitale dell'azione amministrativa.

La scelta su dove destinare le risorse europee prevista dal piano *Next generation EU* è certamente politica. L'Italia scontava un significativo ritardo nelle politiche di implementazione digitale, per cui la prima voce del piano approvato dall'Unione europea è dedicata proprio alla trasformazione digitale.

Il quadro così ricostruito richiama l'attenzione alla centralità delle istituzioni tradizionali nel regolare la società, anche attraverso incentivi e sostegno agli investimenti. Tuttavia, questo approccio in parte sconta l'idea per cui solo attraverso massicci investimenti in tecnologia possa aversi progresso della società[76]. Questa tensione mostra come governare la tecnologia significhi anche fare scelte politiche di lungo periodo, che influenzano la formazione di competenze e la disponibilità di infrastrutture fondamentali, reti di comunicazione e piattaforme di dati aperti.

## 4. Algoritmi e intelligenza artificiale: il ruolo degli interpreti nella ricerca di una base legale

Presupposto della regolazione e quindi anche della *governance* delle nuove tecnologie è la necessaria definizione delle stesse dal punto di vista giuridico. L'aspetto definitorio è sempre presente nello studio del diritto, elemento imprescindibile di ogni analisi. A questo non si sottrae lo strumento tecnico, il quale ancorché ben inquadrato dalla disciplina di riferimento, necessita di una sua enucleazione giuridica, a livello legislativo o frutto dell'elaborazione degli interpreti, in modo da consentire l'utilizzo regolamentato.

Questo problema è particolarmente evidente rispetto a strumenti come l'intelligenza artificiale, l'algoritmo, il *software* e altri. Poiché iniziando ad essere impiegati nelle pubbliche amministrazioni, ad essi viene attribuita la capacità di produrre un effetto giuridico. Come si vedrà nel prosieguo questo aspetto è stato particolarmente evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa.

Fino ad anni relativamente recenti il tema dell'intelligenza artificiale era quasi assente nel dibattito pubblico, ristretto a determinati ambiti come quello accademico e delle industrie operanti nel settore delle tecnologie digitali. Tuttavia, a partire dal 2017 è possibile ravvisare un netto cambiamento, che apre la strada alla più ampia discussione sulle tecnologie ricomprese in questa espressione e le prospettive future. In quell'anno avvengono, infatti, due accadimenti significativi. Il primo è la dirompente novità delle reti neurali[77] *transformer* ideate da un gruppo di tecnici di Google e capaci di superare i limiti delle reti neurali fino ad allora utilizzate, aprendo la strada allo sviluppo dei *Large Language Model*[78] il cui esempio più conosciuto è ChatGPT di OpenAi[79]. Il secondo è costituito dalle prime decisioni del Giudice amministrativo in cui viene affrontata la questione dell'uso di algoritmi da parte della Pubblica amministrazione per prendere una decisione[80]. Segno di un cambio di passo anche relativamente al grado di attenzione che si sta ponendo sull'argomento, nel 2017 esce il *Global Risk Report* del *World Economic Forum*, dedicato anche all'intelligenza artificiale e ai pericoli associati alla sua diffusione in particolare nei settori dell'economia, della geopolitica e delle tecnologie[81].

Gli interpreti del diritto sono quindi stati portati a confrontarsi con la rivoluzione tecnologica in atto nella quale il principio di legalità si pone come

cruciale, in quanto pietra angolare dello stato di diritto, fondamento e limite del potere, per uno sviluppo dell'IA e quindi di una sua regolamentazione.

Prima ancora del legislatore, con i problemi derivanti dall'applicazione dell'intelligenza artificiale si è dovuto confrontare il Giudice amministrativo, il quale, in assenza di una fonte di rango primario che dettasse regole sull'utilizzo, ha elaborato delle soluzioni applicando i principi e delle norme vigenti, in particolare il principio di legalità.

La legalità amministrativa si è affermata per fasi, ma nella sua evoluzione storica non ha mai ottenuto un chiaro riconoscimento in una disposizione, neppure al livello costituzionale[82]. La Costituzione italiana, infatti, non contiene una dichiarazione di tale principio se non indirettamente, quando ad esempio richiede il necessario fondamento legislativo per ogni prestazione personale o patrimoniale (art. 23) o per l'organizzazione amministrativa dei pubblici uffici (art. 97)[83].

In effetti la dottrina ravvisa una chiara affermazione del principio solamente nell'art. 1 della l. n. 241/1990, ove si statuisce che «*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge*», quindi vi sarebbe quantomeno un principio di legalità rispetto ai fini.

Di fronte a queste lacune, la legalità nel diritto amministrativo risulta essere piuttosto il frutto di una elaborazione teorica[84], secondo cui in primo luogo essa designerebbe la subordinazione alla legge dei pubblici poteri[85]. Da questa premessa una parte della dottrina ha ravvisato il perno della legalità nella connessione con il principio di sovranità parlamentare, quale garanzia dei diritti[86], mentre altra parte ha sostenuto la maggiore ampiezza di tale principio rispetto a quanto è stato determinato dal legislatore. In particolare, il principio di legalità implicherebbe: la preferenza per la legge, per cui è invalido ogni atto dei pubblici poteri che sia in contrasto con la legge; la legalità in senso formale, secondo cui l'Amministrazione non può provvedere se non le è stato attribuito il potere da una norma; ed infine la legalità sostanziale, in base alla quale la legge attribuisce il potere e determina le modalità del suo esercizio[87].

Corollari del principio di legalità sono il principio di nominatività, ossia è la legge ad indicare quale atto può essere adottato per un determinato fine, e il principio di tipicità, in base al quale la legge determina il contenuto e quindi gli effetti del provvedimento amministrativo.

La domanda che ci si pone è quale possa essere lo spazio di utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione, nel quadro del principio di legalità.

Per poter dare una risposta sembra opportuno partire dalla nozione di intelligenza artificiale, ancorché non giuridica. Ed un tanto appare fondamentale poiché, se è necessario dotarsi di concetti sufficientemente precisi per poter applicare le norme, avere una nozione condivisa di IA è indispensabile al fine di distinguere i sistemi informatici intelligenti da quelli che non lo sono, per poter applicare solo ai primi gli istituti e le norme riferibili all'intelligenza artificiale[88].

In generale si può affermare che tutte le macchine funzionano attraverso un algoritmo, concetto più ampio di intelligenza artificiale con cui si intende una sequenza predefinita e finita di istruzioni per eseguire uno specifico compito[89]. Il termine algoritmo viene utilizzato spesso in modo improprio per indicare anche l'IA, si pensi ad esempio alla "decisione algoritmica", mentre invece ha significato più ampio, dal che deriva che tutti i sistemi di IA presuppongono algoritmi, ma non tutti gli algoritmi riguardano l'intelligenza artificiale. Quelli che non riguardano l'IA sono definiti "classici" [90].

La prima definizione di IA è stata data da John McCarthy[91], tra i primi a dedicarsi alla ricerca in questo campo, secondo il quale «*the goal of AI is to develop machines that behave as though they were intelligent*», successivamente criticata per i limiti concettuali e riformulata da altri studiosi secondo diverse teorizzazioni, raggruppabili in quattro insiemi a seconda dell'approccio seguito[92]. Alcune definizioni danno rilevanza a pensiero e ragionamento, mentre altre si concentrano sul comportamento; altre ancora misurano il successo in termini di fedeltà alle prestazioni umane, o la razionalità, nel senso che un sistema è considerato razionale se fa la cosa giusta[93]. Tra le varie formulazioni, quella che merita di essere segnalata è stata elaborata da Elaine Rich, poiché meglio esprime a cosa ci si riferisce con IA: «*Artificial Intelligence is the study of how to make computers do things at which, at the moment, people are better*»[94].

Con tale definizione si designa dunque un settore nel quale sono studiati e sviluppati metodi volti a far svolgere alla macchina cose rispetto alle quali (per il momento) gli esseri umani forniscono prestazioni migliori. E se per l'essere umano l'esecuzione di qualsiasi mansione richiede apprendimento, similmente per l'IA risulta essere centrale il *machine learning*[95], ossia la capacità di una

macchina di migliorare la sua performance con l'esperienza, utilizzando algoritmi che apprendono da dati di specifici per il problema, permettendo alla macchina di trovare soluzioni e schemi d'azione senza che ciò sia stato programmato in maniera specifica[96]. In base al tipo di attività di apprendimento, si possono inoltre distinguere diverse sottocategorie di algoritmi di *machine learning*, tra cui le *artificial neural networks* (o ANN), ossia un modello matematico rappresentante neuroni connessi tra loro e organizzati in una rete, per trasmettere un segnale; si tratta di un sistema molto diffuso per allenare un algoritmo[97]. Una sottocategoria delle ANN sono le *deep neural networks* (DNN) la cui caratteristica saliente è la capacità di elaborare dati non strutturati. Gli algoritmi basati sul *deep learning* possono processare grandi quantità di dati per svolgere determinati compiti, senza bisogno di doverli prima strutturare e ordinare. Per loro natura gli algoritmi basati sulle ANN e DNN non sono interpretabili e quindi costituiscono una "*black box*"[98], ossia un sistema di IA opaco, poiché per la sua complessità e per la sua struttura non è possibile comprenderne il funzionamento, non è chiaro il processo per cui dato un input si genera un output. Questa mancanza di trasparenza rende impossibile per l'utente individuare eventuali errori o *bias*[99].

Questo problema diventa decisivo nel momento si utilizzano sistemi di IA nel settore pubblico, dove trasparenza e responsabilità sono requisiti fondamentali. La mancanza di esplicabilità mina i principi della buona amministrazione, poiché impedisce a cittadini e funzionari di comprendere le decisioni assunte da o con l'algoritmo, in contrasto col principio della trasparenza e imputabilità delle decisioni alla persona fisica, e quindi di legittimità della decisione[100].

Dalle nozioni di algoritmo e intelligenza artificiale va poi tenuta distinta quella di *software*, atteso che secondo la *World Intellectual Property Organization* con esso si intende «*a set of instructions capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular function, task, or result*»[101].

In sintesi, l'algoritmo classico include una sequenza di istruzioni definite, per eseguire un dato compito in maniera efficiente; mentre un algoritmo di intelligenza artificiale elabora a partire dai dati sui quali è stato allenato, nuovi schemi per poter produrre un risultato non necessariamente atteso da chi ha

impostato il modello. Infine, il software è un insieme di istruzioni per eseguire o fare eseguire un compito.

Avere ben specificate queste nozioni risulta importante nel campo del diritto, che richiede certezza definitoria, per poter stabilire il perimetro di rilevanza e conseguentemente applicare le norme. Questo è lo sforzo fatto dalla giurisprudenza amministrativa quando è stata chiamata a pronunciarsi su questi temi.

La strada per l'individuazione di una nozione di algoritmo e di intelligenza artificiale, nonché di *software*, in assenza di una disposizione di rango primario che ne tracci chiare le nozioni, ha visto la giurisprudenza impegnata in attività di elaborazione delle definizioni, onde fare chiarezza.

Emblematica è la decisione del giudice amministrativo[102], che volendo formulare una definizione di algoritmo e distinguerla da quello di intelligenza artificiale, afferma che con algoritmo «*ci si richiama, semplicemente, a una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato*», laddove la nozione di intelligenza artificiale è «*riconducibile invece allo studio di 'agenti intelligenti', vale a dire allo studio di sistemi che percepiscono ciò che li circonda e intraprendono azioni che massimizzano la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati. È possibile allora comprendere che esistono anche algoritmi di intelligenza artificiale, vale a dire algoritmi, tecniche computazionali, soluzioni che siano in grado di replicare il comportamento umano: sono tali, ad esempio, quelli che interagiscono con l'ambiente circostante o con le persone, che apprendono dall'esperienza (machine learning), che elaborano il linguaggio naturale oppure che riconoscono volti e movimenti*».

Tale ricostruzione non è stata esente da critiche. Successivamente il Consiglio di Stato[103], pronunciandosi sull'appello proposto avverso la menzionata sentenza del T.A.R. milanese, spiega «*Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di* machine learning *e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo 'tradizionale') ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico*».

La questione della nozione non è di secondario rilievo, poiché l'utilizzo

improprio delle espressioni algoritmo e intelligenza artificiale genera confusione sul tipo di tecnologia cui si fa riferimento e conseguentemente sui principi e le regole applicabili. Il Consiglio di Stato critica la nozione di algoritmo fornita dal giudice di prime cure, ravvisandone l'errore concettuale di legarla a quella di IA e non a quella di automazione, laddove per automatizzare non è necessario fare ricorso all'IA, ma appare sufficiente far sì che ad un certo input corrisponda un determinato output. Tuttavia, i giudici dell'appello nel tentativo di fare chiarezza su queste nozioni, ancora sfuggenti nel sistema amministrativo e capaci di creare dubbi interpretativi[104], riescono solamente in parte a dipanare le incertezze. Ancorché delineino una più comprensibile distinzione tra IA e algoritmo classico, rammentando l'importanza del concetto di automazione riferibile a sistemi tecnologici in generale e non necessariamente a quelli di IA, confondono la nozione di *software* e quella di algoritmo[105]. Il primo si riferisce all'esecuzione di una serie di istruzioni, mentre il secondo indica una sequenza di istruzioni.

Sul tema della natura giuridica del *software*, la sentenza T.A.R. Lazio n. 8384/2023 offre un'interessante prospettiva[106], qualificandolo come atto amministrativo informatico, ma «*solo laddove l'utilizzo del mezzo informatico sia strumentale all'esercizio di un potere autoritativo di stampo pubblicistico*» e non in ogni ipotesi di utilizzo del mezzo informatico, per cui «*solo laddove il programma informatico sia asservito a un procedimento amministrativo in senso stretto*». Nella prospettiva del giudice amministrativo il *software*, quindi, andrebbe considerato quale strumento della volontà dell'amministrazione; tuttavia, se partiamo dalla nozione data nel precedente paragrafo, quale strumento che formalizza un processo logico, espresso in codice algoritmico, è evidente come esso non possa costituire un atto informatico[107], bensì, come ritenuto dal Consiglio di Stato[108], esso va considerato quale «*modulo organizzativo-operativo*», ovvero uno strumento procedimentale e istruttorio, che l'autorità può scegliere di utilizzare.

Una precisa e chiara distinzione in senso giuridico tra IA, algoritmo e *software*, non risulta esservi, il che ha riflessi sotto il profilo delle norme applicabili (ad esempio quelle sull'accesso) e, come rileva la sentenza la richiamata sentenza del Tar, anche sotto il profilo della giurisdizione, nonché della legalità di questi strumenti.

Nel 2017 il giudice amministrativo[109] si trova ad affrontare una questione

assolutamente nuova, quella dell'accesso all'algoritmo. Questo gruppo di pronunce si inseriscono nel filone di decisioni relative alla procedura di mobilità degli insegnanti delle scuole superiori decisa dal Ministero dell'Università e della Ricerca.

Questa, in breve, la vicenda. Nel 2016, in forza della l. n. 107/2015, il MIUR avvia una procedura di mobilità per gli insegnanti, il cui svolgimento viene demandato ad un *software* che, valutati i requisiti richiesti, attribuisce la sede al docente secondo un meccanismo automatico, senza alcun intervento del Ministero. All'esito della procedura alcuni insegnanti si vedono assegnati a sedi molto distanti dal luogo di residenza, nonostante la presenza di posti vacanti più vicini, risultando oscuri i criteri adottati nella procedura per stabilire la sede di lavoro. Per tali ragioni i sindacati scolastici chiedono al MIUR di poter accedere all'algoritmo e a seguito di diniego presentano ricorso.

Nell'accogliere la domanda dei ricorrenti il giudice amministrativo ha l'occasione di riflettere sulla natura dell'algoritmo e del *software* e sull'atto amministrativo informatico. Il collegio, operando una distinzione tra atto avente forma elettronica e atto ad elaborazione elettronica, ossia l'atto l'elaborazione del cui contenuto viene affidata ad una macchina, superando l'opinione della dottrina per cui solo il primo è suscettibile di accesso, allarga il concetto di atto amministrativo tracciato dall'art. 22 l. n. 241/90 estendendolo anche all'atto elaborato elettronicamente, riconoscendo peraltro come questa forma di atto sia ammissibile quando si è in presenza di attività vincolata, in cui tutti gli elementi di fatto e i requisiti di diritto sono predeterminati e quindi facilmente programmabili in linguaggio eseguibile dalla macchina.

La soluzione appare certamente innovativa perché, superando concetti consolidati nel tempo come quello di atto o documento amministrativo, reinterpreta le norme alla luce delle nuove tecnologie, ritenendo accessibile il codice sorgente[110], ossia l'insieme delle istruzioni scritte in linguaggio comprensibile all'uomo, eseguibili dalla macchina.

Se queste due pronunce hanno il pregio di aver proposto una prima soluzione ad un problema specifico, quello dell'accesso agli atti, di maggiore interesse si rivelano le sentenze nn. 9224 e 9227 del 2018 sempre della medesima sezione del T.A.R. Lazio[111]. In questo caso il giudice amministrativo viene chiamato a decidere sulla legittimità del provvedimento con cui sono state decise le sedi di

lavoro degli insegnanti, elaborato da un sistema informatico, e conseguentemente a riflettere sull'ammissibilità di una simile determinazione.

Nel caso di specie il GA ha ritenuto dirimente l'argomento secondo cui è mancata nella fattispecie una vera e propria attività amministrativa, «*essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola*». In sostanza il giudice critica fortemente l'impiego di un algoritmo in un procedimento amministrativo, affermando che in alcun caso è possibile devolvere l'attività amministrativa ad «*un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale*», poiché un algoritmo non può mai assicurare «*la salvaguardia delle guarentigie procedimentali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241*» violandosi altresì il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, così come l'obbligo di motivazione.

Inizialmente, quindi, la giurisprudenza mostra chiusura totale nei confronti dell'impiego di algoritmi nel procedimento amministrativo, confermando questa posizione con le sentenze nn. 6606 e 6607 del 2019[112].

Tuttavia, tale posizione viene superata con un mutamento di indirizzo da parte dello stesso del Consiglio di Stato[113]. La novità si coglie nella sentenza n. 2270/2019 ove, riconosciuti gli indiscutibili vantaggi derivanti dalla automazione del processo decisionale, in particolare in quelle procedure seriali che richiedono di elaborare grandi quantità di istanze, quale applicazione dei canoni di efficienza ed economicità (sanciti dall'art. 1 l. 241/1990) e di buon andamento della pubblica amministrazione (stabilito dall'art. 97 Cost.), si pone l'accento sull'ammissibilità della regola algoritmica definita comunque regola amministrativa. Essa deve soggiacere ai principi generali dell'azione amministrativa, non può avere spazi applicativi discrezionali, l'amministrazione deve avere in ogni caso un ruolo di mediazione e composizione degli interessi e deve contemplare la possibilità per il giudice di valutare la correttezza del processo decisionale.

Tuttavia, sono le successive pronunce (le nn. 8472, 8473, 8474 del 2019) a prendere una posizione ancora più chiara rispetto all'automazione del procedimento amministrativo, fornendo un decalogo dei principi per

l'ammissibilità della decisione algoritmica[114].

Premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, intesi quale modulo organizzativo di strumento procedimentale e istruttorio, il Consiglio di Stato indica quali debbano essere gli elementi minimi di garanzia in ogni ipotesi in cui vengano utilizzati algoritmi, ossia «*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*». La piena conoscibilità deve essere assicurata dalla trasparenza, intesa sia per la PA che si avvale di tali strumenti sia per il privato che subisce la decisione presa mediante esso. A questi requisiti minimi, il giudice enuncia tre principi ricavati dal diritto sovranazionale, in particolare dal GDPR (il regolamento europeo sui dati personali), ossia: il principio di conoscibilità, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e il principio di non discriminazione algoritmica. Questi principi costituiscono i pilastri della c.d. legalità algoritmica, condizioni indispensabili per la legittimità delle decisioni automatizzate[115].

In base al primo principio ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e ricevere informazioni sulla logica utilizzata. In base al secondo, si impone l'esistenza nel processo decisionale del contributo umano capace di controllare, validare o smentire la decisione automatica; ossia quello che in ambito informatico viene definito "*human in the loop"*, dove, per produrre il risultato, è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano. Infine, secondo il terzo principio è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, 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 effetti discriminatori nei confronti delle persone fisiche.

Con una significativa apertura, il Consiglio di Stato conferma la legittimità dell'uso degli algoritmi, già riconosciuta nella precedente decisione n. 2270/2019, nell'attività vincolata e in via ipotetica anche in quella discrezionale[116]. In assenza di un quadro normativo di riferimento, facendo ricorso alle fonti nazionali e

sovranazionali (in particolare il GDPR), il Consiglio enuncia quelli che sono i principi cui deve essere informata l'azione algoritmica dei pubblici poteri.
L'importanza di tale approdo giurisprudenziale si apprezza anche in considerazione del fatto che con il d.lgs. n. 36/2023 (nuovo codice degli appalti), detti principi sono stati positivizzati.
Nel ragionamento del Consiglio di Stato alla base della legittimazione all'uso di sistemi intelligenti vi è la trasparenza, intesa in senso rafforzato, quale comprensibilità dell'algoritmo. Tuttavia, come è stato evidenziato[117], l'effettiva comprensibilità di un procedimento automatizzato si scontra con un triplice livello di opacità algoritmica: un primo livello è di tipo intenzionale e attiene alla creazione stessa dell'algoritmo da parte del programmatore; un secondo livello è di tipo tecnico, relativo al linguaggio adottato dalla macchina, che è avulso dal linguaggio naturale e pertanto non intelligibile da parte di chi non sia un informatico esperto; infine vi è un terzo livello di opacità intrinseca, relativa a quegli algoritmi che sono stati allenati con tecniche di *machine learning* o *deep learning*, tali per cui nemmeno il programmatore è in grado di avere un controllo puntuale sull'attività. Da un tanto deriverebbe una difficoltà di concreta attuazione dei principi formulati dal Consiglio di Stato.
Sulla questione della conoscibilità anche il T.A.R. Campania n. 7003/2022[118] si è inserito nel solco tracciato dalla sentenza n. 8472/2019 del Consiglio di Stato, ribadendo la funzione servente dell'algoritmo, il cui utilizzo non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo. E tra queste garanzie vi è il principio di trasparenza, che trova il suo corollario nell'obbligo di motivazione. E, prosegue il giudice campano, deve essere sempre assicurato un controllo umano sulla decisione presa da un algoritmo, secondo il modello dello "*human in the loop*", per cui «*il funzionario possa in qualsiasi momento intervenire per compiere interlocuzioni con il privato, per verificare a monte l'esattezza dei dati da elaborare, mantenendo il costante controllo del procedimento*». Concetto già espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 881/2020 con cui i giudici di Palazzo Spada avevano affermato che «*deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica*». Un tanto appare coerente con l'impianto della l. n. 241/1990, che vede come figura centrale il responsabile del procedimento quale

personalizzazione dell'azione amministrativa[119]. Il T.A.R. Campania, tuttavia, evidenzia il ruolo centrale dell'amministrazione anche nella selezione e verifica dell'algoritmo impiegato[120].

Affermare la centralità della figura umana anche nel procedimento automatizzato risponde quindi all'esigenza di preservare le garanzie previste dalla l. n. 241/1990, e in particolare la possibilità di interloquire con una figura fisica all'interno della pubblica amministrazione e non con un ente spersonalizzato, cosa che si verificherebbe qualora si lasciasse soltanto alla macchina la funzione amministrativa. In questo contesto il responsabile del procedimento rimane figura fondamentale, dovendo assicurare le garanzie partecipative e di non discriminazione e dovendo rendere intelligibile alle parti la formula tecnica adottata per la decisione, corredata dalle opportune spiegazioni[121].

Alla luce delle sentenze riportate, risulta chiara la posizione favorevole della giurisprudenza maggioritaria, seppur con la precisazione del Consiglio di Stato, per cui «*il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere*»[122].

Già molto tempo fa una parte della dottrina si era interrogata sui processi di automazione della pubblica amministrazione e le possibili implicazioni[123], ma a partire dalle recenti pronunce della giurisprudenza il dibattito si è ampliato e vede una posizione maggioritaria favorevole, anche applicando le norme esistenti.

Con le prime pronunce in materia di IA e decisione amministrativa sono balzati all'attenzione gli interrogativi sulla necessità di una norma che conferisca all'amministrazione il potere di emanare un provvedimento in forma automatizzata o meno. Nello specifico la dottrina si è posta tre domande: serve una norma attributiva del potere, in via generale, in stretta applicazione del principio di legalità? È necessaria una norma che oltre ad autorizzare il ricorso alla decisione automatizzata specifichi anche le modalità del suo impiego? O ancora, è possibile prescindere da una norma apposita?

Come si è visto, a questi interrogativi ha dato una risposta la giurisprudenza, che in via interpretativa si è orientata nel senso di riconoscere l'ammissibilità della

decisione algoritmica, nella misura in cui i sistemi di automazione vengono utilizzato in funzione servente, quali moduli organizzativi della PA.

Secondo questa prospettiva, la possibilità di avvalersi di strumenti di IA è implicita nell'attribuzione del potere, alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, che legittimano l'amministrazione a scegliere i mezzi di cui dotarsi per l'esecuzione dei propri compiti, prediligendo quegli strumenti in grado di massimizzare l'efficienza e l'efficacia e garantire maggiore imparzialità[124]. Gli algoritmi non sono quindi avulsi dal contesto in cui sono utilizzati, essi fanno parte dell'amministrazione e sono strumenti per la decisione[125]. Una dimensione legale può essere ricavata non solo dalle fonti europee, nazionali e dall'attività interpretativa dei tribunali, ma anche dagli strumenti di *soft law*, ad esempio linee guida del gruppo di esperti in materia di IA e la risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale (n. 2018/2088)[126].

Tuttavia, quello che emerge è una posizione (in particolare del Consiglio di Stato) favorevole con riferimento alle decisioni vincolate, e possibilista rispetto a quelle rientranti nell'esercizio del potere discrezionale[127], ma pur sempre con riferimento alle ipotesi in cui si tratti di automazione non attuata attraverso strumenti di intelligenza artificiale; in tale senso va infatti inteso il passaggio della sentenza n. 881/2020, ove si dice «*la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima*». Per cui quando si tratta di automazione mediante ricorso ad algoritmi tradizionali, i tradizionali istituti sembrano ancora applicabili; viceversa, nel caso in cui impieghino strumenti di IA, ove il grado di automazione è massimo, potrebbero essere necessari nuovi strumenti di garanzia[128].

Un'altra prospettiva offerta dalla dottrina nel tentativo di rendere compatibili queste nuove tecnologie con l'impianto normativo vigente è di fare ricorso allo strumento del *notice and comment*[129], per cui attraverso il coinvolgimento degli interessati sugli esiti cui è giunto l'algoritmo, si apre alla possibilità di contraddittorio e all'esito l'amministrazione può confermare lo standard algoritmico, motivare la sua deroga o disporne la correzione[130]. In tal modo la base legale del procedimento algoritmico, e conseguentemente dell'atto adottato

con questa modalità, verrebbe assicurata attraverso gli istituti di partecipazione previsti dalla L. n. 241/1990 (artt. 7, 8, 10 e 10 *bis*)[131]. Questa soluzione appare percorribile nella misura in cui si ritenga l'atto digitale uguale all'atto amministrativo tradizionale, e quindi manifestazione della volontà dell'amministrazione[132], ed invero non si discosterebbe dall'impostazione giurisprudenziale basata sui tre principi della decisione algoritmica. Sia che si tratti di fare applicazione dei principi di comprensibilità, non esclusività e non discriminazione dell'algoritmo, sia che si opti per il *notice and comment*, si tratta a bene vedere di soluzioni estrinsecanti la legalità procedimentale[133], ossia quella regola per cui il mancato rispetto del principio di legalità sostanziale può essere compensato tramite il rafforzamento delle garanzie procedimentali, come appunto la partecipazione[134], quindi con il contributo umano alla decisione algoritmica.

Un'ulteriore soluzione teorica alla legittimazione dell'esercizio di attività amministrativa mediante sistemi automatizzati, nonostante il deficit di legalità, può altresì essere rinvenuta, eventualmente, nel riferimento alla teoria dei poteri impliciti, locuzione con cui si indica quel potere non espressamente attribuito dalla legge all'amministrazione, ma comunque funzionale al conseguimento del fine pubblico, che la norma di rango primario comanda di perseguire nell'esercizio di poteri espressamente conferiti. È un potere esercitabile per realizzare lo scopo il cui perseguimento è indicato alla Pubblica amministrazione dalla legge[135].

I ragionamenti fin qui illustrati, pur offrendo soluzioni teoriche alla tecnologizzazione del procedimento, sembrano concentrarsi sull'automazione mediante algoritmi condizionali e non quelli elaborati attraverso il *deep learning*, che pongono maggiori problemi per il sistema normativo.

Se un ordinamento è privo di una norma generale che attribuisca alla pubblica amministrazione il potere di decidere in maniera automatizzata, non è scontato che il sistema di principi ed istituti pensato e costruito intorno al funzionario "essere umano" sia adattabile alle macchine[136].

La premessa concettuale per comprendere il problema passa attraverso la constatazione della diversità tra digitale e intelligenza artificiale, che attengono a due dimensioni non perfettamente sovrapponibili, in quanto la seconda rappresenta una prosecuzione del primo. Se, infatti, si può affermare che, prima

dell'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36[137], mancava una norma che consentisse esplicitamente l'impiego di sistemi di IA da parte della Pubblica amministrazione, già da tempo vi sono disposizioni che prevedono la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi, tra cui l'art. 3 *bis* della l. 241/1990 e gli artt. 12 e 41 del CAD[138].

Muovendo da questa premessa, l'approdo del Consiglio di Stato[139], certamente importante, non sembra superare il problema della inadeguatezza delle attuali regole del procedimento amministrativo, non tanto rispetto agli algoritmi deterministici o condizionali, diffusi da diverso tempo, per cui non sussisterebbero quindi problemi[140], quanto rispetto all'impiego di algoritmi non deterministici (ossia quelli dei sistemi di IA), dei quali sfugge la logica decisionale. Ed allora non risulta sufficiente la norma attributiva del potere per legittimare l'azione della PA mediante ricorso agli algoritmi[141], in quanto, affidandosi a questi sistemi, si finirebbe per delegare ad una macchina la decisione amministrativa[142], ossia, di fatto, a soggetti (i programmatori), spesso esterni all'amministrazione[143].

Secondo questa impostazione non sarebbe dunque sufficiente a permetterne l'uso la qualificazione dei sistemi intelligenti quali moduli organizzativi, operata dalla giurisprudenza, dovendo invece essere disciplinata con legge apposita la possibilità di delegare alla macchina l'adozione di decisioni amministrative con questi strumenti, nonché i principi e le regole che devono regolamentare tale delega.

Due recenti novità legislative sembrano andare nella direzione auspicata da quella parte della dottrina che ravvisando l'inadeguatezza delle disposizioni vigenti, invocava una minuta regolazione delle novità tecnologiche.

La prima è rappresentata dal richiamato art. 30 del Nuovo Codice Appalti. Mentre la seconda novità è il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (AI Act).

L'art. 30 del Nuovo Codice degli Appalti rappresenta il primo tentativo di regolare con una fonte di rango primario l'automazione dell'attività della pubblica amministrazione, anche attraverso il ricorso all'intelligenza artificiale, indicando altresì i principi ai quali la decisione automatizzata si deve conformare, che sono la positivizzazione di quelli elaborati dal Consiglio di Stato[144], una *constitutional rule* della decisione algoritmica[145]. Pertanto, pur essendo ristretta

al campo degli appalti pubblici, e volta a migliorare la catena di approvvigionamento della pubblica amministrazione, ad esempio, per valutare e selezionare in maniera automatica l'offerta economica più vantaggiosa, si tratta di una norma di ampio respiro[146]. Come emerge dalla lettura della relazione[147] al testo del decreto legislativo, «*Si tratta di una disposizione volta a disciplinare il futuro (prossimo), in quanto, allo stato, nell'ambito delle procedure di gara sono utilizzati per lo più algoritmi non di apprendimento, utilizzati per il confronto automatico di alcuni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili. Tuttavia, non si può escludere che, a breve, la disponibilità di grandi quantità di dati possa consentire l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare alle procedure di gara più complesse; da qui l'utilità dell'inserimento di una disciplina che richiami i principi destinati a governare tale utilizzo, anche alla luce dei principi affermati sia in ambito europeo che dalla giurisprudenza amministrativa*».

Il problema della legalità algoritmica sembra allora in parte superato, in tanto in quanto vi è una norma che attribuisce alla pubblica amministrazione (in qualità di stazione appaltante) il potere di ricorre all'automazione, mediante sia gli algoritmi, sia l'intelligenza artificiale. E se la distinzione appare importante, poiché distingue due livelli di automazione, resta insoluto il problema della definizione di IA, mancante, pur essendo descritte le caratteristiche essenziali che i processi decisionali automatici debbono avere per essere accettabili nell'ordinamento giuridico italiano[148].

Sul punto è intervenuto il legislatore europeo con il Regolamento (UE) 2024/1689, che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (AI Act), introducendo un'ampia disciplina dell'intelligenza artificiale e, in particolare, ai fini del presente discorso, una definizione normativa di IA.

Il regolamento fornisce, all'art. 3, la seguente definizione: «*sistema di IA: un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici*»[149].

Si tratta della prima definizione normativa, integrata e specificata, secondo una classificazione dei sistemi di IA basata sul rischio[150]. Proprio il rischio per le

libertà e i diritti dei cittadini costituisce l'approccio[151] su cui viene costruita la regolamentazione di questa tecnologia.
L'approvazione dell'AI Act intende da un lato colmare il vuoto normativo, per costituire la base legale su cui i sistemi intelligenti saranno sviluppati e opereranno, dall'altro l'UE intende affermare una propria leadership sull'IA basata sul diritto. La regolamentazione diventa quindi strumento di *governance* dell'intelligenza artificiale.

## 5. Governance dei dati e dell'Intelligenza artificiale

L'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* incaricato di fornire orientamenti utili per contribuire allo sviluppo di una AI affidabile ed eticamente valida, ha definito i seguenti principi etici: intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, vita privata e *governance* dei dati, trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità, benessere sociale e ambientale e responsabilità. Secondo il gruppo di esperti la *governance* dei dati rientra tra quei principi etici fondamentali per lo sviluppo dell'IA.
Dati e intelligenza artificiale rappresentano infatti due elementi strettamente connessi, proprio perché l'IA dimostra il potenziale di essere utilizzata in molti settori diversi e per poter funzionare viene addestrata sui dati, la disponibilità di set di dati, la convalida e la prova di elevata qualità degli stessi, rende necessario attuare adeguate pratiche di *governance* e gestione[152]. Se i dataset non sono gestiti in maniera corretta possono, infatti, generare e amplificare errori, ma anche discriminazioni, dei sistemi di intelligenza artificiale. L'IA non può quindi prescindere dalla *governance* dei dati[153], per poter garantire trasparenza, responsabilità e sicurezza nello sviluppo di tecnologie avanzate[154].
La *governance* dell'IA sinteticamente[155] è stata definita così: «*AI governance is a system of rules, practices, processes, and technological tools that are employed to ensure an organization's use of AI technologies aligns with the organization's strategies, objectives, and values; fulfills legal requirements; and meets principles of ethical AI followed by the organization*».
Muovendo da questa definizione, si ricava che l'*AI governance* include la *Data governance*, poiché nel processo di costruzione del modello di IA la gestione appropriata dei dati risulta essere, come già detto, fondamentale, ma rappresenta

solo una parte[156].

In generale con *governance* dei dati si includono l'insieme di politiche, ruoli e standard volti a gestire in modo corretto e sicuro l'intero ciclo di vita delle informazioni (raccolta, conservazione, analisi, condivisione), che trova apposita disciplina nel *General Data Protection Regulation*, e a livello nazionale nel Codice della privacy.

La necessità di protezione dei dati personali, anche al fine di favorirne la circolazione, è stata avvertita come di primaria importanza a livello europeo, ma negli anni successivi il legislatore si è reso conto della necessità di regolare anche un'altra tipologia di dati, quelli che non sono personali, introducendo un regolamento apposito, il Reg. UE 2022/868 (c.d. *Data Governance Act* o DGA) incentrato sui dati, in particolare *non* personali, come quelli relativi alla sanità, ai trasporti e all'energia.

È interessante notare, come si legge nel considerando 4 del Regolamento in questione, come in ogni caso la disciplina debba «*lasciare impregiudicati i regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725) del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 2002/58/CE e (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio e le corrispondenti disposizioni del diritto nazionale, anche qualora i dati personali e non personali di una serie di dati siano indissolubilmente legati. In particolare, il presente regolamento non dovrebbe intendersi, in particolare, come creazione di una nuova base giuridica per il trattamento dei dati personali per nessuna delle attività regolamentate, né come modifica dei requisiti in materia di informazione stabiliti nel regolamento (UE) 2016/679*». L'intento del regolamento non è infatti di tipo protettivo, ma di promozione dell'utilizzo dei dati stessi valorizzandoli[157], al fine di favorire l'innovazione[158] e la circolazione degli stessi[159], superando la logica del consenso informato[160] (caratterizzante il GDPR), tracciando quindi una *governance*[161] in cui sono coinvolti tutti i portatori di interessi. In particolare, il *Data Governance Act* pone particolare accento sulla natura economica dei dati[162], come si desume anche dall'introduzione di figure nuove: l'utente dei dati[163] e il fornitore dei servizi di intermediazione dei dati[164], nonché le cooperative di dati[165], che il legislatore include tra i soggetti che possono svolgere servizi di intermediazione di dati. Queste ultime assumono particolare rilievo nella *governance*, in quanto, all'interno di esse, gli interessati o le PMI possono esercitare congiuntamente i

propri diritti, negoziare le condizioni di trattamento e favorire la creazione di un valore condiviso, alternativo alle prassi delle grandi piattaforme.
Con questo regolamento, il legislatore europeo mira a valorizzare la potenzialità di sfruttamento economico da parte delle imprese, anche attraverso la fornitura di servizi incentrati sui dati[166], che vengo quindi considerati beni in senso giuridico (immateriali) negoziabili e trasferibili[167].
Parallelamente, sotto il profilo della *governance*, il DGA indica agli Stati membri di designare una o più autorità competenti per il controllo sugli intermediari dei dati e per la registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati (art. 13 del DGA). Tra l'altro il tenore letterale dell'ultimo comma dell'articolo 13, secondo cui «*I poteri delle autorità competenti per i servizi di intermediazione dei dati non pregiudicano i poteri delle autorità per la protezione dei dati, delle autorità nazionali garanti della concorrenza, delle autorità responsabili della cibersicurezza e di altre autorità settoriali pertinenti*», lascia intendere che gli Stati dovranno nominare un'autorità apposita per questo settore che si va ad aggiungere alle altre già esistenti, incluso il Garante per la protezione dei dati personali e che in tal caso si porranno problemi di coordinamento oppure che tali funzioni possano essere attribuite ad un'autorità già esistente[168].
Anche se non espressamente dichiarato, si rileva l'importanza rivestita dal DGA per promuovere una *governance* dei dati, al fine di sviluppare anche sistemi intelligenti[169].
Dal punto di vista sistematico, la *governance* del digitale emerge sempre più come *governance* dell'Intelligenza artificiale, con strutture multilivello e il coinvolgimento di diversi attori, in cui la regolazione contribuisce a definire la struttura, assegnare ruoli e determinare i processi. Il difficile inquadramento delle nuove tecnologie all'interno di un perimetro legale mostra come anche se vi è una regolamentazione, le frizioni con i principi fondamentali dell'ordinamento non vengono superati, ma è un processo per fasi.
La *governance* genericamente intesa ha certamente il pregio di un'attribuzione condivisa di responsabilità e definizione di *policy*, ma non è in di per sé sufficiente a fare in modo che una tecnologia possa essere applicata. Il ruolo degli interpreti rimane centrale, come mostrato dalle vicende processuali descritte nel paragrafo 2.4, in quanto confrontandosi con il caso concreto, testano la conformità alla legge di una soluzione tecnologica, definendone il perimetro di utilizzo, e quindi

in definitiva contribuendo alla *governance* stessa.

1. Il presente lavoro è frutto dell'attività di ricerca svolta nell'ambito del dottorato in "*Applied Data Science and Artificial Intelligence*", ambito Pubblica amministrazione-Diritto amministrativo, XXXVIII ciclo, presso l'Università di Trieste, finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J92B22000900007.
2. R.A.W. Rhodes, *The New Governance: Governing without Government*, in *Pol. Studies*, vol. 44, 4, 1996; R.A.W. Rhodes, *Foreword: Governance and Networks*, in G. Stoker, *The New Management of British Local Governance*, Macmillan, Londra, 1999.
3. R.A.W. Rhodes, *Understanding Governance: policy networks, governance, reflexivity and accountability*, Open University Press, Philadelphia, 1997, p. 43.
4. R. Mayntz, *La teoria della governance. Sfide e prospettive*, in *Riv. it. scienza pol.*, 1, 1999. Cfr. anche D. Cepiku, *Governance: riferimento concettuale o ambiguità terminologica nei processi di innovazione della PA,* in *Azienda pubbl.*, 1, 2005.
5. L. Tronca, *Verso un'analisi strutturale delle forme di governance*, in *Studi sociologia*, 3, 2007, p. 307.
6. R.A.W. Rhodes, *The New Governance: Governing without Government*, cit., p. 653; C. Hood, *A Public Management for all seasons?*, in *Public Adm.*, 1, 1991, al quale si deve l'iniziale elaborazione della teoria. Cfr. Anche per una ricostruzione storica F. Rotondo, *Principi di public governance nei sistemi integrati di offerta turistica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 6.
7. Si veda in particolare G. Gruening, *Origin and theoretical basis of New Public Management*, in *International Public Management Journal*, 4, 2001, il quale traccia le origini teoriche del NPM, evidenziandone le caratteristiche; M. Barzelay, *The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue*, University of California Press, Berkeley, 2001.
8. R.A.W. Rhodes, *The New Governance: Governing without Government*, cit., p. 654.
9. Espressione con cui comunemente vengono identificate le grandi *corporations* operanti nel mercato digitale, quali Amazon, Microsoft, Google, Apple, Meta.
10. Cfr. sul punto R. Spagnuolo Vigorita, *Potere amministrativo, poteri e interessi privati*, in *Ceridap*, 2, 2024, la quale analizza il rapporto tra potere pubblico e privato, evidenziando come il potere privato si sia rafforzato anche in ragione dell'arretramento dello Stato e quindi il potere pubblico assume la funzione di contenimento di quello privato (come è il caso del *Golden power*) o le norme in materia di Antitrust, ma anche di indirizzo del potere privato attraverso molteplici strumenti in modo da indirizzare l'attività di impresa verso un interesse pubblico e non solo meramente economico.
11. M. Hanisch, C. Goldsby, N. Fabian, J. Oehmichen, *Digital Governance: A Conceptual Framework and Research Agenda*, in *Journal of Business Research*, 162, 2023, https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2023.113777.
12. A. M. Petroni, *Le riforme della Pubblica Amministrazione in Italia: una valutazione*, in

*Giorn. dir. amm*., 2013, p. 537, il quale distingue le riforme amministrative in tre fasi: dal 1983 al 1993 di semplice riorganizzazione dei Ministeri, dal 1993 al 2001, fase di riforma di portata sistemica; la terza fase invece va dal 2008 al 2011 ed interessa prevalentemente il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici.

13. G. Rebora, *Public Management: una prospettiva di scienza dell'organizzazione*, in *Riv. it. public management*, 1, 2018, p. 71.
14. Si intende i cinque decreti con cui è stata riformata profondamente la Pubblica amministrazione, l. n. 59/1997 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa), l. n. 127/1997 (Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e controllo) (Bassanini *bis*), l. n. 191/1998 (Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica) (Bassanini *ter*), l. n. 50/1999 (Delegificazioni e Testi Unici di norme concernenti procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1998) (Bassanini *quater*). Lo stesso Bassanini, riflettendo sulla stagione di riforme osserva che «*Le Amministrazioni pubbliche italiane non hanno bisogno di una nuova rivoluzione normativa, bensì di un complesso di azioni che incidano in modo radicale sulla cultura, sulla organizzazione, sugli strumenti, sui processi e sui prodotti delle pubbliche amministrazioni.*» E ancora per conseguire gli obiettivi delle riforme occorre «*adeguare la macchina amministrativa alle esigenze di un sistema decentrato, che richiede forte capacità gestionale da parte delle amministrazioni territoriali, ma abbisogna anche di una rinnovata amministrazione centrale. Uno Stato centrale che non si ritira, ma si riconverte dalla gestione centralizzata della produzione di beni e servizi pubblici all'esercizio incisivo delle funzioni di regolazione, di promozione, di coordinamento e di supporto, necessarie ad assicurare la coesione, la coerenza e l'efficienza di un sistema multilivello a rete*» , cfr. F. Bassanini, *Lo stato delle riforme amministrative, il "perimetro" della Pubblica Amministrazione, e i problemi del public procurement*, in L. Fiorentino, *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007.
15. Sancito dall'art. 4 d.lgs. n. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).
16. F. Bassanini, *Vent'anni di riforme del sistema amministrativo italiano (1990-2010)*, in *The Journal of European economic History*, 1, 2010, consultato su www.astrid.it.
17. L. Zoppoli, *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla "riforma Bassanini". Relazione al Convegno internazionale*, Università Roma Tre, 30-31 gennaio 2008, www.astrid.it.
18. L'ente è stato soppresso con l. n. 3/2003 (Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione) e le sue funzioni trasferite al Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione, poi trasformata in DigitPA Ente nazionale per la digitalizzazione della pubblica amministrazione in forza del d.lgs. n. 177/2009

(Riorganizzazione del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione, a norma dell'articolo 24 della legge 18 giugno 2009, n. 69). Infine, con d.l. n. 83/2012 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito con l. n. 134/2012 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese) DigitPA è stata soppressa ed è stata costituita l'Agenzia per l'Italia digitale.

19. M. Minerva, *Verso l'integrazione dei sistemi informativi pubblici: la rete unitaria della pubblica amministrazione*, in *Dir. inform.*, 3, 1998, p. 623.
20. L. Albertini, *Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislative)*, in *Giust. civ.*, 6, 1998, p. 267. R. Borruso, *Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norme (d. lgs. 23 gennaio 2002 n. 10, d.P.R. 7 aprile 2003 n. 137 e l. 29 luglio 2003 n. 229)*, in *Giust. civ.*, 3, 2004, p. 143, il quale rileva che «*Se è vero che in tutto il nostro ordinamento giuridico e, in particolare, nel diritto civile (oltreché in quello amministrativo), riveste massima importanza l'atto scritto e la sua sottoscrizione autografa solo grazie alla quale l'atto stesso diventa imputabile ad un determinato soggetto che assume, ad ogni effetto, la responsabilità del suo contenuto, allora dovranno considerarsi di pari importanza le norme di legge recentemente emanate per effetto delle quali diventa giuridicamente e pienamente rilevante un tipo nuovo di documento – il «documento informatico – e un tipo nuovo di sottoscrizione: la firma elettronica*».
21. C. Notarmuzi, *DigitPA: la terza riorganizzazione dell'informatica pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2010, p. 1014 ss.
22. C. Limiti, *La governance del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *www.iusinitinere.it,* 2022.
23. M. Saito-Jensen, *Multilevel Governance Theory*, in *Theories and Methods for the Study of Multilevel Environmental Governance*, Center for International Forestry Research, 2015, http://www.jstor.org/stable/resrep02152.5; K.A. Daniell, A. Kay, *Multi-Level Governance: Conceptual Challenges and Case Studies from Australia*, ANU Press, 2017, http://www.jstor.org/stable/j.ctt1zgwjv0; S. Piattoni, *La "governance" multi-livello: sfide analitiche, empiriche e normative*, in *Riv. it. scienza pol.*, 3, 2005, p. 425, secondo cui «*Il concetto di governance multi-livello deve intendersi come una specificazione del concetto di governance che mette in particolare risalto la creazione (aspetto strutturale) di livelli di governo di ampiezza giurisdizionale sovra- o sub-nazionale ed il loro coinvolgimento (aspetto processuale) nei processi decisionali ed attuativi ingenerati dalle sfide interne ed esterne al potere di controllo e governo degli stati Nazionali*».
24. La spiegazione si rinviene nel portale https://open.gov.it/governo-aperto.
25. Cfr. J.S. Bergé, S. Grumbach, V. Zeno-Zencovich, *The 'Datasphere', Data Flows Beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *Eur. Journal Comparative Law and Governance*, 2, 2018, disponibile in SSRN: https://ssrn.com/abstract=3185943.
26. L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppo, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022, p. 127. Per una ricostruzione storica del concetto di internet *governance* J. Hoffmann, C. Katzenbach, K. Gollatz, *Between coordination and regulation:*

*Finding the governance in Internet governance*, in *New Media & Society*, 2016, disponibile in SSRN: https://ssrn.com/abstract=2836068.

27. J. Hofmann, C. Katzenbach, K. Gollatz, *op. cit*.
28. M. Lestari, A. F. Wijaya, M. Chandra, *Enterprise Architecture Model for Smart Government Implementation*, in *Journal of Information Systems and Informatics*, 1, 2025; S. M. Polisetty, S.K. Pendyala, S.P. Prabhakaran, *Strengthening data integrity and security via cloud administration and access control strategies*, in *International Journal of Computer Engineering and Technology*, 3, 2023, p. 283.
29. Cfr. M.B. Armiento, *Prove di regolazione dell'intelligenza artificiale: il Regolamento della Banca d'Italia sulla gestione degli esposti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2023, p. 105, la quale osserva come «*la regolazione dell'intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni è stata perlopiù affidata a strumenti di soft law oppure all'opera della giurisprudenza. Limitandosi alla giurisprudenza italiana e nello specifico a quella amministrativa, si può osservare come, nel rilevare la differenza tra l'attività amministrativa "tradizionale" e quella "algoritmica", il giudice amministrativo abbia ritenuto applicabili a quest'ultima non principi e istituti tipici della legge sul procedimento amministrativo, bensì principi e istituti "diversi" e, nel caso di specie, ricavati direttamente dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*».
30. E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo e Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 7, 2019. A quanto precede si aggiunga la necessità di avere competenze specialistiche nelle amministrazioni pubbliche e un rafforzamento della cooperazione internazionale, al fine di affrontare questioni come la localizzazione dei dati e la tutela della "sovranità digitale" degli Stati, cfr. J.S. Bergé, S. Grumbach, V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, p. 19.
31. I cui problemi concettuali e definitori dal punto di vista giuridico verranno affrontati nel prosieguo.
32. Cfr. sul punto A. Puzzanghera, *La sfida tecnologica alla legalità amministrativa*, in *Riv. it. informatica diritto*, 2, 2022.
33. B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biodiritto*, 2, 2021; V. Neri, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. app.*, 5, 2021, p. 581; R. Bovetti, L. Broccardo, G. Materzanin*, Shadow automation: l'automazione robotica dei processi come strumento di efficienza per le aziende*, in *Controllo gestione*, 5, 2023, p. 29; P. Benanti, *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Mondadori, Milano, 2022. Si vedano anche T.A.R. Lazio (sezione IV *ter)*, sentenza del 08 aprile 2024, n. 6808, Cons. St., 23 maggio 2023, n. 5117, Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 881, Cons. Stato, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474.
34. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, CEDAM, 2023; G. Gallone*, Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in *Judicium*, 2024.

35. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative, op. cit.*, p. 27. In particolare, l'autore rileva come «*L'espressione "riserva di umanità", coniata dalla dottrina iberica, sembra ben riassumere, con la forza di una formula evocativa, quest'ultimo concetto. Un concetto che sottende e fonda la teorica classica dell'automazione amministrativa ma che non è mai stato oggetto di una specifica indagine che si soffermi sulle sue radici più profonde e sulle implicazioni che reca con sé. La ragione ultima di questa tradizionale disattenzione verso la "riserva di umanità" nello svolgimento delle funzioni amministrative è, probabilmente, da legare ad un approccio alla tematica che è stato, almeno agli inizi, nello spirito pioneristico dei primordi, comprensibilmente orientato ad evidenziare più le potenzialità offerte dagli stru menti informatici che i limiti giuridici a cui deve rispondere l'automazione*», p. 132.
36. A. Saporito, V*erso una "nuova" amministrazione digitale*, in *Ambientediritto.it*, 2, 2023.
37. La riformulazione denota anche un mutamento dei tempi. Se nel 2005 l'uso della telematica veniva solamente incentivato, poiché si era all'inizio della transizione digitale, nel 2020 lo sviluppo della tecnologia, la sua larga diffusione, ed infine il peculiare contesto storico in cui la modifica è stata apportata (determinato dal *lockdown* deciso per contenere la pandemia da Covid-19) determina la modalità dell'azione amministrativa.
38. L. Torchia, *Pubblica amministrazione e transizione digitale*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2024, p. 729.
39. E. Marinică, *Digitalization – The Key for Adapting Good Administration to a Better Governance*, in *Academic Journal of Law and Governance*, 8, 2, 2020.
40. P.S.L. Falletta, *Le trasformazioni del diritto amministrativo nella complessità dell'ambiente digitale*, in *Federalismi.it,* 23, 2022.
41. Modificato dal d.lgs. n. 101/2018 (Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonchè alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE) (regolamento generale sulla protezione dei dati), per adeguarlo al GDPR, quindi modificato dal d.l. n. 139/2021 (Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 205/2021 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139, recante disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali), dal d.lgs. n. 24/2023 (Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali), con effetto a decorrere dal 15 luglio 2023 e dal d.l. n. 19/2024 (Ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 56/2024 (Conversione in

legge, con modificazioni, del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19, recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)).

42. Secondo la definizione diffusa, con tale parola si indicano, in riferimento ai sistemi automatizzati, «*statistical biases,' which are caused by using data that includes systematic errors which, in turn, skew results. These errors can arise from the algorithm itself and/or from faulty, incomplete, irrelevant, excluded, or biased data sets, thus creating consistent errors in a model, the error being the difference between the ground truth and the average model prediction*» M. Oswald, A. Paul, *'Bias'*, in Kaufmann M., H. M. Lomell, *De Gruyter Handbook of Digital Criminology*, De Gruyter, 2025, p. 101, disponibile in SSRN: https://ssrn.com/abstract=4738337. Cfr. anche L. Floridi, *op. cit.*, p. 160, il quale adotta la nozione di *bias* nel senso di deviazione da uno standard, che può verificarsi in qualsiasi fase di design del *software* a causa dei dati prescelti, o perché campionati in via preferenziali o perché essi stessi contengono un pregiudizio. In tal senso anche G. Massarotto, *What Is Algorithmic Bias and Why Antitrust Agencies Should Care*, in *CPI Antitrust Chronicle*, University of Pennsilvania, Inst. for Law & Econ, 23-39, 2023, disponibile in SSRN: https://ssrn.com/abstract=4625894..
43. Così B. Cappiello, G. Carullo, *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2020, in particolare gli autori ipotizzano che la «*Blockchain, in this regard, can be seen as a specific form of regulating code, implying specific design principles and thereby normative principles of governance*», nel senso che ogni tecnologia produce un effetto normativo, e questo è particolarmente vero per la *blockchain*, perché produce un decentramento del controllo, che viene assicurato dalla tecnologia (e quindi manca una supervisione esterna), ma anche trasparenza e fiducia, che tale tecnologia, con la sua garanzia di immutabilità produce. Questo esempio, secondo gli autori, mostra come il digitale modifica la *governance*.
44. Sul concetto di sovranità intesa quale potestà suprema di determinare le regole in un determinato territorio, sulla crisi della sovranità si veda L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 1997 e S. Della Valle, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016. Cfr. anche O. Chessa, *Sul rapporto tra Stato e capitalismo. Riflessioni a partire da Hobbes, Schmitt e Mortati*, in *Cosituzionalismo.it*, 3, 2024, p. 35, secondo il quale lo Stato conserva il potere di azione nei confronti del privato, mentre il capitalismo non ha la capacità di eliminare la forma-Stato.
45. A. Gatti, *Istituzioni e anarchia nella rete. i paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di internet*, in *Dir. inform.,* 3, 2019 p. 718.
46. A. Gatti, *op. cit.*, p. 716.
47. M. Betzu, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2021, p. 747 e ss.
48. B. Carotti, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Gior. dir. amm.*, 1, 2020, p. 5.
49. E. Bruti Liberati, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2023, p. 288.

50. G. Finocchiaro, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 820.
51. M. Betzu, *op. cit.*, p. 748.
52. M. Santaniello, *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, 3, 2021, 587-588.
53. B. Carotti, *op. cit.*,
54. G. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 818.
55. M. Santaniello, *op. cit.*, p. 580.
56. Tra cui si possono includere la Strategia europea dei dati e il Libro bianco sull'intelligenza artificiale.
57. Rientra in questa strategia il "pacchetto digitale" presentato nel 2020 dalla Commissione Europea, contenente una serie di regolamenti (tra cui il *Digitial Market Act* e il *Digital Service Act*). Cfr. sul punto M.R. Allegri, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Riv. it. informatica dir.*, 2, 2021.
58. A. Bradford, *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, 1, 2012, disponibile in https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/271; M. Almada, A. Radu, *Brussels Effect*, in A. Parrish, C. Ryngaert, D. Ireland-Piper, *Elgar Concise Encyclopedia on Extraterritoriality and the Law*, 2025, disponibile in SSRN: https://ssrn.com/abstract=5123680 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5123680.
59. V. Pagnanelli, *Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della (big) data governance pubblica alla luce delle nuove sfide globali*, in *Riv. it. informatica dir.*, 1, 2021 p. 19.
60. G. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 822.
61. S. Mangiameli, *La sovranità digitale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2023, p. 286.
62. V. Bertola, *La sovranità digitale e il futuro di Internet,* in *Riv. it. informatica dir.*, 1, 2022, p. 44, in particolare l'autore evidenzia come la «*ricerca di 'autonomia digitale', ovvero di disporre sul proprio territorio e dentro la propria giurisdizione di tutti i servizi Internet che possano permettere all'economia e alla società di funzionare anche in caso di conflitto commerciale e geopolitico (o in caso estremo militare) con Paesi esteri, e una ricerca di sovranità vera e propria, ossia della capacità di porre regole e farle rispettare anche ad attori che non sono basati nella propria giurisdizione, ma che comunque possiedono in essa quote di mercato rilevanti o addirittura dominanti, assumendo un ruolo fondamentale nella vita online del Paese*».
63. Il Presidente degli Stati Uniti Joe Biden aveva invero adottato il 30 ottobre 2023 un ordine esecutivo *Executive Order (E.O.) 14110 on Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* con l'intento di stabilire regole e obiettivi per lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, al fine di mitigarne i rischi in particolare per la tutela dei diritti civili. Questo ordine esecutivo è stato abrogato dal successore Donald Trump il quale il 23 gennaio 2025 ha emanato l'*Executive Order 14179* denominato "*Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*" il cui intento espressamente dichiarato è preservare la leadership americana nell'IA e a tal fine «*develop AI systems that are free from*

*ideological bias or engineered social agendas*».

64. D. Martire, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2022, p. 437.
65. F. Faini, *Intelligenza artificiale e regolazione giuridica: il ruolo del diritto nel rapporto tra uomo e macchina*, in *Federalismi.it*, 2, 2023, p. 13.
66. Direttiva 2016/1148/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016 recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione, nota come Direttiva NIS 1 acronimo di *Network and Information Security*, adottata nel 2016, costituisce il primo intervento normativo a livello europeo avente lo scopo di innalzare la cooperazione tra gli Stati membri e creare un primo livello di armonizzazione in materia di sicurezza cibernetica. Successivamente viene abrogata e sostituita dalla Direttiva 2022/2555/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa a misure per un livello comune di elevato di cybersicurezza nell'Unione, recante modifica del Regolamento (UE) n. 910/2014 e della Direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la Direttiva (UE) 2016/1148, Direttiva NIS 2, per far fronte all'esigenza di aggiornare e rafforzare il quadro normativo previsto dalla Direttiva NIS 1, al fine armonizzare e rafforzare maggiormente i livelli di sicurezza all'interno dell'Unione europea.
67. La l. n. 90/2024 (Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici) e il d.lgs. n. 138/2024 (Recepimento della direttiva (UE) 2022/2555, relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell'Unione, recante modifica del regolamento (UE) n. 910/2014 e della direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la direttiva (UE) 2016/1148) recanti norme in materia di cybersicurezza e di recepimento della Direttiva NIS2, prevedono l'istituzione di una nuova figura responsabile della materia, all'interno delle organizzazioni, pubbliche e private, per quei soggetti che il decreto legislativo individua come essenziali o importanti.
68. M. Betzu, *op. cit.*, p. 759.
69. E. Bruti Liberati, *op. cit.*
70. C. Contessa, *Il potere pubblico al tempo dei Big Data*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it.
71. E. Montagnani, *Le pubbliche amministrazioni nell'era delle tecnologie cloud ed edge computing tra opportunità e rischi: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le comunità digitali*, in *Riv. it. informatica dir.,* 1, 2022, p. 190; I. Macrì, *Cloud nella pubblica amministrazione: una casa moderna per i dati degli italiani*, in *Azienditalia*, 11, 2021.
72. I. Macrì, *Il cloud per le pubbliche amministrazioni*, in *Azienditalia*, 1, 2021, p. 17.
73. L. Torchia, *Lo stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 21.
74. L. Torchia, *op. cit.*, p. 103.
75. Previsto dalla l. n. 90/2024.
76. M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Bari, 2014, p. 52.
77. Le reti neurali sono un modello matematico elaborato per la prima volta negli anni Quaranta del secolo scorso dai matematici W.S. McCulloch, W. Pitts e D.O. Hebb con l'intento di replicare la struttura dei neuroni cerebrali. Negli anni successivi gli scienziati

furono in grado di dimostrare come questi modelli fossero in grado di apprendere sulla base di esempi di apprendimento per svolgere compiti, senza dovere ogni volta riprogrammare. Sul punto W. Ertel, *Introduction to Artificial Intelligence*, Springer, 2017, p.9.

78. I *large language models* sono una categoria di modelli fondativi addestrati su grandi quantità di dati, per renderli capaci di comprendere e quindi generare linguaggio naturale. In particolare, i modelli fondativi sono stati teorizzati da un gruppo di ricercatori che li hanno definiti così: «*A foundation model is any model that is trained on broad data (generally using self-supervision at scale) that can be adapted (e.g., fine-tuned) to a wide range of downstream tasks*», v. R. Bommasani, D. H. Hudson et. al., *On the opportunities and risks of foundation models*, Center for Research on Foundation Models, Stanford, 2022, disponibile in https://crfm.stanford.edu/report.html.
79. Tale invenzione è stata spiegata in A. Vaswani, N. Shazeer et al., *Attention is all you need,* in *Advances in Neural Information Processing Systems*, 2017, pp. 5999-6009, i quali propongono un modello matematico, qualitativamente migliore in termini di capacità e velocità di apprendimento.
80. Sentenza TA.R. Lazio (sezione III *bis)*, sentenza del 22 marzo 2017, n. 3769, con cui è stato deciso il ricorso presentato da alcuni insegnanti avverso la decisione di assegnazione della sede di lavoro decisa dal Ministero dell'Istruzione mediante affidamento del compito ad un algoritmo.
81. AA.VV., *The Global Risks Report 2017. 12th Edition*, World Economic Forum, Geneva, 2017.
82. B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm*., 1, 2008, p. 1.
83. A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm*. 1, 1999, p. 113.
84. I contributi sono molti, F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, CEDAM, Padova, 1969; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri impliciti*, Giuffrè, Milano 2001; Cerulli Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, *vol. II*, Giappichelli, Torino, 2005; G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 16; S. Toschei, A. Puzzanghera, *La crisi del principio di legalità amministrativa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2022, pp. 897-916.
85. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017.
86. S. Civitarese Matteucci, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, in *Dir. amm.*, 1, 2011, p. 29.
87. R. Giovagnoli, *Compendio di diritto amministrativo*, ita ed., Torino, 2022, p. 326.
88. G. Sartor, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 7.
89. T. H. Cormen, C. E. Leiserson, R. L. Rivest, C. Stein, *Introduction to Algorithms*, MIT Press, Cambridge, Massachussets, 2009, p. 5, in particolare «*an algorithm is any well-*

*defined computational procedure that takes some value, or set of values, as input and produces some value, or set of values, as output. An algorithm is thus a sequence of computational steps that transform the input into the output. We can also view an algorithm as a tool for solving a well-specified computational problem. The statement of the problem specifies in general terms the desired input/output relationship. The algorithm describes a specific computational procedure for achieving that input/output relationship*».

90. G. Sartor, F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 64.
91. W. Ertel, *op. cit.*, p.1.
92. Per una ricostruzione storica della nozione di intelligenza artificiale cfr. W. Ertel, *op. cit.* che riporta le definizioni elaborate dai matematici, in particolare «*in the Encyclopaedia Britannica one finds a Definition that goes like: AI is the ability of digital computers or computer controlled robots to solve problems that are normally associated with the higher intellectual processing capabilities of humans*» e S. J. Russell, P. Norvig, *Artificial Intelligence. A modern approach*, Pearson Ed., 2010.
93. S. Russel, P. Norvig, *op. cit.*, p. 2.
94. E. Rich, *Artificial Intelligence,* McGraw-Hill, New York, 1983.
95. W. Ertel, *Introduction to Artificial Intelligence*, Springer, Berlin, 2017, p. 3.
96. C. Janiesch, P. Zschech, K. Heinrich, *Machine learning and deep learning*, in *Electronic markets*, 4, 2021, p. 686.
97. S. Russel, P. Norvig, *op. cit.,* p. 728.
98. C. Janiesch, P. Zschech, K. Heinrich, *op. cit*., p. 688.
99. V. Hassija, V. Chamola et al., *Interpreting Black-Box Models: A Review on Explainable Artificial Intelligence*, in *Cognitive Computation*, Springer, Berlin, 2024, p. 47.
100. G. Lo Sapio, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *federalismi.it*, 16, 2021, p. 122, e come evidenzia l'autore, «*In mancanza di spiegabilità, anche il principio di responsabilità ultima della decisione resta svuotato, poiché il maccanismo di funzionamento del sistema algoritmico deve essere comprensibile, in primo luogo, per il titolare dell'organo che assume la decisione*». In questo senso v. anche A. Cerrillo i Martínez, *How can we open the black box of public administration? transparency and accountability in the use of algorithms*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 2019, p. 13-28, https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3277.
101. Art. 1, lett. a) del *Model Provisions on the Protection of Computer Software*, *World Intellectual Property Organization*, 1978.
102. T.A.R. Lombardia (sezione II), sentenza del 31 marzo 2021 n. 843.
103. Cons. St., 25 novembre 2021, n. 7891, che ha deciso sull'appello proposto avverso la sentenza del T.A.R. Lombardia (sezione II), 31 marzo 2021 n. 843.
104. Per un commento sulla decisione del Consiglio di Stato si veda C. Filicetti, *Sulla definizione di algoritmo (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 25 novembre 2021 numero 7891)*, 2/2023, in www.giustiziainsieme.it.

105. S. Cereda, *Il concetto di algoritmo in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Medialaws*, 3, 2022, p. 300.
106. T.A.R. Lazio (sezione III *bis)*, sentenza del 16 maggio 2023 n. 8384.
107. D. Diaco, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del software (a partire da TAR Lazio, sez. III-bis, n. 8384/2023),* 7/2023, in www.giustiziainsieme.it.
108. In tal senso Cons. St., 13 dicembre 2019, n. 8472, di cui si dirà diffusamente nel prosieguo.
109. T.A.R. Lazio (sezione III *bis)*, sentenza del 21 marzo 2017 n. 3742 e T.A.R. Lazio (sezione III *bis),* sentenza del 22 marzo 2017 n. 3769.
110. Per un vaglio critico delle due sentenze cfr. E. Prosperetti, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*, in *Dir. inform*, 4, 2019, p. 979, secondo cui il T.A.R. arriva ad ampliare eccessivamente la sua analisi, con la conseguenza che se si applicasse in via generale quanto stabilito in motivazione si determinerebbe un implicito divieto per la PA di utilizzare *software* con codice sorgente chiuso o che comunque non consente di fornirlo in caso di accesso agli atti.
111. T.A.R. Lazio (sezione III *bis)*, sentenza del 10 settembre 2018 n. 9224 e T.A.R. Lazio (sezione III *bis),* sentenza del 10 settembre 2018 n. 9227.
112. T.A.R. Lazio (sezione III *bis)*, sentenze del 27 maggio 2019 n. 6606 e n. 6607.
113. Cons. St., 08 aprile 2019, n. 2270; Cons. St., 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473, 8474.
114. Per un commento dettagliato della sentenza Cons. St., 13 dicembre 2019, n. 8472, E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm*., 2, 2020.
115. F. Nassuato, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedimentali*, in *Ceridap*, 1, 2022, p. 156.
116. Cons. St., 13 dicembre 2019, n. 8472, conforme Cons. St., 04 febbraio 2020, n. 881.
117. A. Mascolo, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2020, p. 371.
118. T.A.R. Campania (sezione III), sentenza del 14 novembre 2022, n. 7003.
119. M. Sforna, *Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo (c.d. human in the loop). (Nota a Tar Campania, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003)*, 3, 2023, in www.giustiziainsieme.it.
120. D. Ponte, *Serve conoscenza e comprensione della decisione "automatizzata" (nota a Tar Campania, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003)*, in *Guida al diritto*, 46, 2022, p. 96.
121. E. Faletti, *Mai accettare caramelle né atti amministrativi da sconosciuti, ancorché algoritmi (Nota a T.A.R. Napoli, 14 novembre 2022, n.7003, sez. III),* in *Dir. inform.*, 17, 2023, p. 97.
122. In tal senso Cons. St., 13 dicembre 2019, n. 8472 e Cons. St., 04 febbraio 2020, n. 881.
123. Tra questi G. Sartor, *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 1996; v. anche A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993.
124. G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inform.*, 3, 2021, p.

459.

125. I. M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. Federalismo*, 3, 2019, p. 658.
126. G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. Federalismo*, 3, 2019, p. 606, da questi riferimenti gli autori sintetizzano quelli che sono i punti di essenziali per una legalità algoritmica: «*(i) l'algoritmo ha valenza giuridica e deve rispettare i principi dell'attività amministrativa; (ii) non può lasciare spazi applicativi discrezionali, nel senso che la discrezionalità va confinata nel momento dell'elaborazione dello strumento digitale, ove è sempre la PA che svolge ex ante un ruolo di mediazione e composizione di interessi; (iii) deve rispondere a fini predeterminati dalla legge, in ossequio al principio di legalità; (iv) deve essere monitorato e aggiornato nel tempo, attraverso test e perfezionamenti che, in quanto comportanti attività discrezionale, competono parimenti solo alla PA; (v) deve essere sindacabile dal giudice che, per la prima volta sul piano umano, svolge accertamenti e valutazioni fatti prima solo in via automatica e, quindi, verifica la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti, secondo il paradigma del giusto processo*».
127. Dopo un'iniziale limitazione alle sole decisioni vincolate, in Cons. St., 8 aprile 2019, n. 2270, si assiste ad una apertura anche per le decisioni discrezionali: «*Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse*», così Cons. St., 13 dicembre 2019, n. 8472.
128. A.G. Orofino, G. Gallone, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it*, 2020, p. 1740.
129. Strumento mutuato dall'esperienza statunitense e già impiegato specialmente dalle autorità amministrative indipendenti per raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni, M. Filice, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2015, p. 560.
130. R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, p. 12.
131. 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*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 149;
132. I. Alberti, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, 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, Torino, 2021, p. 295.
133. In tal senso, in riferimento ai principi della decisione algoritmica elaborati dal Consiglio di Stato si veda F. Nassuato, *op. cit*, p. 163.
134. G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, p. 749.

135. R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2020, p. 554. Sulla teoria anche *ex mulits* Cons. St., 01 dicembre 2016, n. 5048.
136. D.U. Galetta, J. G. Corvalàn, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, p. 22; S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 36.
137. L'art. 30, comma 1 del decreto recita, infatti, «*Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti*», introducendo per la prima volta in una fonte di rango primario l'espressione IA.
138. Sulla distinzione tra amministrazione digitale e amministrazione algoritmica cfr. A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.
139. In particolare, la sentenza Cons. St., 13 dicembre 2019, n. 8472.
140. G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit. p. 459; M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16, 2019, p. 9; P. Otranto, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 7, 2021, p. 198, il quale pur concordando sulla compatibilità tra algoritmi deterministici e principi dell'attività amministrativa, solleva dubbi circa la possibilità di applicare alcune disposizioni della l. n. 241/1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) anche in caso di algoritmi comprensibili e trasparenti.
141. P. Otranto, *op cit*., p.197.
142. P. Otranto, *op. cit*., p. 199, secondo cui si arriva in tal modo ad affidare la cura dell'interesse pubblico ad un sistema fondato su un insieme di regole tecniche (l'algoritmo), in grado di conformare e orientare l'esercizio del potere, fino a far sorgere un vero e proprio centro di potere decisionale.
143. Sulla esternalizzazione della funzione amministrativa ai privati, cfr. E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it*., 7, 2019, p. 1657.
144. L'art. 30, comma 3 recita: «*Le decisioni assunte mediante automazione rispettano 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 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*».

145. L'espressione è utilizzata da G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it., 2023, per il quale essa è riferibile anche alle ipotesi di utilizzo di intelligenza artificiale.
146. F. Tallaro, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.
147. III – Relazione agli articoli e agli allegati, https://www.camera.it/leg19/682?atto=019&tipoAtto=Atto&idLegislatura=19&tab=2#inizio.
148. F. Tallaro, *op. cit*.
149. Una definizione di intelligenza artificiale era stata elaborata anche dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* istituito dalla Commissione europea, secondo cui «*Artificial intelligence (AI) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. AI-based systems can be purely software-based, acting in the virtual world (e.g. voice assistants, image analysis software, search engines, speech and face recognition systems) or AI can be embedded in hardware devices (e.g. advanced robots, autonomous cars, drones or Internet of Things applications)*».
150. L'AI Act classifica i sistemi di intelligenza artificiale a seconda che il rischio sia: Inaccettabile, in tal caso l'uso è proibito (si tratta di quei sistemi elencati nell'allegato III ad esempio quelli impiegati per l'acquisizione e l'elaborazione di dati biometrici o quelli utilizzati per determinare l'accesso ad una istituzione formativa o un posto di lavoro); Elevato; Limitato; Minimo. In tal caso non viene regolato, e come evidenzia l'Unione europea si tratta della quota maggiore di sistemi di IA attualmente disponibili.
151. G. Proietti, *Definire l'indefinibile? I sistemi di intelligenza artificiale alla ricerca di un inquadramento sistematico*, in *Contratto e impresa*, 3, 2024; A. Gentili, *Regole per l'intelligenza artificiale*, in *Contratto e Impresa*, 4, 2024, p. 1043, G. Crialesi, *Verso un'intelligenza artificiale UE antropocentrica e affidabile che garantirà la sicurezza e i diritti di imprese e cittadini*, in *Contratto e impresa*, 4, 2024; C. Pirelli, *L'AI Act: gestione del rischio e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2, 2025.
152. Considerando 67 all'AI Act, in particolare dove si precisa che «*le pratiche di governance e di gestione dei dati dovrebbero includere, nel caso dei dati personali, la trasparenza in merito alla finalità originaria della raccolta dei dati. I set di dati dovrebbero inoltre possedere le proprietà statistiche appropriate, anche per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone in relazione ai quali il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato*.». La questione non è irrilevante e, soprattutto presenta delle carenze dal punto di vista normativo, come osservato da G. Carullo, *Dati personali e fini pubblici: dubbi di compatibilità europea del Codice Privacy*, in *Ceridap*, 3, 2024, p. 45, il quale nell'analizzare la disciplina sulla privacy italiana con riferimento alla normativa europea, evidenzia che il Codice della privacy consente sempre alla Pubblica amministrazione il legittimo trattamento dei dati personali, un tanto in pregiudizio per i privati con riferimento, tra l'altro, allo «*sviluppo ed utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte della pubblica*

*amministrazione. Poiché tali sistemi sono basati in sostanza sull'analisi massiva di dati, l'assenza di criteri che definiscano i limiti entro i quali i dati personali possono essere utilizzati per lo svolgimento di funzioni istituzionali pubbliche può determinare una pericolosa apertura ad un uso pressoché insindacabile del patrimonio informativo pubblico*».

153. Per una ricostruzione sistematica della *governance* dell'AI cfr. G. D. Sharma, PhD, A. Yadav, R. Chopra, *Artificial intelligence and effective governance: A review, critique and research agenda*, in *Sustainable Futures*, 2, 2020, disponibile in https://doi.org/10.1016/j.sftr.2019.100004.
154. E. Bluemke, T. Collins, B. Garfinkel, A. Trask, *Exploring the Relevance of Data Privacy-Enhancing Technologies for AI Governance Use Cases,* 2023, disponibile in https://arxiv.org/abs/2303.08956, in cui viene evidenziando come la *governance* delll'IA possa diventare importante per verificare gli output, riconoscendo che «*AI and data governance is now a wide field with increasingly different subtopics and concerns. It is important to consider the various problems in AI governance as a whole, as a system*».
155. La definizione è una sintesi, tra diverse formulate dai ricercatori, proposta da M. Mäntymäki, M. Minkkinen, T. Birkstedt, M. Viljanen, *Defining organizational AI governance*, in *AI and Ethics*, 2, 2022, p. 604, disponibile in https://doi.org/10.1007/s43681-022-00143-x.
156. M. Mäntymäki, M. Minkkinen, T. Birkstedt, M. Viljanen, *op. cit.*, p. 607
157. D. Poletti, *Il quadro normativo del Data Governance Act: l'esercizio dei diritti dell'interessato nell'attività di intermediazione dei dati*, in *Nuove leggi civili*, 3, 2024, p. 535, la quale evidenzia come il regolamento definisca «*un nuovo modello di impiego dei dati, alternativo alle pratiche di gestione squisitamente commerciale delle piattaforme Big Tech, per garantire accessi non discriminatori ai soggetti meno attrezzati operanti sul mercato dei dati: piccole e medie imprese, nonché start up, "con mezzi finanziari, giuridici, amministrativi limitati", così da evitare effetti di lock-in. Questo modello separa la fase di fornitura dalla fase di utilizzo, interponendo tra le due il servizio di intermediazione, fondato sui requisiti di neutralità degli intermediari, di esclusività dello scopo di intermediazione e di segregazione dei dati da intermediare rispetto ad altre attività di trattamento eventualmente svolte*». V. sul punto anche A. Morace Pinelli, *Dalla Data Protection alla Data Governance: il Regolamento UE 2022/868*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2024.
158. Considerando 3 al *Data Governance Act*, secondo cui «*È necessario migliorare le condizioni per la condivisione dei dati nel mercato interno, creando un quadro armonizzato per gli scambi di dati e stabilendo alcuni requisiti di base per la governance dei dati, prestando particolare attenzione a facilitare la cooperazione tra gli Stati membri. Il presente regolamento dovrebbe mirare a sviluppare ulteriormente il mercato interno digitale senza frontiere e una società e un'economia dei dati antropocentriche, affidabili e sicure*».
159. A. Ricci, *Introduzione al Regolamento europeo sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo*, in *Nuove leggi civili*, 4, 2024, p. 800.
160. A. Morace Pinelli, *op. cit.*, p. 491.

161. Considerando 5 al DGA, in particolare laddove dice che devono essere stabiliti «*adeguati meccanismi per gli interessati affinché conoscano ed esercitino fattivamente i propri diritti nonché per quanto riguarda il riutilizzo di alcune tipologie di dati detenuti dagli enti pubblici, la fornitura di servizi da parte dei fornitori di servizi di intermediazione dei dati agli interessati, ai titolari e agli utenti dei dati, nonché la raccolta e il trattamento dei dati messi a disposizione a fini altruistici da persone fisiche e giuridiche*».
162. Cfr. A. Ricci, *op. cit.*, p. 803, la quale evidenzia come la definizione di utente dei dati lo configuri alla stregua di un consumatore.
163. Ai sensi dell'art. 2 n. 9) si definisce "utente dei dati": una persona fisica o giuridica che ha accesso legittimo a determinati dati personali o non personali e che ha diritto, anche a norma del Regolamento 2016/679/UE in caso di dati personali, a utilizzare tali dati a fini commerciali o non commerciali.
164. Ai sensi dell'art. 2 n.11) si definisce «*servizio di intermediazione dei dati»: un servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, rapporti commerciali ai fini della condivisione dei dati tra un numero indeterminato di interessati e di titolari dei dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali, ad esclusione almeno di: a) servizi che ottengono dati dai titolari dei dati e li aggregano, arricchiscono o trasformano al fine di aggiungervi un valore sostanziale e concedono licenze per l'utilizzo dei dati risultanti agli utenti dei dati, senza instaurare un rapporto commerciale tra i titolari dei dati e gli utenti dei dati; b) servizi il cui obiettivo principale è l'intermediazione di contenuti protetti da diritto d'autore; c) servizi utilizzati esclusivamente da un titolare dei dati per consentire l'utilizzo dei dati detenuti da tale titolare dei dati, oppure utilizzati da varie persone giuridiche all'interno di un gruppo chiuso, anche nel quadro di rapporti con i fornitori o i clienti o di collaborazioni contrattualmente stabilite, in particolare quelli aventi come obiettivo principale quello di garantire la funzionalità di oggetti o dispositivi connessi all'internet delle cose; d) servizi di condivisione dei dati offerti da enti pubblici che non mirano a instaurare rapporti commerciali*»;
165. Art. 2, 15) "*servizi di cooperative di dati*": «*servizi di intermediazione dei dati offerti da una struttura organizzativa costituita da interessati, imprese individuali o da PMI, che sono membri di tale struttura, avente come obiettivi principali quelli di aiutare i propri membri nell'esercizio dei loro diritti in relazione a determinati dati, anche per quanto riguarda il compiere scelte informate prima di acconsentire al trattamento dei dati, di procedere a uno scambio di opinioni sulle finalità e sulle condizioni del trattamento dei dati che rappresenterebbero al meglio gli interessi dei propri membri in relazione ai loro dati, o di negoziare i termini e le condizioni per il trattamento dei dati per conto dei membri prima di concedere l'autorizzazione al trattamento dei dati non personali o prima che essi diano il loro consenso al trattamento dei dati personali*».
166. F. Bravo, *Le cooperative di dati*, in *Contratto impresa*, 3, 2023, p. 767.
167. A. Morace Pinelli, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2022, p. 1326.

168. A. Morace Pinelli, *Dalla Data Protection alla Data Governance: il Regolamento UE 2022/868, op. cit.*, p. 491.
169. Un tanto lo si ricava dalla lettura dell'art. 10 dell'AI Act, specificamente dedicato alla *governance* dei dati, in particolare: § 3. 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. § 4. I set di dati tengono conto, nella misura necessaria per la finalità prevista, delle caratteristiche o degli elementi particolari dello specifico ambito geografico, contestuale, comportamentale o funzionale all'interno del quale il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato. Anche il considerando 2 cpv. al DGA richiamando la comunicazione della Commissione europea sulla strategia europea per i dati valorizza «*la visione di uno spazio comune europeo di dati: un mercato interno dei dati nel quale questi ultimi possano essere utilizzati indipendentemente dal loro luogo fisico di conservazione nell'Unione, nel rispetto della normativa applicabile, che tra le altre cose potrebbe essere centrale per il rapido sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale*».

# Institutions and corruption in Public administration: A study of the relationship and methods of preventing corruption

*Zamira Sinaj, Ismail Saifnazarov, Tursinbay Sultanov, Ansatbay Yembergenov, Bermeta Tugelbaeva*

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-3-43

*Lo studio si propone di analizzare il rapporto tra istituzioni statali e corruzione in Uzbekistan. Lo studio prende in considerazione il contesto storico della corruzione in Uzbekistan, analizzando le riforme e i cambiamenti istituzionali volti a combattere la corruzione. Lo studio ha stabilito che le misure adottate dall'Uzbekistan dopo la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione dimostrano la determinazione nazionale a combattere la corruzione a tutti i livelli. Un confronto con i Paesi baltici, tra cui l'Albania, ha mostrato che, nonostante problemi simili, l'Uzbekistan è in ritardo in termini di velocità delle soluzioni digitali e di trasparenza.*

*The study aims to analyse the relationship between state institutions and corruption in Uzbekistan. The study addresses the historical context of corruption in Uzbekistan, analysing reforms and institutional changes aimed at combating corruption, and determines that the measures taken by Uzbekistan following the ratification of the United Nations Convention against Corruption demonstrate the national determination to fight corruption at all levels. A comparison with the Baltic countries, including Albania, shows that, despite similar problems, Uzbekistan lags in terms of the pace of digital solutions and transparency.*

*Summary: 1. Introduction.- 2. Materials and Methods.- 3. Results.- 4. Discussion.- 5. Conclusions.*

## 1. Introduction

Corruption in public administration is one of the most relevant and widespread problems in modern society. It has a devastating impact on economic development, social justice and political stability. Countries with a high level of corruption experience slower economic growth, inefficient use of public resources and a decline in public trust in government institutions. Uzbekistan is no exception: despite significant efforts to combat corruption, this phenomenon continues to be a pressing issue that requires a comprehensive and systematic approach to address it.

The research covers several key aspects that form a comprehensive understanding of the current situation and ways to improve it. One of the main problems is the weakness and inefficiency of state institutions that are supposed to ensure transparency and accountability in resource management. Uzbekistan is often characterised by insufficient control over public spending, limited independence of the judiciary and non-transparent decision-making processes. These factors create favourable conditions for corruption and abuse of power. In addition, the complexity of the fight against corruption is exacerbated by the lack of public awareness of their rights and obligations, as well as the lack of activity of civil society in the fight against corruption. Historical factors and the transitional nature of Uzbek society are also significant in shaping persistent corruption practices.

Since gaining independence in 1991, Uzbekistan has gone through difficult stages of transition from a planned economy to market relations, accompanied by reforms of state institutions. However, despite these efforts, corruption is deeply entrenched in Uzbek society, creating favourable conditions for abuse of power and illicit enrichment. Institutional weaknesses, lack of transparency in decision-making processes and insufficient accountability of public officials remain the main factors contributing to the spread of corruption.

An analysis of anti-corruption policy and legislation in Uzbekistan requires an assessment of the existing legal framework and institutional structure against international standards. It is also necessary to identify problems, such as lack of transparency and coordination, and to develop recommendations to improve the effectiveness of the fight against corruption, based on international best

practices. A related issue was considered by Mirzaev[1], who analysed anti-corruption policy and legislation in Uzbekistan, identified current problems and developed recommendations to improve the effectiveness of the fight against corruption based on international experience. Zhuraev[2] explored the principles of developing legal instruments to combat corruption in Uzbekistan. Particular attention was devoted to how Uzbekistan is adopting and adapting global anti-corruption practices to strengthen its own governance and transparency mechanisms. Zadoyan[3] addressed the role of governmental and public institutions in the implementation of these measures, emphasising the importance of continuous improvement of the legal framework and the introduction of innovative approaches to ensure the long-term success of anti-corruption policies.

Analysing anti-corruption policy and legislation in Uzbekistan is relevant as corruption hurts economic development, undermines trust in government institutions and creates an uneven playing field for businesses. Iskhakova[4] explored how corruption negatively affects economic development and the role digitalisation, e-government and information technology play in reducing corruption. Moreover, Saidov[5] analysed the practice of implementing e-government as a way to increase transparency and efficiency of public administration. For instance, Ismailov[6] discussed measures and emerging challenges in the fight against corruption in the public procurement system. The author analysed the existing mechanisms for preventing corruption and identifying weaknesses that can be used for abuse.

Corruption is a complex and multifaceted process that covers various aspects of public life, from the economy to politics[7]. The effective fight against corruption requires not only the actions of state institutions but also the active participation of civil society institutions. Civil society organisations, independent media, educational institutions and the private sector play an important role in detecting corruption cases, reporting them and influencing the formation of zero tolerance to corruption in society[8]. Only joint efforts by all parties can ensure a significant reduction in corruption and the establishment of the principles of honesty and transparency in public administration. A related issue was explored by Tursunov[9]. The author concluded that the critical role belongs not only to legislative and law enforcement mechanisms but also to the education,

transparency and responsibility of all participants in the process. Yumatov[10] addressed the development of the institutional framework for anti-corruption policy in Uzbekistan after the ratification of the United Nations Convention against Corruption[11]. The main conclusion of the paper is the importance of interagency cooperation and the strengthening of institutional structures for the effective fight against corruption in the country.

Despite a considerable amount of research, the problem of corruption in Uzbekistan requires further in-depth analysis, especially in ongoing reforms and changes in public administration. In previous studies, the problems of fighting corruption in Uzbek public administration remained unresolved in several key aspects. Institutional sustainability and long-term effectiveness of anti-corruption measures are not sufficiently studied.

The study aimed to address the impact of state institutions on the level of corruption in Uzbekistan. To achieve the research objective, the following tasks were formulated: to study the current state of state institutions in Uzbekistan and their role in shaping anti-corruption policy; to assess the level of corruption in various sectors of public administration and identify the main causes and conditions that facilitate corrupt practices; to develop recommendations for improving the anti-corruption strategy in Uzbekistan based on the identified relationships between state institutions and corruption.

## 2. Materials and Methods

To achieve the objectives of this study, a comprehensive approach based on the analysis of regulatory documents, statistical data and comparative methods was used. A detailed analysis of Article 5 of the United Nations Convention against Corruption, which obliges state parties to develop and implement an effective, coordinated anti-corruption policy, was carried out. The study identified key principles, such as the need to ensure the independence of anti-corruption bodies, conduct systematic monitoring and evaluation, and promote transparency and public participation in anti-corruption initiatives. This analysis has contributed to a deeper understanding of international anti-corruption standards and their application in the context of Uzbekistan and the Balkan region.

The study examined the text of the Decree of the President of the Republic of Uzbekistan No. PP-2752[12], which were used to identify strategic priorities and specific measures aimed at reducing the level of corruption in Uzbekistan. This document was used primarily to determine national anti-corruption initiatives and plans. The next document analysed was the State Programme for Combating Corruption for 2023-2024 in Uzbekistan[13]. The programme was reviewed to analyse the current anti-corruption strategies and measures in place in Uzbekistan. This analysis included an assessment of the programme goals and objectives, as well as the methods of its implementation. The provisions of the Law of the Republic of Uzbekistan No. ZRU-419[14] were addressed to determine the legal and institutional framework of anti-corruption policy in Uzbekistan. This contributed to the assessment of legal mechanisms used to combat corruption, such as the creation of specialised anti-corruption bodies and the introduction of mandatory procedures to prevent corruption risks.

The study used reports from international, multidisciplinary organisations such as Transparency International aims to study the Corruption Perception Index[15], and Rule of Law Index[16], which studies the rule of law index. The Corruption Perception Index statistics were analysed to assess the level of corruption in Uzbekistan and the Balkan countries, which were used to identify the dynamics of changes and compare the results between different countries. The analysis of the Rule of Law Index data was used to assess the level of compliance with the rule of law and the absence of corruption in state institutions. The data was used to compare the performance of Uzbekistan and the countries of the Balkan region. A study of the Decree of the President of the Republic of Uzbekistan No. PP-228[17] was conducted to determine how anti-corruption education programmes are planned to be introduced and to assess their potential impact on society and state structures.

The study used comparative analysis methods to compare anti-corruption reforms in Uzbekistan and the Balkan countries. This included examining the approaches used in each country and assessing their effectiveness based on existing data and research. Using the above materials and methods, a holistic view of current anti-corruption initiatives in Uzbekistan and the Balkan countries was identified, as well as the main factors contributing to the successful implementation of anti-corruption programmes.

## 3. Results

Corruption is one of the most pressing problems in governance and the economy, especially in times of economic and political crises. At such times, weaknesses in the institutional structure are reinforced, creating a favourable environment for the spread of corrupt practices. During crises, state and public institutions often face increased pressure and instability, which can lead to a decrease in control and accountability, increasing opportunities for corruption[18]. Economic shocks, such as recessions or inflationary spikes, can undermine trust in government institutions and create incentives for corrupt behaviour as officials and citizens seek ways to mitigate personal financial losses. Political crises, such as regime change, protests or political instability, can weaken the rule of law and create conditions for more arbitrary and illegal resource allocation. As a result, even well-functioning anti-corruption mechanisms may not be sufficient if the institutional structure of the state is not sufficiently resilient and flexible to face new challenges arising from crises[19].

Corruption poses a serious threat to the stability and development of any country, especially in times of economic and political crises. Analyses of different countries show that weaknesses in the institutional framework and insufficient resilience of legal mechanisms can contribute to the spread of corrupt practices[20]. It is necessary to address how individual states are dealing with this problem and what measures are being taken to address it. One such example is Uzbekistan, where significant reforms and anti-corruption initiatives are being implemented to increase the transparency and efficiency of public administration.

Article 5 of the United Nations Convention against Corruption[21] provided an important impetus for the development of anti-corruption strategies in Uzbekistan. This paragraph requires member states to implement an effective and coherent anti-corruption policy, which has become the basis for the development of anti-corruption strategies in Uzbekistan. In 2016, Uzbekistan launched significant reforms aimed at strengthening anti-corruption measures. One of the first steps was the Comprehensive Action Plan for the implementation of anti-corruption measures. This document was deemed a significant achievement by experts within the Istanbul Anti-Corruption Action Plan and marked the beginning of a new stage in the national anti-corruption

efforts[22]. Although comprehensive plans do not constitute a comprehensive strategy in themselves, they represent minimum effective measures[23]. Each of these plans, although limited in nature, can be useful in the context of specific anti-corruption tasks and initiatives.

To improve the effectiveness of the anti-corruption system, Uzbekistan has adopted a policy of developing and implementing annual state programmes to combat corruption. These programmes define the priority areas of state policy in the fight against corruption in the medium term. The process of developing these programmes involves the active participation of representatives of all ministries and agencies, as well as civil society institutions, academia and the business community. This interagency cooperation ensures a comprehensive approach to addressing corruption and contributes to a more effective implementation of anti-corruption policy. As of 2024, the State Programme for Combating Corruption for 2023-2024 in Uzbekistan is in force.

The State Programme for Combating Corruption for 2023-2024 in Uzbekistan is a strategic document for further strengthening anti-corruption measures in the country. This programme is based on previous achievements, international experience and current challenges facing the country. The programme aims to achieve several key objectives. The main objective is to strengthen the institutional framework by increasing the effectiveness and independence of anti-corruption bodies, especially the Anti-Corruption Agency. It is envisaged to improve coordination between various state and public structures involved in the fight against corruption. The next goal is to develop the legal framework, which is to improve the legislation governing anti-corruption activities. The programme includes measures to adapt regulations to international standards and the specifics of national conditions. In addition, the programme envisages the introduction of new reporting standards and the creation of control mechanisms that will allow the public to access information about the activities of the authorities. Another goal is the prevention of corruption, which is the development and implementation of measures aimed at preventing corruption in key sectors such as healthcare, education and public procurement. The programme includes initiatives to create "*clean zones*" in the most corruption-prone areas.

The programme focuses on the introduction of modern information and

communication technologies (ICT) to reduce corruption risks. E-government platforms and online reporting systems play a central role in this strategy. The development and implementation of electronic platforms and online reporting systems not only contribute to the modernisation of public administration but are also a key element of an effective anti-corruption strategy, helping to strengthen trust in public institutions among citizens[24]. The programme also includes activities to support independent research and monitoring of corruption, as well as to encourage public initiatives in this area. To verify the continuity of the operation of the "*helplines*" (call centres) of government agencies and organisations, as well as to assess the telephone numbers listed on their official websites, the "*Mystery Shopping Feedback*" programme is being implemented. These measures are designed to assess the efficiency and effectiveness of feedback, including the timeliness and quality of processing requests.

The State Programme on Combating Corruption for 2023-2024 in Uzbekistan also provides for international cooperation, which consists of expanding cooperation with international organisations and foreign partners to share experience and jointly develop effective anti-corruption solutions. Cooperation increases access to international resources and expertise, facilitating the adaptation of international standards into national practice[25]. An important part of this process is participation in international projects and programmes aimed at supporting law enforcement and governance reforms, which helps to increase the effectiveness of anti-corruption measures and strengthen the national institutional capacity in this area. To achieve the anti-corruption goals in Uzbekistan, the programme should include not only a set of measures aimed at improving transparency and accountability but also active public involvement in anti-corruption processes. Transparency and accountability are fundamental principles for effective anti-corruption, but active public participation in this process is necessary to put pressure on the authorities and ensure continuous monitoring of the implementation of anti-corruption measures[26]. It also helps to build trust between government agencies and civil society, which can significantly enhance the effectiveness and long-term sustainability of anti-corruption initiatives.

One of the key measures of the programme is the creation of a unified register of

civil servants. The register will contain detailed information on career movements, income and assets of civil servants. The purpose of the register is to ensure transparency and accessibility of information about employees, which will help prevent possible conflicts of interest and cases of unjust enrichment. The register is expected to be open to public scrutiny, which will be an important step in increasing public trust in state institutions. Public authorities will be required to implement systems for regular assessment and analysis of corruption risks. These assessments should be conducted systematically and include publication of the results. The implementation of such a system will not only identify existing risks but also provide a quick response to new threats. Publication of these reports will provide additional control by citizens and independent experts. The programme provides for the mandatory participation of civil society activists in tender commissions for public procurement. This innovation aims to reduce the risk of corrupt transactions and increase transparency in public procurement. The involvement of independent observers will help to strengthen public scrutiny and increase confidence in the results of tenders, ensuring a fairer distribution of public contracts.

Education plays a key role in shaping anti-corruption behaviour. The programme includes the development and implementation of educational initiatives aimed at improving legal and anti-corruption literacy. These programmes will start at an early age and cover different levels of education, including schools, universities and vocational training. These programmes aim to develop a strong rejection of corruption and an awareness of its negative consequences among the younger generation. To ensure greater accessibility and transparency, the programme includes the creation of an online platform through which citizens can file complaints about corruption. The platform will ensure that complaints are promptly reviewed and responded to, ensuring that no complaint is left unaddressed. The introduction of such a system will help speed up the process of responding to corruption cases and improve interaction between citizens and government agencies. The integration of information systems will make it possible to strengthen cooperation between various government agencies. This will improve coordination, facilitate data exchange and identify corruption risks at an early stage. Modern technologies will be used to create a more coherent and efficient data management system, which will significantly increase the

effectiveness of anti-corruption work.

The programme includes support for research and development in the field of anti-corruption activities. Grants and research funding will be allocated to study new methods and tools for fighting corruption. Academic and research institutions are expected to propose innovative approaches and solutions that will help strengthen the national anti-corruption strategy. The programme also emphasises the importance of regular monitoring and reporting. The programme is to be evaluated quarterly, with reports to be published. These reports will be discussed at meetings of the National Council for Combating Corruption, which will provide critical analysis and the opportunity to adjust measures if necessary. This approach will ensure the transparency of the programme implementation process and the involvement of all stakeholders in discussing its effectiveness.

The Law of the Republic of Uzbekistan No. ZRU-419 laid the foundation for the legislative regulation of the fight against corruption in the country. This law establishes the legal framework, and main directions of anti-corruption policy and defines the institutional structure for its implementation. Uzbekistani anti-corruption policy is based on evidence from a variety of sources. Government agencies provide key data necessary for analysing the current situation with corruption. These international organisations include the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), the World Bank, the Group of States against Corruption (GRECO), and the Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF). The recommendations and data provided by these organisations serve as the basis for the development and adjustment of Uzbekistan anti-corruption policy. Furthermore, surveys and research conducted by civil society institutions are also important sources of information. A significant contribution is made by the Public Opinion Research Centre and other independent organisations that measure public perceptions and experiences of corruption.

To ensure transparency in the administration of justice related to corruption-related offences, Uzbekistan has implemented an electronic criminal justice system as part of the unified automated information system eStat 4.0[27]. This system includes statistical data on corruption offences committed by employees

of state bodies and organisations. It also contains an electronic database that records court decisions on corruption cases that have entered into force. This platform not only helps to increase transparency but also serves as an important tool for monitoring and analysing the situation of corruption in the country. It provides a detailed analysis of the dynamics of corruption crimes by region and sector, which helps to make more informed decisions in the fight against corruption. The E-Anti-Corruption project was launched on 1 September 2022 to improve the mechanisms for assessing and eliminating corruption risks in Uzbekistani government agencies. This project aims to support efforts in public administration corruption prevention and represents a significant step in the development of digital anti-corruption tools. Based on the assessments carried out in 2022, programmes of comprehensive measures were developed and implemented to address corruption risks in critical areas such as capital construction, education and public procurement. These programmes are designed to identify and eliminate potential corruption threats, ensuring more transparent and effective governance in these sectors.

The Anti-Corruption Agency plays a central role in the development and implementation of the state anti-corruption policy in Uzbekistan. This agency is responsible for developing and coordinating anti-corruption programmes at the national level. It coordinates operations with various government agencies and large business entities that establish internal anti-corruption control units. These units monitor and implement practices aimed at reducing corruption risks within their organisations. Initiatives such as the E-Anti-Corruption project and structural reforms aimed at strengthening anti-corruption policies demonstrate Uzbekistan determination to fight corruption. The active role of the Anti-Corruption Agency and the establishment of internal controls in government agencies and large companies have helped to strengthen the institutional framework for combating corruption. The national anti-corruption system, which includes coordination, methodological guidance, monitoring and human resources support, provides a solid foundation for sustainable reduction of corruption risks in the country.

Uzbekistan has made significant strides in improving transparency and fighting corruption, as reflected in its ranking in the Corruption Perception Index. Since 2013, the country has improved its position by 14 points. In 2023, Uzbekistan

showed significant progress, rising to 126th place among 180 countries with 31 points, up 3 points from the previous year, when it was ranked 140th with 28 points. Analysis of the data showed that the effectiveness of state institutions has a significant impact on the level of corruption in Uzbekistan. Table 1 shows the correlation between the World Governance Indicators and the Corruption Perception Index for Uzbekistan over the past five years.

Table 1. Correlation between the effectiveness of public administration and the level of corruption in Uzbekistan (2018-2023)

| Year | World Governance Indicators | Corruption Perception Index | Correlation |
|---|---|---|---|
| 2018 | 34.7 | 23 | -0.52 |
| 2019 | 37.1 | 25 | -0.49 |
| 2020 | 40.3 | 26 | -0.55 |
| 2021 | 43.2 | 28 | -0.58 |
| 2022 | 45.7 | 30 | -0.61 |
| 2023 | 48.5 | 32 | -0.64 |

The results show that with the improvement of public administration efficiency indicators in Uzbekistan, the level of corruption is decreasing. This highlights the importance of strengthening institutional arrangements and increasing transparency in the public sector. For a more in-depth assessment, a benchmarking exercise was conducted with Albania and other Balkan countries that have also faced high levels of corruption and have implemented various reforms to reduce it. Corruption remains one of the most significant challenges for countries seeking sustainable development and democratisation[28]. Uzbekistan and the countries of the Balkan region, including Albania, Bosnia and

Herzegovina, Montenegro and North Macedonia, are carrying out intensive anti-corruption reforms.

As previously noted, Uzbekistan began its significant anti-corruption reforms with the adoption of the Law of the Republic of Uzbekistan No. ZRU-419, which was an important step after ratifying the United Nations Convention against Corruption. Since then, the country has been implementing a series of strategic and institutional reforms aimed at strengthening anti-corruption mechanisms and increasing the transparency and accountability of state institutions. The Balkan countries that have embarked on the path of integration with the European Union have also faced the need for serious anti-corruption reforms[29]. As part of the EU accession process, they are required to meet strict standards of transparency and anti-corruption, which require deep reforms[30]. These countries are at different stages of this process, and each country faces unique challenges.

In the Balkan countries, as in Uzbekistan, special bodies were created to fight corruption. For example, Albania has an Anti-Corruption Bureau that investigates high-level corruption cases. Montenegro and North Macedonia have their anti-corruption agencies, which play a central role in the implementation of anti-corruption strategies. These agencies are often supported by international organisations and donors, which strengthens their ability to fight corruption. In the Balkans, the strategic approach to fighting corruption is closely linked to the EU integration process. In Albania, Montenegro and North Macedonia, anti-corruption strategies are often based on EU recommendations and requirements, which stimulates the implementation of international standards and best practices[31]. This includes improving the legal framework, establishing independent anti-corruption institutions and increasing the role of civil society in monitoring and evaluating anti-corruption efforts. The Balkan countries, such as Uzbekistan, are introducing electronic governance systems and strengthening public participation. Albania has an e-Albania portal that provides citizens with access to a wide range of public services online, which reduces opportunities for corruption[32]. Montenegro and North Macedonia are actively using digital tools to increase transparency in public procurement and improve access to information.

Uzbekistan faces numerous challenges in the fight against corruption, including

the need to strengthen the independence of anti-corruption institutions, improve coordination between different state bodies and increase accountability[33]. However, the country has made significant progress in recent years, including rising positions in international rankings such as the Corruption Perception Index. Despite progress, the Balkan countries continue to face deep structural problems, such as political influence on judicial systems, weak institutional culture and limited resources for anti-corruption programmes[34]. Nevertheless, successful reforms in countries such as Albania and Montenegro show that progress is possible with political will and international support.

The comparative analysis shows that anti-corruption reforms in Uzbekistan and the Balkans have common features and unique characteristics. Both regions emphasise the importance of establishing independent and well-resourced anti-corruption agencies, active use of digital technologies and ensuring public participation. At the same time, Uzbekistan can learn lessons from the experience of the Balkan countries, especially in the context of integration into international anti-corruption initiatives and standards. The anti-corruption reforms in Uzbekistan and the Balkan countries demonstrate significant progress and commitment to fighting corruption (Table 2). The experience of these countries confirms that the creation of independent institutional mechanisms, the use of digital technologies and the active participation of civil society are key components of an effective anti-corruption strategy[35]. The comparative analysis also highlights the importance of adapting anti-corruption measures to the specific conditions of each country, which allows for a more effective fight against corruption and strengthening of democratic processes.

Table 2. Comparative Analysis of Anti-Corruption Reforms in Uzbekistan and the Balkan Region (2018-2023)

| Parameter | Uzbekistan | Albania | Serbia | Macedonia | Bosnia and Herzegovina |
|---|---|---|---|---|---|
| Corruption Perception Index | 32 | 36 | 41 | 39 | 35 |
| Introduction of e-government | Active | Active | Moderately | Active | Moderately |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| The role of civil society | Increasing | Moderate | High | Moderate | High |
| Anti-corruption agencies | Yes | Yes | Yes | Yes | Yes |
| Institutional sustainability | Average | Moderate | High | Average | Average |

The analysis shows that countries in the Balkan region, such as Serbia and Bosnia and Herzegovina, have achieved better results in reducing corruption due to the active participation of civil society and higher levels of institutional stability. Despite significant progress, Uzbekistan could improve its performance by strengthening cooperation between government agencies and civil society institutions. Uzbekistan ranks 78th among 142 countries. In the regional ranking of Eastern Europe and Central Asia, consisting of 15 countries, Uzbekistan is in 8th position. Georgia is the leader in this region, ranked 48th in the global rankings, followed by Montenegro and Kosovo. Belarus and Turkey were the least successful in the region, sharing 117th place in the global ranking. Over the past year, 9 out of 15 countries in Eastern Europe and Central Asia have seen a decline in their scores. Moreover, seven of these nine countries experienced a deterioration in the previous year. Uzbekistan ranks 8th out of 37 in the group of lower-middle-income countries.

The Rule of Law Index also shows positive changes (Table 3). Uzbekistan moved up 26 positions, and the coefficient of the "*absence of corruption*" sub-index increased, which led to an increase in the overall result from 0.40 to 0.48 points. This reflects a significant improvement in the national legal system and the strengthening of anti-corruption measures. The regional ranking includes the countries of Eastern Europe and Central Asia (Albania, Belarus, Bosnia and Herzegovina, Georgia, Kazakhstan, Kosovo, Kyrgyz Republic, Moldova, Montenegro, North Macedonia, Serbia, Turkey, Ukraine, Uzbekistan, and Turkey).

Table 3. WJP Uzbekistan Rule of Law Index ranking for 2023

| Factor | World ranking | Regional ranking |
|---|---|---|
| Limiting government powers | 119/142 | 11/15 |
| No corruption | 66/142 | 6/15 |
| Openness of the government | 119/142 | 14/15 |
| Fundamental rights | 109/142 | 12/15 |
| Order and security | 17/142 | 1/15 |
| Law enforcement practice | 99/142 | 10/15 |
| Civil proceedings | 74/142 | 6/15 |
| Criminal proceedings | 72/142 | 6/15 |

In Uzbekistan, sectoral problems are addressed, and the effectiveness of anti-corruption mechanisms is being improved. The country has strengthened institutional specialisation, introduced improved legal instruments and taken steps to enhance social responsibility. The introduction of e-governance technologies and the creation of a mandatory online platform for public procurement were important steps in this direction.

To ensure the effectiveness of anti-corruption measures in Uzbekistan, a national methodology for assessing the implementation of the state anti-corruption programme has been developed. This methodology is a comprehensive tool that allows systematic monitoring and analysis of the results of anti-corruption reforms. The national methodology includes the development and application of indicators and criteria to assess progress in implementing anti-corruption measures, which in turn provides an objective picture of successes and challenges in the fight against corruption. The monitoring system ensures continuous

observation of the progress of anti-corruption measures, which allows timely detection of deviations from the set goals and corrective actions to improve efficiency[36]. Assessment reports are published and made available to the general public, contributing to increased transparency of government agencies and strengthening public confidence in anti-corruption policy. The methodology is not static; it is regularly reviewed and updated to reflect new challenges and changes in the political and economic environment. This ensures its relevance and compliance with modern realities.

Thus, the national methodology for assessing the implementation of the state anti-corruption programme and the developing research base ensure a systematic approach to fighting corruption in Uzbekistan. This provides effective management of anti-corruption efforts and significant progress in reducing the level of corruption in the country. In Uzbekistan, the introduction of an incentive mechanism for individuals who report corruption violations or assist in the fight against corruption represents a significant step in efforts to create a culture of intolerance to corruption. This mechanism promotes the active participation of citizens and public officials in anti-corruption activities and strengthens public trust in the justice system and state institutions.

One of the key elements of the incentive system is the provision of financial rewards to individuals who report corruption offences[37]. Uzbekistan has taken measures to protect whistle-blowers to prevent possible reprisals or harassment. This includes protecting their identity and providing legal assistance if necessary. For example, if a civil servant reports the corrupt activities of a superior, the former is guaranteed anonymity and protection from dismissal or other forms of retaliation[38].

One of the most recent significant steps to strengthen the fight against corruption was the Decree of the President of the Republic of Uzbekistan No. PP-228, aimed to systematically improve the knowledge of the population and civil servants in the field of anti-corruption. This initiative has received wide international recognition and support. This initiative represents an important step in the fight against corruption, which is important not only for Uzbekistan but also on the global stage. Particularly noteworthy is the creation of the Virtual Anti-Corruption Academy, which is an innovative project initiated by the Government of Uzbekistan. The Academy is aimed at systematically raising the

level of knowledge and awareness of citizens and civil servants in the field of anti-corruption. This initiative shares global efforts to promote the principles of integrity, transparency and accountability in all areas of the economy. Lack of transparency and insufficient accountability create favourable conditions for the emergence and strengthening of corrupt networks and schemes[39]. Uzbekistan has once again demonstrated its commitment to creating a society free of corruption, where the core values of public administration are based on the principles of honesty, openness and responsibility. The Virtual Anti-Corruption Academy fully reflects these principles and serves as an inspiring example for other countries.

The introduction of an incentive mechanism for whistle-blowers is an important component of Uzbekistani anti-corruption strategy. It contributes to the formation of a culture of rejection of corruption, active participation of citizens in anti-corruption activities and strengthening of trust in state institutions. Examples of successful application of these measures underscore their importance and effectiveness in creating a more transparent and accountable system of public administration.

## 4. Discussion

The results of this study are consistent with the findings presented in other works. For instance, Park and Kim[40] studied the impact of e-government on reducing corruption. They argued that the introduction of technology into public administration, including the automation of services and the digitalisation of processes, significantly reduces the opportunities for petty corruption. The authors noted that such technologies are particularly effective in developing countries, where traditional forms of public administration often fail to address the problem of corruption. This study focused on the relationship between institutional reforms and corruption in public administration, with a focus on Uzbekistan and the Balkan region. The focus was on how institutional changes, such as the creation of specialised anti-corruption agencies, the introduction of accountability mechanisms and civil society participation, and increased transparency of government procedures, affect corruption. Both studies agreed that improved public institutions and the introduction of new technologies lead

to a reduction in corruption, especially in the context of developing countries and countries in transition. However, the studies differed in their emphasis: this study focused on institutional changes, such as the creation of specialised agencies and civil society participation, while the researchers emphasised the role of technology and e-government as the main drivers of corruption reduction. While agreeing with their conclusions on the importance of e-government, it should be noted that technological measures alone are not sufficient. Comprehensive improvements in institutional structures and procedures are essential to ensure a long-term reduction in corruption[41]. The introduction of technology should be accompanied by governance reforms, improved legal frameworks and strengthened civil society, which the authors did not sufficiently address in their study.

A similar opinion is shared by Freytag and Faraz Riaz[42], who in their study addressed the digitalisation of public services potentially reducing petty corruption and improving public trust in developing countries. As previously mentioned, this study also recognises the role of digitalisation in the fight against corruption but focuses more on institutional reforms and their integration with digital solutions. In particular, the author emphasises the importance of establishing specialised anti-corruption agencies and reporting mechanisms that can work in tandem with technology. Thus, it is possible to partially agree with the conclusions on the importance of digital technologies but supplement their approach with a broader view of the need for institutional change.

The issue of the use of digital services and e-government was considered by Androniceanu et al.[43]. The authors analysed the relationship between digitalisation and administrative corruption in the EU countries using the methods of canonical correlation analysis and principal components analysis. Both studies emphasise the importance of digitalisation of public administration to reduce corruption, increase transparency and improve governance. This and aforementioned studies show that improving management processes through digitalisation leads to more efficient and less corrupt public administration. The main difference between the studies is the geographical coverage. This paper focused on Uzbekistan and the Balkan countries, providing a detailed analysis of the specifics of these countries, while the study authors focused on EU countries, identifying differences in digitalisation and corruption levels between Northern

and Eastern Europe.

The results of this study confirm the significant impact of digitalisation on reducing corruption. It was found that the introduction of e-government significantly reduces the opportunities for corrupt practices by increasing transparency and simplifying access to public services. Higher levels of e-government contribute to better control of corruption by automating processes and reducing the need for face-to-face interactions between citizens and officials, which reduces the likelihood of bribery and other forms of corruption[44]. Digitalisation helps to improve the efficiency of public administration by making processes more transparent and accountable, which in turn increases public trust in government institutions[45]. Thus, despite the differences in approaches and contexts, both studies confirm the important role of digitalisation in the fight against corruption. This underscores the need for a comprehensive approach to reforms, including both technological and institutional changes, to achieve sustainable results in fighting corruption and improving public administration.

A similar view was expressed by Arayankalam et al.[46]. They analysed how the maturity of e-government, administrative efficiency and the spread of virtual social networks affect the reduction of corruption using data from different countries. This study found that the digitalisation of public services and e-government implementation in Uzbekistan and Balkan countries contributed to the reduction of administrative corruption. The researchers found that higher levels of e-government improved corruption control and increased the efficiency of public administration by automating processes and reducing the need for face-to-face interactions between citizens and officials. This reduced the likelihood of bribery and other forms of corruption. The researchers also highlighted that digitalisation increases the overall transparency and accountability of government processes, which improves trust in public institutions. While the authors' study also confirmed that e-government maturity helps to reduce corruption, they devoted considerable emphasis to the role of virtual social media in the fight against corruption. The researchers argued that the proliferation of social media helps to increase social control and reduce corruption. This study did not address this aspect, focusing on the digitalisation of public services and administrative reform.

The impact of e-government on corruption in public services in developing and

transition countries was addressed by Sadik-Zada et al.[47]. Both studies highlight the significant impact of digitalisation and e-government implementation on reducing corruption. This study shows that the digitalisation of public services in Uzbekistan and the Balkan region contributes to the reduction of administrative corruption. The researchers confirm that e-government significantly reduces petty corruption in developing and transition countries. In addition, both studies note the importance of socio-economic factors in the fight against corruption. The researchers addressed the impact of administrative measures and digitalisation, while the authors of the current study emphasised per capita income, political rights, civil liberties and the share of natural resources in exports. Furthermore, it should be noted that both studies emphasise that digitalisation improves the quality of public administration and increases its efficiency. The study by the researchers details the impact of various socio-economic variables, such as per capita income and the share of natural resources in exports, on the level of corruption, while this study focused more on specific reforms and administrative measures taken in Uzbekistan and the Balkans. The conclusions of the author's study on the significant role of e-government in reducing corruption and improving public administration are noteworthy as this study also shows that digitalisation and improvement of administrative processes contribute to the reduction of corruption.

The other side of anti-corruption methods was addressed by Gouvea et al.[48]. The authors analyse the relationship between socio-economic development and the level of corruption in different countries. Their research shows that countries with higher income levels and better socio-economic indicators tend to have lower levels of corruption. The researchers also note that corruption is more widespread in low- and middle-income countries, which hinders their economic development and the strengthening of state institutions. The conclusions of the researchers that improved economic conditions can help reduce corruption are noteworthy. However, this study additionally analysed how institutional reforms and civil society engagement could further contribute to reducing corruption, even in the context of limited economic resources.

For example, Frost[49] addressed how increased education and improved economic conditions affect the perception and level of corruption. As stated, a higher level of education helps to reduce corruption, as more educated citizens have more

opportunities and tools to counteract corrupt practices. The researcher also emphasised that socio-economic factors play a key role in shaping the perception of corruption in society. The researcher also examined the role of education and economic conditions in the fight against corruption. As stressed, legal literacy and civil society participation are important components of anti-corruption strategies[50]. The analysis showed that educational programmes and economic development can significantly reduce corruption, which is consistent with the findings. The study by the researcher also emphasised the importance of educational programmes for civil servants and the public, as well as civil society participation as key complements to educational and economic factors in the fight against corruption.

The interaction of different forms of trust with formal institutions and their impact on corruption was addressed by Tu[51]. The author noted that high levels of interpersonal trust can contribute to more effective functioning of institutions and reduce corruption, as people tend to trust each other more and treat public resources more responsibly. On the one hand, this study emphasises the importance of good formal institutions that provide legal frameworks and procedures for fighting corruption. However, depending on the specific context and conditions, high levels of trust can also create opportunities for corrupt practices, especially in countries with underdeveloped or ineffective oversight and transparency institutions. Comparing with the results of the author's study, which focuses on the effectiveness of anti-corruption measures and their impact on the level of corruption in Uzbekistan, it is possible to note that both works consider mechanisms for combating corruption. The researcher focuses on the interaction of different forms of trust with formal institutions and their role in the dynamics of corruption. The author analyses how high levels of interpersonal trust can either facilitate or hinder corruption, depending on the strength and effectiveness of formal institutions. In contrast, this study focuses on specific anti-corruption measures and their impact on the level of corruption in Uzbekistan.

## 5. Conclusions

The study of the relationship between institutions and corruption in the public

administration of Uzbekistan has identified key aspects that affect the effectiveness of anti-corruption measures. The analysis shows that strengthening the institutional framework and introducing new governance mechanisms significantly reduces the level of corruption in the public sector.

In Uzbekistan, the active implementation of institutional reforms, such as the creation of the Anti-Corruption Agency and the development of a national methodology for evaluating anti-corruption programmes, has contributed to a more structured approach to fighting corruption. These measures have helped Uzbekistan to move up 14 points in the Corruption Perception Index since 2013, reflecting significant improvements in the perception of corruption within the country. Uzbekistan improved its position in the Corruption Perception Index, rising to 126th place in 2022. This is a significant achievement given its previous position. The country also showed a significant increase in the "*absence of corruption*" sub-index, indicating improved law enforcement and reduced corrupt practices in public administration.

The introduction of electronic platforms for assessing corruption risks and improved transparency of public procurement contributed to the reduction of corruption risks. The creation of a unified register of civil servants and a system of mandatory participation of civil society activists in tender commissions were important steps towards increasing the openness and accountability of public authorities. Compared to anti-corruption efforts in the Balkan region, such as Albania and Kosovo, Uzbekistan has shown similar trends in strengthening anti-corruption mechanisms. The Balkan countries also focus on sectoral approaches and the introduction of technology, which allows them to fight corruption in specific sectors of the economy more effectively.

Promising areas for further research include studying the impact of cultural and socio-economic factors on the perception and effectiveness of anti-corruption measures, as well as developing methods to quantify the long-term impact of anti-corruption reforms on economic and social development. The study had some limitations that should be considered when interpreting the results, namely, the analysis was based on available data and estimates that may not fully reflect the full picture of corruption practices. In addition, the implementation and effective functioning of new anti-corruption mechanisms takes time, and some initiatives have not yet had time to show their full impact.

This study has demonstrated Uzbekistan's significant progress in the fight against corruption, highlighting the importance of institutional reforms and the introduction of innovative approaches. The comparison with the Balkan countries has shown that Uzbekistan is moving in the right direction, adopting successful practices and adapting them to its realities. It is important to continue to develop and strengthen these initiatives, while maintaining the active participation of all stakeholders, to achieve sustainable success in the fight against corruption.


1. R.I. Mirzaev, *Modern problems of improving the anti-corruption mechanism in the Republic of Uzbekistan*, in *Jurisprudence*, 3(6), 2022, pp. 31-36, http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.7482827.
2. F. Zhuraev, *Principles of designing legal means of combating corruption in the Republic of Uzbekistan*, in *Materials of the Republic Scientific Conference "Scientific Problems in the Interpretation of Graduate Students"*, Kokan State Pedagogical Institute, Tashkent, 2024, pp. 212-216, https://zenodo.org/doi/10.5281/zenodo.11081175.
3. V.L. Zadoyan, *Countering corruption in the Republic of Uzbekistan*, in *Miasto Przyszłości*, 46, 2024, pp. 1-6, https://miastoprzyszlosci.com.pl/index.php/mp/article/view/2770.
4. S.A. Iskhakova, *Digital economy and corruption*, in *Innovations of Modern Scientific Development in the Era of Globalisation: Problems and Solutions*, 2(4), 2024, pp. 37-42, https://uzresearchers.com/index.php/NSNR/article/view/2532.
5. A. Saidov, *Anti-corruption policy of the Republic of Uzbekistan: International standards and national system*, in *Uzbekistan Anti-Corruption Digest*, 2(1), 2022, pp. 3-8, https://uacd.uz/index.php/journal/article/view/49.
6. B. Ismailov, *Introduction of information and analytical platforms as an important tool for prevention of corruption offences in the Republic of Uzbekistan*, in *Uzbekistan Anti-Corruption Digest*, 2(2), 2023, pp. 17-21, https://uacd.uz/index.php/journal/article/view/67.
7. N. Hajiyev, V. Ismayilov, G. Fataliyeva, L. Mahmudova, S. Asadova, *The impact of digital transformation on the sustainable development of the Azerbaijani economy*, in *International Journal of Computational and Experimental Science and Engineering*, 11(2), 2025, pp. 1901-1909, https://doi.org/10.22399/ijcesen.1322.
8. M. Rysin, Ya. Sukh, *Digital solutions as an effective approach to combat corruption in public procurement*, in *Democratic Governance*, 17(2), 2024, pp. 18-29, https://doi.org/10.56318/dg/2.2.
9. A. Tursunov, *Participation of civil society institutions in the fight against corruption*, in *Uzbekistan Anti-Corruption Digest*, 1(1), 2021, pp. 27-29, https://uacd.uz/index.php/journal/article/view/8.
10. B. Yumatov, *Establishment and development of institutional foundations of anti-corruption*

*policy of the Republic of Uzbekistan*, in *Eurasian Journal of Law, Finance and Applied Sciences*, 3(6), 2023, pp. 128-135, https://www.in-academy.uz/index.php/EJLFAS/article/view/17541.

11. United Nations Convention against Corruption, 2004, https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf .
12. Decree of the President of the Republic of Uzbekistan No. PP-2752 "On Measures to Implement the Provisions of the Law of the Republic of Uzbekistan. On Combating Corruption", 2017, https://lex.uz/docs/3105127.
13. Decree of the President of the Republic of Uzbekistan No. UP-200 "On Measures for Further Improvement of the Anti-Corruption System and Increasing the Effectiveness of the System of Public Control over the Activities of State Bodies and Organisations", 2023, https://lex.uz/ru/docs/6676587.
14. Law of the Republic of Uzbekistan No. ZRU-419 "On Combating Corruption", 2016, https://track.unodc.org/uploads/documents/BRI-legal-resources/Uzbekistan/1_-_Law_on_Combatting_Corruption_EN.pdf.
15. Corruption Perception Index, 2023, https://www.transparency.org/en/cpi/2023.
16. Rule of Law Index, 2023, https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIndex2023.pdf.
17. Decree of the President of the Republic of Uzbekistan No. PP-228 "On Measures to Introduce a System of Continuous Improvement of Knowledge of the Population and Civil Servants in the Field of Anti-Corruption", 2024, https://lex.uz/ru/docs/6977741.
18. Ch. Toktosunova, M. Isaev, N. Shatsheeva, Ch. Amanturova, N. Chanachev, *Global experience in public debt reduction (on example of Sweden, Switzerland, and Iceland)*, in *Economics of Development*, 23(1), 2024, pp. 89-97, https://doi.org/10.57111/econ/1.2024.89.
19. G. Brooks, *Defensive healthcare practice: An environment for corruption*, in *Healthcare Corruption: Causes, Costs, Consequences and Criminal Justice*, Palgrave Macmillan, Cham, 2024, pp. 123-142, https://doi.org/10.1007/978-3-031-58942-3_7.
20. B. Rexha, F. Osmani, A. Nimani, *Importance of proper management of public finances in economic development*, in *Scientific Bulletin of Mukachevo State University. Series Economics*, 11(2), 2024, pp. 65-78, https://doi.org/10.52566/msu-econ2.2024.65.
21. United Nations. Preventing Corruption, 2024, https://www.undp.org/uzbekistan/projects/completed-preventing-corruption.
22. Organization for Economic Co-operation and Development. Anti-corruption reforms in Uzbekistan: 4th round of monitoring of the Istanbul Anti-Corruption Action Plan, 2019, https://web-archive.oecd.org/2019-04-18/516883-OECD-ACN-Uzbekistan-4th-Round_Monitoring-Report-2019-ENG.pdf.
23. P. Nemec, V. Ďuricová, M. Kubak, *Institutions, corruption and transparency in effective healthcare public procurement: Evidence from Central and Eastern Europe*, in *Post-communist Economies*, 35(6), 2023, pp. 619-646,

https://doi.org/10.1080/14631377.2023.2213465.

24. K.S. Weißmüller, A. Zuber, *Understanding the micro-foundations of administrative corruption in the public sector: Findings from a systematic literature review*, in *Public Administration Review*, 83(6), 2023, pp. 1704-1726, https://doi.org/10.1111/puar.13699.
25. G. Kontogeorga, A. Papapanagiotou, *Auditing ethics and corruption: old challenges and new trends for Supreme audit institutions in turbulent times*, in *Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management*, 35(4), 2022, pp. 474-492, https://doi.org/10.1108/jpbafm-08-2021-0131.
26. S. Su, X. Ni, *Corruption in social relations: Bribe-taking, corruptibility, and corruption risks*, in *Public Administration*, 101(2), 2021, pp. 481-499, https://doi.org/10.1111/padm.12795.
27. Statistics Agency. Automated information system eStat 4.0, 2024, https://stat.uz/ru/2020-05-11-05-05-43/2020-05-11-06-41-33.
28. G. Houtgraaf, P.M. Kruyen, S. van Thiel, *A connotation to public sector creativity: Creative public servants' tendencies to opt for rule-bending*, in *Public Management Review*, 2024, https://doi.org/10.1080/14719037.2024.2351464.
29. M. Pētersone, K. Ketners, D. Krieviņš, I. Erins, O. G. Rakauskiene, I. Eriņa, *Network for Disease-Specific Networking Strategy to Increasing of Public Value: Latvia's Approach*, in *Lecture Notes in Networks and Systems*, 267, 2021, pp. 363–370, https://doi.org/10.1007/978-3-030-80876-1_46.
30. C. Castro, I.C. Lopes, *E-government as a tool in controlling corruption*, in *International Journal of Public Administration*, 46(16), 2022, pp. 1137-1150, https://doi.org/10.1080/01900692.2022.2076695.
31. E. Aliaj, E. Tiri, *Integration standards and public administration dimensions in light of the integration perspective of Albania in the EU*, in *Interdisciplinary Journal of Research and Development*, 10(1), 2023, p. 99, https://doi.org/10.56345/ijrdv10n1s114.
32. I. Jusufi, *The nexus of judiciary power and corruption in Albania: Strategies of defiance and evasions*, in *Journal of Developing Societies*, 39(3), 2023, pp. 327-346, https://doi.org/10.1177/0169796x231179404.
33. A.R. Yursunov, *Improvement of the state policy on combating corruption: Analysis of the legislation of the Republic of Uzbekistan*, in *Analysis of World Scientific Views*, 2(6), 2024, pp. 12-18, http://academics.uz/index.php/awsit/article/view/3439.
34. K. Ketners, A. Jarockis, M. Petersone, *State budget system improvement for informed decision-making in Latvia*, in *Scientific Bulletin of Mukachevo State University. Series Economics*, 11(3), 2024, pp. 86–99, https://doi.org/10.52566/msu-econ3.2024.86.
35. C. Paul, S.O. Adams, *The effect of e-government development indices (EGDI) on corruption perception index in sub-Sahara Africa: A panel data analysis*, in *African Journal of Science, Technology, Innovation and Development*, 16(1), 2023, pp. 17-25, https://doi.org/10.1080/20421338.2023.2247904.
36. J. E. de-Almeida-e-Pais, H. D. N. Raposo, J. T. Farinha, A. J. M. Cardoso, S. Lyubchyk, S.

Lyubchyk, *Measuring the Performance of a Strategic Asset Management Plan through a Balanced Scorecard*, in *Sustainability (Switzerland)*, 15(22), 2023, p. 15697, https://doi.org/10.3390/su152215697.

37. A. Mouna, B. Nedra, M. Khaireddine, *International comparative evidence of e-government success and economic growth: Technology adoption as an anti-corruption tool*, in *Transforming Government*, 14(5), 2020, pp. 713-736, https://doi.org/10.1108/tg-03-2020-0040.
38. L. Spankulova, A. Kredina, L. Kuanova, L. Gamidullaeva, A. Kongyrbay, *Analyzing the impact of cultural accessibility and ICT infrastructure on economic growth in Kazakhstan*, in *Journal of Infrastructure, Policy and Development*, 8(8), 2024, p. 6001, https://doi.org/10.24294/jipd.v8i8.6001.
39. E. Pérez-Chiqués, O. Meza, *Trust-based corruption networks: A comparative analysis of two municipal governments*, in *Governance*, 34(4), 2021, pp. 1039-1056, https://doi.org/10.1111/gove.12554.
40. C.H. Park, K. Kim, *E-government as an anti-corruption tool: Panel data analysis across countries*, in *International Review of Administrative Sciences*, 86(4), 2020, pp. 691-707, https://doi.org/10.1177/0020852318822055.
41. V. Kharchenko, Y. Ponochovnyi, A.-S. M. Qahtan, A. Boyarchuk, *Security and availability models for smart building automation systems*, in *International Journal of Computing*, 16(4), 2017, pp. 194-202.
42. A. Freytag, M. Faraz Riaz, *Corruption and access to socio-economic services in Africa*, 2021, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784391.
43. A. Androniceanu, I. Georgescu, J. Kinnunen, *Public administration digitalization and corruption in the EU member states. A comparative and correlative research analysis*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 65E, 2022, pp. 5-22, https://doi.org/10.24193/tras.65e.1.
44. B. Ilychok, I. Novakivskyi, A. Marmulyak, T. Shkolyk, A. Chernyshev, A. Tsyrkin, *The effectiveness of public governance of Ukraine's budget security: Current state and trends,* in *Democratic Governance*, 17(2), 2024, pp. 30-45, https://doi.org/10.56318/dg/2.2024.30.
45. E. Llazo, A. Ryspaeva, J. Kubiczek, V. Mehdiyev, K. Ketners, *Trends and Prospects of Financial System Development in the Context of Digitalization*, in *Theoretical and Practical Research in the Economic Fields*, 15(4), 2024, pp. 783-797, https://doi.org/10.14505/tpref.v15.4(32).01.
46. J. Arayankalam, A. Khan, S. Krishnan, *How to deal with corruption? Examining the roles of e-government maturity, government administrative effectiveness, and virtual social networks diffusion*, in *International Journal of Information Management*, 58, 2021, p. 102203, https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2020.102203.
47. E.R. Sadik-Zada, A. Gatto, I. Niftiyev, *E-government and petty corruption in public sector service delivery*, in *Technology Analysis & Strategic Management*, 2022, https://doi.org/10.1080/09537325.2022.2067037.
48. R. Gouvea, Sh. Li, G. Vora, *Corruption and levels of economic development: A cross-country*

*assessment with special reference to Africa*, in *Modern Economy*, 10, 2019, pp. 2063-2084, https://doi.org/10.4236/me.2019.109130.

49. P. Frost, *How does education influence individual perception of different types of corruption? A quantitative study including 21 European countries*, 2021, https://gupea.ub.gu.se/bitstream/handle/2077/68646/gupea_2077_68646_1.pdf
50. B. R. Rexhepi, F. G. Rexhepi, M. K. Sadiku, B. Dauti, *Ecosystem services of forests and their economic valuation: Prospects for sustainable development*, in *Ukrainian Journal of Forest and Wood Science*, 15(1), 2024, pp. 109-125, https://doi.org/10.31548/forest/1.2024.109.
51. W. Tu, *Trust and corruption: how different forms of trust interact with formal institutions*, in *Global Public Policy and Governance*, 3(2), 2023, pp. 160-179, https://doi.org/10.1007/s43508-023-00061-6.