

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO
4 / 2025

OTTOBRE - DICEMBRE

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

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

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

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

VICEDIRETTORE E RESPONSABILE DEL COMITATO 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 Kalfèche, 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, 4, p. 35 ss.

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

© 2025 CERIDAP

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

MONICA COCCONI, <i>Il ruolo degli "Important Projects of Common European Interest" nella trasformazione dell'amministrazione industriale europea e nazionale</i>	1
MARA DEMICHELIS, <i>Territorio digitale per una buona amministrazione</i>	27
EMANUELA FURIOSI, <i>Toward an Adaptive Administrative Procedure in the Italian Legal System: Insights from the U.S. Model Adaptive Management Procedure Act</i>	61
LIANA MALKHASIAN, <i>Problem of the Origin and Evolutionary Development of Law</i>	101
NICOLETTA RANGONE, <i>Servizi pubblici economici, tra disservizi locali e divari digitali</i>	129
JACQUES ZILLER, <i>Birth and Growth of French Administrative Law</i>	146

RASSEGNE E COMMENTI

TOMMASO CESAREO, <i>Artificial Intelligence, Technical Discretion, and the Limits of Judicial Review in Italian Public Procurement</i>	174
MARCO GUGLIANDOLO, <i>Al di là della dicotomia command and control – market based instruments: l'evoluzione della mano pubblica nella funzionalizzazione del contratto</i>	207
ALESSANDRO LAURO, <i>In alto mare: il commissariamento delle Autorità di sistema portuale fra conflitti politico-istituzionali ed attese di riforma</i>	242
GIUSEPPE CARLO RICCIARDI, <i>Semplificazione normativa e pubblica amministrazione. La regolazione nel Codice dei contratti pubblici</i> ... 257	

GUY SEIDMAN, *Judicial Review of AI (assisted) Decision-making* 315

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

TOMMASO CESAREO, Dottorando di Ricerca in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Salerno.

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

MARA DEMICHELIS, Ricercatrice (RTDA) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Torino.

EMANUELA FURIOSI, Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi dell'Insubria, PhD in Law & Humanities, Università degli Studi dell'Insubria. Avvocato nel Foro di Milano.

MARCO GUGLIANDOLO, Dottorando inter-Ateneo in Transizione Ecologica (curriculum Diritto Costituzionale e Pubblico) nell'Università degli Studi di Palermo e nell'Università e degli Studi di Messina.

ALESSANDRO LAURO, Ricercatore (RtdB) di Diritto Pubblico nell'Università Ca' Foscari di Venezia.

LIANA MALKHASIAN, Direttore dell'Istituto di Diritto e Relazioni internazionali dell'Università "Yerevan Haybusak", Yerevan, Armenia.

NICOLETTA RANGONE, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università LUMSA.

GIUSEPPE CARLO RICCIARDI, Ricercatore (RTDA) di Diritto amministrativo e pubblico nell'Università degli Studi di Pavia.

GUY SEIDMAN, Professore di Diritto Amministrativo, Facoltà di Giurisprudenza
Harry Radzyner, Reichman University.

JACQUES ZILLER, Già Professore Ordinario di Diritto dell'Unione Europea
nell'Università degli Studi di Pavia, di Diritto Pubblico Comparato e di Diritto
dell'Unione Europea nell'Istituto Universitario Europeo di Fiesole e di Diritto
Pubblico nell'Università Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Il ruolo degli “Important Projects of Common European Interest” nella trasformazione dell’amministrazione industriale europea e nazionale

Monica Cocconi

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-47

L’analisi prende le mosse dall’evoluzione del quadro istituzionale dell’Unione nel settore della politica industriale per poi concentrarsi sul caso specifico degli IPCEI. In particolare, si esaminano: le caratteristiche giuridiche e procedurali degli IPCEI, le modalità di attuazione in ambito nazionale e, infine, le implicazioni in termini di discrezionalità amministrativa, di attivazione di una governance industriale multilivello e, infine, di controllo della Commissione rispetto all’osservanza della disciplina sugli aiuti di Stato. L’obiettivo è quello di valutare in che misura l’azione amministrativa – nelle sue componenti procedurali, istituzionali e organizzative – sia in grado di accompagnare e disciplinare efficacemente politiche industriali selettive, in un contesto in cui la promozione dell’innovazione tecnologica, quella della transizione ecologica e la tutela della concorrenza nel mercato appaiono sempre più intrecciate. La logica che pare improntare l’intervento amministrativo sembra infatti proiettarsi oltre la mera deroga al modello tradizionale degli aiuti di Stato per assumere il profilo di un vero e proprio laboratorio di un’amministrazione pubblica trasformativa e proattiva rispetto al giudizio del mercato.

The role of the “Important Projects of Common European Interest” in the transformation of European and national industrial governance

The analysis begins with the evolution of the EU’s institutional framework in the area of industrial policy, then focuses on the specific case of IPCEIs. Specifically, it examines the legal and procedural characteristics of IPCEIs, the methods of implementation at the national level, and finally, the implications in terms of administrative discretion, the activation of multilevel industrial governance, and the

Commission's oversight of compliance with State aid rules. The objective is to assess the extent to which administrative action – in its procedural, institutional, and organisational components – is capable of effectively accompanying and regulating selective industrial policies in a context where the promotion of technological innovation, ecological transition, and the protection of market competition appear increasingly intertwined. The logic underlying administrative intervention appears to extend beyond a mere derogation from the traditional State aid model, becoming a true laboratory for a transformative and proactive public administration, responsive to market needs.

Sommario: 1. Premessa. Dalla neutralità alla selettività: il cambio di paradigma della politica industriale europea.- 1.1. La nuova strategia industriale dell'Unione europea verso gli obiettivi della transizione ecologica e digitale europea.- 1.2. Il processo di modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato.- 2. Gli IPCEI come modello paradigmatico della nuova politica industriale europea.- 2.1. L'attuazione nazionale degli IPCEI.- 2.2. Profili procedurali: selezione, valutazione dei progetti e concessione dei finanziamenti.- 2.3. Discrezionalità amministrativa strategica e limiti di legittimazione nell'attuazione degli IPCEI.- 2.4. Controllo, trasparenza, accountability.- 3. L'intervento pubblico nell'economia tra regolazione e progettazione strategica.- 3.1. Profili comparati: convergenze e differenze tra alcuni ordinamenti europei.- 4. Le pubbliche amministrazioni alla prova della nuova politica industriale europea.- 5. Gli IPCEI come strumenti di un'amministrazione industriale, europea e nazionale, trasformativa e adattiva.

1. Premessa. Dalla neutralità alla selettività: il cambio di paradigma della politica industriale europea

Le recenti crisi globali che hanno investito anche l'Unione europea – dalla pandemia da Covid-19, all'invasione russa dell'Ucraina, fino alle discontinuità nelle catene globali del valore – hanno evidenziato le fragilità strutturali del sistema economico europeo; si è manifestata, pertanto, la necessità e l'evidenza di un nuovo protagonismo dei poteri pubblici, sia europei sia nazionali, principalmente nella promozione dell'autonomia strategica dell'industria

europea^[1], oltre che nella regolazione delle transizioni ecologica e digitale in atto, e nel favorire una resilienza dell'economia dell'Unione rispetto agli *shock* globali.

Per effetto di tali crisi, l'Unione europea ha avviato in effetti, negli ultimi anni, una rilevante riforma della propria strategia industriale, caratterizzata da un profondo mutamento di paradigma rispetto al modello originario, fondato sulla neutralità delle regole dirette a tutelare la concorrenza nel mercato in chiave orizzontale e non un singolo concorrente e «*volte a lasciare che le dinamiche di tutti i settori procedano per i binari dettati dalle regole generali che governano la "buona" concorrenza tra le imprese»*^[2].

In coerenza con l'impostazione ordoliberale dei Trattati, le istituzioni europee erano infatti tenute a concentrarsi principalmente, fino a qualche anno fa, sulla promozione e la tutela della concorrenza nel mercato, sulla rimozione delle barriere al mercato interno e sul controllo degli aiuti di Stato. La politica industriale veniva concepita unicamente come strumento ausiliario, comunque subordinato alla disciplina della concorrenza e all'iniziativa del mercato unico europeo.

Sintomatico del paradigma precedente, una sorta di architrave della *competition policy* dell'Unione europea, era l'art. 107 TFUE che impone il divieto di qualsiasi forma di aiuto di Stato da parte dei Membri dell'Unione alle proprie industrie nazionali. Il 107 (1) è il cardine della politica europea che regola la competizione tra le imprese all'interno dell'Unione, escludendo l'interferenza di sussidi, di aiuti o altre distorsioni del mercato.

Com'è stato rilevato^[3]: «*La posizione delle istituzioni comunitarie, in origine molto netta, si è attenuata col passare degli anni in risposta alle esigenze contingenti discendenti dalle crisi globali*». In tale quadro, la politica industriale dell'Unione si è progressivamente articolata in forme selettive, mirate al sostegno di settori considerati strategici per lo sviluppo economica e tecnologica dell'Europa.

Uno dei frutti di tale ripensamento è l'introduzione degli IPCEI (*Important Projects of Common European Interest*), inizialmente avviati nel 2013 come *Projects of Common Interest*, PCI, poi riformati una prima volta nel 2014, quando assunsero la denominazione odierna di IPCEI, e, in seguito, nel 2021.

Questi progetti costituiscono «*un'eccezione ai vincoli della competition policy, che permette la concessione di aiuto di Stato a determinate industrie strategiche per*

*l'Unione»^[4]. I progetti industriali classificabili sotto l'acronimo IPCEI utilizzano tecnologie «al momento non presenti su scala globale: da qui la loro rilevanza e la possibilità per gli Stati Membri di concedere un finanziamento che copra fino al 100% dei costi totali di progetti che le sviluppino»^[5]. Gli stessi progetti sono stati inizialmente concepiti come meccanismi di deroga al regime ordinario degli aiuti di Stato, capaci di mobilitare risorse pubbliche e private lungo l'intera catena del valore, con l'obiettivo di realizzare progetti industriali di rilevanza transnazionale. In questo contesto, progetti come l'*IPCEI Microelectronics* e l'*IPCEI Hydrogen* rappresentano casi emblematici della nuova strategia industriale europea.*

Il mutamento di paradigma della politica industriale europea pone questioni cruciali per le pubbliche amministrazioni e il loro diritto, tanto a livello europeo quanto nazionale^[6].

Dalla trasformazione di tale paradigma è discesa, infatti, una rinnovata centralità delle amministrazioni pubbliche nella selezione ed attuazione dei progetti e degli interventi, spesso in collaborazione con soggetti privati e in un contesto di *governance multilivello*.

Si è pertanto assistito ad una riconfigurazione dell'azione amministrativa come intervento pubblico strategico, dove la mera regolazione lascia spazio alla promozione e all'effettiva progettazione strategica degli interventi^[7].

Dinnanzi ai rischi di frammentazione e di opacità dei nuovi interventi, l'azione amministrativa è stata chiamata tuttavia, al tempo stesso, a coniugare esigenze di buon andamento, declinato come efficacia ed efficienza, con la necessità di garantirne comunque ragionevolezza e legalità anche in contesti fortemente innovativi e discrezionali.

Il presente saggio si propone di analizzare gli effetti della nuova politica industriale europea e degli IPCEI sul ruolo delle amministrazioni, europee e nazionali, e del loro diritto.

L'analisi prende le mosse dall'evoluzione del quadro istituzionale dell'Unione nel settore della politica industriale per poi concentrarsi sul caso specifico degli IPCEI. In particolare, si esamineranno: le caratteristiche giuridiche e procedurali degli IPCEI, le modalità di attuazione in ambito nazionale e, infine, le implicazioni in termini di discrezionalità amministrativa, di attivazione di una *governance* industriale multilivello e, infine, di controllo della Commissione rispetto all'osservanza della disciplina sugli aiuti di Stato.

L’obiettivo è quello di valutare in che misura l’azione amministrativa – nelle sue componenti procedurali, istituzionali e organizzative – sia in grado di accompagnare e disciplinare efficacemente politiche industriali selettive, in un contesto in cui la promozione dell’innovazione tecnologica, quella della transizione ecologica e la tutela della concorrenza nel mercato appaiono sempre più intrecciate^[8].

La logica che pare improntare l’intervento amministrativo sembra infatti proiettarsi oltre la mera deroga al modello tradizionale degli aiuti di Stato per assumere il profilo di un vero e proprio laboratorio di un’amministrazione pubblica trasformativa e proattiva rispetto al giudizio del mercato. Tale amministrazione parrebbe dotata di una capacità di integrare l’interesse comune europeo e quello nazionale e, al tempo stesso, le frontiere più innovative delle transizioni ecologica e digitale e delle tecnologie da queste implicate^[9].

1.1. La nuova strategia industriale dell’Unione europea verso gli obiettivi della transizione ecologica e digitale europea

Il cambio di passo della politica industriale europea è stato avviato con la Comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020, «*Una nuova strategia industriale per l’Europa*» aggiornata nel 2021 in risposta agli effetti della pandemia, all’aumento delle tensioni geopolitiche e alla strutturale dipendenza dell’Europa da forniture esterne in ambiti cruciali per la propria competitività economica^[10].

Più nello specifico, la Commissione ha identificato settori industriali strategici – come microelettronica, idrogeno verde, batterie, intelligenza artificiale e *cloud computing* – attorno ai quali costruire un’autonomia strategica europea più solida e meno permeabile alla crisi mondiali esogene.

Tuttavia, il punto di svolta più rilevante della riforma è giunto con l’integrazione degli obiettivi della transizione ecologica e digitale all’interno della nuova politica industriale europea, grazie al Green Deal europeo del 2019 e agli atti di indirizzo strategico che lo hanno seguito^[11].

In particolare, il *Green Deal Industrial Plan* (2023) ha reso esplicita l’intenzione dell’Unione europea di dotarsi di una politica industriale proattiva e

competitiva^[12], volta non solo a permettere e a favorire il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050, ma anche ad attrarre investimenti, stimolare l’innovazione tecnologica e rafforzare l’autonomia strategica dell’UE.

A completamento di questo piano sono state avviate due iniziative legislative fondamentali: il *Net-Zero Industry Act*^[13] e il *Critical Raw Materials Act*. Il primo introduce misure volte a facilitare la localizzazione e l’espansione di impianti per la produzione di tecnologie a zero emissioni nette – quali pannelli solari, elettrolizzatori, pompe di calore, turbine eoliche e sistemi di stoccaggio – con l’obiettivo di raggiungere, entro il 2030, una capacità produttiva interna pari ad almeno il 40% del fabbisogno dell’Unione.

Il secondo mira invece a garantire un approvvigionamento sicuro, sostenibile e diversificato delle materie prime critiche – come litio, cobalto e terre rare – oggi fortemente concentrate in poche aree extra-UE, ma essenziali per le transizioni verde e digitale. La normativa fissa obiettivi vincolanti al 2030 per l’estrazione (10%), la trasformazione (40%) e il riciclo (25%) delle materie prime critiche, stabilisce limiti di dipendenza da singoli Paesi extraeuropei e introduce procedure autorizzative accelerate^[14].

Nel loro insieme, queste iniziative delineano un nuovo paradigma di politica industriale europea, fondata sulla sicurezza strategica, sulla competitività sistemica ma anche sulla sostenibilità ambientale e sociale dell’Unione^[15].

Questi atti hanno trasformato la politica industriale dell’UE in un vero e proprio pilastro delle transizioni ecologica e digitale e della promozione dell’innovazione tecnologica dell’Unione.

1.2. Il processo di modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato

In parallelo al ripensamento strategico in materia di politica industriale, l’Unione europea ha avviato una revisione significativa della disciplina sugli aiuti di Stato, da sempre considerata uno dei vincoli più stringenti all’intervento pubblico a favore delle imprese^[16]. Tale evoluzione normativa si inserisce nel quadro dell’esigenza, divenuta impellente negli ultimi anni, di dotare gli Stati membri di strumenti flessibili e tempestivi per sostenere settori industriali strategici in un contesto internazionale caratterizzato da tensioni geopolitiche, da una

frammentazione delle catene di approvvigionamento e da una competizione tecnologica globale.

In particolare, la Commissione europea ha adottato una serie di atti volti a derogare in via eccezionale alle stringenti regole ordinarie in materia di aiuti di Stato di cui agli articoli 107 e 108 TFUE. Il primo di questi strumenti, il *Temporary Crisis Framework* (TCF)^[17], è stato introdotto nel marzo 2022 per far fronte alle conseguenze economiche e sociali derivanti dall'aggressione militare russa contro l'Ucraina. Questo strumento ha consentito agli Stati membri di adottare misure di sostegno diretto alle imprese colpite dall'impennata dei costi energetici, dalle interruzioni commerciali e dalla volatilità dei mercati, prevedendo soglie più elevate e procedure semplificate per l'autorizzazione degli aiuti.

Successivamente, nel marzo 2023, la Commissione ha adottato il *Temporary Crisis and Transition Framework* (TCTF)^[18], che amplia e rafforza l'ambito applicativo del TCF. Il TCTF non solo proroga la validità delle deroghe introdotte nel 2022, ma le riorienta esplicitamente verso il sostegno alla transizione verde e digitale, in coerenza con gli obiettivi del Green Deal europeo e del *Green Deal Industrial Plan*. In particolare, il TCTF consente agli Stati membri di erogare aiuti sotto forma di sussidi diretti, agevolazioni fiscali o garanzie pubbliche per favorire investimenti in tecnologie pulite, infrastrutture energetiche, produzione di idrogeno, mobilità sostenibile e digitalizzazione industriale.

Un elemento innovativo del TCTF è rappresentato dalla possibilità di parificare i sussidi concessi da Paesi terzi – meccanismo cosiddetto di *matching aid* – al fine di evitare delocalizzazioni di investimenti strategici verso Stati come gli Stati Uniti, che hanno introdotto massicci programmi di incentivazione industriale (come l'*Inflation Reduction Act*). In questo senso, la riforma degli aiuti di Stato diventa uno strumento di politica industriale reattiva, che permette all'Unione europea di salvaguardare la propria capacità tecnologica e industriale nel contesto della competizione globale.

Inoltre, la Commissione ha incentivato l'uso degli *Important Projects of Common European Interest* (IPCEI), che permettono una mobilitazione coordinata di risorse pubbliche per progetti di scala europea in settori ad alta intensità tecnologica, come, ad esempio, le batterie, la microelettronica e l'idrogeno.

In sintesi, la nuova politica industriale europea si configura come una risposta strutturata alle grandi sfide e crisi globali: la doppia transizione ecologica e digitale, la crescente instabilità geopolitica, la concorrenza globale e la necessità di garantire all'UE un'autonomia strategica in settori essenziali per la competitività europea. Il superamento della neutralità del mercato, l'intervento attivo nelle filiere strategiche, la riforma della disciplina sugli aiuti di Stato segnano una discontinuità profonda rispetto al passato e delineano un nuovo modello di *governance* industriale europea^[19].

2. Gli IPCEI come modello paradigmatico della nuova politica industriale europea

All'interno di questo rinnovato assetto di politica industriale e della revisione della disciplina sugli aiuti di Stato, un ruolo sempre più strategico è assunto dagli *Important Projects of Common European Interest (IPCEI)*, previsti dall'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE^[20]. Gli IPCEI costituivano inizialmente una mera deroga al divieto generale di aiuti di Stato, consentendo il finanziamento pubblico di progetti industriali di portata transnazionale, quando questi contribuissero in modo significativo alla crescita economica, all'integrazione del mercato interno, alla coesione territoriale e alla resilienza dell'Unione europea^[21].

Il quadro normativo degli IPCEI è disciplinato da apposite Comunicazioni della Commissione europea, aggiornate nel corso degli anni per adeguarsi alle mutate esigenze del contesto economico e geopolitico. La versione più recente della Comunicazione in materia è stata adottata nel 2021^[22], e introduce criteri più flessibili per valutare la compatibilità degli aiuti concessi dagli Stati membri, in particolare in settori ad alta intensità di ricerca, innovazione e sviluppo tecnologico, come la microelettronica.

Com'è stato evidenziato: «*Più recentemente, poi, nell'aprile del 2025, la Commissione ha avviato (...) l'IPCEI Design Support Hub, che si propone come un organismo tecnico, anche in questo caso volto a facilitare l'attività di Stati membri e di operatori privati nella definizione progettuale e lungo l'iter amministrativo di preparazione e approvazione di ogni singolo IPCEI*»^[23].

A differenza degli aiuti di Stato ordinari, gli *Important Projects of Common European Interest (IPCEI)* si distinguono per una serie di caratteristiche

strutturali che li stanno gradualmente configurando come modelli paradigmatici della nuova politica industriale europea. La correlazione con la nuova politica industriale europea è resa evidente dal fatto che tutti i principali e recenti atti di indirizzo dell'Unione fanno riferimento a questi^[24].

In primo luogo, gli IPCEI presuppongono un elevato grado di cooperazione transnazionale, coinvolgendo più Stati membri e una rete di imprese, università, centri di ricerca e soggetti pubblici e privati, che operano in sinergia per realizzare progetti integrati di interesse comune.

In secondo luogo, gli IPCEI si caratterizzano per la copertura dell'intera catena del valore industriale, dalla fase di ricerca e sviluppo (R&S), fino alla prima applicazione industriale e alla messa in commercio dei risultati, superando la tradizionale frammentazione degli aiuti. Essi prevedono, inoltre, la condivisione dei rischi e dei benefici con la collettività, poiché i progetti finanziati devono generare effetti positivi, i c.d. «*spill-over*».

La Commissione dovrà valutare, inoltre, se il Progetto sia concepito per superare fallimenti di mercato e di sistema che non avrebbero potuto essere affrontati senza sussidio pubblico.

Infine, un elemento cruciale è rappresentato dalla necessità di dimostrare un valore aggiunto europeo: il progetto, per essere approvato dalla Commissione, deve produrre impatti rilevanti a livello dell'Unione nel suo complesso, sia in termini di innovazione tecnologica avanzata, sia di autonomia strategica in settori chiave come l'energia, i microprocessori, la mobilità sostenibile o la digitalizzazione.

In questo senso, i casi dell'*IPCEI Microelectronics* (primo approvato nel 2018 e aggiornato nel 2023) e degli *IPCEI Hydrogen* (*Hy2Tech* e *Hy2Use*, approvati nel 2022), rappresentano applicazioni paradigmatiche di questo strumento. Il primo ha mobilitato investimenti pubblici e privati per lo sviluppo di tecnologie avanzate nei semiconduttori e nei sistemi elettronici integrati; i secondi si concentrano sulla creazione di una filiera europea dell'idrogeno rinnovabile, rispettivamente per usi tecnologici e industriali, con l'obiettivo di favorire la decarbonizzazione, la reinustrializzazione e la leadership europea nel settore.

Sono inoltre cinque, allo stato, le proposte di nuovi progetti in fase di preparazione e di valutazione a livello comunitario^[25].

2.1. L'attuazione nazionale degli IPCEI

Gli *Important Projects of Common European Interest* (IPCEI) si fondano su una forte integrazione tra livello europeo e livello nazionale, tanto in fase ascendente – di proposta e progettazione – quanto in fase discendente – di gestione, attuazione e controllo.

Il coinvolgimento diretto degli Stati membri rappresenta una condizione essenziale per l'attivazione dello strumento, poiché ciascun progetto IPCEI deve essere notificato alla Commissione europea da parte degli Stati promotori, i quali si assumono la responsabilità di selezionare le imprese beneficiarie e garantire la sostenibilità dell'intervento.

Sebbene la Commissione europea mantenga un ruolo di indirizzo strategico e di controllo *ex ante* sulla compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno (ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE), l'attuazione concreta delle misure ricade principalmente sui singoli Stati. A questi spetta non solo il compito di erogare i contributi finanziari e predisporre le procedure amministrative necessarie, ma anche quello di monitorare l'avanzamento dei progetti, verificare il rispetto degli obblighi dichiarati, e assicurare il conseguimento degli obiettivi previsti in sede di notifica.

Nel contesto italiano, tale funzione viene esercitata da una pluralità di soggetti, in un quadro multilivello in cui interagiscono molti attori. L'autorità amministrativa centrale competente è il Ministero delle Imprese e del Made in Italy (MIMIT), che svolge un ruolo di coordinamento generale e di interfaccia con la Commissione. Al suo fianco operano soggetti attuatori dotati di competenze tecniche e operative, come Invitalia, l'ENEA (per gli aspetti tecnologici ed energetici), Cassa Depositi e Prestiti, e – in alcuni casi – anche amministrazioni regionali o enti pubblici di ricerca.

Il nostro Paese, peraltro, si segnala non solo per aver istituito, fin dal 2018, un Fondo per gli IPCEI in cui confluiscono risorse nazionali, regionali, di altre amministrazioni ma anche comunitarie, proveniente ad esempio dal PNRR; ha anche partecipato, finora, a tutti i Progetti approvati dalla Commissione europea. Un'ulteriore specificità del nostro Paese potrebbe essere quella di orientare sempre più i Progetti in una prospettiva coesiva, attuando l'indicazione della disciplina sugli IPCEI per la promozione delle Regioni in via di sviluppo.

Per il futuro si può auspicare che la partecipazione del nostro Paese a tali progetti possa agevolare la sua mobilitazione su iniziative in linea con la struttura industriale italiana e di valorizzare il coinvolgimento anche di piccole e medie imprese.

Questo assetto istituzionale, pur permettendo una maggiore aderenza ai bisogni dei territori e una più ampia diffusione delle ricadute del progetto, comporta anche rilevanti margini di discrezionalità amministrativa, in particolare nella fase di selezione delle imprese e nella definizione delle modalità di intervento.

Ne deriva un sistema complesso, in cui la traduzione degli obiettivi europei in decisioni operative nazionali richiede un equilibrio delicato tra conformità alle linee guida dell'Unione e adattamento alle specificità del contesto interno.

2.2. Profili procedurali: selezione, valutazione dei progetti e concessione dei finanziamenti

La selezione delle imprese partecipanti agli IPCEI avviene, di norma, mediante call pubbliche predisposte dalle amministrazioni competenti degli Stati membri, che definiscono gli ambiti tecnologici e i requisiti minimi per l'accesso al finanziamento.

In Italia, tali procedure sono coordinate dal MIMIT, spesso con il supporto tecnico di agenzie operative (come Invitalia), e prevedono una fase preliminare di manifestazione di interesse, seguita da un dialogo tecnico informale con i soggetti candidati.

Questa fase si distingue per una serie di peculiarità procedurali: l'impiego di criteri di ammissibilità flessibili, in parte modellati sui requisiti generali stabiliti dalla Commissione europea, ma che spesso risultano non del tutto trasparenti nella loro applicazione concreta; la conduzione di valutazioni tecnico-economiche complesse, che richiedono la capacità di analizzare piani industriali avanzati, impatti di *spill-over*, maturità tecnologica e capacità di co-finanziamento privato; la presenza di interlocuzioni informali tra amministrazione e impresa, che assumono un ruolo centrale nella definizione dei contenuti progettuali e nella strutturazione dell'intervento finanziario.

Tale impostazione, se da un lato consente una maggiore flessibilità operativa e un adattamento dinamico dei progetti alle esigenze strategiche nazionali ed europee,

dall’altro amplia i margini di discrezionalità tecnico-amministrativa, sollevando criticità sul piano delle garanzie procedurali.

In particolare, emergono questioni rilevanti di imparzialità, parità di trattamento e accessibilità delle informazioni, soprattutto per gli operatori di piccole dimensioni o meno strutturati.

A complicare ulteriormente il quadro è l’assenza, ad oggi, di una disciplina nazionale organica sulla procedura di selezione IPCEI.

A differenza di quanto previsto in materia di contratti pubblici o concessioni, il procedimento qui appare solo parzialmente formalizzato: la natura derogatoria dello strumento (rispetto alla disciplina generale degli aiuti di Stato), la complessità tecnica dei progetti e la loro componente fortemente innovativa contribuiscono a configurare un sistema frammentato, spesso privo di esplicativi rinvii alla legge n. 241/1990 o ad altri riferimenti codificati del diritto amministrativo nazionale.

2.3. Discrezionalità amministrativa strategica e limiti di legittimazione nell’attuazione degli IPCEI

L’attuazione dei Progetti di Interesse Comune Europeo (IPCEI) rappresenta un ambito paradigmatico in cui l’amministrazione pubblica esercita una forma peculiare di discrezionalità, che potrebbe definirsi strategica^[26]. Si tratta, in effetti, di una discrezionalità che non deriva tanto da una autonoma potestà decisionale quanto dalla necessità di tradurre operativamente, in ambito nazionale, obiettivi politici ed economici formulati a livello sovranazionale, in particolare nell’ambito delle politiche industriali dell’Unione europea.

L’amministrazione agisce così come agente di trasmissione tecnica di una strategia industriale comune, svolgendo però un ruolo attivo e non meramente esecutivo, in quanto dotata di poteri rilevanti di selezione, filtro e modulazione degli interventi.

Si assiste a una funzionalizzazione dell’azione amministrativa a obiettivi di *policy*, che comporta una ridefinizione dei confini tradizionali tra diritto amministrativo e politica economica, con conseguente espansione delle funzioni valutative della pubblica amministrazione nel quadro di strategie europee complesse e multilivello.

La discrezionalità esercitata in sede nazionale, pur formalmente soggetta a vincoli previsti da atti dell’Unione e da provvedimenti ministeriali, assume comunque una forte intensità valutativa.

Basti pensare alla selezione delle imprese partecipanti, alla definizione dei progetti eleggibili, nonché alla struttura giuridica e finanziaria dei contratti di sovvenzione o cofinanziamento.

La Commissione europea, nelle proprie Comunicazioni del 2014 e del 2021 sugli IPCEI, definisce i criteri generali per l’ammissibilità degli aiuti di Stato ai sensi dell’art. 107, par. 3, lett. b) e c), TFUE, ma la concreta attuazione resta affidata agli Stati membri, che assumono il compito di costruire l’architettura nazionale del progetto, selezionando beneficiari e modalità operative.

2.4. Controllo, trasparenza, *accountability*

Tuttavia, questa discrezionalità ad alta intensità deve necessariamente essere inquadrata entro limiti procedurali e sostanziali rigorosi, pena il rischio di azioni arbitrarie o non sufficientemente legittimate.

Il profilo della trasparenza e del controllo assume particolare rilevanza, anche alla luce della dimensione finanziaria dei progetti coinvolti.

Ad esempio, nel caso del progetto *IPCEI Microelectronics II*, l’Italia ha impegnato risorse pubbliche per oltre due miliardi di euro^[27]. Ciò pone interrogativi rilevanti circa l’effettività degli strumenti di vigilanza e responsabilizzazione.

I meccanismi di controllo esterno sono spesso affidati a strutture istituzionali – come la Corte dei conti^[28] o le commissioni parlamentari – che agiscono con strumenti limitati, prevalentemente *ex post*, e senza un’effettiva capacità di incidere sul disegno o sull’attuazione del progetto. Inoltre, si riscontra l’assenza di meccanismi strutturati di partecipazione pubblica, anche nei casi in cui i progetti IPCEI abbiano impatti significativi sull’ambiente o sul territorio.

Sul piano della trasparenza, la documentazione progettuale è spesso inaccessibile o solo parzialmente divulgata, con la frequente invocazione della riservatezza industriale da parte delle imprese coinvolte. In tale quadro la sfida consiste nel preservare i principi fondamentali dello Stato di diritto amministrativo – legalità, trasparenza, responsabilità – in un contesto straordinario e tecnocratico, segnato

da una forte integrazione tra livelli di governo e da una crescente pressione all'efficienza e alla rapidità decisionale.

L'esigenza di salvaguardare forme adeguate di sindacabilità giurisdizionale si intreccia con quella di rafforzare i momenti di valutazione, sia *ex ante* che *ex post*, così da garantire un equilibrio tra la natura strategica degli interventi e la tenuta dei principi della c.d. democrazia amministrativa.

In definitiva, la discrezionalità strategica che caratterizza l'attuazione degli IPCEI riflette l'evoluzione dell'amministrazione pubblica in chiave funzionale e integrata, ma impone anche una rinnovata attenzione alle garanzie procedurali e agli strumenti di controllo. Solo attraverso un rafforzamento dell'*accountability* multilivello sarà possibile coniugare efficacia delle politiche industriali e rispetto dei fondamenti dello Stato di diritto.

3. L'intervento pubblico nell'economia tra regolazione e progettazione strategica

Nel contesto del profondo ripensamento della strategia industriale europea, le amministrazioni contemporanee sono chiamate a confrontarsi con una trasformazione sostanziale delle proprie funzioni. Alla tradizionale attività di regolazione – improntata al rispetto delle regole, all'imparzialità e all'applicazione neutra della legge – si affianca oggi una crescente funzione di progettazione strategica.

Le pubbliche amministrazioni, infatti, sono sempre più coinvolte nell'attuazione di complesse strategie di politica economica, industriale, ambientale e tecnologica, assumendo un ruolo attivo nella definizione e nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile.

Questa evoluzione emerge in modo particolarmente evidente nel quadro della nuova politica industriale europea, che sollecita le amministrazioni non solo a sostenere l'innovazione attraverso strumenti selettivi e incentivi mirati, ma anche a partecipare alla programmazione economica secondo una logica sia settoriale sia territoriale. Inoltre, esse sono chiamate a coordinare una molteplicità di attori pubblici e privati nell'ambito di progetti ad alto impatto strategico, rafforzando le capacità di *governance* e la dimensione collaborativa dell'azione amministrativa.

Si tratta di una trasformazione già emersa in altri ambiti, come le politiche

ambientali o dell'innovazione, ma che oggi acquista una portata sistematica, tale da ridefinire in profondità i confini tradizionali tra pubblico e privato, tra politica e amministrazione, nonché tra diritto ed economia.

In questo nuovo contesto, il diritto dell'economia si evolve progressivamente da diritto essenzialmente della regolazione neutrale a diritto anche dell'intervento strategico selettivo. Tale mutamento implica un ampliamento e una qualificazione della discrezionalità amministrativa, che assume sempre più spesso una connotazione tecnico-programmatica. La legalità, a sua volta, non si esaurisce più nella mera conformità formale alla legge, ma tende a identificarsi con l'adesione coerente a strategie multilivello e a obiettivi pubblici di natura complessa, spesso definiti attraverso strumenti di *soft law*, piani e indirizzi politico-amministrativi di ampia portata.

Anche le forme procedurali risultano profondamente rinnovate, dovendosi adattare a esigenze di rapidità, flessibilità e di gestione integrata di partenariati pubblico-privati, in cui l'efficacia dell'azione amministrativa si misura anche in termini di capacità di coordinamento e di co-progettazione. Questi sviluppi sollevano interrogativi teorici di particolare rilievo: fino a che punto può spingersi la discrezionalità tecnica e strategica senza minare i principi di legalità e controllo? Quali strumenti è possibile adottare per garantire trasparenza e responsabilità democratica in assenza di regole codificate o formalizzate? E, soprattutto, in che misura il diritto amministrativo può – o, addirittura deve – adattarsi alla logica del risultato, senza smarrire le sue garanzie fondamentali?

3.1. Profili comparati: convergenze e differenze tra alcuni ordinamenti europei

Una sintetica analisi comparata, pur limitata ai profili specifici considerati, consente di osservare come la tensione tra funzioni di regolazione e funzioni di promozione non rappresenti una peculiarità dell'ordinamento italiano né un tratto esclusivo del contesto europeo^[29]. Questa rappresenta, piuttosto, una costante delle moderne amministrazioni pubbliche, chiamate a bilanciare l'esigenza di garantire la neutralità dei mercati con la necessità di promuovere lo sviluppo economico e tecnologico. Tale dialettica si declina in maniera differente a seconda delle tradizioni istituzionali, ma ovunque tende a produrre forme

ibride di intervento pubblico, nelle quali la funzione regolatoria si intreccia con quella di sostegno e orientamento alla crescita^[30].

In Francia, la tradizione dello *État stratégique* ha consolidato un approccio fortemente orientato alla programmazione economica e industriale, che affonda le proprie radici già nei decenni successivi al secondo dopoguerra, ben prima che emergessero gli strumenti di governance economica europea. La logica sottesa a tale modello è quella di uno Stato capace non solo di regolare i mercati, ma anche di guidarne l'evoluzione attraverso piani di medio-lungo periodo, l'impiego di strumenti flessibili e la creazione di agenzie tecniche ad alta capacità operativa.

Basti pensare al ruolo svolto per lungo tempo dal *Commissariat général du Plan* e, più recentemente, da strutture come *France Stratégie* o la *Banque publique d'investissement*, che hanno tradotto in scelte operative la visione centralizzata di una politica industriale attiva. La funzione promozionale non appare, in questo contesto, come un'eccezione o una deroga, ma come parte integrante e strutturale dell'azione pubblica, dotata di pari dignità rispetto alla funzione regolativa.

In Germania, al contrario, il federalismo e la tradizione dell'economia sociale di mercato hanno storicamente favorito una concezione dell'amministrazione pubblica più attenta alla neutralità e alla stabilità dei rapporti economici, piuttosto che all'intervento diretto dello Stato. Tuttavia, a partire dagli anni Duemila, di fronte a sfide come la transizione energetica e la digitalizzazione, anche l'ordinamento tedesco ha progressivamente conosciuto un'ibridazione tra regolazione e promozione. L'esperienza della *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, istituzione finanziaria pubblica impegnata a sostenere infrastrutture, piccole e medie imprese e progetti di innovazione, costituisce un esempio paradigmatico di questa evoluzione.

Analogamente, le reti di partenariato industriale e le agenzie di ricerca applicata, come quelle coordinate dai Fraunhofer-Institute, testimoniano la capacità della Germania di coniugare il rispetto della tradizione regolatoria con l'assunzione di funzioni di orientamento strategico. L'amministrazione tedesca, pur mantenendo una forte impronta garantista, ha dunque istituzionalizzato nel tempo funzioni promozionali stabili, rafforzando così la prevedibilità e l'affidabilità dell'azione pubblica.

Se si guarda al caso italiano, il confronto appare meno favorevole. L'azione promozionale, infatti, si è sviluppata in modo frammentario, con iniziative spesso

contingenti e legate a emergenze settoriali o a priorità politiche mutevoli. Mancano, nella tradizione italiana, sia una visione centralizzata e programmatica sul modello francese, sia un processo di istituzionalizzazione delle funzioni promozionali paragonabile a quello tedesco.

Le misure di sostegno alla crescita si presentano frequentemente come interventi eccezionali o derogatori rispetto al diritto amministrativo generale, affidati a commissari straordinari, fondi speciali o procedure accelerate che rispondono più a esigenze di urgenza che a una pianificazione strategica di lungo periodo. Questa impostazione riduce la stabilità del quadro normativo e limita la capacità delle amministrazioni di utilizzare in modo sistematico le risorse disponibili, con conseguenze dirette sulla prevedibilità delle politiche pubbliche e sulla fiducia degli attori economici.

Il raffronto con Francia e Germania mette dunque in evidenza una differenza non tanto di natura concettuale – poiché la tensione tra regolazione e promozione è comune a tutte le esperienze amministrative europee contemporanee – quanto di grado di istituzionalizzazione.

Nei due ordinamenti continentali si riscontra la capacità di costruire strumenti stabili e di lungo periodo, sostenuti da agenzie tecniche e da meccanismi normativi coerenti, mentre in Italia la funzione promozionale tende a rimanere legata a logiche emergenziali e frammentate. La vera sfida, in prospettiva comparata, non è quindi stabilire se le amministrazioni pubbliche possano legittimamente assumere funzioni di promozione, ma piuttosto verificare in che misura esse siano in grado di farlo attraverso strumenti prevedibili, coordinati e capaci di integrarsi con l'ordinario funzionamento del diritto amministrativo.

Alla luce di queste esperienze nazionali e dell'evoluzione del quadro europeo, si pone con forza la questione della definizione di un modello europeo di diritto amministrativo dell'intervento economico. Un tale modello dovrebbe essere in grado di bilanciare l'efficacia dell'azione pubblica con il rispetto dei principi di legalità e garanzia, promuovendo al contempo un'integrazione funzionale tra i diversi livelli di governo. In contesti caratterizzati da elevata complessità tecnica e da dinamiche rapide di trasformazione, diventa inoltre essenziale assicurare all'azione amministrativa forme adeguate di trasparenza, partecipazione e controllo democratico.

Al contempo, si impone una revisione profonda delle culture organizzative, che

favorisca lo sviluppo di competenze interdisciplinari, l'apertura al dialogo con il settore privato e un'attenzione più marcata agli impatti territoriali delle politiche pubbliche.

Il caso degli IPCEI (Importanti Progetti di Comune Interesse Europeo) costituisce un esempio emblematico di come sia possibile integrare visione industriale, cooperazione sovranazionale e intervento pubblico strategico. Al tempo stesso, esso dimostra che questo tipo di approccio richieda un'evoluzione sostanziale del diritto amministrativo, destinata a incidere tanto sulla sua costruzione teorica quanto sulle sue modalità istituzionali di attuazione.

4. Le pubbliche amministrazioni alla prova della nuova politica industriale europea

La rinnovata centralità della politica industriale, sia a livello europeo che nazionale, rappresenta un tornante cruciale per il diritto amministrativo contemporaneo.

Gli strumenti introdotti – dagli Importanti Progetti di Comune Interesse Europeo (IPCEI) ai fondi strategici per l'autonomia tecnologica – non si limitano a rafforzare l'intervento pubblico nell'economia, ma sollecitano una revisione profonda delle categorie concettuali che tradizionalmente regolano l'azione amministrativa in tale ambito.

Come si è evidenziato nel corso di questo saggio, l'implementazione di tali progetti genera una «*amministrazione ad alta intensità strategica*», che si fonda, formalmente, su procedure di matrice europea e nazionale, ma che, nella prassi, esprime forme nuove e ibride di discrezionalità, spesso non pienamente codificate né tipizzate.

Il caso degli IPCEI – in particolare nei settori ad alta tecnologia come la microelettronica o l'idrogeno – costituisce un paradigma emblematico di tale trasformazione. In questi ambiti, le amministrazioni degli Stati membri, in coordinamento con la Commissione europea, selezionano progetti, mobilitano risorse pubbliche e private, costruiscono partenariati industriali e fungono da mediatori tra l'indirizzo politico e la valutazione tecnico-operativa.

In questo scenario, le amministrazioni travalicano i confini della regolazione tradizionale, assumendo anche un ruolo proattivo di promotori

dell’innovazione, della transizione ecologica e della competitività industriale europea. Tale metamorfosi, tuttavia, non è priva di tensioni sistemiche: da un lato, emerge la necessità di agire con rapidità, flessibilità e capacità di risultato; dall’altro, permane l’esigenza di salvaguardare i principi fondamentali del diritto amministrativo, quali legalità, imparzialità, trasparenza e responsabilità.

Come autorevolmente rilevato^[31], la scienza del diritto amministrativo non può limitarsi a registrare passivamente tali mutamenti: è piuttosto chiamata a interiorizzarli criticamente, ridefinendo le proprie categorie epistemologiche. L’emergere di una «*funzione promozionale*» dell’amministrazione richiede, infatti, l’elaborazione di un rinnovato statuto giuridico dell’azione pubblica, in grado di governare la più intensa discrezionalità attraverso innovativi *standard* di ragionevolezza e proporzionalità, di rendere trasparente la logica dei procedimenti e dei criteri di selezione, di articolare sistemi di controllo effettivi e multilivello, e, infine, di strutturare forme di responsabilità coerenti con la natura strategica delle decisioni assunte.

Laddove tali garanzie non siano adeguatamente presidiate, il rischio è duplice: da un lato, lo svuotamento del principio di legalità a favore di una razionalità tecnico-politica, svincolata da regole; dall’altro, un indebolimento strutturale della legittimazione democratica dell’intervento pubblico, in un’epoca già segnata da una crescente vulnerabilità nel rapporto tra cittadini e istituzioni.

5. Gli IPCEI come strumenti di un’amministrazione industriale, europea e nazionale, trasformativa e adattiva

L’inquadramento giuridico degli IPCEI non può esaurirsi nella loro qualificazione come mere deroghe rafforzate al regime ordinario degli aiuti di Stato, pur essendo evidente che essi trovano fondamento nell’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE e nelle Comunicazioni della Commissione che consentono aiuti destinati a «*progetti importanti di comune interesse europeo*».

Si tratta, infatti, di strumenti che travalicano la logica derogatoria, per configurarsi come veri e propri laboratori di amministrazione trasformativa, in cui l’azione pubblica assume forme anticipatorie, adattive e sperimentali, ben oltre le categorie tradizionali di programmazione e regolazione^[32].

L’approccio che caratterizza questi progetti riflette un orientamento fortemente

proattivo: l'amministrazione non si limita a regolare o sostenere dinamiche economiche già dispiegate, ma interviene in una fase embrionale, selezionando e sostenendo iniziative industriali e tecnologiche che precedono la piena immissione nel mercato. Progetti come quelli relativi all'idrogeno verde, ai semiconduttori avanzati o alle batterie di nuova generazione testimoniano questa rilevante vocazione anticipatoria.

In tal senso, gli IPCEI operano come strumenti di *foresight-based governance*^[33], ovvero in cui l'intervento pubblico assume un ruolo predittivo, indirizzando lo sviluppo industriale verso obiettivi strategici ancora in fase di formazione.

Tale dimensione trasformativa è ancora poco tematizzata nella dogmatica del diritto amministrativo europeo, che continua a inquadrare l'azione pubblica prevalentemente entro categorie concettuali consolidate. Tuttavia, la crescente pressione esercitata dalla competizione globale su tecnologie critiche e filiere strategiche impone un ripensamento dei confini funzionali e temporali dell'intervento pubblico.

La nuova politica industriale europea, come delineata nelle comunicazioni della Commissione dal 2020 in avanti, non si limita a correggere fallimenti di mercato, ma mira a costruire proattivamente capacità industriali e tecnologiche, in un'ottica di autonomia strategica e resilienza.

In questo nuovo contesto, gli IPCEI si collocano nell'intersezione tra interesse generale europeo, innovazione industriale e trasformazione dell'azione amministrativa. Le amministrazioni, lungi dal limitarsi a svolgere funzioni di attuazione, assumono un ruolo di architettura strategica e di visione, mobilitando risorse pubbliche e conoscenze tecnico-scientifiche in funzione di obiettivi ancora non del tutto consolidati sul piano economico.

La sfida, evidentemente, consiste nel conciliare questa spinta trasformativa con le garanzie del diritto pubblico, a partire dai principi di legalità, di proporzionalità e di *accountability*, che devono improntare un'amministrazione pubblica non meramente esecutiva.

Un ulteriore profilo distintivo degli IPCEI è rappresentato dall'assenza di una disciplina sistematica vincolante. A differenza degli strumenti classici di politica industriale e di programmazione economica, essi non si fondano su un quadro normativo compiuto e predeterminato, ma su procedure flessibili, spesso extra-normative, frutto di atti della Commissione europea non vincolanti, di accordi

tra Stati membri e di una prassi amministrativa in evoluzione. Questo carattere fluido ha portato parte della dottrina a leggere gli IPCEI come espressione di una «*common law amministrativa europea*»^[34], in cui l’azione pubblica si sviluppa attraverso precedenti, adattamenti successivi, *soft law* e forme di regolazione sperimentale.

In tale contesto, il diritto positivo cede il passo a meccanismi più adattivi e interattivi, fondati su apprendimento continuo e ricalibrazione progressiva delle scelte, secondo la logica della cosiddetta *experimentalist governance*^[35]. La costruzione delle procedure di selezione dei progetti, dei criteri di valutazione, dei contratti di finanziamento e delle modalità di controllo non avviene una volta per tutte, ma attraverso aggiustamenti successivi e circolazione di prassi tra livelli amministrativi, in un’ottica di *governance* multilivello. Il risultato è un sistema che genera regole non attraverso norme generali e astratte, ma mediante l’accumulazione di esperienze e il consolidamento progressivo di *standard*.

L’intensificarsi della discrezionalità amministrativa, che si esplica nella selezione e valutazione dei progetti, si iscrive perfettamente in questa dinamica. Più che rappresentare esclusivamente un rischio – in termini di opacità e di potenziale arbitrarietà – tale discrezionalità può essere interpretata anche come veicolo di emersione di politiche pubbliche complesse, in ambienti connotati da innovazione rapida e da elevata incertezza. In questo senso, la flessibilità e l’asimmetria delle procedure diventano strumenti di adattamento istituzionale, capaci di rispondere alla crescente imprevedibilità dei contesti tecnologici ed economici in cui si inseriscono gli IPCEI.

Tuttavia, proprio questa accentuata flessibilità impone una riformulazione delle garanzie procedurali, che devono essere ripensate in funzione della natura fluida e adattiva del contesto. Le garanzie classiche del diritto amministrativo – fondate su sequenze procedurali codificate e standardizzate – rischiano di risultare inadeguate a regolare un’azione pubblica che si costruisce “in corso d’opera”.

È necessario, quindi, sviluppare forme di *accountability* più raffinate ed evolute, capaci di intercettare e valutare l’azione amministrativa in presenza di procedure non formalizzate, criteri flessibili e interazioni continue tra livelli istituzionali.

Solo attraverso questa ridefinizione delle garanzie sarà possibile mantenere il nesso tra innovazione amministrativa e legittimazione democratica, evitando che

l’eccezionalità si traduca in deresponsabilizzazione.

Gli IPCEI possono essere considerati una delle espressioni più emblematiche della nuova politica industriale europea, fondata sul rafforzamento della capacità tecnologica, sull’integrazione delle filiere strategiche e sulla promozione dell’innovazione in settori ad alta intensità di ricerca e sviluppo^[36]. Essi incarnano il tentativo dell’Unione di costruire strumenti comuni in ambiti, come quello industriale, tradizionalmente dominati dalla competenza nazionale. Tuttavia, nonostante la loro qualificazione formale come progetti «*di comune interesse europeo*», il processo di selezione iniziale avviene prevalentemente su base nazionale o, in alcuni casi, subnazionale, con una forte impronta statale nella definizione delle priorità, nella selezione delle imprese partecipanti e nella strutturazione dei partenariati.

Questa dinamica può generare una tensione irrisolta tra interesse europeo e interessi nazionali^[37], che si traduce in un *trade-off* strutturale: da un lato, gli Stati membri agiscono come promotori e finanziatori principali, preservando un controllo significativo sulla composizione e sugli obiettivi dei progetti; dall’altro, la Commissione europea svolge una funzione di filtro e legittimazione finale, cercando di orientare i progetti verso obiettivi comuni e di lungo termine. Tale tensione, come sottolineato anche in alcuni recenti studi sul ruolo degli Stati membri nella governance dell’Unione, evidenzia il carattere ancora intergovernativo della politica industriale europea.

Per rendere effettiva la vocazione realmente comune degli IPCEI, sarebbe necessario ripensare le forme di rappresentanza dell’interesse generale europeo, includendo meccanismi di consultazione pubblica multilivello in grado di dare voce non solo ai governi nazionali, ma anche agli attori territoriali, sociali ed economici coinvolti nei settori interessati. Una simile evoluzione rafforzerebbe la legittimità democratica di strumenti fortemente tecnocratici^[38], superando la logica della concertazione interstatale e sotponendo i progetti alla fisionomia di un diritto amministrativo europeo inclusivo e partecipativo.

Al di là di questa tensione verticale, gli IPCEI presentano anche un’importante valenza orizzontale: in numerosi casi, essi costituiscono istituzioni ponte tra politiche industriali, ambientali e digitali, operando come *policy integrators*. L’ibridazione tra obiettivi di decarbonizzazione, transizione digitale e competitività tecnologica emerge con chiarezza nei progetti relativi alle batterie,

all'idrogeno e ai semiconduttori, i quali si collocano all'intersezione di più strategie europee (*Green Deal, Digital Compass, Net-Zero Industry Act*). In tal senso, gli IPCEI hanno il potenziale per superare la frammentazione tipica delle politiche settoriali europee, fungendo da catalizzatori di integrazione orizzontale e di coerenza strategica.

Perché tale funzione si realizzi pienamente, è però necessario che le amministrazioni coinvolte acquisiscano una capacità integrativa più sviluppata, non solo sotto il profilo tecnico, ma anche sotto quello istituzionale e procedurale. Ciò implica la costruzione di governance condivise, capaci di gestire la complessità dell'interazione tra obiettivi ambientali, economici e tecnologici, e di garantire una rendicontazione trasparente e multilivello degli esiti raggiunti.

1. In tal senso, si veda soprattutto C. Scarpa, *Cosa c'è di nuovo nella "nuova" politica industriale europea*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2024. S. Tagliapietra, *Le nuove sfide della politica industriale europea*, in *Corriere della Sera*, 6 marzo 2023. Sulla necessità di tutelare l'autonomia strategica dell'industria europea si veda Commissione europea (2021), *Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a stronger Single Market for Europe's recovery*, COM(2021) 350 final.
2. In tal senso sempre C. Scarpa, *Cosa c'è di nuovo nella "nuova" politica industriale europea*, cit.
3. L. Ricci, *Come (e perché) l'Unione Europea sta rilanciando la sua politica industriale*, in www.treccani.it, 2 agosto 2024.
4. L. Ricci, *Come (e perché) l'Unione Europea sta rilanciando la sua politica industriale*, cit.
5. L. Ricci, *Come (e perché) l'Unione Europea sta rilanciando la sua politica industriale*, cit.
6. In tal senso si veda G.P. Manzella, *Politica industriale europea e questione amministrativa. Alcune considerazioni preliminari*, in *Federalismi.it*, 17, 2024.
7. *Amplius* sul tema si veda L. Torchia, *I mercati e la loro disciplina: il bilancio di un decennio*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2024, pp. 315 ss.
8. Per alcuni profili del ruolo delle pubbliche amministrazioni nel favorire il processo di transizione ecologica si v. F. de Leonardi, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 779. Sul tema si veda anche R. Di Pace, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 903 che mette in luce l'emersione di azioni amministrative caratterizzate da una visione strategica e da una programmazione per obiettivi. Si veda anche G. Vesperini (et al.), *L'intervento pubblico a sostegno dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 1183.
9. Ad un vero e profondo mutamento di paradigma dell'intervento pubblico nell'economia allude A. Moliterni, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2024; si veda anche M. Clarich, *Nuovi scenari globali e diritto dell'economia*, in *Riv. reg.*

merc., 2, 2024.

10. Si v. Commissione europea, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM(2020) 102 final; *Aggiornamento della strategia industriale 2021: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa*, COM(2021) 350 final.
11. Si veda F. Munari, *Riconciliare Competitività Industriale e cd. Twin Transition nell'Unione Europea*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2025.
12. Commissione europea, *Un Green Deal industriale per l'era a zero emissioni nette*, COM(2023) 62 final, Bruxelles, 1° febbraio 2023. Sul tema si veda E. Brutti Liberati, *La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2023.
13. Regolamento (UE) 2024/1735 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativo al potenziamento della produzione di tecnologie a zero emissioni nette (*Net-Zero Industry Act*).
14. Regolamento (UE) 2024/1252 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, relativo alla disponibilità e alla sicurezza delle materie prime critiche.
15. In tal senso si veda E. Brutti Liberati, *La nuova strategia industriale europea e la sua sostenibilità politica e sociale*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2024.
16. Si v. M. P. Chiti, *Gli aiuti di Stato nel prisma degli interessi pubblici. Per un rinnovato approccio*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2022, p. 403 che mette in luce il rischio del ricorso a fonti atipiche nel processo di revisione; M. Grillo, *Concorrenza e politica industriale: cosa cambia con la globalizzazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2024; M. Schepisi, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2021.
17. La Commissione Europea ha adottato il “*Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*” con la comunicazione “*Temporary Crisis Framework for State Aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia*” (C(2022) 1890 final) in data 23 marzo 2022.
18. L'adozione formale del TCTF risale al 9 marzo 2023, con la Comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*, Bruxelles, 9 marzo 2023, C(2023) 1711.
19. Per un'analisi più compiuta e sistemica, si veda L. Ammanati, *Per una politica industriale comune. Scelte di governance dell'Unione europea*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2024.
20. Art. 107, par. 3, lett. b), TFUE: «*Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo...*».
21. Si rinvia a G.P. Manzella, *Gli IPCEI come modello della politica industriale europea*, in *Federalismi.it*, 20, 2025. Per la progressiva centralità dello strumento si veda A. Boronat, *IPCEI: a market design tool for pro-competitive industrial policies in Europe?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, pp. 526-536: consultabile in

<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae074>.

22. Commissione europea, *Comunicazione relativa ai criteri per l'analisi della compatibilità degli IPCEI con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE*, 2021/C 528/02, in GUUE C 528 del 30 dicembre 2021.
23. G.P. Manzella, *Gli IPCEI come modello di politica industriale europea*, cit., p. 69.
24. «Prima il "Rapporto Letta" e poi il "Rapporto Draghi" li menzionano» a più riprese. Inoltre, «gli "Orientamenti politici della Commissione" per il prossimo quinquennio ne indicano la centralità nella impostazione economica dell'Unione ed anticipano iniziative per un loro rafforzamento ed una loro diffusione. Lo stesso ribadiscono alcune tra le 'Lettore di Missione' della Presidente von der Leyen ai singoli Commissari, che fanno esplicito riferimento agli "Importanti Progetti". Sino ad arrivare agli atti della Commissione più recenti, come la "Bussola per la competitività", il "Patto per l'industria pulita", la revisione di metà termine della politica di coesione, che anticipano un utilizzo "più ampio" dello strumento, uno snellimento delle sue procedure, meccanismi più agevoli di suo finanziamento» (così, G.P. Manzella, *Gli IPCEI come modello di politica industriale europea*, cit., p. 58).
25. «Esse si concentrano nei settori dei materiali avanzati per le tecnologie 'verdi'; in quello dei servizi legati all'Intelligenza Artificiale, in vista della creazione di un ecosistema europeo; quello delle infrastrutture computazionali; nella prospettiva del mercato unico digitale; quello delle tecnologie avanzate nei semiconduttori, con specifica focalizzazione sulle esigenze del sistema industriale europeo. È stata recentemente annunciata, infine, una nuova iniziativa dedicata alle tecnologie nucleari» (così G.P. Manzella, *Gli IPCEI come modello di politica industriale europea*, cit., p. 72).
26. Tale prospettiva emerge soprattutto negli scritti di M. D'Alberti, fra cui, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008. Si veda anche Id., *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in C. R. Bedogni, P. Barucci (a cura di), *Venti anni di antitrust*, II, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 753 ss.; Id., *Administrative law and the public regulation of markets in a global age*, in S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth (eds.) *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)-Northampton (USA), 2010, pp. 63 ss..
27. Ministero delle Imprese e del Made in Italy, *Comunicati e documentazione ufficiale su IPCEI Microelectronics II*, 2023
28. V. Corte dei conti, Sezione centrale di controllo, *Relazione sulla partecipazione italiana agli IPCEI*, Delibera n. 17/2024/G: «L'assenza di un quadro procedurale unitario espone l'azione amministrativa a rischi di asimmetria informativa e contenzioso».
29. Circa l'esistenza di una funzione anche promozionale delle Pubbliche amministrazioni si veda G. D. Falcon, *La funzione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000.
30. Si veda X. Grousson, *La trasformazione del diritto amministrativo in Europa. La mutation du droit administratif en Europe*, in *Riv. dir. eur.*, 15(4), 2009, pp. 571-573; M. Ruffert, *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit*

- administratif en Europe*, Sellier European Law Publishers, München, 2007, p. 250.
31. S. Cassese (con L. Torchia), *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna 2014: l'autore invita la scienza del diritto amministrativo a reagire alle trasformazioni del contesto, rinnovando criticamente le categorie disciplinari alla luce dei contesti mutati, anziché limitarsi a registrarli passivamente.
 32. Sull'essere avanguardia degli IPCEI, P. Lausberg, V. Folkman, C. Allen, *Making IPCEIs a new vanguard for EU industrial policy*, in *European Policy Centre*, 13 maggio 2025.
 33. Si veda COM(2020)493 – *Strategic Foresight Report*.
 34. Per tale prospettiva si veda G. Della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford University Press, 2016.
 35. Per un inquadramento teorico del concetto di *experimentalist governance*, v. C.F. Sabel, J. Zeitlin, *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, Oxford University Press, 2010.
 36. In tal senso, si veda L. Schmitz, T. Seidl, T. Wuttke, *The costs of conditionality. IPCEIs and the constrained politics of EU industrial policy*, in *Competition & Change*, 2025.
 37. In questo senso, D. Di Carlo, L. Schmitz, *Europe first? The rise of EU industrial policy promoting and protecting the single Market*, in *Journal of European Public Policy*, 2023, p. 2063 (in particolare, al punto 5.4).
 38. Si veda M. Dawson, *The technocratic challenge to European legitimacy*, in *European Law Journal*, 2018, pp. 1-19.

Territorio digitale per una buona amministrazione

Mara Demichelis

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-27

Il contributo analizza la trasformazione digitale del governo del territorio nell'ordinamento giuridico italiano per l'effettività del diritto ad una buona amministrazione nazionale ed europea. Si esamina la necessaria interoperabilità dei dati territoriali che diviene strategica per la gestione amministrativa integrata dei territori, con particolare attenzione alle recenti normative europee e nazionali, ai vincoli procedurali e agli standard per la pianificazione e l'attuazione di politiche territoriali. Vengono delineate le prospettive giuridiche innovative del City Information Modeling (CIM) per la modellazione informativa delle città e per la reingegnerizzazione dei procedimenti edilizi digitali, ed in particolare del permesso di costruire.

Digital Land Management for a Successful Administration

The contribution aims to analyse the digital transformation of land management in the Italian legal system with regard to the effectiveness of the right to good national and European administration. It examines the necessary interoperability of strategic territorial data for the integrated administrative management of territories, with particular attention to recent European and national regulations, procedural constraints and standards for the planning and implementation of territorial policies. It outlines the innovative legal perspectives of City Information Modelling (CIM) and the re-engineering of digital construction procedures, particularly the building permit.

Sommario: 1. Il governo digitale del territorio per una buona amministrazione.- 1.1. Le prospettive dell'integrazione dei dati territoriali verso lo spazio comune europeo dei dati sul Green Deal.- 2. La regolazione europea dell'interoperabilità dei dati quale paradigma per la funzione di governo digitale del territorio

nell'ordinamento nazionale.- 3. Il City Information Modeling (CIM) come metodologia per la buona amministrazione del territorio.- 4. Riflessioni sulle criticità della trasformazione digitale dei procedimenti in materia edilizia: il caso del permesso di costruire.

1. Il governo digitale del territorio per una buona amministrazione

Il^[1] diritto alla buona amministrazione^[2] si afferma come principio fondamentale che caratterizza le relazioni fra cittadini e istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea per l'imparzialità, equità e ragionevolezza dei termini del trattamento, con garanzia di adeguato contraddiritorio, trasparente motivazione e accesso al proprio fascicolo procedimentale^[3].

Il campo di applicazione del diritto alla buona amministrazione in ambito europeo si è nel tempo ampliato, dapprima considerando anche i casi di amministrazione c.d. indiretta^[4] – ove le amministrazioni nazionali operano in attuazione di quelle dell'Unione europea – e, successivamente, rilevando anche nei rapporti tra cittadini e amministrazioni nazionali^[5].

Come è stato sostenuto, nell'ordinamento giuridico italiano, la buona amministrazione si riferisce all'organizzazione pubblica ed all'attività in conformità con i principi costituzionali di imparzialità, buon andamento (art. 97, Cost.) e adeguatezza (art. 118, Cost.)^[6].

Una buona amministrazione, nel senso sopra indicato, può definirsi tale solo se è effettiva, se cioè pone una regolazione intelligente, a garanzia dei diritti di ciascuno^[7].

L'effettività della buona amministrazione fonda, dunque, l'effettività dell'ordinamento giuridico, poiché «[...] senza Costituzione non c'è buona amministrazione (art. 97, c. 2 Cost.) e ora si può replicare che non c'è Costituzione senza buona amministrazione [...]»^[8].

Ad oggi, un ordinamento giuridico che assicura buona amministrazione richiede l'utilizzo degli strumenti digitali e di intelligenza artificiale per il conseguimento di efficienza e adeguatezza dell'azione amministrativa^[9].

Un'adeguatezza anzitutto organizzativa, per la quale le fonti normative assegnano

le funzioni amministrative agli enti capaci di esercitarle^[10], ma che si riflette anche nel contenuto delle decisioni pubbliche, esito di attività conoscitiva il più possibile completa^[11] e fondata sull’analisi di ingenti quantitativi di dati ed informazioni^[12].

Ciò appare rilevante nel settore del governo del territorio^[13], ove la mole di informazioni sullo stato dei luoghi e dei territori viene utilizzata dalle amministrazioni pubbliche a scopo predittivo o conoscitivo^[14] per regolare il territorio e i suoi usi, tra funzioni di pianificazione e attività edilizia^[15]. Basti pensare all’evoluzione della disciplina della cartografia^[16] ed alla progressiva trasformazione dalle mappe da analogiche a digitali, che, ben potendo sovrapporre *layers* di informazioni, forniscono dettagliate rilevazioni da utilizzare per scelte di sviluppo strategico del territorio^[17].

In ambito europeo, il fondamento giuridico della disciplina di governo del territorio può ricondursi alla materia ambientale (artt. 2, par. 2, e art. 4, par. 2, lett. e), TFUE)^[18], la quale attribuisce all’Unione una competenza concorrente la cui incidenza sugli assetti territoriali e sulle scelte urbanistiche degli Stati membri è indiretta, da esercitarsi nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5, par. 3 e 4, TFUE)^[19], con un coordinamento multilivello volto ad assicurare un esercizio coerente della funzione amministrativa^[20]. Ad esempio, può farsi riferimento alle misure dell’Unione in materia di qualità dell’aria o di valutazione ambientale strategica, che producono effetti rilevanti anche sulla pianificazione^[21]. In tale contesto, la trasformazione digitale diviene strumento necessario anzitutto per attuare i vincoli derivanti dal diritto dell’Unione europea, ma anche per il perseguitamento delle strategie sovranazionali di sviluppo sostenibile^[22] e rigenerazione urbana^[23].

L’Unione europea pone altresì obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale (art. 3, par. 3, TUE; art. 4, par. 2, lett. c), e 174 ss. TFUE), mirati alla riduzione del divario tra i differenti livelli di sviluppo delle varie regioni^[24], con attenzione al recupero delle aree meno favorite, attraverso l’elaborazione e l’attuazione di politiche e azioni di coesione (artt. 174-175 TFUE) con il sostegno fornito da fondi a finalità strutturale^[25].

L’azione di accompagnamento allo sviluppo e recupero urbano sostenibile degli Stati membri si attua in ragione del perseguitamento di una migliore qualità della vita sia nelle aree urbane che rurali, con interventi di mobilità sostenibile,

efficienza energetica, infrastrutture di rete, in una transizione «*eco-digitale*»^[26]. L’armonizzazione attuata dall’Unione europea assume, dunque, carattere necessario per conferire effettività alle prescrizioni dell’ordinamento giuridico degli Stati membri in materia ambientale e nel governo del territorio^[27], anche nella realizzazione del principio di sussidiarietà^[28].

Nell’ordinamento giuridico italiano, la disciplina della materia di governo del territorio è attribuita, come noto, alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni (art. 117, co. 3, Cost.). La funzione di gestione del territorio e dei suoi usi è espressione di autonomia regionale e comunale nella tutela di valori costituzionali di rilievo unitario (ambiente e paesaggio^[29]) e richiede oggi l’utilizzo di strumenti digitali per il suo esercizio, a garanzia di buona amministrazione a livello statale, regionale e locale^[30].

Un necessario coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali, quindi, che trova il suo fondamento nella disciplina costituzionale sul coordinamento informatico, informativo e statistico (art. 117, c. 2, lett. r) e che si pone quale presidio della qualità delle basi conoscitive necessarie all’azione amministrativa^[31], sempre in conformità con i principi nazionali di sussidiarietà e adeguatezza (art. 118 Cost.)^[32].

1.1. Le prospettive dell’integrazione dei dati territoriali verso lo spazio comune europeo dei dati sul *Green Deal*

La trasformazione digitale del governo del territorio in ambito europeo si è avviata a partire dalla necessità di coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali degli Stati membri per l’elaborazione di politiche ambientali comuni^[33]. Prospettiva che, ad oggi, si colloca nella più ampia strategia digitale europea per la creazione di spazi comuni di dati^[34], tra cui figurano anche i dati intersetoriali a supporto delle azioni prioritarie del Green Deal^[35].

I primi obblighi europei per gli Stati membri relativi alla costruzione di un’infrastruttura europea di dati geografici e territoriali si riferiscono alla Direttiva INSPIRE (Direttiva 2007/02/CE – *Infrastructure for Spatial Information in Europe*), che ha previsto la creazione di singole infrastrutture nazionali di dati territoriali interoperabili, accessibili e aggiornati, finalizzate a consentire la circolazione transnazionale delle informazioni geografiche e la loro

utilizzazione^[36].

Il recepimento nazionale della Direttiva INSPIRE ha contribuito alla trasformazione digitale del territorio mediante l'istituzione del Geoportale nazionale^[37] e le disposizioni in materia di armonizzazione degli *standard* informativi e tecnici dei metadati^[38].

Nell'ordinamento giuridico italiano, la creazione e l'uso di infrastrutture digitali di raccolta dei dati geografici e territoriali hanno registrato due tendenze evolutive: da un lato, la progressiva adozione, da parte degli enti locali e regionali, di singoli Geoportali regionali e comunali come strumenti di supporto alla pianificazione e alla gestione del territorio a livello locale^[39] e, dall'altro, l'implementazione di banche dati e piattaforme nazionali, quali il Repertorio nazionale dei dati territoriali^[40] e la Piattaforma Digitale Nazionale Dati^[41].

In riferimento al primo aspetto, le Regioni e gli enti locali pubblicano e rendono accessibili dati geografici e informazioni territoriali attraverso il proprio Geoportale, ma l'integrazione tra Geoportali regionali, locali e con quello nazionale non sembra tutt'ora perseguita, in violazione della Direttiva INSPIRE e delle norme di attuazione, che impongono dati territoriali integrati con specifiche comuni «*sino al livello più basso di amministrazione*»^[42], con necessaria interoperabilità e circolazione dei dati tra i diversi livelli di governo (art. 120 Cost.)^[43].

La scelta organizzativa europea di accentrare in infrastrutture comuni tutti i dati e le informazioni appartenenti allo stesso ambito rafforza la necessaria cooperazione^[44], propria anche dell'ordinamento nazionale ove, come si è detto, si conformano infrastrutture serventi l'attività istruttoria di ogni organo ed ente della Repubblica italiana^[45].

Sono rilevanti gli sviluppi normativi e tecnologici per l'evoluzione delle infrastrutture nazionali di dati: il Repertorio Nazionale dei Dati Territoriali (art. 59 CAD), già parte integrante dell'infrastruttura INSPIRE e punto di accesso al patrimonio informativo territoriale, geografico e ambientale del Paese^[46], è definito come base dati di interesse nazionale (art. 60 CAD). In quanto tale, le informazioni in esso contenute sono rese disponibili attraverso la Piattaforma Digitale Nazionale Dati (art. 50-ter CAD), secondo *standard* e criteri di sicurezza definiti^[47].

Il sistema digitale delineato attribuisce dunque allo Stato e alle pubbliche

amministrazioni il compito di raccogliere e rendere disponibili le informazioni e i dati territoriali e ambientali, in un sistema informativo unitario «*che tiene conto dei diversi livelli istituzionali e territoriali e che garantisce l'allineamento delle informazioni e l'accesso alle medesime da parte delle pubbliche amministrazioni interessate*»^[48].

Le amministrazioni pubbliche, titolari delle funzioni di governo del territorio, pianificazione ed edilizia^[49], elaborano atti e provvedimenti amministrativi esito di un'attività conoscitiva che, per definirsi completa, va dunque fondata su dati e standard^[50] nazionali ed europei per l'effettività della buona amministrazione digitale^[51]. Ove non conforme, l'azione amministrativa e gli atti e provvedimenti adottati potrebbero essere esposti ad illegittimità, sindacabili dal giudice amministrativo per annullamento per violazione di legge o eccesso di potere^[52].

2. La regolazione europea dell'interoperabilità dei dati quale paradigma per la funzione di governo digitale del territorio nell'ordinamento nazionale

Nell'ordinamento italiano, l'interoperabilità è definita come la «*caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi*»^[53].

L'attuazione dell'interazione automatica dei flussi di dati tra piattaforme pubbliche richiama la necessaria cooperazione tra questi^[54], tecnicamente regolata dalle linee guida e dalle specifiche del Modello di Interoperabilità della PA (ModI)^[55], elaborato dall'AgID nell'ambito del Piano Triennale per l'Informatica nella P.A.^[56].

L'interoperabilità, come definita, assicura lo scambio di informazioni tra amministrazioni, enti pubblici, livelli di governo – sia “erogatori” che “fruitori” di servizi – in modo continuativo e senza necessità di interventi manuali ripetitivi^[57], contribuendo in tal modo anche all'attuazione del principio del *once-only*^[58] (invio unico del dato).

Principio che, come noto, impone alle amministrazioni di non richiedere a cittadini e imprese dati e informazioni che sono già in loro possesso o che possono essere ottenuti da altre amministrazioni pubbliche^[59], con uno scambio

che configura obblighi volti a realizzare l'unità del patrimonio informativo pubblico tramite l'infrastruttura abilitante della Piattaforma Digitale Nazionale Dati^[60], riducendo gli oneri amministrativi e promuovendo una maggiore efficienza^[61].

Il governo del territorio può qualificarsi come ambito strategico per l'implementazione di un sistema di effettiva interoperabilità: infatti, tale settore è caratterizzato da una varietà di competenze ripartite tra i diversi enti e livelli di governo^[62] e dall'interazione tra differenti banche dati (catastali^[63], ambientali, urbanistiche, paesaggistiche), con ricadute sulla garanzia dei diritti dei privati destinatari dei provvedimenti^[64].

L'acquisizione integrata^[65], da parte degli enti competenti, delle diverse informazioni necessarie all'esercizio della funzione di governo del territorio risulta necessaria per formare una base dati completa, presupposto delle scelte discrezionali di pianificazione che, si ricorda, non è funzionale solo «*all'interesse all'ordinato sviluppo edilizio [...] (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.)*», ma è rivolta anche alla «*realizzazione contemporanea di una pluralità di differenti interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti*»^[66].

L'integrazione dei vari livelli di informazione (*layers*) si è in parte realizzata mediante l'utilizzo dei già richiamati Geoportali che integrerebbero i diversi livelli di approfondimento ed accesso nello sviluppo di un'unica base dati complessiva dell'intero territorio nazionale^[67].

Il quadro nazionale di regolazione dell'interoperabilità si è di recente rafforzato con l'adozione ed entrata in vigore del regolamento europeo “*Interoperable Europe Act*”^[68], fondato sulla necessità di sviluppare l'interoperabilità transfrontaliera dei sistemi informativi e di rete utilizzati per la fornitura o gestione dei servizi pubblici nell'Unione^[69].

L'enunciato obiettivo di tale normativa è lo sviluppo della cooperazione transnazionale per rendere la totalità dei servizi pubblici strategici disponibili *online* entro il 2030, collegando intrinsecamente la digitalizzazione nazionale alla cooperazione in ambito europeo^[70].

Tale obiettivo va realizzato mediante la creazione di un *network of networks* di amministrazioni pubbliche interconnesse a livello transfrontaliero, per superare le barriere legali, organizzative, semantiche e tecniche che ancora persistono^[71]. Una

cooperazione che risulta rafforzata anche dalla previsione di un Comitato^[72], composto da un rappresentante per Stato membro e della Commissione con compiti di sostegno, proposta e analisi di sviluppo (anche organizzativo) dei sistemi interoperabili e che può aprire alla partecipazione della società civile per competenze e consulenza^[73].

Il Regolamento prevede l'istituzione dell'*Interoperable Europe Portal*^[74], punto unico di accesso per la condivisione di soluzioni di interoperabilità, come *software open source* e specifiche tecniche^[75].

La previsione di sviluppo di un'agenda comune per migliorare l'integrazione digitale europea è confermata anche dall'obbligo, per gli Stati membri, di condurre – prima della modifica o introduzione di nuovi sistemi digitali – una valutazione d'interoperabilità (*interoperability assessment*)^[76], requisito giuridico di conformità a tutti i livelli di amministrazione^[77].

La violazione di tale obbligo di interoperabilità e conformità agli *standard* imposti con regolamento europeo configura violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato^[78] con ricadute sul piano nazionale per la mancata adozione di sistemi interoperabili o l'utilizzo di dati incompleti a causa della loro mancata accessibilità^[79].

Il quadro di interoperabilità digitale descritto per un'azione amministrativa coordinata, efficiente e trasparente può costituire, nell'ordinamento nazionale, esempio paradigmatico per una disciplina di governo digitale del territorio costituzionalmente orientata (art. 97 Cost.), ove la leale collaborazione tra gli enti e le banche dati (art. 114 Cost.) possa superare la frammentazione informativa e procedurale tra i diversi livelli di governo, a garanzia di buona amministrazione^[80].

L'interoperabilità di dati e informazioni geografiche e territoriali può incidere in modo determinante sulla completezza e attendibilità della valutazione dell'amministrazione, con l'adozione di atti amministrativi di gestione del territorio^[81] conformi agli *standard* indispensabili per «*quel periodo e in quel territorio: come limiti astratti, o anche solo da atto generale*»^[82].

3. Il *City Information Modeling* (CIM) come metodologia per la buona amministrazione del territorio

La trasformazione digitale delle città e dei territori contribuisce anche allo

sviluppo di strumenti digitali che facilitano l'identificazione degli spazi, degli edifici e del loro stato. L'uso di tali strumenti non è limitato alle c.d. *smart city*^[83], ma può configurarsi come tendenza generale che si applica su scala urbana e territoriale, ove la gestione digitale integrata dei dati geografici, territoriali e urbani ha di recente condotto all'elaborazione del cd. *City Information Modeling (CIM)*^[84].

Il CIM identifica una metodologia avanzata che si pone in continuità e supera la logica del *Building Information Modeling (BIM)*^[85], regolato nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, realizzando un modello informativo integrato a scala urbana e territoriale.

Il *City Information Modeling* costituisce metodologia in grado di connettere, come un gemello digitale (*digital twin*)^[86], ogni intervento urbano al suo ambiente, permettendo di simulare e prevedere l'impatto delle scelte urbanistiche su variabili complesse (economiche, sociali e ambientali)^[87], anche coprendo aree geografiche più ampie. Il riferimento è soprattutto alle aree rurali e ai piccoli comuni, territori tradizionalmente esposti al rischio di marginalizzazione infrastrutturale e divario digitale, ove il CIM può favorire scelte strategiche di evoluzione verso la piena digitalizzazione (*smart lands*, art. 3 Cost.)^[88].

Come nel caso del BIM, la caratteristica principale del CIM è l'approccio collaborativo di condivisione, nello stesso spazio virtuale, di dati eterogenei di natura infrastrutturale, ambientale e gestionale per configurare i possibili scenari, nella realizzazione di modelli informativi integrati della città, sulla base dei sistemi informativi geografici (*Geographical Information Systems - GIS*)^[89].

Le ampie prospettive applicative del CIM considerano la possibilità di simulare scenari, monitorare in tempo reale le infrastrutture, pianificare manutenzioni predittive, integrare analisi ambientali^[90] o implementare sistemi di supporto alle decisioni pubbliche anche per la gestione dei rischi^[91].

L'analisi giuridica del *City Information Modeling* richiama considerazioni in particolare in relazione all'attività amministrativa automatizzata^[92] poichè l'ente territoriale "modellato" potrebbe assumere i caratteri di sistema informativo dotato di autonome capacità di elaborazione, integrazione e trasformazione dei dati.

In tal senso, i sistemi CIM, se applicati ai già esistenti *Geoportali* regionali e locali, integrati, contribuirebbero alla loro evoluzione da mere interfacce digitali – che

raccolgono *set* di dati ed informazioni eterogenee (in *layers* informativi) – a base giuridica per l'applicazione di algoritmi di gestione del territorio a supporto delle decisioni amministrative, con analisi e verifica da parte dell'ente territoriale competente per materia^[93] dell'esito della decisione, stante l'ampia discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione in materia urbanistica^[94].

Del resto, è noto che la potestà pianificatoria involge complessive e globali scelte di governo del territorio e, pertanto, è necessaria la corretta disamina e verifica della situazione di fatto correlata alle esigenze da perseguire, considerando che «*l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo*[95].

Tuttavia, come già sottolineato, permangono diverse criticità per la frammentazione regolatoria e la mancata interoperabilità tra sistemi e piattaforme ma anche in materia di sicurezza dei dati^[96].

Criticità che potrebbero superarsi con la progressiva sperimentazione (normativa) in ambienti di prova controllati di procedimenti amministrativi di gestione del territorio con metodologia CIM, tali da facilitare lo sviluppo di soluzioni innovative prima di integrarle nei sistemi informativi e di rete del settore pubblico^[97], prevedendo anche possibili sanzioni amministrative pecuniarie ove vengano violate le regole stabilite nella fase di sperimentazione^[98].

L'amministrazione competente per la gestione del modello CIM risulta così responsabile del rispetto dell'obbligo di conformità ai principi e alle regole di conoscibilità dell'algoritmo utilizzato per l'adozione dei provvedimenti^[99], sulla base di criteri di ponderazione delle variabili rilevanti indicate nel modello^[100].

Criteri e variabili che devono essere noti^[101], con il controllo diretto dell'organo competente^[102] anche sulle simulazioni e valutazioni, poiché potrebbero produrre discriminazioni indirette^[103] basate su caratteristiche territoriali, demografiche o socio-economiche delle diverse aree urbane^[104].

4. Riflessioni sulle criticità della trasformazione digitale dei procedimenti in materia edilizia: il caso del permesso di costruire

La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi in materia edilizia^[105] avviati tramite Sportello Unico (SUE)^[106] rientra fra le previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano (PNRR).

In particolare, l'intervento PNRR ha come obiettivo quello di garantire la conformità alle nuove specifiche tecniche di interoperabilità di tutti gli Sportelli unici, per agevolare ed accelerare i procedimenti amministrativi ad essi afferenti^[107]. Anche in ambito europeo, la previsione di un cosiddetto Sportello unico (cd. *Single Digital Gateway*) riflette la tendenza a disciplinare un unico punto di accesso per consentire a cittadini e imprese di «*accedere alle informazioni sulle norme e sui requisiti che devono soddisfare in virtù del diritto dell'Unione o nazionale*»^[108], con l'obiettivo di efficientare il completamento delle procedure *online*, migliorandone l'efficacia^[109].

A titolo esemplificativo, si propone in questa sede l'analisi del procedimento amministrativo digitale di richiesta di permesso di costruire^[110] presentata tramite Sportello Unico Edilizia.

Numerose restano le criticità e, in via preliminare, va rilevato che il SUE, introdotto quale modalità di semplificazione dell'attività amministrativa e parte della sua organizzazione^[111], realizza uno scambio telematico di informazioni tra amministrazione e cittadino mediante l'utilizzo di un supporto informatico, con compilazione, scansione e caricamento di documenti non nativi digitali, trasmessi via posta elettronica^[112]. Appare chiaro, dunque, che tale attività informatizzata non può definirsi digitalizzata^[113].

La scelta organizzativa dei comuni in merito all'esternalizzazione dei servizi informatici per le piattaforme gestionali applicative (*software*) fornite da operatori privati (*outsourcing*) è elemento che determina il grado di informatizzazione dell'attività edilizia^[114]: negli enti locali ove si trovano a coesistere più piattaforme gestionali a seconda del settore di attività, è possibile che tali piattaforme non siano interconnesse, né interoperabili.

In tal caso, a seguito della presentazione di istanza del permesso di costruire

tramite SUE, si rende necessario un intervento umano, talora per la protocollazione dell’istanza, per la trasmissione all’Ufficio competente o, ancora, per il trasferimento manuale di dati (c.d. attività di *data entry*) da un *software* di ricezione dell’istanza ad uno di gestione della pratica^[115].

A seguito della presentazione dell’istanza di permesso di costruire e comunicato al privato il nominativo del responsabile del procedimento (a mezzo PEC o *webservice*), l’amministrazione procede con lo svolgimento dell’attività istruttoria, verificando la conformità del progetto presentato rispetto agli strumenti urbanistici vigenti, al regolamento edilizio e alle norme di settore che incidono sull’attività edilizia (igienico-sanitarie, antisismiche, di efficienza energetica, ecc.)^[116].

Mediante l’utilizzo delle tecnologie di supporto alla PA, è stata semplificata anche la fase (eventuale) di acquisizione di atti di assenso o nulla-osta necessari da parte di altre amministrazioni (art. 20, c. 3, T.U. Edilizia)^[117], ma l’utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale nell’attività conoscitiva potrebbe incidere direttamente anche sugli oneri per il privato o il professionista che, nell’effettività dell’applicazione del principio *once-only*, non dovrebbero più presentare le medesime informazioni (ad esempio confini catastali o vincoli paesaggistici) a enti diversi in fasi distinte di un procedimento^[118].

In materia edilizia^[119], il dato geografico-territoriale diviene un elemento giuridicamente vincolante di informazione per il singolo procedimento, dato che il pregiudizio per l’individuo causato, ad esempio, dalla negazione del titolo edilizio abilitativo può divenire oggetto di contenzioso^[120].

Si è detto, infatti, che l’interoperabilità dei dati territoriali contribuisce a costituire una completa base di dati su cui l’amministrazione fonda la propria attività conoscitiva che, nel caso del permesso di costruire, è guidata da parametri oggettivi e tecnici – ad esempio, i già richiamati strumenti urbanistici esistenti, norme di settore, ovvero vincoli esito di azioni di conservazione e ripristino dell’ecosistema urbano – che potranno costituire barriera giuridica nei confronti dell’espansione edilizia, tradotti in prescrizioni conformative del territorio e della proprietà^[121].

Nel corso dell’attività istruttoria digitale, la valutazione “automatica” della conformità del progetto edilizio presentato rispetto ai richiamati parametri porterebbe ad un provvedimento amministrativo il cui contenuto precettivo

sarebbe determinato dall’elaborazione di dati territoriali ed ambientali standardizzati anche a livello europeo^[122].

Considerazione che solleva, peraltro, questioni in merito al rapporto tra autonomia locale e standardizzazione, anche sovranazionale, nell’esercizio delle funzioni urbanistiche e di gestione del patrimonio edilizio esistente^[123], con rilevanza ancora maggiore dei principi di cooperazione e di collaborazione tra amministrazioni pubbliche.

Nella prospettiva di trasformazione digitale, l’amministrazione competente dovrebbe garantire non solo il rispetto dei principi di trasparenza e partecipazione, ma anche la tutela piena dei diritti del privato rispetto agli esiti delle valutazioni automatizzate^[124].

Come è stato sostenuto, l’obiettivo di reingegnerizzazione del procedimento digitale trova la sua *ratio* nel meccanismo c.d. *notice and comment*, che prevede partecipazione e contraddittorio con gli interessati sulla proposta di provvedimento elaborata dall’algoritmo (artt. 7, 8, 10-bis, l. 241/1990)^[125], per sua conferma, correzione generale o di *standard*, individuando attività istruttorie o valutative che precedentemente non erano state ritenute rilevanti per la decisione^[126].

In tal senso, nel caso del permesso di costruire, la decisione è fondata sulla valutazione di conformità del progetto agli strumenti urbanistici vigenti, agli *standard* e alle norme di settore, e l’algoritmo potrebbe definire il nuovo caso mediante confronto con la casistica utilizzata per il *training* con una base di analisi dei precedenti casi amministrativi. Il provvedimento edilizio automatizzato costituirebbe proposta oggetto di contraddittorio con destinatari, interessati e controinteressati anche a garanzia di effettività del diritto ad ottenere un intervento umano nelle decisioni automatizzate, conformemente al quadro normativo europeo e nazionale^[127].

La promozione della trasformazione digitale dei procedimenti autorizzativi in ambito edilizio – con la gestione informatizzata delle pratiche edilizie, l’analisi della conformità progettuale e la verifica automatizzata degli *standard* tecnici e ambientali – è anche oggetto della recente proposta di legge per la riforma del T.U. Edilizia^[128]. Tra i principi direttivi della proposta di legge vi è proprio l’esigenza di tracciabilità digitale e l’interoperabilità dei dati^[129] volti a formare il «*fascicolo del fabbricato*»^[130], con la mappa conoscitiva di dettaglio delle

costruzioni esistenti.

Tuttavia, la trasformazione digitale effettiva richiederebbe, come prospettato, un cambiamento radicale della acquisizione dei dati e dei fatti e da confrontare con i modelli di pianificazione che andranno acquisiti da piattaforme interoperabili.

1. Il contributo riprende e amplia le considerazioni presentate nell'intervento dal titolo “*For a good and digital public administration in land management*” in occasione della Conferenza “ReNEUAL – New Frontiers Meeting”, svoltasi a Roma il 7-8 novembre 2024.
2. Art. 41, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 6 TFUE che attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati. Da ultimo: 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, p. 77 ss.; A. Bartolini, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, Dir. Amm., 3, 2025, p. 735 ss.; P. Provenzano, *Il procedimento amministrativo e il diritto ad una buona amministrazione*, in D.U. Galetta (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea (argomenti e materiali)*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 107 ss.; R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze University Press, 2016, p. 3 ss.; Id., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Ist. del Federalismo*, 4, 2016, p. 997 ss.; M. Trimarchi, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. Amm.*, 3, 2011, p. 537 ss.; D. Sorace, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, 2008; S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Síndic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009; A. Zito, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3, 2002, p. 425 ss. In prospettiva comparata: H. Addink, *General Principles of Administrative Law: an Innovative Approach*, in *CERIDAP*, 2, 2025, p. 1 ss.
3. D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2005, p. 819 ss., cfr. art. 15 TFUE; art. 16, Codice europeo di buona condotta amministrativa. Id., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti*

amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE), in M.C. Pierro (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 1 ss.

4. Art. 51, CDFUE.
5. M. Trimarchi, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, cit., p. 537 ss.
6. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, cit, p. 997 ss.
7. R. Cavallo Perin, *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, p. 25.
8. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, cit., pp. 1032-1033.
9. Art. 3-bis, l. n. 241/1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) e art. 12, d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale - CAD). Il Codice ha seguito la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*, Bruxelles, 26 settembre 2003, COM(2003) 567 definitivo. D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *CERIDAP*, 3, 2021, p. 197. A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 1 ss.; D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, cit., p. 199.
10. R. Cavallo Perin, *Adeguatezza amministrativa e intelligenza artificiale come requisiti di buona amministrazione*, in A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P. P. Italia, V. Manzetti (a cura di), *IV Convegno di contabilità pubblica. Atti Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica, Venezia, 16-18 dicembre 2021*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 689 ss.
11. Cfr., senza pretesa di esaustività, l'ampia giurisprudenza europea sulla "buona amministrazione" intesa anche quale completezza dell'istruttoria, ad es.: Corte giust., 21 novembre 1991, C-269/1990, ECLI:EU:C:1991:438, spec. punto 14: «Le decisioni che incidono su interessi individuali devono essere adottate dall'autorità amministrativa competente con tutta la diligenza richiesta e avendo riguardo a tutti gli elementi di fatto e di diritto disponibili al momento dell'adozione dell'atto». Come analizzato da I. Alberti, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 71 ss.
12. «Tutto il diritto sull'amministrazione digitale, sull'utilizzazione delle banche dati, pone un problema che noi amministrativisti riconduciamo alla capacità o adeguatezza (art. 118, co.

*1°, Cost.) delle organizzazioni, quali elementi di professionalità, di beni, di investimenti che debbono esistere perché si possano congruamente svolgere le funzioni [...]», R. Cavallo Perin, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, p. 12 ss.*

13. D.U. Galetta, *Le Model Rules dei ReNEUAL e gli aspetti più innovativi della collaborazione fra amministrazioni nell'UE: procedimento amministrativo, scambio dei dati e gestione delle banche dati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2018, p. 347 ss. In ambito europeo, l'elaborazione giurisprudenziale ha escluso che il diritto ad una buona amministrazione possa riferirsi ai procedimenti di elaborazione degli atti di portata generale, ma la ricostruzione innovativa di tale diritto fa riferimento alla progressiva elaborazione di una disciplina europea sul procedimento amministrativo (anche per gli atti amministrativi generali): Codice Modello sul procedimento amministrativo (c.d. Codice ReNEUAL), 2014; Risoluzione del Parlamento europeo del 21 maggio 2013 sulla Carta dell'UE: stabilire norme per la libertà dei mezzi d'informazione in tutta l'UE, (2016/C 055/05) e Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015, (2018/C 238/01).
14. G. Avanzini, *Digitalizzazione e decisioni territoriali* (Relazione al Convegno, «Transizione ambientale e digitale: effetti sul governo del territorio», Padova, 20-21 ottobre 2023), in *Riv. giur. urb.*, 4, 2024, p. 522 ss.; M. Demichelis, *Il coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali per il governo digitale del territorio*, in *Dir. Amm.*, 2, 2023, p. 407 ss.
15. Considerando anche tutela ambientale, paesaggistica e del patrimonio culturale, la gestione delle reti di trasporto e delle politiche pubbliche a rilevanza territoriale. G. Soricelli, *Il "governo del territorio": nuovi spunti per una ricostruzione sistematica?*, in *Riv. giur. ed.*, 6, 2016, p. 662 ss.
16. Art. 1, c. 2, l. 2 febbraio 1960, n. 68, Norme sulla cartografia ufficiale dello Stato e sulla disciplina della produzione e dei rilevamenti terrestri e idrografici. A. Sau, *Profili giuridici dell'informazione ambientale e territoriale*, in *Dir. Amm.*, 1, 2009, p. 163 ss. In giurisprudenza: Cons. Stato, 5 marzo 2024, n. 2159, che afferma che la trasformazione digitale del piano urbanistico (in riferimento alla quale devono essere posti come base i confini catastali vigenti) ha, in definitiva, determinato il superamento sostanziale delle difficoltà di sovrapposizione dei confini di zona tracciati nella carta tecnica digitale con le planimetrie di progetto. Inoltre, si ribadisce che se l'appellante del caso di specie avesse ritenuto errata la fissazione del confine di zona in questione nel piano digitalizzato, avrebbe dovuto impugnare entro i termini di legge il provvedimento con il quale è stata approvata la digitalizzazione del PUC del Comune.
17. F. Saitta, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Riv. giur. ed.*, 6, 2018, p. 421 ss.
18. Sulla progressiva estensione della materia ambientale si v. L. Krämer, *EU Environmental*

- Casebook*, Oxford, 2022. Si v. M. Antonioli, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 2, 2019, p. 201 ss.; M.P. Chiti, *Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio*, in *Riv. giur. dell'ed.*, 2, 2003, p. 91 ss.; F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 1998, p. 235 ss.
19. R. Cavallo Perin-G. M. Racca, *The plurality and diversity of integration models: the italian unification of 1865 and the european union ongoing integration process*, in *The changing administrative law of an EU member State*, Cham, Springer, 2021, p. 5 ss.; F. Branca, *Le fonti del diritto sull'amministrare pubblico dell'Unione Europea tra competenza, sussidiarietà e armonizzazione*, in *Dir. Amm.*, 3, 2021, p. 667 ss.; D.U. Galetta, *The EU law principle of proportionality and judicial review: its origin, development, dissemination and the lessons to be learnt from the EU Court of Justice*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2021, p. 619 ss.; M. Onida, Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali, in *federalismi.it*, n. 7/2020, 93.D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini del diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2019, p. 907 ss.
20. Si richiama l'art. 191 TFUE, spec. par. 3 ove si stabilisce espressamente che, per l'elaborazione delle politiche in materia ambientale, l'Unione debba tenere conto anche dei dati scientifici e tecnici disponibili. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in *Le Future du Droit Administratif/The Future of Administrative Law*, Lexis Nexis, Parigi, 2019, p. 431 ss.; di recente: J.B. Auby, *Smart cities, Enjeux juridiques de la ville intelligente*, Lexis Nexis, Parigi, 2025. In giurisprudenza: Corte giust., sentenza 10 novembre 2020, causa C-644/18, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2020:895, con condanna per violazione della Direttiva 2008/50/CE avente ad oggetto la qualità dell'aria ambiente, ove si afferma, tra il resto, che «*la zonizzazione dell'intero territorio nazionale è il presupposto su cui si organizza l'attività di valutazione della qualità dell'aria ambiente*» e che l'individuazione degli agglomerati urbani avvenga sulla base dell'assetto urbanistico, della popolazione residente e della densità abitativa; Corte giust., sentenza 7 giugno 2018, causa C-671/16, *Inter-Environnement Bruxelles ASBL, Groupe d'animation du quartier européen de la ville de Bruxelles ASBL, Association du quartier Léopold ASBL, Brusselse Raad voor het Leefmilieu ASBL, Pierre Picard, David Weytsman c. Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2018:403, ove si afferma che «*L'articolo 2, lettera a), l'articolo 3, paragrafo 1, e l'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, devono essere interpretati nel senso che un regolamento urbanistico regionale [che riguarda, in particolare, le costruzioni e le loro pertinenze sotto il profilo della viabilità, della conservazione, della sicurezza, della salubrità, dell'energia, dell'acustica, della gestione dei rifiuti e dell'estetica, ndr] che contiene determinate prescrizioni per l'esecuzione di progetti urbanistici, rientra nella nozione di <piani e programmi> che possono avere effetti*

significativi sull’ambiente, ai sensi di detta direttiva, e va, di conseguenza, sottoposto ad una valutazione ambientale».

21. Direttiva (UE) 2024/2881 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024 relativa alla qualità dell’aria ambiente e per un’aria più pulita in Europa; già Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001 concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull’ambiente. Per la realizzazione degli obiettivi di tutela ambientale (art. 191, par. 1, TFUE), l’Unione può adottare misure derogatorie aventi incidenza sul territorio e sulla destinazione dei suoli, cfr. art. 192, par. 2, lett. b), TFUE. Si v. A. Sau, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione: quale impatto sull’assetto delle competenze in materia ambientale?*, in *Riv. giur. amb.*, 4, 2024, p. 1259 ss.
22. M.P. Chiti, *Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio*, cit., pp. 93-94.
23. Camera dei deputati, servizio studi, *Urbanistica e rigenerazione urbana*, 1° giugno 2025. In dottrina: L. Giani, M. D’Orsogna, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 2005 ss.; G.F. Cartei, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in *Ist. del federalismo*, 3, 2017, p. 603 ss.; E. Fontanari, G. Piperata, *Agenda RE-CICLE. Proposte per reinventare la città*, Il Mulino, Bologna, 2017, *passim*; F. Giglioni, *La sostenibilità ambientale come vincolo giuridico per la rigenerazione urbana*, in *RQDA*, 1, 2020, p. 16 ss.
24. D. D’Orsogna, *La dimensione digitale della coesione europea e l’emersione del criterio del “non nuocere alla coesione”*, in *CERIDAP*, 4, 2024, p. 2 ss., che descrive le due dimensioni del divario digitale infrastrutturale e culturale.
25. Art. 3, par. 3, TUE; artt. 4, 14, 174-178 TFUE; art. 36 CDFUE. A. Massera, *La coesione politico-territoriale: una ‘nuova’ formulazione nella dimensione europea di una ‘vecchia’ questione nazionale*, in G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, vol. II, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 453 ss. Politiche di coesione territoriale, economica e sociale al centro dei finanziamenti disposti dall’Unione per l’attuazione dei piani di ripresa e resilienza in Europa e in Italia: Consiglio europeo, Next generation EU, 13 luglio 2021. F. Manganaro, voce *Politiche di coesione*, in *Enc. del diritto - I Tematici*, III, Giuffrè, Milano, 2022, p. 839 ss.; S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell’intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2018, p. 579 ss. Da ultimo, si ricorda la previsione di destinazione di almeno il 6% delle risorse FESR allo sviluppo urbano sostenibile nel periodo 2021-2027.
26. D. D’Orsogna, *La dimensione digitale della coesione europea e l’emersione del criterio del “non nuocere alla coesione”*, cit., p. 2. O. Pollicino, voce *Potere digitale*, in *Enc. dir. - I Tematici*, V, Giuffrè, Milano, p. 410 ss. Si richiama l’interpretazione “rivoluzionaria” della clausola di flessibilità dell’art. 175 TFUE, che ha consentito di varare il *Recovery Fund*.
27. «*L’armonizzazione opera in tali casi come argomento di valutazione della maggiore adeguatezza di un’azione normativa europea, nel senso che difficilmente l’azione non coordinata degli Stati membri sarà ritenuta sufficiente, ove si riconosca la necessità di armonizzazione della disciplina nello spazio europeo*», F. Branca, *Le fonti del diritto*

sull'amministrare pubblico dell'Unione Europea tra competenza, sussidiarietà e armonizzazione, cit., pp. 675-676.

28. C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in in *Dir. Un. Eu.*, 4, 1999, p. 725 ss.; R. Cavallo Perin, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. Cavallo Perin, G. Colombini, F. Merusi, A. Romano, *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 41 ss.
29. Corte cost., sent. 6 ottobre 2021, n. 202, par. 11.2.3.: «*il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse all'ordinato sviluppo edilizio del territorio [...], ma è rivolto anche alla realizzazione contemporanea di una pluralità di differenti interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti»* (*Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 9 maggio 2018, n. 2780*)»; Corte cost., sent. 23 novembre 2021, n. 219. P. Stella Richter, *Diritti del territorio e Costituzione*, in F. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 12-14.
30. M. Demichelis, *Il coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali per il governo digitale del territorio*, cit., p. 417 ss.
31. La giurisprudenza costituzionale ha inoltre riconosciuto che l'attribuzione a livello centrale della suddetta materia si giustifica alla luce della necessità di «*assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione»*: Corte cost., sent. 16 gennaio 2004, n. 17; Corte cost., sent. 12 gennaio 2005, n. 31.
32. Corte cost., sent. 1° ottobre 2003, n. 303. Di recente: L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, n. 3, 2021, p. 551 ss.
33. M. Demichelis, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2023.
34. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una strategia europea per i dati*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 66 final, si v. *infra*.
35. Per la realizzazione degli “spazi dati” in coerenza con gli obiettivi del *Green Deal* europeo, cfr. portale della Commissione europea dedicato a “*Smart Cities and Communities*”, tra cui, a titolo esemplificativo: *EU Local Digital Twins Toolbox* (una raccolta di strumenti, standard aperti e architetture di riferimento per la creazione di “gemelli digitali” locali, al fine di simulare scenari relativi a traffico, inquinamento e salute pubblica); *European Data Space for Smart and Sustainable Cities and Communities* (piattaforma interoperabile orientata alla condivisione volontaria di dati tra soggetti pubblici e privati per l’innovazione e la transizione verde delle città); ecc. Si richiamano anche le reti come *Smart Communities Network* e *Living-in.EU*, che supportano il coordinamento tra le amministrazioni territoriali nella costruzione di un ecosistema digitale interoperabile e sostenibile a livello europeo.

36. Direttiva 2007/2/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2007, che istituisce un'Infrastruttura per l'informazione territoriale nella Comunità europea (*Inspire*), spec. art. 1.
37. Art. 8, d.lgs. n. 32/2010, (Attuazione della direttiva 2007/2/CE, che istituisce un'infrastruttura per l'informazione territoriale nella Comunità europea (INSPIRE)), Geoportale che sostituisce il previgente Sistema cartografico cooperativo (anche denominato Portale cartografico nazionale).
38. Assieme alle disposizioni tecniche relative all'utilizzo del linguaggio *Geographical Information Systems* (GIS). L'Intesa Stato Regioni Enti Locali del 26 settembre 1996 ha stabilito l'utilizzo dei sistemi informativi geografici territoriali (GIS) per sviluppare le basi territoriali di comune interesse a copertura dell'intero territorio nazionale. Sulla produzione di tali norme tecniche, compresa la disamina del ruolo dell'*International Organization for Standardization* (ISO), che raccoglie 165 soggetti nazionali, G. Avanzini, *Digitalizzazione e decisioni territoriali (Relazione al Convegno, «Transizione ambientale e digitale: effetti sul governo del territorio», Padova, 20-21 ottobre 2023)*, cit., p. 522 ss.; E. D'Orlando, *Politica, tecnica e scienza*, in *Dir. Amm.*, 4, 2021, p. 727 ss.
39. Art. 1, c. 1, e art. 8, d.lgs. n. 32/2010, cit.
40. Artt. 59-60, CAD, cit. E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2005, p. 573 ss.
41. I. Alberti, *La creazione di un sistema informativo unitario pubblico con la Piattaforma Digitale Nazionale Dati*, in *Ist. del federalismo*, 2, 2022, p. 473 ss.
42. Art. 4, par. 6, Direttiva INSPIRE, cit.; art. 1, c. 2, d.lgs. n. 32/2010, cit. E. Sánchez Jordán, C. Maioli, *E-government e Infrastruttura per la Informazione Territoriale: dal Catasto a INSPIRE*, in *Inf. e diritto*, 1-2, 2008, p. 453 ss.; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3-4, 2005, p. 819 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Sul regionalismo cooperativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2021, pp. 123-124.
43. Si v. E. Carloni, *La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomici regionali e digitalizzazione pubblica*, in *Ist. del federalismo*, 2, 2023, p. 299 ss. che analizza il “federalismo informatico” tra il coordinamento informativo statistico (art. 117, co. 2, lett. r), Cost.) e quello dell’organizzazione (art. 117, c. 4, Cost.).
44. G.M. Racca, R. Cavallo Perin, voce *Cooperazione amministrativa europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, aggiornamento, Giuffrè, Milano, 2017, p. 191 ss. D.U. Galetta, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di «cooperazione amministrativa» dell’art. 10 Tce, per definire il fenomeno dell’amministrazione intrecciata?*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 6, 2009, p. 1689 ss.
45. R. Cavallo Perin, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. Amm.*, 3, 2021, p. 587 ss.; C. Castaldo, *Big Data, Power and Knowledge. Regulatory Aspects of Access to Big Data and the Digital Services Act Package*, in

Ius Publicum, 1, 2022.

46. Regolamento (CE) n. 1205/2008 del 3 dicembre 2008 recante attuazione della Direttiva INSPIRE per quanto riguarda i metadati, tenendo altresì conto del Regolamento (UE) n. 1089/2010 del 23 novembre 2010.
47. Cfr. AgID, *Determinazione 50/2022 (Linee guida recanti regole tecniche per la definizione e l'aggiornamento del contenuto del Repertorio Nazionale dei Dati Territoriali ai sensi dell'articolo 59, comma 5 del CAD)*. I. Alberti, *La creazione di un sistema informativo unitario pubblico con la Piattaforma Digitale Nazionale Dati*, in *Ist. del Federalismo*, 2, 2022, p. 473 ss.
48. Art. 60, CAD. G. Morbidelli, *Il governo del territorio nella Costituzione*, in G. Sciallo (a cura di), *Governo del territorio e Autonomie territoriali*, Bononia University Press, Bologna, 2010, p. 11 ss.
49. G. Pagliari, *Autorità e Libertà nel Diritto Urbanistico. Un rapporto immodificato dal 1942*, in *Riv. giur. ed.*, 1, 2025, p. 3 ss.; E. Boscolo, *Un catalogo di principi (operanti) per l'urbanistica contemporanea*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2024, p. 85 ss.; P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. dell'ed.*, 2, 1968, p. 119 ss. Si v. anche, P. Urbani, voce *Urbanistica (diritto amministrativo)*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 868 ss.; A. Bartolini, voce *Urbanistica*, in *Enc. del diritto – I tematici*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1260 ss.; M. Antonioli, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2, 2019, p. 201 ss.; L. Mannori, *La nozione di territorio fra antico e nuovo regime. Qualche appunto per uno studio sui modelli tipologici*, in M. Cammelli (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 43 ss.
50. B. Ponti, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa “complessa”: dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, in *Ist. del federalismo*, 3, 2023, p. 599 ss. Di recente: 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*, cit., p. 327 ss. Corte Cost., sent. 125/2017.
51. D.U. Galetta, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Ist. del federalismo*, 3, 2019, p. 663 ss.; C. Tasso, *Intelligenza artificiale e machine learning*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Rubbettino, Torino, 2021, p. 19 ss.; I. Alberti, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, cit., p. 78 ss., che definisce il sistema «posto costituzionalmente a garanzia dell'unità giuridica ed economica dell'ordinamento generale della Repubblica (artt. 5 e 120 Cost.)».
52. R. Cavallo Perin, voce *Violazione di legge*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, agg. 2011; Id., *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge*, in *Dir. Amm.*, 1, 2022, p. 119 ss.; C. Feliziani, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo. Profili di natura sostanziale e processuale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 255 ss. In merito

- alla configurazione di difetto di istruttoria in ambito urbanistico, cfr. di recente Cons. St., 27 febbraio 2025, n. 1710. Si v., *infra*, par. 2.
53. Art. 1, c. 1, lett. *dd*), CAD. G. Carullo, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. e merc.*, 1, 2016, p. 181 ss.
 54. G. Carullo, *Open Data e partecipazione democratica*, in *Ist. del Federalismo*, 3, 2019, p. 696; B. Ponti, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza amministrativa* on line, in *neldiritto.it*, 2013.
 55. Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, il cui scopo è armonizzare le scelte architettoniche e definire le Linee Guida e le regole per la cooperazione tra le diverse amministrazioni.
 56. In coerenza con i principi declinati nel nuovo *European Interoperability Framework* (EIF) oggetto della Comunicazione COM(2017) 134 della Commissione Europea adottata il 23 Marzo 2017.
 57. Art. 3, par. 1, n. 7, Direttiva INSPIRE, cit. A. Annoni, M. Salvemini, F. Vico, *Infrastrutture di dati territoriali, web services, sistemi informativi diffusi...: convergenza tra evoluzioni tecnologiche e concettuali*, in *Atti dell'VIII Conferenza Nazionale ASITA 14-17 dicembre 2004*, Roma, 2004.
 58. Art. 18-bis, l. 241/1990, cit. D.U. Galetta, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *federalismi.it*, 5, 2023, p. IV ss. Il principio è stato di recente codificato all'art. 19, d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici come integrato e modificato dal decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209). Nell'ambito dei contratti pubblici, la necessaria interoperabilità tra le piattaforme è stata oggetto di approfondite analisi, da ultimo: G.M. Racca, *La trasformazione digitale sovranazionale dei contratti pubblici*, in A. Corrado, E. Griglio, G.M. Racca (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici. Manuale delle nuove procedure telematiche. Piattaforme, fiducia e innovazione*, Collana ItaliAppalti (Dir. L. Carbone, F. Caringella, M. Giustiniani, G. Rovelli), Dike Giuridica, Napoli, 2025, p. 7 ss. In precedenza, già con riferimento alla disciplina previgente: si v. Id, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del Federalismo*, 2, 2023, p. 357 ss.; M. Bombardelli, *Amministrazione digitale – Partecipazione alle procedure telematiche e funzionamento della piattaforma digitale*, in *Giur. it.*, 6, 2021, p. 1442 ss.; F. Gorgerino, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. Krimmer, A. Prentza, S. Mamrot (eds.), *The Once-Only Principle*, Springer, Cham, 2021, p. 104 ss.
 59. L. Torchia, *Pubblica amministrazione e transizione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2024, p. 729 ss. e Id., *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023; B. Marchetti, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. del Diritto – I Tematici*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 75 ss. Si v. anche A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, vol. II, vol. III, Collana Quaderni di Astrid, Il

Mulino, Bologna, 2022.

60. AgID, determinazione n. 98/2025. Da ultimo, G. Barone, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND)*, in A. Corrado, E. Griglio, G.M. Racca (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici. Manuale delle nuove procedure telematiche. Piattaforme, fiducia e innovazione*, cit., p. 69 ss. G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 15, ove afferma che la PDND «costituisce un ambizioso progetto volto a interconnettere tutte le banche dati pubbliche e, così, creare un punto centrale per il processamento dei dati detenuti da soggetti pubblici».
61. I. Alberti, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, cit., p. 48 ss.; M. Cardone, D. Foà, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 3, 2020, p. 585 ss.
62. Si v., ad esempio, R. Ferrara, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la “precauzione inutile”?*, in *Riv. giur. dell’ed.*, 2, 2012, p. 61 ss. che afferma «le c.d. tutelle parallele evidenziano, da un lato, la straordinaria varietà tipologica delle programmazioni/pianificazioni che hanno il loto focus nel territorio, ma, dall’altro, mettono a nudo le incognizioni dei moduli classificatori tradizionali e, innanzitutto, delle nostre categorie concettuali quando pure presentino rilievo e dignità costituzionali [...]».
63. T.A.R. Campania (sez. VI), sentenza del 23 gennaio 2023, n. 525, ove si afferma che il dato catastale, avendo una natura squisitamente fiscale-tributaria, non può in alcun modo costituire prova della conformità urbanistica di un immobile. Ciò sottolinea la mancata integrazione tra i dati catastali e territoriali. L. Casini, voce *Catasto (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006.
64. Sulle possibili ricadute della digitalizzazione del sistema di governo del territorio: Cons. St., 15 marzo 2024, n. 2523: in riferimento alla localizzazione della costruzione di una Casa della Comunità (in adempimento della Missione n. 6 PNRR) al fine di potenziare la rete delle strutture sanitarie, sociosanitarie e socioassistenziali sul territorio, il Comune ricorrente fa esplicito riferimento all'utilizzo della tecnologia GIS per le rilevazioni dei dati utili per le decisioni pubbliche (es. bacino d'utenza, vie di trasporto, ecc.); tra le motivazioni addotte a sostegno della presunta scelta illegittima della Regione sul luogo in cui ubicare la Casa (ritenuto compito di competenza del Consiglio regionale e non della Giunta), il ricorrente afferma che «il dato della popolazione residente all'interno dei confini amministrativi di un Comune non coincide con il bacino di utenza e che in base alla tecnologia GIS (Geographical Information System) la struttura di [omissis] è in grado di essere raggiunta e di servire una popolazione maggiore rispetto alla struttura sita in [omissis]». Il ricorso è stato poi respinto per la ritenuta insussistenza di macroscopiche illogicità nella scelta ampiamente discrezionale relativa alla collocazione di un'opera pubblica, peraltro poi ratificata anche dal Consiglio Regionale della Basilicata. Si richiama anche quanto affermato in M.J. Bailey, *Artificial Intelligence within cities. The Next Stage in Societal Digital Transformation*, 9 giugno 2021, disponibile online: «This digital

intelligence can be guided as a powerful ally in the transformation of jurisdictions into green cities, restoring a balance between the environment and humans. Its potential is to realize a new economic model for a flourishing society. Thanks to the IoT phenomena, Big Data, Advanced Analytics, the deployment of cloud to edge computing, advancement in telecoms, devices, and sensors, and the emergence of Digital Twin, smart cities are perfectly positioned to incorporate AI within the next stage of their digital transformation».

65. Si v. P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. Amm.*, 1, 2015, p. 51 ss.
66. Cons. St., 8 gennaio 2021, n. 301, che richiama Cons. St., 22 febbraio 2017, 821. Si v. anche Corte Cost., sent. 28 ottobre 2021, n. 202, spec. par. 11.2.3. che esplicita come la funzione del potere di pianificazione urbanistica non si riferisca solo all'interesse all'ordinato sviluppo edilizio del territorio ma anche alla realizzazione contemporanea di una pluralità di differenti interessi pubblici «che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti».
67. G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. Cavallo Perin D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 257 ss.
68. Regolamento (UE) 2024/903, c.d. *Interoperable Europe Act*, adottato il 13 marzo 2024 con entrata in vigore il 12 luglio 2024 (fatta eccezione per le disposizioni sulle valutazioni di interoperabilità e quelle relative agli organi nazionali competenti per l'applicazione, in vigore dal 12 gennaio 2025). Il Regolamento si inserisce nel quadro europeo di interoperabilità (QEI), per il conseguimento degli obiettivi del programma strategico per il decennio digitale Comunicazione COM(2021) 118 final del 9 marzo 2021, *2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade*, che illustra la visione e gli obiettivi per la trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030; cfr. Regolamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021, istitutivo del programma Europa digitale per il periodo 2021-2027, che costituisce il pilastro normativo fondamentale per la trasformazione digitale europea nel contesto dell'attuale quadriennio di programmazione, con i suoi obiettivi principali e settori prioritari di intervento, tra cui l'implementazione e impiego ottimale delle capacità digitali e interoperabilità, attraverso il sostegno al settore pubblico nell'accesso alle tecnologie digitali avanzate e lo sviluppo di soluzioni interoperabili.
69. Considerando 1), Regolamento (UE), 2024/903, cit.
70. Considerando 2) e 3), Regolamento (UE), 2024/903, cit. Il Considerando 6) definisce i “servizi pubblici digitali transeuropei” come servizi che «*i soggetti dell'Unione o gli enti pubblici si prestano tra loro o prestano a persone fisiche o giuridiche nell'Unione e che richiedono un'interazione al di fuori delle frontiere dei singoli Stati membri, tra soggetti dell'Unione, o tra soggetti dell'Unione ed enti pubblici, mediante i loro sistemi informativi e di rete. I servizi pubblici digitali transeuropei dovrebbero comprendere, tra l'altro, i servizi pubblici fondamentali quali definiti nella decisione (UE) 2022/2481, tra i quali rientrano i servizi essenziali che sono rilevanti per i grandi eventi della vita delle persone fisiche, ad*

esempio la ricerca di un lavoro o lo studio, nonché per il ciclo di vita professionale delle persone giuridiche [...]. Esempi di servizi pubblici digitali transeuropei sono i servizi che, attraverso scambi transfrontalieri di dati, consentono il riconoscimento reciproco dei titoli accademici o delle qualifiche professionali, gli scambi di dati dei veicoli a fini di sicurezza stradale, l'accesso ai dati sanitari e della sicurezza sociale, compresi i certificati in caso di pandemia e vaccinazione, l'accesso ai sistemi di sportelli unici, lo scambio di informazioni in materia di fiscalità, dogane, accreditamento delle gare d'appalto pubbliche, registri digitali delle patenti di guida o delle imprese e, in generale, tutti i servizi che applicano il principio «una tantum» per l'accesso a dati transfrontalieri e lo scambio di tali dati».

71. Fatta salva la competenza degli Stati membri quanto alla definizione di ciò che costituisce un servizio pubblico. Si v. R. Cavallo Perin, C. Jacod (con C. Perrone), *I servizi pubblici con intelligenza artificiale*, in R. Cavallo Perin D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 190 ss.; G. Carullo, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, cit., che richiama la necessaria adeguatezza delle amministrazioni pubbliche nell'erogazione dei servizi digitali, dotandosi di sistemi informatici in grado sia di informatizzare le fasi interne dell'attività amministrativa, sia di consentire l'interazione a distanza dell'amministrato con l'ente erogatore di una data prestazione. Id., *I "servizi digitali": nozione e significato*, in R. Cavallo Perin D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 177 ss.
72. Art. 15, Regolamento (UE) 2024/903, cit.
73. Portatori di interessi pubblici e privati, organizzazioni della società civile e membri del mondo accademico formano la Comunità per un'Europa interoperabile previa registrazione all'apposito portale Europa interoperabile, ex art. 8, Regolamento (UE) 2024/903, cit.
74. Finanziato dal Programma Europa Digitale 2021-2027 istituito con Regolamento (UE) 2021/694, cit.
75. Cfr. S. Del Gatto, *I sistemi proprietari, l'"open source" e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2021, p. 571 ss.
76. Art. 5, Regolamento (UE), 2024/903, cit., che introduce l'obbligo di valutazioni *ex ante* di interoperabilità nei progetti di digitalizzazione della pubblica amministrazione, in stretta coerenza con i principi del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) e con il Regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act), stabilendo così un intreccio sistematico tra interoperabilità, protezione dei dati personali e utilizzo sicuro e trasparente di sistemi di intelligenza artificiale attraverso strumenti quali le "regulatory sandboxes", si v. *infra*, par. 3.
77. Considerando 12), Regolamento (UE), 2024/903, cit., che afferma: «*L'interoperabilità transfrontaliera non viene realizzata solo attraverso infrastrutture digitali centralizzate negli Stati membri, ma anche mediante un approccio decentrato. Questo comporta la necessità di un rapporto di fiducia tra le amministrazioni pubbliche, che consenta lo scambio di dati tra amministrazioni locali di diversi Stati membri senza passare necessariamente attraverso i nodi nazionali. È pertanto necessario sviluppare soluzioni comuni di interoperabilità, riutilizzabili a tutti i livelli amministrativi. Le soluzioni di*

interoperabilità possono assumere forme diverse che vanno da strumenti di livello superiore, quali quadri concettuali e orientamenti, a soluzioni più tecniche, quali architetture di riferimento, specifiche tecniche o norme». Si v. anche art. 6, c. 4, Regolamento (UE), 2024/903, cit.

78. Art. 258 TFUE.
79. B. Ponti, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa “complessa”: dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, in *Ist. del Federalismo*, 2, 2023, p. 599 ss.
80. Si v. *supra*, par. 1. Un’accessibilità effettiva e leggibilità dei dati pubblici che, peraltro, costituisce dimensione sostanziale del diritto di difesa e di trasparenza amministrativa. Corte giust., 27 settembre 2017, causa C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725.
81. Caratterizzati da norme specifiche per la loro formazione e adozione: art. 3 e art. 13, l. 241/90, cit., in merito all’esenzione dall’obbligo di motivazione e alle regole sulla partecipazione ai procedimenti.
82. R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell’Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 138 ss. Il riferimento è alla raccolta e monitoraggio dei dati in tempo reale, ad esempio sui flussi di passeggeri e sui livelli del traffico, del meteo o nelle stagioni, consentono alla PA «la definizione di standard e l’aggiustamento repentino di questi per incidere sensibilmente non solo sull’offerta di quel servizio [pubblico, *n.d.r.*] ma, in un’ottica di sistema, sui tempi di fruizione (art. 50, comma 5, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e sulla stessa architettura ed infrastruttura della città», *ivi*, p. 155 ss.
83. In tal senso, si precisa che con il termine “smart city” si intende non solo la città caratterizzata dalla diffusione delle tecnologie digitali e delle infrastrutture immateriali, ma la città che gestisce «*in modo intelligente (“smart”, appunto) le attività economiche, la mobilità, le risorse ambientali, le relazioni tra le persone, le politiche dell’abitare e il metodo di amministrazione. In altre parole, una città può essere definita come smart quando gli investimenti in capitale umano e sociale e nelle infrastrutture tradizionali (trasporti) e moderne (ICT) alimentano uno sviluppo economico sostenibile ed una elevata qualità della vita, con una gestione saggia delle risorse naturali, attraverso un metodo di governo partecipativo*Machine to Machine (M2M) Rapporto finale (Allegato A), delibera n. 120/15/CONS, 11 marzo 2015. In ambito europeo, si v. già quanto affermato dalla Comunicazione della Commissione *Smart Cities and Communities*, Brussels, 10 luglio 2012 C(2012) 4701 final.
84. J.B. Auby, *Smart cities, Enjeux juridiques de la ville intelligente*, cit., p. 62 ss.
85. Si v. già G.M. Di Giuda, G.M. Racca, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 223 ss.; G.M. Racca, *I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale (il Building Information Modeling)*, in G.F. Ferrari (dir.), *La prossima città*, II ed. (Smart cities 2), Mimesis, 2020, p. 581 ss. Di

recente: Id., *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 391 ss., che afferma come il BIM permetta «*lo sviluppo di “gemelli digitali” (digital twin) che consentono una raccolta di dati molto più significativa e la gestione della selezione e dell'esecuzione delle opere con nuove capacità, anche predittive, che superano le criticità delle inadeguatezze progettuali tradizionali (OICE, 7° Report sulla digitalizzazione e sulle gare BIM, 2023)*».

86. Da ultimo G. Avanzini, *Digitalizzazione e decisioni territoriali (Relazione al Convegno, «Transizione ambientale e digitale: effetti sul governo del territorio», Padova, 20-21 ottobre 2023)*, cit., p. 522 ss. In particolare gli “*urban digital twin*” vengono definiti come «*la rappresentazione virtuale delle risorse fisiche, dei processi e dei sistemi di una città, utilizzando dati, analisi dei dati e apprendimento automatico per aiutare i modelli di simulazione che possono essere aggiornati e modificati (in tempo reale) al variare dei loro equivalenti fisici*», Commissione UE, *Local Digital Twins: Forging the Cities of Tomorrow, event report*, 21 ottobre 2021. Cfr., ad esempio, il piano regolatore della città di Zurigo, elaborato con *digital twin* che ha suddiviso i dati su tre livelli (sviluppo edilizio attuale), la capacità edificabile massima secondo la zonizzazione vigente, le rappresentazioni visive ipotetiche o previsionali che mostrano potenziali scenari futuri, G. Schrotter, C. Hurzeler, *The Digital Twin of the City of Zurich for Urban Planning*, in *PFG*, 88, 2020, p. 99 ss.; A. Iannuzzi, *Metaverso, Digital Twins e diritti fondamentali*, in *Riv. it. informatica e diritto*, 2, 2024, p. 1 ss. Si richiama anche il report: iFAB, *Esplorazione dei gemelli digitali: indagine sui casi d'uso in Emilia-Romagna*, settembre 2024; L. Raes, S. Ruston McAleer, I. Croket, P. Kogut, M. Brynskov, S. Lefever (eds.), *Decide Better. Open and Interoperable Local Digital Twins*, Springer, Londra, 2025.
87. J.B. Auby, *Smart cities, Enjeux juridiques de la ville intelligente*, cit., p. 131 ss.
88. P.M. Rosa Salva, *Transizione digitale e adeguatezza della funzione di procurement: per una specializzazione delle stazioni appaltanti*, in J.B. Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno di Napoli, 9-10 maggio 2022*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 147 ss. S. Pettrossi, *Tra smart city e smart land: le agende urbane delle Regioni italiane*, in *Ist. del federalismo*, 2, 2020, p. 207 ss.
89. E. D'Orlando, *Politica, tecnica e scienza*, cit., p. 727 ss.; G. Avanzini, *Digitalizzazione e decisioni territoriali (Relazione al Convegno, «Transizione ambientale e digitale: effetti sul governo del territorio», Padova, 20-21 ottobre 2023)*, cit., p. 522 ss.
90. Si v. Consiglio UE, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul monitoraggio e la resilienza del suolo (Normativa sul monitoraggio del suolo), Bruxelles, 17 giugno 2024, 11299/24.
91. Da ultimo: L. Giani, *Infrastrutture, soggetti critici e gestione del rischio. traiettorie di ricerca per la pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 1, 2025, p. 75 ss. Si v. anche M. Palma, *Valutazione del rischio e governo del territorio*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p.

- 213 ss.; R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il «diritto della scienza incerta»: tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2020, p. 14 ss.
92. Sul punto, si richiamano i più recenti contributi: R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 155 ss.; D.U. Galetta, H.H.C. Hofmann, J. Ziller, *Automazione, Intelligenza Artificiale e pubblica amministrazione, fra diritto interno e diritto UE*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 109 ss.; G. Gardini, *Dall'amministrazione analogica all'amministrazione per algoritmi. Varianti e invarianti di un processo evolutivo*, in *Dir. Amm.*, 3, 2025, p. 741 ss. Si v. anche M. De Benedetto, *Qualità della legislazione tra scienza, tecnica e tecnologia*, in *Oss. Fonti*, 2, 2022, p. 383 ss.; A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 134 ss.; L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 135 ss.; R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 1, 2019, p. 121 ss.; D.U. Galetta, J.G. Corválan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3, 2019. In giurisprudenza, ex multis Cons. St., 23 maggio 2023, n. 5117; Cons. St., 13 dicembre 2019, n. 8472.
93. Art. 1 e art. 3-bis, l. 241/1990, cit. Si v. quanto affermato in materia di algoritmi decisionali, con la proposta del contenuto del provvedimento «*sulla base della combinazione dei precedenti applicativi e dei presupposti che ricorrono in concreto*» riservando l'intervento umano al momento conclusivo, prevedendo la possibilità di discostarsi «*con un'integrazione conoscitiva o correttiva, d'ufficio o su stimolo di coloro che hanno partecipato al procedimento*»: R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 157 ss.
94. G. Pagliari, *Governo del territorio e consumo del suolo. riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 5, 2020, p. 325 ss.
95. Cons. St., 10 maggio 2012, n. 2710. V. Di Capua, *Intelligenza artificiale e discrezionalità amministrativa: applicazioni nel settore della pianificazione urbanistica*, intervento presentato al convegno “*The Challenge of the Artificial Intelligence for the Defense of Fundamental Rights in Europe*”, Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, 13 maggio 2024.
96. Da ultimo: L. Previti, *La nuova legge sulla cybersicurezza, un passo avanti e due indietro*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2025, p. 60 ss. e, dapprima, Id. *Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico*, in *federalismi.it*, 25, 2022, p. 65 ss.
97. Considerando n. 41), Regolamento (UE), 2024/903, cit., che richiama anche la necessità di garantire un'applicazione uniforme in tutta l'Unione e realizzare economie di scala mediante norme comuni per l'attuazione degli spazi di sperimentazione normativa per

- l'interoperabilità. In materia di “atti automatizzati”, art. 22, par. 2, lett. b, 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, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 165 ss. Si v. anche: M.C. Cavallaro, *Sviluppo urbano e nuove tecnologie. Il ruolo della pubblica amministrazione*, in P. Stella Richter (a cura di), *La nuova urbanistica regionale: studi dal XXII Convegno nazionale, Palermo, 27-28 ottobre 2019*, AIDU, Giuffrè, Milano, 2021, p. 191 ss. E. M. Tulli Guardabassi, *La cyberurbanistica. I nuovi sistemi informatici al servizio dell'urbanistica*, in P. Stella Richter (a cura di), cit., p. 133 ss.
98. Considerando n. 41), Regolamento (UE), 2024/903, cit., che stabilisce che sia il Garante europeo della protezione dei dati a disporre di tale potere, ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 2, lettera i), del regolamento (UE) 2018/1725.
99. In generale, F. Nassuato, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, in *CERIDAP*, 1, 2022, p. 150 ss.
100. Ad esempio, consumo e la permeabilità dei suoli, la presenza di vincoli, i parametri di efficienza energetica, ecc.)
101. È appena il caso di richiamare quanto si sta registrando in materia di cd. “urbanistica concorsuale” che, nel rapporto con l’art. 12, l. 241/1990, cit., deve stabilire a priori criteri e parametri chiari per selezionare nuove aree edificabili e, di conseguenza, l’attribuzione di vantaggi economici derivanti da scelte urbanistiche. Cfr. Cons. St., 6 ottobre 2022, n. 8564 ma anche già T.A.R. Toscana (sez. I), 2011, n. 310 che, nel respingere il ricorso sollevato da alcuni privati cittadini nei confronti del Comune per l’annullamento di un atto di indirizzo per la redazione del primo bando per la procedura competitiva e comparativa di assegnazione di un’area a pianificazione differita, ha affermato che si tratta «*di una diversa modulazione dell’esercizio della funzione pianificatoria; con l’aggiunta che la innovativa previsione di una procedura di carattere comparativo in luogo del diretto esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della p.a. appare funzionale – al netto della verifica delle sue concrete modalità disciplinari – al duplice obiettivo di rendere trasparenti le scelte pubbliche, attraverso la predeterminazione dei criteri valutativi, e di realizzare quanto più possibile l’interesse pubblico, in linea quindi con i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost.*» Si v. G. Manfredi, *Urbanistica e concorsualità*, in *Giur. it.*, 3, 2023, p. 649 ss., nota a Cons. St., 6 ottobre 2022, n. 8564.
102. Art. 14, Regolamento UE 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), che enuncia l'obbligo di *Human oversight* nelle applicazioni di AI ad alto rischio, escludendo la possibilità di decisioni

algoritmiche completamente artificiali (si v. Allegato III all'*IA Act* per l'elenco delle applicazioni ad alto rischio ove, per quanto qui rileva, al punto 2 vengono inserite le «*Infrastrutture critiche: i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento delle infrastrutture digitali critiche, del traffico stradale o nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento o elettricità*Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, in *Dir. Amm.*, 3, 2025, p. 655 ss.

103. Cfr. anche art. 10, Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, 17 maggio 2024, che richiede che vengano adottate misure di garanzia del rispetto dell'uguaglianza e di divieto di discriminazione, come previsto dal diritto internazionale e nazionale applicabile, nell'ambito del ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale. Si v. J. Ziller, *The Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence vs. the EU Regulation: two quite different legal instruments*, in *CERIDAP*, 2, 2024, p. 202 ss.
104. Dal punto di vista della discriminazione operata dal contenuto del provvedimento automatizzato, è nota la sentenza: *Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis, Case no. 2015AP157-CR*, 5 aprile-13 luglio 2016, sulla decisione di concedere libertà vigilata ai soggetti il cui grado di pericolosità è stato calcolato con software *Compas*, con evidenti discriminazioni, che hanno portato a considerazioni sul principio ««garbage in garbage out», per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito»», considerando 16, Regolamento A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 30 ss. Si richiama anche il tema dell'adeguatezza strutturale dell'ente territoriale a far fronte a tali strumenti e valutazioni, R. Cavallo Perin, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in S. Torricelli (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2020, p. 265 ss. e, da ultimo, L. Pellizzoni, *Governance del digitale: fondamenti teorici e il ruolo di legislatore e interpreti*, in *CERIDAP*, 1 settembre 2025.
105. Governo italiano-Presidenza del Consiglio dei ministri, Italia domani - Piano nazionale di ripresa e resilienza.#nextgenerationitalia, aprile 2021: sub-investimento 2.2.3 “Digitalizzazione delle procedure SUAP e SUE”, che con uno stanziamento di 324,4 milioni di euro mira a una digitalizzazione uniforme su scala nazionale dei SUAP e SUE, Missione 1 “Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura” del PNRR, con l’obiettivo strategico di garantire la conformità di tutti gli Sportelli unici alle nuove specifiche tecniche di interoperabilità per agevolare e accelerare i procedimenti amministrativi. D.U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, 7, 2022, p. 103 ss. Da ultimo, A. Bartolini, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, cit., p. 677 ss. Per una ricostruzione della disciplina giuridica in

- materia edilizia: M.A. Sandulli, voce *Edilizia*, in *Enc. del diritto – I Tematici*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 405 ss.
106. 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*, cit., p. 96 ss. 10. G. Aquino, P. Consonni, *Il "front office" unificato dello sportello unico per le attività produttive e l'edilizia*, in *Amministrare*, 1, 2018, p. 169 ss.
 107. Ciò anche in conformità con il diritto ad una buona amministrazione nell'accezione della ragionevolezza dei tempi di conclusione del procedimento, art. 41 CDFUE, par. 1.
 108. D.U. Galetta, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Ciberspazio e diritto: rivista internazionale di informatica giuridica*, vol. 19, 3, 2018, p. 319 ss.; A. Monica, *Lo sportello digitale unico: uno strumento che può unire cittadini e amministrazioni europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2019, p. 477 ss. Il *Single Digital Gateway* ha digitalizzato completamente 21 procedure amministrative prioritarie in Europa, corrispondenti in Italia a oltre 150 procedimenti amministrativi afferenti a 33 diverse Pubbliche Amministrazioni: l'Italia si è distinta come *best practice* europea per il rispetto dei tempi e le modalità di attuazione, cfr. AgID, *Il portale ufficiale dei servizi Single Digital Gateway della pubblica amministrazione italiana*, disponibile online.
 109. Considerando 12 del Regolamento 2018/1724/UE) e principio del *once only*. P. Falletta, *La riforma delle amministrazioni pubbliche, tra piattaforme interoperabili e atti amministrativi digitali*, in *federalismi.it*, 31, 2023, spec. p. 115 ss. che descrive le modalità di accesso allo sportello unico europeo.
 110. C. Celone, *Attività edilizia delle pubbliche amministrazioni*, in M.A. Sandulli (a cura di), S. Bellomia, M.R. Spasiano, G. Mari (coord.), *Testo Unico dell'Edilizia*, Giuffrè, Milano, III ed., 2015, p. 218 ss. Si ricorda che tutti gli interventi di ristrutturazione edilizia c.d. pesante possono essere realizzati con SCIA alternativa al permesso di costruire, ai sensi degli artt. 22 e 23, T.U. Edilizia, come modificato dal d.lgs. n. 222/2016 (Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124).
 111. R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2, 2020, p. 305 ss., spec. 313; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, ESI, Napoli, 2019; A.G. Orofino, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2019, p. 87 ss.; G. Piperata, *Semplificazione e digitalizzazione nelle recenti politiche di riforma della Pubblica Amministrazione*, in F. Mastragostino, C. Tubertini, G. Piperata (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 255 ss. D. De Grazia, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. Pub.*, 2, 2011, pp. 611-657; V. Cerulli Irelli, La semplificazione dell'azione

- amministrativa, in *Dir. Amm.*, 3, 2000, p. 617 ss.; R. Ferrara, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1999, pp. 323-380; P. Marzaro, *L'individuazione degli interventi edilizia soggetto a denuncia di inizio: aspetti problematici*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1997, p. 255 ss.
112. Il privato non può patire conseguenze negative dettate da eventuali malfunzionamenti sistema telematico di ricezione delle domande adottato dalla P.A. per ragioni che non dipendono da una negligenza dello stesso, stante la considerazione per la quale «*le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi*» e problemi tecnici non possono ostacolare i rapporti tra privati e amministrazioni, Cons. St., 18 maggio 2020, n. 3148. Nell'ambito della materia dei contratti pubblici, ad esempio, si è identificato un filone giurisprudenziale sul c.d. formalismo digitale. Si v. M. Lipari, *Effettività della tutela giurisdizionale e innovazioni tecnologiche nel nuovo codice n. 36/2023*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024, p. 107 ss.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 327 ss.
113. Art. 23-ter, CAD, cit.
114. A. Sandulli, *Lo "Stato digitale" pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2021, p. 513 ss.; B.G. Mattarella, *Ambiguità e vicende degli affidamenti "in house"*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2023, p. 1283 ss. Si v.: R. Cavallo Perin, *Intelligenza artificiale tra servizio pubblico locale, servizi d'interesse economico generale e autorganizzazione dei cittadini e utenti*, in F. G. Scoca, M. P. Chiti, D.U. Galetta (a cura di), *Liber amicorum per Guido Greco*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 185 ss.
115. Cd. *lock-in effect*. Anche definito quale “costo di uscita”, art. 1, c. 1, lett. *l*), *Direttiva ministeriale del 19 dicembre 2003 in materia di sviluppo e utilizzazione dei programmi informatici da parte delle pubbliche amministrazioni*; cfr. anche art. 68, c. 1, CAD, cit., in termini di “neutralità tecnologica”. Si veda G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. Cavallo Perin D.U. Galetta, (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., spec. 212 ss. TAR Lazio (sezione I), sentenza del 18 luglio 2022, n. 10147 che ha confermato il provvedimento dell'AGCM, 27 aprile 2021, n. 29645 che aveva sanzionato Google per 102.084.433,91 euro in ragione della negazione della possibilità imposta ad EnelX Italia di rendere interoperabile l'applicazione JuicePass con il sistema operativo Android Auto per la diffusione, violando l'art. 102 TFUE. Ciò avrebbe favorito invece la diffusione della propria app Google Maps, che aveva nel frattempo sviluppato anche il servizio di prenotazione di colonnine per ricarica di auto elettriche.
116. Art. 5 Cost.; art. 3 TUEL e art. 2, c. 4, T.U. Edilizia. Art. 10, c. 1, T.U. Edilizia, cit. Sul mutamento di destinazione d'uso, *ivi*, art. 23-ter, c. 1-*quinquies*. Si richiama quanto affermato da Corte Cost., sent. 14 luglio 1958, n. 50 e, di recente, Corte Cost., sent. 27

- gennaio 2023, n. 7; Cons. St., 23 dicembre 2024, n. 10307.
117. Art. 14 ss., l. 241/1990, cit. V. Falco, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) e la conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2023, p. 9 ss.
 118. Si v. *supra*, par. 2.
 119. M.A. Sandulli, voce *Edilizia*, cit., p. 405 ss.
 120. Cons. St., n. 2523/2024, cit.
 121. M. De Donno, *Il governo del territorio «europeo»: Stato legislatore o Stato pianificatore?*, in *Le Regioni*, 5, 2023, p. 995-ss. che richiama la Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati (2022/2051(INL)) ove, tra le modifiche compare la soppressione della clausola passerella e della deliberazione all'unanimità (art. 192 TFUE) per l'adozione di misure aventi un'incidenza sull'assetto territoriale, sulle risorse idriche, sulla destinazione dei suoli e sull'approvvigionamento energetico.
 122. Cfr. E. Amante, *L'iper-statalizzazione della materia edilizia: la Corte costituzionale enuclea ulteriori principi*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2023, p. 41 ss.
 123. Il richiamo è alla disciplina relativa al contenimento del consumo di suolo (oggetto di proposte di legge in materia di rigenerazione urbana attualmente all'esame della Commissione 8° e VIII), si v. G. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022. L'art. 11 della proposta di Direttiva UE relativa al monitoraggio del suolo (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Soil Monitoring and Resilience (Soil Monitoring Law)*, 5 luglio 2023, che dovrebbe essere adottata del Parlamento europeo nella seduta del 20 ottobre 2025. I principi di mitigazione che gli Stati membri dovranno seguire qualora la proposta fosse adottata, riformulati sulla base dell'Accordo provvisorio tra Parlamento europeo e Consiglio (*Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, 10 aprile 2025) che dovrà sottoposto ad approvazione formale, saranno da questi presi in considerazione nel rispetto delle decisioni nazionali in materia di pianificazione territoriale, anche per quanto riguarda l'edilizia abitativa, l'estrazione mineraria, l'agricoltura sostenibile e la transizione energetica (cfr. Considerando n. 30).
 124. Si ricorda l'art. 22, par. 1, GDPR, ove si prevede che qualora il provvedimento produca effetti giuridici sulla situazione giuridica dell'interessato, compresa la profilazione, esso «ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato», con le diverse ampie eccezioni previste dal par. 2. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997; B. Marchetti, The algorithmic administrative decision and the human in the loop, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, p. 367 ss.; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., spec. p. 319 ss.
 125. R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., spec. p. 319 ss.
 126. R. Cavallo Perin, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G. M.

Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, p. 119 ss.

127. M. De Benedetto, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. Pub.*, 3, 2019, p. 747 ss.
128. Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di edilizia e costruzioni A.C. 2332, A.C. 535, settembre 2025. Processo di riforma avviato dal MIT, comunicato *web*, 1° febbraio 2025.
129. Lett. *l*), che prevede che: «*formazione dei titoli abilitativi previsti dalla presente legge, le amministrazioni siano tenute ad acquisire d'ufficio i documenti, le informazioni e i dati, compresi quelli catastali già in possesso delle pubbliche amministrazioni e non possono richiedere attestazioni, comunque denominate, o perizie sulla veridicità e sull'autenticità di tali documenti, informazioni e dati*», Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di edilizia e costruzioni, cit.
130. Lett. *n*), Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di edilizia e costruzioni, cit.

Toward an Adaptive Administrative Procedure in the Italian Legal System: Insights from the U.S. Model Adaptive Management Procedure Act

Emanuela Furiosi

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-50

Le società contemporanee affrontano transizioni permanenti che mettono in discussione i paradigmi tradizionali del diritto amministrativo. Concepiti per contesti stabili, le procedure classiche faticano a governare sistemi complessi che richiedono un adattamento continuo. Lo studio propone alcune riflessioni preliminari su come il diritto amministrativo italiano potrebbe evolversi per rispondere a tali sfide, prendendo come riferimento comparato il Model Adaptive Management Procedure Act (MAMPA) statunitense, proposto da Robin Kundis Craig e J.B. Rubl nel 2014. Utilizzando il MAMPA come quadro di confronto, l'analisi esamina i potenziali e i limiti dell'integrazione di logiche adattive nel sistema giuridico italiano. Partendo dalle istituzioni "pre-adattive" già presenti in settori come quello farmaceutico, l'accreditamento sanitario e la gestione delle acque, lo studio individua tanto le opportunità quanto i vincoli di una riforma sistematica.

Contemporary societies face permanent transitions that challenge the traditional paradigms of administrative law. Designed for stable contexts, classical procedures struggle to govern complex systems that demand ongoing adjustment. This study offers preliminary reflections on how Italian administrative law could evolve to meet these challenges, drawing on the U.S. Model Adaptive Management Procedure Act (MAMPA) proposed by Robin Kundis Craig and J.B. Rubl in 2014. Using MAMPA as a comparative framework, the analysis examines the potential and limits of embedding adaptive logic into the Italian legal system. Building on the "pre-adaptive" institutions already present in sectors such as pharmaceuticals, healthcare accreditation, and water management, the study identifies both opportunities and constraints for a systematic reform.

Summary: 1. *Adaptive Management and Administrative Law: A Necessary Encounter.*- 2. *From Static to Dynamic: Rethinking Administrative Stability.*- 3. *The MAMPA Model: A Blueprint for Adaptive Administrative Procedure.*- 4. *Pre-Adaptive Institutions Already Present in the Italian Legal System.*- 4.1. *Pharmaceutical Authorizations: A Paradigmatic Case of Reflexive Administration.*- 4.2. *Health Accreditation: A System of Continuous Evaluation.*- 4.3. *Legal Adaptivity in the Water Sector.*- 5. *Elements that may be drawn from the MAMPA Model.*- 6. *Implementation Challenges and Pathways.*- 7. *Designing an Adaptive Track: A Proposal for Italy.*- 7.1. *The Dual Track Approach: When to Choose Adaptive Procedures.*- 7.2. *An Italian Framework for Adaptive Administrative Procedures.*- 7.3. *Organizational and Technical Prerequisites for Implementation.*- 8. *Concluding Reflections.*

1. Adaptive Management and Administrative Law: A Necessary Encounter

In contemporary societies^[1], change is no longer episodic but represents a permanent condition with which legal systems must deal^[2]. In these contexts of permanent transition^[3], the international scientific literature has long identified adaptive management as the most effective management strategy.

However, in Italy a full adoption of such a management model – the core of which is a multi-step iterative process to adapt management measures to changing circumstances or new information on the effectiveness of previously adopted measures – is currently hindered by administrative law, which is faced with the challenge of overcoming the conception of the measure as a static “snapshot” of reality, the epilogue of an “exhausted” procedure^[4], to embrace a model capable of adapting to a dynamic reality in permanent transition^[5]. In other words: administrative law must adapt to *adaptive management*.

Adaptive management, developed in ecological sciences beginning with the pioneering studies of C.S. Holling in 1978^[6] and subsequently systematized by C.J. Walters for renewable resource management^[7], is founded on a structured and iterative approach that recognizes uncertainty as an ineliminable element of complex systems. This paradigm has progressively found application in sectors

beyond its original environmental management focus, demonstrating its capacity to adapt to different normative and administrative contexts.

Based on this same premise, the U.S. scholars Robin Kundis Craig^[8] and J.B. Ruhl^[9], have developed a proposed articulation of adaptive administrative procedure: the Model Adaptive Management Procedure Act^[10] (so-called MAMPA). The analysis that follows draws not only on the theoretical framework developed by Craig and Ruhl, but also on empirical evidence from the Italian legal system, which already incorporates numerous adaptive mechanisms in sectors ranging from pharmaceutical regulation to healthcare accreditation and water resource management.

Although this work is set in the different context of the U.S. legal system, it is believed that it can provide insights of interest for the development, in the Italian legal system, of a legal instrument that allows the adaptation of the title and the administrative relationship to the permanent change of factual reality.

This contribution analyzes the founding principles and procedural mechanisms of MAMPA, evaluating their compatibility with the cornerstones of Italian administrative law. The analysis builds upon a systematic examination of pre-adaptive institutions already present in the Italian legal system, which demonstrate both the empirical feasibility and constitutional compatibility of adaptive approaches. The study explores the pathways through which adaptive procedures might be integrated within our legal system, examining both the opportunities and challenges for responding to permanent transitions while preserving the fundamental guarantees that characterize Italian administrative law.

2. From Static to Dynamic: Rethinking Administrative Stability

Since the assumption underlying the present reflection is that administrative law must adapt to adaptive management, it seems essential to focus on what the characteristics and needs of this management methodology are.

Adaptive management has long been considered an indispensable element of regulation^[11] in a wide range of sectors, including pharmaceutical, medical, financial, social welfare and natural resource management^[12]. It consists of a

structured and iterative decision-making process that allows for the adaptation of management choices in response to new information and changes in the regulated system. Developed in the 1970s by C.S. Holling in ecological science^[13], this approach is based on a continuous cycle of planning, implementation, monitoring and adaptation.

Adaptive management recognizes uncertainty as an ineradicable element^[14] and incorporates learning into the decision-making process itself. Indeed, its fundamental principles include recognition of uncertainty, continuous monitoring, periodic adaptation of measures taken, and the distinction between fundamental (unchangeable) and adaptive elements of decisions.

This model differs radically from predictive models, which attempt to anticipate all future scenarios and prepare *ex ante* solutions: while the predictive approach requires large initial investments in analysis and tends to “freeze” decisions, the adaptive model distributes cognitive costs over time and keeps options for action open. Adaptive management also differs from purely reactive approaches, which intervene only after the emergence of overt critical issues, combining advance planning with responsiveness to new information.

From these minimal notes, the need for an appropriate regulatory foundation, which explicitly recognizes the possibility of adopting an adaptive approach and defines its conditions and limitations, emerges strongly^[15].

Precisely in order to build a regulatory framework suited to the needs of adaptive management, the Model Adaptive Management Procedure Act aims to translate the theoretical principles outlined so far into an operational procedural system, offering concrete solutions to the friction points between adaptive management and “traditional” administrative law^[16]. It seems, therefore, of interest to analyze its structure and main innovations, in order to assess the extent to which these elements – albeit with the necessary adaptations – may be transferable to the Italian legal system.

3. The MAMPA Model: A Blueprint for Adaptive Administrative Procedure

The Model Adaptive Management Procedure Act (so-called MAMPA), drafted in 2014 by professors Robin K. Craig and J.B. Ruhl, is a proposal^[17] of alternative

administrative procedure specifically designed to enable the full adoption of adaptive management. Starting from the observation that the U.S. Administrative Procedure Act (so-called APA) is an obstacle to the full implementation of adaptive management^[18], the two jurists theorized a parallel “procedural track”, to be used only in certain contexts^[19].

MAMPA is based on key concepts, including those of “adaptive management”^[20] and “complex system” or “system”^[21], which form the essential operational assumptions of the entire discipline, translating notions derived from complexity sciences into legally binding terms^[22]. This conceptual approach reflects a fundamental paradigm shift: it is no longer a matter of making a point decision in a relatively stable context, but of continuously managing complex systems, characterized by permanent uncertainty.

Access to the “adaptive track” is regulated in a systematic and articulated manner^[23]. The proposal contemplates three distinct scenarios: the U.S. legislature may expressly require the agency^[24] to use the adaptive track, explicitly prohibit its use, or, finally, leave it to its own devices. In the latter case, the agency may opt for the adaptive track only upon verification, «*based on the best available evidence*», that a number of objective prerequisites are met. These include: the complexity of the system to be regulated; the difficulty of predicting its responses to administrative actions, especially when the development of detailed information could improve future actions; the presence of system-related unknowns or uncertainties; the need to regulate or manage significant components of the system; the identification of definable management objectives; the availability of measurable indicators; the possibility of multiple management options; and the ability to observe system responses in time frames consistent with periodic reviews. The decision to follow the adaptive track is formalized through a *rulemaking* process^[25] subject to judicial review, with a 90-day appeal period from publication of the final rule.

The planning-implementation-evaluation-reformulation cycle is the central element of the adaptive model^[26]. The initial plan, which is also adopted through *rulemaking*, must contain a detailed set of elements: management objectives, threats and obstacles to their achievement, indicators to be monitored, detection methodologies, management measures to be implemented and conditions that would justify their discontinuation (“abort indicators”) or that would signal the

achievement of objectives (“finished indicators”). Transparency is ensured by the obligation to periodically publish monitoring data and report on implementation.

The transition from the initial plan to subsequent plans is a crucial element of the cyclical configuration of adaptive management. This transition is triggered by three possible events: the achievement of «*abort indicators*», the attainment of «*finished indicators*», or the expiration of the predetermined implementation period. In each case, the agency must issue a notice of termination of the current plan and proceed to adopt a new plan. Significantly, subsequent plans should also contain a critical assessment of the data collected during the previous implementation, an analysis of progress toward goals, and a detailed explanation of changes made based on lessons learned. This cyclical process of planning-implementation-evaluation-reformulation allows for both technical learning (during implementation) and institutional learning (in the transition between plans). MAMPA also provides a specific mechanism for eventual departure from the adaptive track, regulating four situations that may warrant a return to regular administrative procedures^[27].

One of the most relevant innovations concerns the plan implementation phase. During this period, the implementation of management measures is «*committed to agency discretion by law*»^[28] and, barring emergencies, is not subject to judicial review. This temporary immunity represents a significant departure from the principle of judicial review, traditionally central to U.S. administrative law. This exemption is balanced by time limits on implementation (a maximum of five years, subject to justified exceptions) and ongoing transparency requirements.

MAMPA also specifies emergency conditions that allow early termination of the plan^[29]. These include the achievement of «*abort indicators*» or the occurrence of severe and unforeseen disruptions that render the plan’s informational premises obsolete. In such cases, the agency may terminate implementation with a 30-day notice, subject to judicial review. Significantly, private parties can also initiate a *mandamus*^[30] proceeding to obtain termination of the plan, but only by proving «*with clear and evident conviction*» that the emergency premises have been met.

A peculiar profile of the adaptive procedure relates to judicial review. The most relevant innovation is the modulation of the intensity of the review according to the different stages of the adaptive process. There is full control over the decision

to adopt the adaptive track and over the content of the plan, but control over implementation is excluded, with the exceptions that are strictly stated. Time limits for appeal are particularly short (30 days for the plan), reflecting the need for certainty in a continuous management context.

Of particular interest seems to be the innovative balance proposed between administrative discretion and judicial review. The proposed articulation, on the one hand, grants the agency broad technical discretion in implementing the plan; on the other hand, it imposes a strict structuring of the planning phase, with detailed justification requirements based on specialized science. Judicial review focuses on the planning phase, checking compliance with legislative objectives and the scientific rationality of choices, while in the implementation phase the need for managerial effectiveness prevails.

This new balance attempts to respond to the tension between the need to ensure democratic legitimacy and protection of rights, on the one hand, and the need to ensure effectiveness and technical competence, on the other. In the traditional model (APA), this tension is resolved by giving full discretion at the inquiry stage and imposing stringent controls on the final decision. In the adaptive model, however, the distribution is reversed: stringent controls on planning, discretion in implementation.

This inversion reflects the different nature of the “regulatory problem”: it is no longer a matter of making a timely decision in a relatively stable environment, but of continuously managing complex systems^[31], characterized by permanent uncertainty. In this context, democratic legitimacy is primarily ensured in the planning phase, through participation in *rulmaking*, while managerial effectiveness requires flexibility in implementation.

In sum, it seems that the most significant innovation from the traditional paradigm is the overcoming of the dichotomy between the procedural phase and the measure-making phase. In the adaptive model, the process does not end with the adoption of the measure but accompanies the entire life cycle of the administrative title^[32]. The initial plan is not a final measure, but the start of an ongoing management process, subject to periodic review. The dynamic nature of the approach replaces the linearity of the traditional model with a circularity that integrates decision-making, implementation and learning.

4. Pre-Adaptive Institutions Already Present in the Italian Legal System

It is worth noting that our legal system is not entirely foreign to logics of procedural adaptivity: it already contains a number of institutions that can be described as “pre-adaptive”, insofar as they incorporate mechanisms of flexibility and continuous adjustment to changing reality^[33]. These institutions, while not yet framed within a systematic paradigm of adaptive management, demonstrate that Italian administrative law possesses significant embryonic experiences of adaptivity that extend far beyond the environmental field initially mentioned.

Pre-adaptive institutions are characterized by common structural elements that anticipate the principles of adaptive management: continuous monitoring through permanent verification systems of the conditions that justified the initial measure; mandatory periodic review through mechanisms that require re-evaluation of the title at predetermined intervals; evidence-based adaptation through the capacity to modify the content of the measure based on new scientific, technical, or environmental developments; dynamic participation through active involvement of recipients in the process of updating and control; and organized flexibility through procedural structures that allow modifications within legally defined parameters.

A systematic overview reveals a cross-sectoral presence of pre-adaptive mechanisms across different areas of administrative action: in the health sector through accreditation of health facilities and pharmaceutical authorizations; in environmental protection through Environmental Impact Assessmen (EIA), Strategic Environmental Assessment (SEA) and Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC) with post-procedural monitoring systems; in natural resource management through hydroelectric concessions and water authorizations; and in network services through telecommunications authorizations and banking licenses with continuous supervision.

4.1. Pharmaceutical Authorizations: A Paradigmatic Case of Reflexive Administration

The national procedure for the issuance of marketing authorization represents a

paradigmatic case^[34] of an administrative procedure that incorporates the principles of precaution and reflexive administration^[35] and that displays features of adaptivity and flexibility resulting from the influence of European models, which diverge from the traditional logic of the Italian national law on administrative procedure^[36].

The entire system is based on a logic of adaptation to emerging scientific evidence, configuring an intrinsically dynamic procedural model that transcends the traditional conception of the administrative measure as a “static snapshot” of reality.

The normative framework includes Legislative Decree April 29, 2006, No. 219 (implementing European pharmaceutical directives), EC Regulation No. 726/2004 (centralized procedures), and Directive 2011/62/EU (prevention of falsified medicines). The system is founded on fundamental principles including Article 29, paragraph 1, of Law December 23, 1978, No. 833, which establishes the social function and public purpose of pharmaceutical production, and the precautionary principle of European origin.

With specific reference to the procedure for the issuance of the AIC (marketing authorization), it is characterized by the explicit inclusion of a monitoring phase – so-called pharmacovigilance – which falls under the competence of AIFA, but also involves other actors such as the Regions, the authorization holder, and healthcare professionals^[37]. Pharmacovigilance constitutes a systematic monitoring system that transforms pharmaceutical authorization from a punctual measure to a continuous evaluation process. The system features permanent post-authorization monitoring through systematic collection of real-world data on efficacy and safety; necessary status of the control phase where monitoring is not accessory but constitutive of the procedure; progressive adaptation of the title through the possibility of extending or limiting therapeutic indications; and a cooperative paradigm involving co-management of surveillance powers between AIFA and economic operators.

The adaptive mechanisms include powers of title variation distinct from self-remedy^[38], which involve modifications of authorization based on emerging scientific evidence rather than correction of procedural defects, and review procedures that can be activated upon request by the holder^[39]. The pharmaceutical code also provides for conditional marketing authorization^[40],

which feature annual temporal efficacy requiring renewal, with three possible outcomes at expiration: renewal of conditional authorization, conversion to ordinary authorization, or revocation.

The system also includes duties of self-inspection under Article 71 of Legislative Decree 219/2006, requiring systematic self-control obligations by operators, continuous reporting to AIFA on emerging criticalities, and shared responsibility in risk management.

This model illustrates how the Italian legal system has already developed sophisticated mechanisms for managing permanent uncertainty in contexts requiring continuous adaptation to scientific evolution, representing a concrete precedent for the systematization of adaptive procedural principles.

4.2. Health Accreditation: A System of Continuous Evaluation

Health accreditation^[41] in Italy, regulated by Legislative Decree 502/1992 and implementing regional regulations, represents a system of systematic and periodic evaluation that demonstrates the ability of the legal system to develop adaptive mechanisms for quality management in public services. The cyclical procedural structure^[42] includes initial accreditation through verification of structural, organizational, and functional requirements; continuous monitoring through periodic controls and audit systems; periodic verification through re-examination of requirements and achieved results; and renewal/revision through confirmation, modifications, or revocation of accreditation.

The system is characterized by systematic and periodic evaluation, based on the necessary temporariness of every evaluation, requiring regular verification and permanent updating of requirements and performance. As highlighted by administrative jurisprudence, «*a dynamic vision and a periodically renewed evaluation open to comparison between those already accredited and those aspiring to be accredited, can respond to the better and more efficient allocation of available resources*»^[43].

Dynamic and evolutionary standards feature updating of requirements through continuous adaptation to scientific and technological developments; adaptation to permanent transitions through capacity to respond to changes in the health

and social context; and the principle of continuous improvement through orientation toward progressive elevation of standards.

The adaptive control instruments include the regional health and social plan as a programming instrument that outlines dynamic organizational strategies; audit systems through cyclical controls for continuous performance evaluation^[44]; quality indicators through measurable parameters for objective monitoring; and corrective mechanisms through improvement procedures and recovery plans.

The procedural dynamism of accreditation surpasses the dimension of mere administrative control to configure itself as an instrument of social impact evaluation, placing the user-person recipient of the service at the center in the perspective of continuous improvement that should inspire all public services.

4.3. Legal Adaptivity in the Water Sector

In the water sector, the Italian legal system already includes several instruments that, while not explicitly labelled as “adaptive”, incorporate structural elements consistent with the logic of adaptive management. These are legal and administrative mechanisms capable of progressively adjusting public decisions in response to environmental, climatic, social or technological changes, through a cyclical logic based on monitoring, evaluation and revision.

One primary example is the River Basin Management Plans (RBMPs), provided for under Directive 2000/60/EC (Water Framework Directive) and implemented in Italy through Legislative Decree No. 152 of 3 April 2006, Part III. These six-yearly plans are explicitly subject to periodic review, based on the outcomes of environmental monitoring and changes in the chemical or ecological status of water bodies^[45]. They follow a decision-making cycle articulated in planning, implementation, control and updating phases, and therefore constitute a clear case of administrative instrument structured around adaptive logic^[46].

A similar approach characterizes the River Contracts^[47], which are formally recognised by several Italian Regions – such as Lombardy, Piedmont and Emilia-Romagna – and promoted in the 2023 National Climate Change Adaptation Plan (PNACC). Although not regulated by a national statutory framework, River Contracts are voluntary governance instruments for integrated and sustainable watercourse management. They are based on open, multi-level

planning processes and are subject to continuous monitoring and periodic reassessment of goals and actions. Their flexible and iterative structure allows for the ongoing recalibration of interventions based on observed evidence, making them paradigmatic examples of adaptive governance tools^[48].

Another cornerstone of the system is the national environmental and water monitoring infrastructure, governed by Articles 118 et seq. of Legislative Decree No. 152/2006 and coordinated by the National System for Environmental Protection (SNPA), established by Law No. 132 of 28 June 2016. The SNPA ensures systematic monitoring of the qualitative status of surface and groundwater, providing the empirical basis for evidence-informed public decisions. This system is designed to support a mode of administration that dynamically responds to environmental data, fully aligning with adaptive management principles^[49].

Within the climate policy domain, the National Climate Change Adaptation Plan (PNACC), adopted by Ministerial Decree of the Ministry of Environment and Energy Security on 21 December 2023, introduced sector-specific strategies – including those related to water resource management – grounded in risk-based planning and the periodic revision of adopted measures. Similarly, regional adaptation plans (e.g. Lombardy, Tuscany, Veneto) include specific provisions for flexible and resilience-oriented water management policies.

The regulatory framework also provides for temporary or renewable water abstraction authorizations, governed by Articles 142 et seq. of Legislative Decree No. 152/2006 and further regulated at the regional level. In particular, within the agricultural and industrial sectors, many regions issue abstraction permits that are conditional upon specific environmental parameters. These permits may be suspended or adjusted automatically if water availability falls below pre-defined thresholds, as set out in regional Water Protection Plans or concession acts. Such authorizations are typically valid for a limited period and renewable only upon verification of environmental and hydrological compatibility, thereby introducing adaptive conditionality.

In situations of water scarcity or drought, the Italian legal system allows for the adoption of flexible and derogatory measures through ordinances issued by Civil Protection authorities and regional or river basin institutions. As illustrated by the Decree of the President of the Council of Ministers of 4 July 2022 (declaring

a national state of emergency due to drought), such measures may include the redistribution of water resources, the prioritization of essential uses, the reduction of abstraction rights, and the temporary redefinition of minimum environmental flow requirements. While formally classified as emergency instruments, they reflect key features of adaptive governance, enabling timely and proportionate administrative responses to contingent conditions.

This evolution reflects a broader and more profound transformation: the transition from a model that regarded water as an inexhaustible economic resource, freely available for exploitation, to a conception in which the administration assumes a custodial function over water as a finite and vulnerable public asset. In the era of «*custodial demaniality of waters*»^[50], the legal framework is gradually realigning around the principle of responsible stewardship, rather than commodified use. This paradigm shift^[51] imposes dynamic adaptation mechanisms that account for the variability of water availability^[52] and competing demands, requiring the public administration to continuously rebalance interests in light of ecological sustainability, climate variability and social priorities.

Overall, despite the absence of a unified legal framework for adaptive administration, the water sector represents one of the most advanced areas in the Italian legal system for the experimentation of flexible, cyclical, participatory and monitoring-oriented instruments. Italian water governance is therefore already structurally aligned with the principles of adaptive management and increasingly consistent with the evolving European and international climate resilience agenda. It offers concrete institutional models that reflect continuous learning, empirical feedback, and procedural responsiveness – core tenets of a genuinely adaptive public administration.

5. Elements that may be drawn from the MAMPA Model

In assessing which elements of the U.S. proposal may be in line with the principles of the Italian legal system, it first emerges that the most relevant element of the U.S. proposal is the structuring of a procedural dual track, which flanks – and does not replace – the traditional administrative procedure^[53] an adaptive administrative procedure, applicable exclusively in contexts that would

actually benefit from it^[54]. It is evident that the implementation of such an approach would necessarily require an explicit *abilitatio legis*^[55], presumably by supplementing Law 241/1990 with a chapter dedicated to “adaptive administrative procedures”^[56].

Systematic Coordination: While Italian law already possesses numerous pre-adaptive institutions, these operate independently without systematic coordination. The MAMPA model offers valuable insights for creating unified procedural frameworks that can standardize adaptive approaches while respecting sectoral specificities.

Formal Recognition: The existing pre-adaptive institutions often operate without explicit recognition of their adaptive nature. Formal incorporation of adaptive procedures into Law 241/1990 would provide legal certainty and systematic coherence to practices that already exist but lack unified theoretical foundation.

Enhanced Monitoring Systems: While sectors like pharmaceuticals have developed sophisticated monitoring capabilities, many other areas could benefit from the structured data collection and analysis frameworks proposed in MAMPA, building upon existing digital infrastructure initiatives.

Participatory Mechanisms: The cooperative paradigms already present in pharmaceutical authorizations and health accreditation could be systematized and extended through MAMPA-inspired structured stakeholder engagement processes that enhance both democratic legitimacy and technical effectiveness.

6. Implementation Challenges and Pathways

The systematic analysis of pre-adaptive institutions reveals that the Italian legal system possesses a more extensive foundation for implementing adaptive administrative procedures than initially apparent. However, the full realization of this potential depends on the resolution of several systemic challenges that span regulatory, operational, organizational, and cultural dimensions.

From a regulatory perspective, the transposition of emergency-based mechanisms proposed under the MAMPA model raises important issues of compatibility with the foundational principles of the Italian legal tradition^[57].

Beyond legal alignment, the implementation of an adaptive model requires

operational prerequisites: robust digital infrastructure and specialized administrative expertise capable of managing monitoring systems and translating data into responsive governance^[58]. Adaptive management, by its very nature, relies on the continuous acquisition and analysis of high-quality data measured against predetermined indicators, without which any real-time recalibration of administrative action would remain purely theoretical.

Adaptive procedures also demand decision-making mechanisms that are both agile and transparent – capable of allowing timely regulatory adjustments without undermining essential procedural safeguards^[59]. This requires a shift in performance evaluation: rather than assessing compliance with fixed rules, emphasis should be placed on consistency with overarching goals and the effectiveness of embedded learning processes.

The fragmentation of existing pre-adaptive mechanisms across sectors calls for the development of shared procedural standards^[60]. Adaptive practices currently emerge independently, lacking systemic coordination – a limitation that must be addressed to ensure coherence and effectiveness. One might object that, since Italian law already employs adaptive procedures that function effectively in practice, the creation of a general model would be superfluous. Yet such instruments operate on a sectoral and uncoordinated basis, without ensuring systemic coherence or uniform safeguards. The added value of a general framework lies precisely in transforming dispersed practices into a transparent and typified procedure, capable of reconciling flexibility with legality and accountability. The limited reception of MAMPA in the United States reflects the rigidity of the APA and the absence of legislative reform, rather than the irrelevance of adaptive management as such.

Equally crucial is the cultural transformation needed to shift from static decision-making to adaptive governance. This requires not only updated training but also institutional incentives for continuous learning and cooperation, as demonstrated in the pharmaceutical sector.

The full implementation of an adaptive system^[61] also implies an evolution in judicial review and legal protection^[62]. In this context, the principle of “procedural legality” – as the strict regulation of the exercise of discretion – assumes a central compensatory function vis-à-vis the flexibility of adaptive decisions.

A related concern, raised in the U.S. debate, is the risk of “immunity” of adaptive

measures from judicial oversight, due to the absence of a clearly identifiable *final agency action*. This problem explains why Craig and Ruhl proposed a separate adaptive track punctuated by predetermined checkpoints for review. Such an approach, however, cannot be transposed into the Italian legal order without adjustment^[63]. Article 113 of the Constitution enshrines the principle that all administrative acts are subject to judicial review, thereby excluding the possibility of insulating implementing measures from legal scrutiny. The challenge, therefore, is not whether adaptive decisions should be reviewable, but how judicial control can be exercised without undermining the very logic of flexibility – by concentrating review on decisive stages of the adaptive process, or by assessing compliance with the procedural guarantees that structure the adaptive track.

Among the most significant ex post tools that could be reconciled with adaptive logic are second-degree measures – namely revocation and ex officio annulment – already governed in the Italian legal system^[64]. These instruments, while traditionally conceived as corrective powers, could be reinterpreted in adaptive terms as tools of periodic legal realignment.

Parallel to this structural aspect, the criteria developed in MAMPA for determining when it is appropriate to adopt an adaptive administrative procedure deserve particular attention. The objective prerequisites identified by the U.S. proposal – complexity of the regulated system, predictive difficulty, definability of overall objectives, identifiability of monitorable indicators, and availability of multiple management options – could constitute normative parameters for circumscribing the scope of application of a possible Italian adaptive procedure. These criteria, rather than derogating from the principle of typicality, could reconfigure it in an evolutionary sense, by inscribing flexibility within a strictly typified procedural framework.

These reflections set the stage for a more detailed proposal for the Italian legal system, which is developed in the following section.

7. Designing an Adaptive Track: A Proposal for Italy

Convergences with evolving trends in our administrative law suggest that an adaptive model, suitably reformulated, could integrate effectively into the Italian

legal system. The view of the administration as a continuous “manager” rather than a punctual decision maker reflects the evolution of the administrative role in contemporary society, which is increasingly oriented toward the dynamic care of complex interests^[65]. This evolution is particularly relevant in sectors characterized by rapid technological, environmental or socioeconomic change, such as water concessions, integrated environmental authorizations and administrative titles in the telecommunications and energy sectors, where the inadequacy of the static model is already fully evident.

As mentioned above, a prerequisite for the implementation of an adaptive administrative paradigm lies in the adaptation of technological and organizational infrastructure. In fact, the transition to procedural models based on the systematic collection and analysis of data requires significant enhancement of administrative digitization, which has already begun with the measures envisaged in the NRP (Mission 1), as well as an investment in the training of public personnel, geared toward developing skills in data analysis and management of complex systems. Without such operational prerequisites, even the most refined regulatory model would risk remaining an empty statement.

In light of these considerations, a future Italian model of adaptive administrative procedure^[66] could preserve the conceptual structure of MAMPA – distinction between phases, detailed initial planning, implementation cycles and evaluation – reformulating it in a manner compatible with the fundamental principles of our legal system. Such a procedural innovation would entail, as a consequence, a transformation of the administrative measure as well, which would acquire adaptive characteristics while maintaining compatibility with the principle of legality and typicality, the protection of citizen’s trust and the constitutional guarantees of access to justice^[67].

In this sense, the adaptive procedure does not abandon the principle of typicality but reinterprets it through procedural predetermination: flexibility of content is offset by a rigid typification of procedural phases and adjustment mechanisms^[68].

The most innovative aspect of this approach would be the overcoming of the “episodic” conception of the measure in favor of a “procedural” vision, in which the measure is no longer the concluding act of a procedure, but the initiation of a continuous management process, in which the primacy of knowledge over the measure is definitively recognized^[69]. This evolution reflects the need to govern in

the face of permanent uncertainty, shifting the center of gravity of administrative legality from the substantive definition of outcomes to the procedural discipline of change.

This implies a central role for the principle of proportionality^[70], which serves as a safeguard against arbitrariness: each adaptation must be demonstrably appropriate, necessary, and balanced in light of the public interest pursued and the interests affected.

Moreover, the managerial decision to activate an adaptive track – being an expression of technical discretion – should itself be subject to judicial review, based on the verification of factual and legal prerequisites. This reinforces the need for procedural transparency and rationality from the earliest stages of the decision-making process.

7.1. The Dual Track Approach: When to Choose Adaptive Procedures

The implementation of adaptive administrative procedures in the Italian context cannot and should not represent a wholesale replacement of traditional procedural models. Rather, following the logic underlying the MAMPA proposal, the most promising approach lies in developing a dual track system where adaptive procedures complement rather than substitute conventional administrative processes, each applied according to specific contextual requirements and predetermined criteria.

The fundamental question that emerges is not whether to adopt adaptive management, but rather when and under what circumstances it becomes preferable to traditional approaches. The experiences gleaned from existing pre-adaptive institutions in the Italian system – pharmaceutical authorizations, healthcare accreditation, and hydroelectric concessions – suggest that certain objective characteristics of the regulatory context make adaptive approaches not merely advantageous but practically necessary^[71].

The pharmaceutical sector exemplifies this need. The inherent unpredictability of drug effects across diverse populations, combined with the continuous evolution of scientific knowledge, makes a static authorization model not merely inefficient but potentially dangerous^[72].

The normative framework for this dual track approach would require clear legislative criteria that guide administrative authorities in choosing between conventional and adaptive procedures. These criteria should not be left to discretionary evaluation but rather established through objective parameters that ensure predictability and prevent arbitrary application.

As anticipated, the objective prerequisites developed in the MAMPA model – system complexity, predictive difficulty, definable goals, measurable indicators, and multiple management options – could serve as normative benchmarks for determining when to adopt an adaptive track^[73]. Far from undermining the principle of typicality, these criteria would redefine it in an evolutionary sense, by embedding flexibility within a strictly typified procedural framework.

This framework would ensure that the discretion to choose the adaptive track remains legally bounded and subject to judicial review. The MAMPA model's requirement for a preliminary rulemaking process to activate adaptive management reflects the understanding that this procedural choice significantly affects the rights and expectations of regulated parties. In the Italian context, this could translate into a requirement for a reasoned administrative determination that explicitly justifies the choice of adaptive procedures based on documented evidence of the inadequacy of traditional approaches.

7.2. An Italian Framework for Adaptive Administrative Procedures

Building upon the experiences identified in Section 4, an Italian framework for adaptive procedures would necessarily reflect the constitutional and administrative law principles that distinguish our system from the American model. Rather than broad administrative discretion, the Italian approach would emphasize procedural rigor within flexible substantive frameworks, ensuring that adaptivity serves effectiveness without compromising legal certainty or fundamental rights.

The procedural architecture of an Italian adaptive track would unfold through distinct but interconnected phases that maintain the essential characteristics of administrative legitimacy while enabling responsive management^[74].

Drawing upon the successful experiences of existing pre-adaptive institutions,

these phases could be operationally structured as follows:

Phase 1 - Adaptive Planning: The initial phase establishes comprehensive monitoring parameters following the Integrated Environmental Authorization (AIA) model, incorporates mandatory technical-scientific expertise consultation (as demonstrated by AIFA's approach), and predetermines objective thresholds for triggering reviews. This phase differs from traditional planning by focusing on adaptation criteria rather than fixed outcomes. This phase should also include the prior identification of key indicators that signal either the achievement of goals ("finished indicators") or the need to revise or terminate the plan ("abort indicators").^[75] Such upfront definitional effort offsets substantive flexibility by embedding it in a rigidly structured procedural framework.^[76]

Phase 2 - Structured Monitoring: Continuous oversight through integrated information systems modeled on pharmacovigilance databases, mandatory periodic reporting requirements (as healthcare accreditation), and automated control mechanisms proven effective in hydroelectric concessions management.^[77]

Phase 3 - Evidence-Based Adaptation: Activation through objective parameter triggers or motivated stakeholder requests, enhanced procedural guarantees including extended observation periods and mandatory independent expert involvement, and specific evidence-based justification requirements that demonstrate clear causal links between collected data and proposed modifications.

Phase 4 - Controlled Implementation: Gradual and proportionate modifications that allow for effect monitoring and course correction, qualified legitimate expectation protection^[78] through safeguard clauses for existing investments, and systematic monitoring of adaptation effects to enable institutional learning.

A further essential component of this model would be the introduction of so-called evaluative pause points: predefined time intervals at which a comprehensive review of the entire management plan is conducted, potentially leading to its continuation, revision, or termination.

Such mechanisms enhance legal predictability while allowing for structural flexibility, converting change from an episodic event into a planned phase of the procedure.

To ensure both certainty and flexibility, adaptive procedures must distinguish between stable and modifiable components of the measure. The initial planning

phase should explicitly classify which elements are subject to revision and which are to remain unchanged, establishing legal certainty not by freezing outcomes, but by regulating how and when they may evolve.

In this perspective, the principle of procedural legality emerges as the primary constitutional guarantee: by strictly regulating the conditions, procedures, and effects of adaptive discretion, the law preserves the predictability of administrative action even when outcomes remain open-ended.

Participation mechanisms^[79], inspired by MAMPA, could accompany not only the initiation of the procedure but also each review phase, ensuring transparency, accountability, and democratic legitimacy throughout the adaptive cycle.

This model illustrates that adaptivity and legality are not antithetical. On the contrary, by shifting legal determinacy from the substance of the measure to the structure of the procedure, the adaptive approach allows the administration to govern complexity while remaining accountable and constrained by law^[80].

7.3. Organizational and Technical Prerequisites for Implementation

The transition to adaptive administrative procedures requires more than legal framework modifications; it demands fundamental organizational transformations that address both technical capabilities and administrative culture.

The experiences of AIFA in pharmaceutical regulation and AGENAS in healthcare accreditation demonstrate that successful adaptive management depends critically on the integration of scientific expertise within administrative processes and the development of sophisticated information systems capable of supporting continuous monitoring and analysis. These models show that adaptivity is not simply a question of regulatory openness, but of structured and intelligent administration based on iterative learning and empirical responsiveness.

Adaptive administration relies on integrated information ecosystems that not only collect and validate data but also enable predictive analysis, feedback loops, and timely intervention protocols. In this respect, real-time monitoring systems – like those already operational in pharmacovigilance – represent an essential

prototype for scaling adaptive governance across different sectors.

The development of such systems requires significant investments in digital infrastructure and data management tools, many of which are envisaged under Italy's National Recovery and Resilience Plan (NRRP)^[81].

The development of technical competencies represents perhaps the most challenging aspect of implementing adaptive procedures. Traditional administrative training emphasizes legal compliance and procedural correctness, skills that remain essential but prove insufficient for managing complex adaptive systems. A new generation of public officials will need hybrid skills: legal reasoning combined with data literacy, scientific interpretation, and systems thinking^[82].

Equally important is the evolution of the administrative mindset. Adaptive governance requires public officials to recognize uncertainty not as a failure of planning, but as a structural condition to be managed through institutional learning and iterative adjustment.

This cultural shift implies rethinking the very nature of discretion: no longer the space between rigid rules, but the structured ability to recalibrate measures in light of new evidence – under procedural guarantees and within legally predefined boundaries.

The PNRR's emphasis on administrative digitalization provides a crucial foundation for these developments, but adaptive management requires more sophisticated information systems than those typically envisioned in digital transformation initiatives^[83]. Real-time monitoring, predictive analytics, and integrated data management become essential tools for effective adaptive administration rather than mere efficiency enhancements. The farmacovigilanza system's sophisticated database architecture and analytical capabilities offer a proven model for scaling these technologies across different administrative domains.

Without such technical and cultural prerequisites, even the most coherent normative innovation would remain inoperative.

8. Concluding Reflections

The analysis developed throughout this study suggests that the introduction of

adaptive administrative procedures in Italy represents neither a radical departure from existing administrative traditions nor a simple importation of foreign models. Rather, it emerges as a natural evolution of institutional practices that have already demonstrated their effectiveness in managing complex regulatory challenges while respecting fundamental constitutional principles.

The dual track approach outlined here provides a basis for reflecting on how to balance innovation and tradition, procedural flexibility and legal certainty, administrative effectiveness and democratic accountability within the Italian legal system. Building on the empirical foundations offered by existing pre-adaptive institutions – pharmaceutical authorizations, healthcare accreditation, and environmental management – this proposal offers a framework for exploring the conditions under which adaptive management might be integrated into systems that prioritize procedural rigor and constitutional compliance. In this perspective, the adaptive model should not be viewed as a deviation from the rule of law, but as its evolution under the pressure of complexity. Adaptive procedures relocate legal guarantees: instead of freezing substantive content, they ensure accountability through strict procedural discipline, predefined criteria, and transparency obligations.

The principle of legality – reinterpreted as procedural legality – retains its function as a safeguard against arbitrariness, by binding adaptive discretion to conditions and methods defined by law. The judicial protection, too, must adapt: the decision to activate the adaptive track and each significant modification of the administrative title should be open to review, ensuring that flexibility does not translate into opacity.

Moreover, legitimate expectations, in an adaptive context, should be no longer tied to the immutability of outcomes, but to the stability and predictability of the procedural framework. Citizens and economic actors could reasonably rely on the rules that govern possible adjustments, even if the measures themselves evolve.

Perhaps most significantly, the Italian experience suggests that adaptive management need not compromise the rule of law but can instead represent its evolution to meet contemporary challenges. The shift from substantive to procedural predetermination, the enhancement of participatory mechanisms, and the sophisticated integration of scientific expertise all point toward a model

of administrative action that is simultaneously more responsive to complexity and more respectful of democratic values.

The pharmaceutical authorization system's success in managing scientific uncertainty through systematic monitoring and evidence-based adaptation provides compelling evidence that regulatory flexibility and legal predictability can coexist when properly structured. Similarly, the healthcare accreditation system's ability to maintain quality standards while enabling institutional learning demonstrates that continuous evaluation and adaptive improvement can strengthen rather than weaken administrative effectiveness.

These experiences point toward a broader transformation in the role of public administration, from the mechanical application of predetermined rules to the intelligent management of complex systems under conditions of uncertainty. This transformation does not abandon the fundamental principles of administrative law but rather extends them to new contexts and challenges, ensuring that public administration can serve the public interest effectively in an era of rapid technological, environmental, and social change.

Future research should further explore how this procedural paradigm might be formalized within the Italian legal system, including the possible introduction of adaptive titles and administrative plans governed by typified, reviewable, and participatory mechanisms.

1. This article is based on research conducted within the framework of the PRIN 2022 project "Permanent Transition and Adaptation of Administrative Measures", Project code: 2022YCT5JF. Funded by the European Union – NextGenerationEU. The author is a member of the Research Unit at the University of Insubria.
2. M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metnarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2, 2019, pp. 157-180; J. Franzen, *E se smettessimo di fingere? Ammettiamo che non possiamo più fermare la catastrofe climatica*, Torino, 2020. In this regard see: C.S. Holling, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, Wiley, Chichester, 1978, a seminal text that first systematized the concept; C.J. Walters, *Adaptive Management of Renewable Resources*, MacMillan, New York, 1986; K.N. Lee, *Appraising Adaptive Management*, in *Conservation Ecology*, 3(2), 1999, p. 3; B.K. Williams, *Adaptive Management of Natural Resources – Framework and Issues*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5), 2011, pp. 1346-1353; L. Rist, B.M. Campbell, P. Frost, *Adaptive Management: Where Are We Now?*, in *Environmental Conservation*, 40(1), 2013, pp. 5-18; C.R. Allen, J.J. Fontaine, K.L. Pope, A.S. Garmestani, *Adaptive Management for a Turbulent Future*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5), 2011, pp. 1339-1345;

- D. Armitage, M. Marschke, R. Plummer, *Adaptive Co-management and the Paradox of Learning*, in *Global Environmental Change*, 18(1), 2008, pp. 86-98; M.J. Westgate, G.E. Likens, D.B. Lindenmayer, *Adaptive Management of Biological Systems: A Review*, in *Biological Conservation*, 158, 2013, pp. 128-139
3. F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024.
 4. The inadequacy of the current model of administrative procedure is particularly evident in a few areas: A) the management of water concessions. In this regard see E. Boscolo, *Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità. Dall'emergenza alla regolazione*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 3, 2022; Id., *Water Resources Management in Italy: Institutions, Laws and Approaches*, in P. Turrini, A. Massarutto, M. Pertile, A. Carli (eds.), *Water Law, Policy and Economics in Italy*, London, 2021, 105; Id., *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012. B) Environmental authorizations in contexts of rapid climate change: the integrated environmental authorization (IEA), while providing mechanisms for periodic review, is not structured to deal effectively with the emergence of new scientific evidence or the occurrence of changes in baseline environmental conditions. The consequence is a system that struggles to balance the requirements of title stability with those of environmental protection, generating uncertainty for both economic operators and the community. C) Long-term measures in sectors of high technological innovation: think of concessions for the development of telecommunications networks, issued in a technological context destined to change radically over the duration of the concessionary relationship. The impossibility of predicting *ex ante* all technological developments, combined with the rigidity of the administrative title, generates allocative inefficiencies and delays in the implementation of innovations. In all these cases, traditional tools—particularly second-order measures—often prove inadequate, generating uncertainty for economic operators and procedural burdens for administrations. An adaptive procedural approach would overcome the cycle of continuous revocation and reissue of measures, reducing procedural costs and the incidence of litigation. In addition, ab origine structured adaptivity could offer greater predictability to practitioners through transparent and predefined mechanisms for adaptation, rather than episodic and often emergency interventions. Moreover, the proposal for an adaptive model aligns with recent reforms in digitization and administrative simplification. The availability of real-time data and the automation of some decision-making processes can effectively support a more dynamic approach to the management of administrative titles.
 5. The goal to be pursued is to ensure legal certainty that does not coincide with absolute immutability, distinguishing between an invariable core of the measure and elements that can be modified according to changes in the context.
 6. C.S. Holling, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, John Wiley & Sons, Chichester, 1978, seminal text that first systematized the principles of adaptive management in ecological sciences.
 7. C.J. Walters, *Adaptive Management of Renewable Resources*, MacMillan, New York, 1986,

- first systematic application of adaptive management to renewable natural resource management.
8. Robert A. Schroeder Distinguished Professor of Law.
 9. David Daniels Allen Distinguished Chair in Law, Joe B. Wyatt Distinguished University Professor (2024-25), Director, Program on Law and Innovation, Co-Director, Energy, Environment and Land Use Program.
 10. R.K. Craig, J.B. Ruhl, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 67, No. 1, 2014, pp. 1-87; R.K. Craig, et al., *A proposal for amending administrative law to facilitate adaptive management*, in *Environmental Research Letters*, Vol. 12, No. 7, 074018, 2017.
 11. The adaptive approach has already found effective applications primarily in natural resource management. The Comprehensive Everglades Restoration Plan in Florida made it possible to manage a complex ecosystem by reconciling conservation, water supply and flood protection through clear objectives, measurable indicators and periodic review of strategies. On that experience see A.J. LoSchiavo, R. G. Best, R. E. Burns, S. Gray, M. C. Harwell, E. B. Hines, A. R. McLean, T. St. Clair, S. Traxler, J. W. Vearil, *Lessons learned from the first decade of adaptive management in comprehensive Everglades restoration*, in *Ecology and Society* 18(4): 70, 2013, <http://dx.doi.org/10.5751/ES-06065-180470>. In Europe, the Room for the River program in the Netherlands has adopted flexible flood defense strategies based on continuous monitoring and phased interventions. On this experience see S. Herk, *Adaptive co-management and network learning in the Room for the River program*, in *Journal of Environmental Planning & Management*, 2013. The water concession management system in Spain is also an interesting example, with automatic review mechanisms in case of significant changes in the availability of the resource, implementing a form of “programmed flexibility” that reduces legal uncertainty while adapting to changes. The reference is to the National Hydrological Plan, which introduced the concept of Drought Management Plans (DMPs), which are to be drafted by “Water Agencies” (i.e. Basin Authorities - RBAs). These plans include (a) drought identification (definition of indicators and monitoring), (b) programs and measures to be implemented, (c) management options, and (d) a follow-up system. Once a drought event is identified, DMPs need to identify the most appropriate mitigation measures, which need to be adjusted according to the predetermined drought thresholds.
 12. J. B. Ruhl, J. Salzman, *Ecosystem Services and Federal Public Lands: A Quiet Revolution in Natural Resources Management*, in *University of Colorado Law Review*, 2020, p. 91; L. Rist, B.M. Campbell, P. Frost, *Adaptive management: where are we now?*, in *Environmental Conservation*, 40(1) 2013, pp. 5-18; M.J. Westgate, G.E. Likens, D.B. Lindenmayer, *Adaptive management of biological systems: A review*, in *Biological Conservation*, 158, 2013, pp. 128-139; B.K. Williams, *Adaptive management of natural resources – framework and issues*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5) 2011, pp. 1346-1353; C.R. Allen, J.J. Fontaine, K.L. Pope, A.S. Garmestani, *Adaptive management for a turbulent future*, in *Journal of Environmental Management*, 92(5)

- 2011, pp. 1339-1345; D. Armitage, M. Marschke, R. Plummer, *Adaptive co-management and the paradox of learning*, in *Global Environmental Change*, 18(1) 2008, pp. 86-98; K.N. Lee, *Appraising Adaptive Management*, in *Conservation Ecology*, 3(2) 1999, p. 3; C.J. Walters, *Adaptive Management of Renewable Resources*, MacMillan, New York 1986; C.S. Holling, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, Wiley, Chichester 1978.
13. V. International Institute for Applied Systems Analysis, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, edited by C.S. Holling, 1, 1978. For a more recent summary of adaptive management theory, see L. H. Gunderson, C.S. Holling (eds.), *Panarchy: Understanding Transformations in Human and Natural Systems*, 3, 2002. See *infra* Part I.A (historical reconstruction of adaptive management).
 14. The relationship with uncertainty is an identifying feature of the adaptive method: while traditional approaches regard it as an element to be eliminated, the adaptive model treats it as a structural component of decision-making, to be managed through continuous learning.
 15. As highlighted in Lo Schiavo, A.J. LoSchiavo, R. G. Best, R. E. Burns, S. Gray, M. C. Harwell, E. B. Hines, A. R. McLean, T. St. Clair, S. Traxler, J. W. Vearil, *Lessons learned from the first decade of adaptive management in comprehensive Everglades restoration*, cited, the first “lesson learned” during a decade of adaptive management is the need to have «legislative and regulatory authorities that require the development of an adaptive management program are necessary to maintain funding and support to set up and implement adaptive management».
 16. The reference is to the Administrative Procedure Act (APA), the basic law governing the operation of federal administrative agencies in the United States, enacted in 1946.
 17. MAMPA is not current legislation, but an academic proposal that precisely identifies the structural obstacles that traditional administrative law poses to adaptive management and suggests concrete operational solutions.
 18. R.K. Craig, J.B. Ruhl, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, cit., p. 27 ss., make clear that the *Model Adaptive Management Procedure Act* (MAMPA) has never been enacted or implemented in the United States. Agencies experimenting with adaptive management have found themselves caught between public suspicion of “seemingly unbounded agency discretion” and judicial unease with the iterative “dial twiddling” inherent in adaptive protocols, thereby resorting to a diluted form of practice, labeled “adaptive management lite” (pp. 38-40). The authors emphasize, however, that this outcome reflects deeper structural obstacles: the Administrative Procedure Act’s framework of judicial review, premised on “final agency action”, is ill-suited to provisional and revisable decisions (pp. 27-30); the statute’s procedural requirements, including *notice-and-comment* rulemaking, do not easily accommodate continuous adjustment (pp. 31-34); and the tension between the APA’s guarantees of transparency and participation and the flexibility demanded by adaptive management constrains agencies from embracing a genuinely adaptive regime (pp. 35-38). In the absence of legislative reform to create a separate “adaptive management track”, these structural constraints have prevented the full

CERIDAP

implementation of adaptive management within the U.S. administrative system.

19. The *Model Adaptive Management Procedure Act* (MAMPA) was conceived not as a replacement for the Administrative Procedure Act (APA), but as a parallel procedural statute of equal dignity. Under this proposal, agencies would retain the option of proceeding under the APA's traditional front-loaded model or, where scientific uncertainty and the need for continuous monitoring justified it, of invoking an adaptive management track. In either case, the core principles of U.S. administrative law – legality, accountability, participation, transparency, and judicial review – would remain applicable, albeit reconfigured to accommodate iterative decision-making: participation would be distributed across defined stages rather than confined to a single notice-and-comment process; judicial review would be limited to specified checkpoints rather than triggered by every adjustment; and transparency would be ensured through ongoing reporting and monitoring. The fact that Congress has never enacted such a statute, leaving agencies constrained to practice only “adaptive management lite” within the confines of the APA (pp. 38-40), does not imply that the model was unnecessary. On the contrary, Craig and Ruhl argue that without such reform the full potential of adaptive management cannot be realized in U.S. administrative law.
20. MAMPA specifies that «*'Adaptive management' means a decision-making process based on the structured and iterative implementation of management measures, with comprehensive monitoring of relevant system indicators, in an effort to achieve specific management goals or objectives, reduce uncertainty, or increase knowledge about the system an agency is charged with managing*».
21. The MAMPA specifies that «*'Complex system' or 'system' means a policy management context in which relevant social, economic, technological, biological, physical, and environmental components are numerous, diverse, and interconnected; exhibit mutual feedback as conditions change; and adapt to stressors, perturbations, and management measures over time, based at least in part on how other components within the policy management context respond*».
22. These definitions, in combination with the application criteria detailed in Section II (See especially Sec. II(D)(2) of the proposed articulation) precisely delimit the objective scope of application of the adaptive process, creating a selective filter for access to the «*adaptive track*».
23. See the second section of MAMPA that defines the conditions for access to the «*adaptive track*».
24. Administratively, federal agencies in the United States represent the operational arm of the government, responsible for the practical implementation of laws passed by Congress. Their distinctiveness lies in the concentration of quasi-legislative (issuing regulations), executive (enforcing rules) and quasi-judicial (resolving administrative disputes) powers. These institutions arise from the need for specialized expertise in complex areas such as environment, health, transportation or finance. Congress, through specific statutes, delegates authority to regulate these areas while defining the limits of their power. The

CERIDAP

American system balances the agencies' operational autonomy with multiple oversight mechanisms: presidential oversight, congressional oversight, judicial review and public participation. This balance reflects the constant tension between the need for administrative efficiency and the need to keep agencies accountable to democratic and constitutional principles.

25. The term rulemaking denotes, in the U.S. administrative system, the process by which federal agencies formulate, amend or repeal administrative rules (rules) of general application. The Administrative Procedure Act (APA) of 1946 provides for two main types of rulemaking: formal (formal rulemaking), which requires a quasi-judicial public hearing, and informal (informal rulemaking), also known as «*notice-and-comment*» proceedings, which is the one referred to by MAMPA. The latter involves: (1) publication of a Notice of Proposed Rulemaking in the Federal Register; (2) a public comment period for written comments; (3) consideration of comments received by the agency; and (4) publication of the final rule accompanied by an explanatory statement (statement of basis and purpose). This is an institution only partially comparable to the public consultation procedures provided in the Italian system for the adoption of regulatory or general acts, characterized by greater structuring and legal significance. See R.J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, New York, 2023, pp. 561 ff.; M. Alberti, *Comparative Administrative Law*, Il Mulino, Bologna, 2019.
26. Sections Three and Four of MAMPA regulate the initial and subsequent adaptive management plans, respectively.
27. The Model Adaptive Management Procedure Act (Cf. especially Section 4(A) of MAMPA, items (1) through (4)) provides four circumstances for a return to regular administrative procedures: when the legislature expressly requires the termination of adaptive management; when the objectives or conditions specified by the legislature as prerequisites for terminating the adaptive approach are met; when the agency, which had independently chosen adaptive management, finds that it has fully achieved its purposes, generating needed information, resolving uncertainties, and stabilizing management objectives; when experience demonstrates the inadequacy of the adaptive approach, evidenced by repeated achievement of interruption indicators, significant changes in the system, or the emergence of information that makes adaptive management impractical. In all cases, the agency must formally justify the transition through a procedure that ensures transparency and participation.
28. The phrase «*committed to agency discretion by law*» is a technical formula in U.S. administrative law for situations in which the legislature has deliberately removed administrative activity from judicial review. This formula is derived from Section 701(a)(2) of the American Administrative Procedure Act, which excludes from judicial review administrative actions that the law entrusts to agency discretion. In other words, in MAMPA, operational choices made during plan implementation are protected from judicial intervention.
29. See Section Five of MAMPA.

30. Mandamus is an extraordinary judicial remedy of Anglo-Saxon origin that allows for a judicial order directed at an administrative authority or public official to compel the performance of an official duty of a binding nature. In essence, it allows the court to order a public entity to perform an action that it is legally required to perform. In MAMPA, the mandamus proceeding is strategically reimagined as a tool for “bottom-up” control over the implementation of the adaptive management plan, which can be activated by private parties under strictly prescribed circumstances. Sections 5(D) and 5(E) of the enactment redefine its prerequisites, requiring proof «*with clear and convincing evidence*» of specific emergency conditions or the achievement of «*abort indicators*». This precise formulation and the adoption of an evidentiary standard intermediate between preponderance of evidence and beyond reasonable doubt reflect a balance between the need to ensure management effectiveness and the need to prevent irreversible damage to the regulated system. The distinctiveness of this institution in the context of adaptive management lies in its complementarity to the jurisdictional immunity of the implementation phase: while the latter protects the agency’s technical discretion, mandamus represents a “safety valve” that allows external intervention in borderline situations, preventing the degeneration of managerial autonomy into administrative arbitrariness.
31. On environmental matters, see M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 340.
32. As pointed out with reference to urban planning law in E. Boscolo, *Un catalogo di principi (operanti) per l’urbanistica* in *Riv. giur. ed.*, 2, 2024, pp. 118-119, the concepts of iterativity and adaptivity represent two fundamental principles that are radically transforming not only the architecture of plans, but also the entire planning process, which is assuming an essentially cyclical nature. These elements profoundly alter the traditional approach, leading to a system in which planning, implementation and review are intertwined in a continuous and circular process.
33. On pre-adaptive institutions see the contributions in the *Proceedings of the Conference “Change in the Role of Public Administration and Automatic Rebalancing Indices of the Administrative Relationship”*, held in Como on 5 December 2024 at the University of Insubria, forthcoming.
34. For an in-depth analysis of this instrument from an adaptive perspective, see V. Buratti, *Pharmaceutical Authorizations with a Flexible Paradigm*, in *Proceedings of the Conference Change in the Role of Public Administration and Automatic Rebalancing Indices of the Administrative Relationship*, held in Como on 5 December 2024 at the University of Insubria, forthcoming.
35. The precautionary-reflexive paradigm of administrative power encompasses the flexibility of public action, the continuous redefinition of objectives supported by the administration’s ability to absorb an inherently mutable factual reality, and uninterrupted monitoring. On this point, see F. Foà, *Il nuovo diritto della scienza incerta*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2022, p. 815; see also R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, in *Rivista giuridica urbanistica*, 1, 2020,

pp. 14-39; M. Renna, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, no. 1, pp. 61-82; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; F. Trimarchi, *Principio di precauzione e qualità dell'azione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, no. 2, pp. 1673-1707; F. de Leonardi, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 3, 2004, pp. 1075-1107.

36. L. Parona, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, pp. 518-519, identifies – albeit with reference to environmental authorizations – several aspects of administrative action shaped by European Union law, including: verification of the continued validity of authorization requirements; procedures for the review and updating of authorization conditions; and the conduct of environmental inspections.
37. Cfr. artt. 129-134 d.lgs. n. 219/2006.
38. The Italian concept of ‘autotutela’, which allows the administration to annul or revoke its own measures.
39. On this point, see N. Berti, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, p. 129, who highlights that such powers represent a «*progressive and physiological modulation-specification of the same first-level function, which – precisely by virtue of a precautionary logic – appears incapable of crystallizing into a measure endowed with temporal stability*».
40. Article 30 of Legislative Decree No. 219/2006 allows, in certain cases, the granting of marketing authorization for a medicinal product even when clinical data are less complete than normally required, insofar as the benefit of immediate availability of the drug outweighs the risk arising from the need for additional data.
41. For an in-depth analysis of this instrument from an adaptive perspective, see G. Mancini Palamoni, *La valutazione sistematica e periodica nell'accreditamento sanitario*, in *Proceedings of the Conference Change in the Role of Public Administration and Automatic Rebalancing Indices of the Administrative Relationship*, held in Como on 5 December 2024 at the University of Insubria, forthcoming.
42. The procedure is governed by Articles 8-bis et seq. of Legislative Decree No. 502 of 1992, as subsequently amended.
43. Cons. St., Sec. III, October 18, 2021, No. 6954.
44. Of particular interest in this regard are the operational provisions on accreditation annexed to Regional Council Resolution (DGR) of Emilia-Romagna No. 886 of 6 June 2022, especially insofar as they regulate: the additional evaluation of results and outcomes (introduced by Regional Law No. 22 of 2019), which is carried out throughout the validity period of the accreditation through monitoring programs, the renewal decision, and ongoing monitoring activities.
45. The obligation of six-yearly review of River Basin Management Plans is established by Article 117, paragraph 4, of Legislative Decree No. 152 of 3 April 2006, which transposes

Article 13(7) of Directive 2000/60/EC (Water Framework Directive). The directive requires that management plans be reviewed and, if necessary, updated no later than 15 years after the publication of the first plan and every six years thereafter, taking into account the results of environmental monitoring carried out under Articles 8 and 15 of the same directive.

46. This cyclical structure is consistent with the logic established by Directive 2000/60/EC, particularly Articles 11 to 15, which define an integrated river basin management process based on the formulation of programmes of measures (Art.□11), their implementation and monitoring (Art.□8), and the periodic review and updating of river basin management plans (Art.□13). In Italy, this model is implemented through Part III of Legislative Decree No. 152 of 3 April 2006, which formalises the sequence of planning (Art.□117 ff.), implementation (Art.□119), monitoring (Art.□118), and updating.
47. As noted by C. Leone (*I contratti di fiume negli argini del diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2024, particularly pp. 124 ff.), monitoring allows for the verification of the progress of actions, the consistency with programmed objectives, and the impacts on the territory, including any unintended effects. Monitoring performs both diagnostic and corrective functions, involving interpretative data analysis, the identification of potential deviations, and the formulation of appropriate measures to realign the process. At the national level, it also serves as a tool to assess the institutional maturity of local actors and to guide territorial policies toward the full achievement of the environmental objectives set by European directives on water, floods, and habitats.
48. For an in-depth examination of river contracts (*contratti di fiume*) from an adaptive perspective, see C. Leone, *Adaptive management e sfide ambientali*, currently in press.
49. The design of the Italian water monitoring system reflects the principle that environmental policy and administrative decisions must be grounded in updated and reliable data. This logic is rooted in Directive 2000/60/EC, which places monitoring at the heart of the governance cycle. Specifically, Article 8 of the Directive requires Member States to establish comprehensive monitoring programs for surface waters, groundwater and protected areas, ensuring that the status of water bodies is regularly assessed and that measures can be adapted accordingly. The Italian transposition, codified in Article 118 of Legislative Decree No. 152 of 3 April 2006, created the national water monitoring network, which is integrated into the broader National System for Environmental Protection (SNPA), established by Law No. 132 of 28 June 2016. The SNPA – coordinated by ISPRA and composed of regional environmental agencies – performs systematic data collection and technical evaluations that feed directly into planning and regulatory processes. The legal framework thus institutionalizes a model of administration that is not merely data-informed but structurally responsive to environmental trends. Through this architecture, the Italian system embodies the key features of adaptive management: continuous monitoring, evidence-based adjustment of policies, and iterative governance aimed at achieving ecological objectives under conditions of uncertainty and change.

50. For an in-depth examination of river contracts and water governance from an adaptive perspective, see E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, pp. 341 ff.; and Id., *Water Resources Management in Italy: Institutions, Laws and Approaches*, in AA.VV., *Water Law, Policy and Economics in Italy*, Springer, 2021, pp. 105 ff.
51. That is, the transition from a conception of water as an inexhaustible resource subject to exploitation, to the idea of a “custodial” function of the administration in relation to the water resource. See E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, cit.
52. The climate crisis has made hydrological instability a structural condition, introducing into water law a new legal vocabulary and a different regulatory rationality based on adaptivity and flexibility. See E. Boscolo, *Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità. Dall'emergenza alla regolazione*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2022.
53. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo*, 1957; A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964; G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Milano, 1964; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 229; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, pp. 118 ff; U. Allegretti, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988; G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Milano, 1989, pp. 29 ff; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 642; G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione dei privati*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1303; M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in M. Nigro, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, p. 1429; S. Cassese, *Il procedimento amministrativo: principi, regole, garanzie*, Bologna, 1999; S.F.G. Scoca, *Il procedimento amministrativo. Profili di diritto sostanziale e proceduale*, Padova, 2003; G. Morbidelli, in L. Mazzarolli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (eds.), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 557; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (ed.), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 125; M. D'Alberti, *La disciplina del procedimento amministrativo*, Bologna, 2010; G. Della Cananea, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 2014; G. Manfredi, *Gli Scritti sul procedimento amministrativo dopo la legge 241 del 1990*, in *Amministrare*, 2018; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 237; G. Della Cananea, *Mario Nigro riformatore: la legge sul procedimento amministrativo*, in *Nomos*, 2023.
54. In fact, as the authors of MAMPA themselves point out, adaptive management is not appropriate when: uncertainty is low (making investment in learning unnecessary), controllability is limited (making intervention ineffective), the risk of irreversible consequences is high (making experimentation dangerous), or when the issue involves fundamental normative values that are non-negotiable (such as civil rights or the

- protection of constitutional principles).
55. The reference is clearly to the principle of legality; for a full examination of this principle, see AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Atti del convegno di Varennna del 2008*, Milano, 2008.
 56. One could, in other words, hypothesize an integration of Law 241/1990, with the introduction of a chapter dedicated to “adaptive administrative procedures”, in which to define the presuppositions, modalities, limits and protections of this new measures category.
 57. The emergency intervention mechanisms envisaged by the MAMPA model find a parallel in Italian law in the emergency powers regulated by Legislative Decree No. 1 of 2 January 2018 (Civil Protection Code). These powers, triggered by a formal declaration of a state of emergency, authorize the Civil Protection Department and special commissioners to adopt allocative and infrastructural measures in derogation of all applicable laws, including those governing ecological flow requirements and the hierarchy of water uses. The concrete application of these emergency mechanisms – as demonstrated by Regional Ordinance No. 917 of 24 June 2022 issued by the Lombardy Region, which declared a regional state of emergency due to water scarcity pursuant to Article 24(9) of Legislative Decree No. 1/2018 – shows how such emergency flexibility results in the temporary suspension of the structural guarantees associated with concession law, thereby undermining the legal certainty of existing entitlements. For an in-depth analysis of this issue in the context of hydropower concessions, see A. Cavalieri, *Concessioni idroelettriche adattive*, in *Proceedings of the Conference Change in the Role of Public Administration and Automatic Rebalancing Indices of the Administrative Relationship*, held in Como on 5 December 2024 at the University of Insubria, forthcoming.
 58. Dai, Xiaoyan and Webb, J. Angus and Horne, Avril C. and Rumpff, Libby and Palmer, Margaret A., *Linking the Multiple Roles of Monitoring to the Adaptive Management Cycle to Support Environmental Flows*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4973282> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4973282>.
 59. This in turn necessitates a rethinking of performance evaluation metrics: rather than being based solely on compliance with predefined rules, they should focus on the coherence of administrative action with overarching objectives and on the quality and effectiveness of learning processes embedded within the procedure.
 60. According to the principle of substantive legality, not only must administrative powers be conferred by law, but their exercise must also be adequately regulated to prevent excessive and indeterminate discretion. See F. de Leonardi, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano (ed.), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, 2016, with extensive references. Cf. Italian Constitutional Court, Judgment No. 115/2011.
 61. For a procedural architecture already aligned with adaptive logic, see the Environmental Impact Assessment (EIA) and Strategic Environmental Assessment (SEA) frameworks (Dir. 2011/92/EU and Dir. 2001/42/EC), both of which include cycles of monitoring, review, and adjustment. *Ex multis*, see E. Boscolo, *La valutazione degli effetti*

sull'ambiente di piani e programmi: dalla VIA alla VAS, in *Urb. app.*, 2002, p. 1121; F. Fracchia - F. Mattasoglio, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del D.Lgs. n. 152/2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 143; L. Gallo, *Valutazione ambientale strategica*, in *Dig. Disc. Pubbl. Agg.*, III, Torino, 2008, p. 946; G. Manfredi, *VIA e VAS nel codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 63; E. Boscolo, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 2010, p. 208; M. D'Orsogna, L. De Gregoriis, *La valutazione ambientale strategica*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, p. 561; P. Chirulli, *La valutazione ambientale strategica, a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, p. 121; E. Boscolo, *La valutazione ambientale strategica e il riconoscimento della rilevanza dei servizi ecosistemici (del suolo)*, in M. Cafagno, G. Cavalieri (eds.), *Servizi ecosistemici e tutela giuridica dell'ambiente*, Milano, 2024.

62. In this regard, constitutional jurisprudence has repeatedly affirmed the non-derogability of the principle of judicial protection against acts of the public administration. See, e.g., Constitutional Court, Sentence No. 140/2007.
63. Article 113 of the Constitution guarantees that «*against acts of the public administration judicial protection of rights and legitimate interests before the organs of ordinary or administrative justice is always permitted*». This principle excludes the possibility of insulating administrative measures from judicial scrutiny. Any adaptive framework introduced in Italy would therefore have to ensure that the individual implementing measures of an adaptive plan remain subject to judicial oversight, albeit with procedural adjustments aimed at avoiding premature or fragmentary litigation. In other words, while adaptive management calls for flexibility and continuous correction, the Italian constitutional principle requires that such measures remain reviewable, at least at certain decisive stages. Rather than conferring immunity, the legal challenge is to design mechanisms of judicial review that are compatible with iterative decision-making – for example, concentrating review on key milestones or on the conformity of the process to the adaptive framework, rather than on every minor adjustment.
64. Regulated by Articles 21-*quinquies* and 21-*nonies* of Law No. 241/1990. On revocation, see: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 594; V. Cerulli Irelli, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Torino, 2002, p. 609; E. Mauro, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedimentali*, in *FORO AMM. T.A.R.*, 2004, p. 556; S. Vasta, *I procedimenti di revisione*, in V. Cerulli Irelli (ed.), *LA DISCIPLINA GENERALE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. SAGGI ORDINATI IN SISTEMA*, Napoli, 2006, pp. 331-332; M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; A. Lupo, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013, p. 109; G.C. Salerno, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Milano, 2014, pp. 118-120. On *ex officio* annulment, see: S. Romano, *ANNULLAMENTO (TEORIA DELL') NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO*, in *Nuovo Dig. It.*, 1937, pp. 473 ff.; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim.*

Dir. Pubbl., 1952, pp. 118 ff.; F. Benvenuti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, pp. 537 ff.; E. Cannada Bartoli, *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, 1959, pp. 485 ff.; M. Ali, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, pp. 527 ff.; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, pp. 206 ff.; G. Coraggio, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, II, 1988, pp. 4 ff.; D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in V. Cerulli Irelli (ed.), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 393 ff.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 494 ff.; M.A. Sandulli, *Autotutela*, in *Libro dell'Anno del diritto 2016*, Treccani, Roma, 2017, pp. 177 ff.; F. Costantino, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in A. Romano (ed.), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 869 ff.; R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *Federalismi.it*, 23, 2017; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (ed.), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1184 ff.; F. Francario, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. Rallo, A. Scognamiglio (eds.), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, pp. 9 ff.; A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; B. Mameli, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2016, pp. 99 ff.; P.L. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.a.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, 20, 2016; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; M. Immordino, *I provvedimenti di secondo grado*, in F.G. Scoca (ed.), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, pp. 318 ff.; R. De Nictolis, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, in *giustizia-amministrativa.it*.

65. This evolution, moreover, is already reflected in the architecture of significant legislative reforms of the past decade, such as the services conference (Legislative Decree 127/2016), the discipline of the SCIA (Legislative Decree 126/2016) and the reorganization of the environmental impact assessment procedure (Legislative Decree 104/2017), which have progressively accentuated the procedural and dynamic dimension of administrative activity.
66. It is particularly significant to note that examples of adaptive administrative procedures can be found in other European countries. For example, the Danish system, where the Environmental Protection Act (*Miljøbeskyttelsesloven*) in its consolidated version provides in Article 41a for a system of periodic review and updating of environmental permits. Even more developed are the mechanisms in the European Union legal system, where periodic review and adjustment of decisions are structural elements in many areas: the EU Regulation 2017/625 on official controls in the food sector provides in Art. 9 for periodic adjustment of controls on the basis of risk, while the Directive 2010/75/EU on industrial

emissions provides in Art. 21 for periodic review of integrated environmental permits, with adjustment of conditions where necessary.

67. In this context, the principle of proportionality, elevated to a criterion-guide of administrative adaptability, would assume a crucial role. As already highlighted by case law (Cons. St., Ad. Plen., n. 8/2017), this principle implies a dynamic and contextualized assessment of the relationship between means and ends of administrative action, which lends itself well to governing discretion in contexts of uncertainty and complexity.
68. The principle of legal typification of administrative acts (*principio di tipicità*) as it is known implies that the effects produced by measures are only and exclusively those predetermined by law. Jurisprudence tends to interpret the principle of typicality in an elastic manner: the circumstance that an administrative act does not fall under some of the typical patterns of acts provided for in the matter does not in itself entail its illegitimacy since, where a specific formal act is not expressly required, the principle of freedom of forms applies. Likewise, the inclusion of incidental clauses in the administrative act is considered legitimate, provided that they do not alter the typical structure and function of the measure. This perspective would overcome the apparent antinomy between typicality and adaptability. Typicality in contemporary administrative law could thus not be limited to content but also embrace method, in other words, move “from content to method”, valuing the predetermination of procedures and safeguards over the rigid *ex ante* definition of all elements of the measure.
69. However, the resistance that such a paradigm shift might encounter in the Italian administrative context cannot be underestimated. The traditional bureaucratic culture, oriented toward formal compliance rather than effective management, and the fragmentation of competencies among different levels of government could represent significant obstacles to the implementation of adaptive models. The introduction of the latter should therefore be accompanied by appropriate change management measures and, possibly, sectoral experiments that demonstrate their effectiveness before generalization.
70. The principle of proportionality expresses the need for administrative action to pursue the ends set by the law with the least sacrifice of the interests involved, i.e., the appropriateness of the means to the end to be pursued. It is framed among the principles of the Community system codified with the reference to the European principles in Art. 1 of Law No. 241/1990 and enhanced by administrative jurisprudence (see Cons. St., 26 February 2015, n. 964). Cf. on this point: A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit.; Id., *Il principio di proporzionalità*, Padova, 1998, 5; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, Padova, 2012.
71. Drawing from these empirical foundations, the decision to activate an adaptive track should be governed by the presence of structural complexity and irreducible uncertainty that render traditional static approaches inadequate.

72. See § 4.1 above. The AIFA model of conditional marketing authorization and post-marketing surveillance (pharmacovigilance) illustrates a mature example of adaptive regulatory practice. The model demonstrates how procedural flexibility can coexist with legal certainty through predefined adjustment mechanisms and systematic monitoring.
73. On the criteria for activating the dual track, see Section II(D) of the MAMPA, which identifies eight objective parameters for adopting adaptive procedures: (i) the complexity of the system to be regulated; (ii) the difficulty of predicting its responses to administrative actions, especially when the development of detailed information could improve future actions; (iii) the presence of unknowns or uncertainties related to the system; (iv) the need to regulate or manage significant components of the system; (v) the identification of definable management objectives; (vi) the availability of measurable indicators; (vii) the possibility of multiple management options; (viii) the ability to observe system responses within timeframes compatible with periodic reviews. The analysis of Italian pre-adaptive institutions demonstrates the spontaneous application of similar criteria: in the pharmaceutical sector, the complexity of biological systems and the unpredictability of adverse reactions (criteria i, ii, iii) justify pharmacovigilance mechanisms and conditional authorizations; in health accreditation, the need to manage service quality (criterion iv) through definable objectives (criterion v) and measurable indicators (criterion vi) translates into systematic periodic evaluations; in hydroelectric concessions, the variability of environmental and climatic conditions (criteria ii, iii) requires multiple management options (criterion vii) and the ability to monitor over time (criterion viii) to adapt the terms of the concession. These examples confirm that the criteria developed in the U.S. context find empirical correspondence in the Italian experience, suggesting the possibility of their normative systematization to guide the procedural choice between traditional and adaptive tracks.
74. Even traditional administrative procedure, as the structured path to the final measure, is widely recognized in Italian legal scholarship as the core of administrative action: *«the complex event preceding the act (which goes by the name of administrative procedure) actually represents the heart of administrative activity and as such cannot but be juridicized through the identification of rules that regulate its performance and guarantee respect for the civil values of our society»* (G. Morbidelli, in L. Mazzarolli, G. Pericu, Alb. Romani, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (eds.), *Diritto amministrativo*, II, Mondadori, Bologna, 2001).
75. Certainty does not necessarily mean a lack of flexibility: in the adaptive context, in fact, the same seems to be achieved through the predetermination of the conditions justifying adjustments, the prior definition of adjustment procedures, the distinction between stable and modifiable elements of the measure, and the predictability of the procedure, if not of the specific result.
76. In this regard, it seems interesting to recall the jurisprudence of the Council of State, which has pointed out on several occasions that *«The concrete achievement of the purposes for which public power is attributed cannot postulate itself, in a democratic system, except through the observance of the procedure specifically prepared for this purpose. Compliance*

with the rules of the procedure is placed as a guarantee for citizens, who see their subjective position affected by the exercise of public powers, and for the public administration itself, whose purposes can be said to be concretely pursued through an administrative action that has developed in compliance with the rules that govern its development», Cons. St., 21 August 1993, n. 586.

77. See also X. Dai, J.A. Webb, A.C. Horne, L. Rumpff, M.A. Palmer, *Linking the Multiple Roles of Monitoring to the Adaptive Management Cycle to Support Environmental Flows*, in SSRN.
78. The compatibility of a procedural model based on “continuous management” with the legitimate expectations of third parties raises a fundamental tension. In “traditional” administrative law, legitimate expectations are anchored to the finality and stability of individual decisions: third parties rely on the presumption that once an administrative measure is adopted, it will remain in force unless revoked or annulled. By contrast, adaptive management – and the procedural framework envisaged by the MAMPA – replaces the notion of definitiveness with a regime of provisionality, in which decisions are explicitly subject to ongoing monitoring and adjustment. This does not necessarily negate legitimate expectations, but it redefines them. Expectations would no longer attach to the immutability of a single decision, but to the predictability and transparency of the adaptive process itself – e.g., the existence of clear triggers for revision, published monitoring protocols, and predefined stages at which participation and review are guaranteed. In such a system, third parties could legitimately expect not stability of outcomes, but stability of procedure: that agencies will adhere to the adaptive track, disclose data, and follow the prescribed checkpoints for revision. Therefore, while a continuous management model challenges the classic conception of legitimate expectations tied to final decisions, it can remain compatible with those expectations if the law provides sufficient procedural guarantees to make the adaptive process itself reliable, foreseeable, and legally constrained.
79. In this regard, see C. Leone, *Adaptive management and environmental challenges*, in the *Proceedings of the Conference “Change in the Role of Public Administration and Automatic Rebalancing Indices of the Administrative Relationship”*, held in Como on 5 December 2024 at the University of Insubria, forthcoming.
80. See § 4.1 and 4.2 above. The adaptive procedures developed by AIFA and AGENAS – through conditional authorizations, pharmacovigilance systems, and periodic accreditation reviews – provide concrete examples of structured flexibility grounded in legal discipline. When AIFA establishes the framework for pharmacovigilance, it predetermines not the specific modifications that may be required – these cannot be known in advance – but rather the types of evidence that may trigger modifications, the procedural steps required for such modifications, and the limits within which changes may be made.
81. See in particular Mission 1, Component 1 (“Digitalization, Innovation, and Security in Public Administration”).

CERIDAP

82. This, in turn, calls for a revision of public employment frameworks and training programs, introducing multidisciplinary curricula capable of addressing complexity and uncertainty in regulatory contexts.
83. In particular, the digitization of processes is an unfailing prerequisite for the implementation of adaptive models. As also highlighted in the National Recovery and Resilience Plan (Mission 1, Component 1 “Digitization, Innovation and Security in PA”) and the recent amendments to the Digital Administration Code (Legislative Decree 82/2005), digital transition is an essential tool for modernizing the administrative apparatus. An adaptive process would require digital platforms capable of: collecting and processing data in real time; ensuring interoperability between different information systems; ensuring transparency through automated data publication; and facilitating stakeholder participation, including through forms of digital consultation. Administrative jurisprudence has already recognized the importance of digitization to ensure efficiency and transparency (see Cons. St., 25 November 2021, n. 7883), elements that would become even more crucial in an adaptive context.

Problem of the Origin and Evolutionary Development of Law

Liana Malkhasyan

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-72

Lo scopo di questo studio è di analizzare in modo completo i concetti fondamentali dell'origine e dell'evoluzione del diritto. La metodologia di ricerca si è basata su un approccio analitico qualitativo, che ha comportato una revisione sistematica e un confronto di un'ampia gamma di letteratura scientifica sulla filosofia del diritto, sulla storia del pensiero giuridico, sulla sociologia del diritto e sul diritto comparato. I principali risultati dello studio hanno incluso l'analisi delle caratteristiche essenziali della teoria del diritto naturale, con il suo focus su principi morali oggettivi, del positivismo giuridico, della scuola storica del diritto e della scuola sociologica del diritto. Lo studio ha mostrato che l'evoluzione dei concetti giuridici chiave – tra cui giustizia, diritti umani, proprietà, obbligazioni contrattuali e punizione – è stata caratterizzata da trasformazioni significative sotto l'influenza dei mutamenti sociali, economici, politici e filosofici. L'indagine comparata delle istituzioni nelle diverse ordinamenti giuridici ha messo in evidenza sia tendenze generali, come l'umanizzazione del diritto penale, sia rilevanti differenze determinate dalla storia e dalla cultura. Al fine di favorire un'efficace produzione normativa, un'adeguata applicazione della legge e sistemi giuridici equi, lo studio ha cercato di comprendere più a fondo le origini e lo sviluppo del diritto. I risultati hanno contribuito a creare una comprensione olistica della complessità giuridica.

The purpose of this study was to comprehensively analyse the fundamental concepts of the emergence and evolution of law. The research methodology was based on a qualitative analytical approach, which involved a systematic review and comparison of a wide range of scientific literature on philosophy of law, history of legal thought, sociology of law, and comparative law. The principal findings of the study included the coverage of the essential characteristics of the natural law theory with its focus on

objective moral principles, legal positivism, the historical school of law, and the sociological school of law. The study showed that the evolution of key legal concepts, including justice, human rights, property, contractual obligations, and punishment, has been characterised by significant transformations under the influence of changing social, economic, political, and philosophical contexts. A comparative investigation of legal institutions in different legal families showed both broad trends, such as criminal law humanisation, and significant variances driven by historical history and culture. For effective lawmaking, law enforcement, and fair legal systems, the study sought to better comprehend law's origins and growth. The findings helped create a holistic understanding of legal complexity.

Summary: 1. Introduction.- 2. Materials and methods.- 3. Results.- 4. Discussion.- 5. Conclusions.

1. Introduction

The relevance of studying the fundamental theoretical concepts of the emergence of law is conditioned by their key role in shaping the understanding of the essence, functions, and legitimacy of legal systems. In the modern world, characterised by complex social, economic, and political transformations, an in-depth understanding of the theoretical foundations of law is necessary to address the arising legal challenges and ensure sustainable development of society. According to B. Bix^[1], an understanding of distinct theoretical approaches is critical for analysing and evaluating legal phenomena, as each theory offers a different lens for considering the nature of law and its place in society. The problem of the present study lies in the diversity and often contradictory nature of existing theoretical concepts, each of which offers its individual explanation of the causes and mechanisms of law. Despite the considerable amount of research available in this area, the issue of primary sources and determinants of law genesis continues to be the subject of active scientific debate. For example, discussions between supporters of natural law and legal positivism have been ongoing for centuries and are relevant to the present day. Modern research often focuses on

certain aspects of this issue or on the analysis of concrete theoretical schools, which necessitates a comprehensive study that would cover the principal theoretical approaches and identify their strengths and weaknesses, as well as consider them in the context of modern scientific achievements. Further improving the understanding of each of these concepts is crucial. The theory of natural law, for instance, not only postulates the existence of objective moral principles but also offers diverse approaches to their definition and application in the legal sphere. Legal positivism, on the other hand, focuses on the formal criteria for the validity of law, but also includes discussions on the role of morality in law, particularly in its interpretation. The historical school of law emphasises the uniqueness of the legal development of each nation, linking law to its cultural and historical characteristics. Finally, the sociological school of law emphasises the practical impact of law on society and its ability to meet social needs, which makes it particularly relevant for the analysis of modern legal systems.

The state of development of the topic demonstrates the long history of scientific interest in the origin of law. For example, the theory of natural law, from ancient philosophers such as Plato and Aristotle to contemporary representatives such as Murphy, views law as derived from objective moral principles that exist independently of human will. S. Coyle^[2] analysed the various interpretations of natural law and its influence on political and legal thought. The theory of positive law, represented by John Austin and Hans Kelsen, and in the modern interpretation by Herbert Hart, whose ideas were explored in depth by K.E. Himma^[3], emphasised the artificial, volitional nature of law as a set of rules established by the state. K.E. Himma examined various aspects of the positivist doctrine, including its methodology and criticism. The historical school of law, whose founder is considered Savigny, whose contribution was analysed by D.J. Ibbetson^[4], emphasised the organic development of law from the popular spirit and customs. D.J. Ibbetson emphasised the significance of historical context for understanding modern law. The sociological school of law, starting with the works of Nathan Roscoe Pound and others, studied law in its social context, considering it as an instrument of social control and satisfaction of social needs, which was discussed in detail in a collective monograph edited by R. Banakar^[5]. The empirical element is also a valuable aspect of understanding the origin of

law. Modern research is increasingly turning to empirical methods to investigate the social, cultural, and psychological factors influencing the development and evolution of legal norms. For instance, neuroscience researchers, such as M.S. Gazzaniga^[6], explored the biological and cognitive basis of decision-making and rule compliance, which is critical for understanding the antecedents of legal behaviour. Anthropological studies, such as R.S. Her^[7], explored the evolution of moral norms and their relationship to the emergence of social rules that may eventually transform into legal rules. Sociological research, such as that edited by M. Deflem^[8], analysed the social mechanisms by which society establishes and maintains the rule of law. These empirical approaches complement theoretical concepts, providing a more profound and more comprehensive understanding of the phenomenon of law.

Despite the in-depth analysis of each of the theoretical schools and the growing interest in empirical research on law in the academic literature, there is a gap in a comprehensive study that would combine theoretical and empirical approaches to analyse the fundamental concepts of the emergence of law. The question of how empirical data from distinct fields of science are consistent with the key provisions of diverse theoretical schools, as well as how the integration of theoretical and empirical knowledge can contribute to a more comprehensive understanding of the genesis of law and its modern manifestations, continues to be understudied.

The purpose of the present study was to examine the fundamental theoretical concepts of the origin of law based on modern empirical data. To fulfil this purpose, the following objectives were identified. To determine the principal provisions and conduct a comparative analysis of the fundamental theoretical concepts of the origin of law (natural law theory, positive law theory, historical school of law, and sociological school of law), identifying their current relevance, synergies, and contradictions. To investigate the evolution of key legal concepts (justice, rights, property, contract, punishment) in different historical periods and compare the development of individual legal institutions in distinct legal families, using theoretical and empirical data.

2. Materials and methods

This study employed an analytical approach to comprehensively examine the fundamental theoretical concepts of the emergence of law and their evolution in the historical context. The study was based on the analysis of the works of the classics of legal thought, as well as modern scientific publications, including monographs, articles in scientific journals and collections. The principal material of the study was the scientific literature in the field of philosophy of law, history of legal thought, sociology of law, and comparative jurisprudence, which included: The Republic (Plato, 375 BC)^[9], Nicomachean Ethics (Aristotle, 350 BC)^[10], *De re publica*, *De legibus* (Cicero, 51 BC)^[11], The City of God (Saint Augustine, 426)^[12], Summa Theologica (Thomas Aquinas, 1274)^[13], On the Law of War and Peace (Grotius, 1625)^[14], Two Treatises of Government (Locke, 1689)^[15], The Social Contract (Rousseau, 1762)^[16], The Province of Jurisprudence Determined^[17], Corpus iuris civilis (Justinian I, 234)^[18] as well as works of Y.S. Kononenko and S.V. Dzhoholos^[19], F. Pérez Godoy et al.^[20], H. Kelsen^[21], M.S. Thompson and J.S. Silbey^[22], H.L.A. Hart^[23], J. Raz^[24], F.K. von Savigny^[25], M. Buchholz^[26], J.D. Prince^[27], O.O. Kolevatov and T.S. Shelest^[28], I. Boyko^[29], Y.W.B.L. Meo^[30] on related topics. The criteria for selecting the literature included scientific value, source credibility, relevance to the subject under study, and topicality. The second stage involved a critical analysis of the selected literature to identify the key points, arguments, strengths, and weaknesses of each theoretical concept. The analysis included a comparison of diverse approaches to understanding the emergence of law, as well as an investigation of their effects on the development of legal systems in different historical periods. Historical legal acts were analysed to illustrate the evolution of key legal concepts (Constitution of the United States^[31]; 2.4 Info Brief...^[32]; French Civil Code^[33]; German Civil Code^[34]; Swiss Civil Code^[35]; Penal Code of the German Empire^[36]; Law of the...^[37]; Sale of Goods...^[38]; European Convention on Human Rights^[39]; Protocol No. 6...^[40]; Constitutional Amendments...^[41]; Charter of Fundamental...^[42]; Maternity Protection Convention...^[43]; Employment Promotion and...^[44]; Medical Care and...^[45]; Invalidity, Old-Age and...^[46]; Employment Injury Benefits...^[47]; Social Security (Minimum...)^[48], reflecting their development. The third stage involved a comparative legal analysis of the development of individual legal institutions in

distinct legal families based on statistical data (Pew Research Center^[49]; Housing in Europe...^[50]; Profile of Households...^[51]; Death Penalty in...^[52]; Clearance Figure^[53]). Statistical data and information references were used to confirm certain trends and facts in the development of law. The methodological framework of the present study was formed by a comprehensive approach that combined the historical method and comparative legal research. The historical method was employed to trace the evolution of these concepts and key legal institutions over time. Comparative legal research was applied to identify commonalities and differences in the development of law, covering such legal systems as Roman, Babylonian, Old Russian, customary and canon law, as well as the law of the Romano-Germanic legal family. Thus, the study was based on a thorough analysis of a wide range of scientific sources, which helped to achieve a comprehensive understanding of the fundamental empirical and theoretical concepts of the origin of law and their evolution.

3. Results

A detailed analysis of the fundamental theoretical concepts of the origin of law, supported by thorough research in the field of philosophy of law, history of legal thought, and sociology of law offered a comprehensive understanding of various approaches to this complex issue. The theory of natural law, which has its origins in ancient philosophy, particularly in the works of Plato, who in his dialogues, such as *The Republic*, discussed the idea of ideal law as a reflection of eternal truths. And Aristotle, who in his Nicomachean Ethics distinguished between natural justice, which is universal, and legal justice, established by people, continued its evolution over the centuries. According to the study of Roman jurisprudence, specifically Cicero's *De republica*, *De legibus*, the concept of natural law was further developed, being considered as the highest law, which is the reason corresponding to nature. During the Middle Ages, as a detailed analysis of the works of Augustine of Hippo in the 5th century and Thomas Aquinas in the 13th century revealed, natural law was integrated into theological doctrine, being considered as a reflection of the divine order, accessible to the human mind through its capacity for rational thought. Thomas Aquinas, specifically, distinguished between eternal law (*lex aeterna*), divine law (*lex*

divina), natural law (*lex naturalis*), and human law (*lex humana*), emphasising that the latter should be in line with natural law. Studies of the history of political and legal thought suggest that during the Enlightenment, the theory of natural law played a key role in shaping the ideology of human rights and constitutionalism. For instance, the works of Hugo Grotius (1625)^[54], who laid the foundations of international law on the principles of natural law, John Locke (1689)^[55], who substantiated the inalienable natural rights to life, liberty, and property, and Jean-Jacques Rousseau (1762)^[56], who developed the idea of natural rights in the context of a social contract, directly influenced the content of the first constitutional acts, such as the Bill of Rights in 1791 and the Constitution of the United States in 1787, which enshrined the fundamental rights and freedoms of citizens. According to historical data, references to natural rights were also made in the preamble to the US Declaration of Independence^[57], which proclaimed the inalienable rights to life, liberty, and the pursuit of happiness. However, critics have pointed to the lack of a universal and objective criterion for determining the concrete content of natural rights, which leads to varying interpretations in different historical periods and cultural contexts. According to comparative studies in ethics and law, the list and hierarchy of values considered natural may differ substantially depending on philosophical, religious, and cultural traditions. For example, in the works of representatives of the natural law school of the 17th and 18th centuries, the emphasis was often on individual rights, while earlier concepts focused on duties and the greater good. Discussions within natural law theory often focus on the relationship between natural law and positive law, as well as the role of natural law in the protection of human rights at the international level^[58].

The theory of positive law, which originated as a response to the uncertainty and subjectivity of natural law concepts, focuses on empirically observable law as a set of rules established and sanctioned by state authority^[59]. According to analytical jurisprudence, specifically the works of John Austin^[60], law is defined as a command from the sovereign, backed by the threat of sanctions in case of non-compliance. J. Austin made a clear distinction between law «*as it is*» (positive law) and law «*as it ought to be*» (morality), arguing that jurisprudence should preoccupy itself exclusively with the former. The scientific analysis of Hans Kelsen (1967)^[61] demonstrated the desire to create a formal and logical system of

legal norms, cleansed from any moral, political, or sociological impurities. H. Kelsen developed the concept of a hierarchical system of norms, where the validity of each norm is derived from a higher norm, up to a hypothetical basic norm (Grundnorm), which is the starting point for the entire legal system. According to the statistics of legislative activity, the 19th century^[62] saw a significant increase in the number of codified legal systems in European countries. For instance, the adoption of French Civil Code of 1804, German Civil Code in 1900, Swiss Civil Code in 1907, which can be viewed as a reflection of the influence of the positivist approach. Furthermore, a comparative analysis of legal systems revealed a tendency towards detailed codification of various branches of law, including criminal, civil, administrative, and procedural law, which is also a characteristic feature of positivism. For example, the adoption of such large-scale codifications as French Penal Code of 1810, Penal Code for the German Empire of 1871 are vivid examples of the influence of the positivist doctrine on the law-making process. Discussions within the framework of positivism often concern the question of the relationship between law and morality. Representatives of the so-called “soft” positivism allow for the possibility of including moral principles in the criteria for the validity of law^[63], while supporters of “hard” positivism insist on their complete separation^[64]. The historical school of law, which emerged in Germany in the early 19th century, opposed the rationalist view of law as a product of conscious lawmaking, emphasising its organic connection with history and national spirit. According to the studies of the history of legal thought, specifically, the works of F.K. von Savigny in 1814, law is considered as an organic product of the development of the national spirit (Volksgeist), which is manifested primarily in the customs and legal beliefs of the people. F.K. von Savigny, specifically, believed that legislation should only record the existing legal norms that have developed historically. Ethnographic and anthropological traditions of societies in different regions of the world confirm the significance of customary law as the principal regulator of social relations in the early stages of civilisation. For instance, the legal systems of native peoples in Australia, Africa, and South America show that a significant part of their lives is governed by unwritten customary norms that have profound historical roots and are passed down from generation to generation. It also reveals the diversity of customary law, which can vary drastically depending on concrete

cultural and historical conditions. Representatives of the historical school of law made a valuable contribution to the development of historical jurisprudence and comparative law, emphasising the need to study the history of law to understand the modern legal system. However, their views have also been criticised for being conservative and ignoring the possibility of consciously reforming the law. The sociological school of law, which was formed at the turn of the 19th-20th centuries, emphasised the need to study law in its social context, considering it as a phenomenon of social reality. According to the studies of the sociology of law, specifically, the works of Nathan Roscoe Pound in 1911-1912, law should be understood not only as formal legal norms, but also as actually existing social practices, relations, and institutions^[65]. Representatives of this school emphasised that law is an instrument of social control and a means of satisfying social needs and interests. M. Bucholc^[66] developed the concept of law as «social engineering» aimed at achieving social harmony by balancing different interests in society. Statistical studies on the effects of socio-economic factors, such as income, education, social inequality, on crime and offences, as well as analysis of court statistics considering the social background of offenders and victims, are examples of research conducted within the sociological school of law. For example, research published in scholarly journals such as the Law & Society Review and the Journal of Law and Society often demonstrates the complex interplay between legal norms and social realities, revealing how social change affects the law and how the law affects society. Within the sociological school of law, the legal realism movement also developed, with its representatives (e.g., Llewellyn and Frank) focusing on the factual activities of judges and other law enforcement agencies, emphasising that «*law is what judges do*». Table 1 was created to provide a more illustrative comparison of the key theoretical concepts of the origin of law.

Table 1: Comparative analysis of fundamental theories of the origin of law.

Theory	Key idea	Key representatives	Strengths	Limitations
--------	----------	---------------------	-----------	-------------

CERIDAP

			Subjectivity in defining «natural» principles, difficulty in applying them in different contexts
Theory of natural law	Law is based on inalienable moral principles accessible to reason	Plato, Aristotle, Cicero, Augustine, Aquinas, Grotius, Locke, Rousseau	Provides a moral basis for law and emphasises universal human rights
Theory of positive law	Law is a set of norms established and sanctioned by state authorities	Austin, Kelsen, Hart, Raz	Emphasises clarity, certainty, and the separation of law from morality
Historical school of law	Law arises by custom and develops organically from the national spirit	Savigny	Emphasises the organic development of law and the value of the cultural context
Sociological school of law	Law must be understood and applied in its social context	Pound, Llewellyn, Frank	Can be conservative and ignore the need for deliberate reforms, does not sufficiently protect the rights of minorities
			Can be subjective and complicate the prediction of court decisions, may lead to inconsistent application of the law

In the ancient world, legal systems were highly detailed and often inextricably linked to religious and mythological beliefs, which was reflected in their content and procedures. The Code of Hammurabi (18th century BC), one of the oldest surviving sets of laws, contains concrete provisions that regulated various aspects of Babylonian social life^[67]. For instance, Article 238 established a fixed fee for the services of a shipwright, while Articles 253-256 regulated the liability of an employee for negligent performance of work. A considerable part of its provisions (about 45%) regulated property relations, including land ownership, lease, loan, trade, and inheritance, reflecting the agrarian and commercial basis of the economy at the time. About 25% of the code's provisions related to family law, including rules for marriage, divorce, adoption, and property relations between spouses. The criminal penalties prescribed in the code ranged from fines and damages to corporal punishment and the death penalty, with the social status of the parties often being crucial in determining the degree of punishment. The Law of the Twelve Tables (450 BC) of the Roman Republic (5th century BC) was the result of the struggle of plebeians for legal certainty and limiting the arbitrariness of the patricians. Table III of the Law of the Twelve Tables regulated the enforcement of court decisions against debtors, establishing strict procedures for debt collection. Table V of the Law of the Twelve Tables contained provisions on inheritance and guardianship, defining the procedure for transferring property upon death and protecting the rights of minors. Table VIII of the Law of the Twelve Tables defined various types of crimes and their respective penalties, including liability for theft, bodily harm, and murder. The promulgation of these laws was significant for the development of Roman law, laying the foundation for the subsequent development of a more complex legal system, which eventually led to the creation of the Corpus Iuris Civilis (234) under Emperor Justinian I in the 6th century AD. During the Middle Ages, in the territory of Kyivan Rus, the Rus' Pravda^[68] (11th-12th centuries) was the primary source of legal norms. The oldest edition^[69] ("Korotka Pravda") contained about 43 articles, most of which regulated criminal offences and established fines (vyrs) for murder and other crimes. For example, Article 1 stipulated a deposit of 80 hryvnias for the murder of a princely husband. Later editions ("Sprawling Pravda" and "Shorter Pravda") significantly expanded the range of issues regulated, including property relations, contract law, and inheritance, reflecting

the development of feudal relations and the growth of economic activity. The Rus' Pravda is a valuable source for studying the socio-economic and legal system of Kyivan Rus, demonstrating the evolution of legal norms from blood feuds to a more formalised system of fines and compensation. In Western Europe in the Middle Ages, the Magna Carta of 1215 was a crucial document that limited the power of the English king and enshrined certain rights and freedoms. Article 39 Magna Carta guaranteed the right to a fair trial and lawful punishment. This document became one of the major steps towards the establishment of constitutionalism in England, laying the foundations for the development of the rule of law. The canon law of the Catholic Church also played a prominent role in regulating various aspects of life, especially family law^[70]. According to historical data, the number of appeals to church courts for marriage, divorce, and inheritance was significant throughout the Middle Ages, as church law had jurisdiction in these areas. Since the modern era, codification has become a vital area of law development, aimed at creating systematic and unified sets of laws.

The French Civil Code of 1804 also known as Napoleon Code became one of the most influential examples of codification. Book III of the French Civil Code of 1804, devoted to various ways of acquiring property, included detailed provisions on ownership of movable and immovable property, as well as on various types of obligations arising from contracts and torts. According to the statistics of court cases in France in the 19th century, a considerable number of disputes concerned the interpretation of the provisions of Book III of the French Civil Code of 1804, especially the sections on sale and purchase (Articles 1582-1701) and lease (Articles 1708-1831). The German Civil Code of 1900 was also distinguished by a pronounced level of detail and systematisation. Book II of the German Civil Code of 1900, covering the law of obligations (Articles 241-853), detailed rules on various types of contracts, as well as on non-contractual obligations. In England in the 19th century, along with the development of case law, active lawmaking also took place. For instance, the adoption of the Sale of Goods Act of 1893 codified the basic rules governing contracts for the sale of goods. The number of commercial disputes heard by courts increased during the 19th century, reflecting the development of trade and industry. The 20th century saw further intensification of lawmaking at the national and international levels. The evolution of key legal concepts over time is

illustrated in Table 2.

Table 2: Evolution of key legal concepts in different historical periods.

Legal concept	Ancient world	Middle Ages	Early modern period	Present day
Justice	Principle of talion (Code of Hammurabi), social hierarchy in law (Ancient Egypt)	Divine and natural law (Thomas Aquinas), feudal justice according to class	Emphasis on individual rights and equality before the law (Enlightenment), development of human rights declarations	Focus on restorative justice, international criminal law, and the fight against systemic inequality
Rights	Limited rights depending on social status (e.g., Roman citizens), some protection for certain groups	Limited rights and freedoms, emphasis on duties in the feudal system	Proclamation of natural and inalienable rights (American and French revolutions), constitutional guarantees	Expansion of human rights to social, economic, and cultural rights, protection of minority rights
Property	Detailed regulation of land ownership and inheritance (Hammurabi Code, Roman law)	Feudal land tenure system, church land tenure	Development of private property rights as a fundamental principle (Napoleonic Code)	Recognition of different forms of property (intellectual, digital), discussions about the social responsibility of owners

CERIDAP

Contract Formal agreements with specific rules (e.g., Babylonian contracts, Roman contracts)	Development of trade law and customary trade practices	Freedom of contract as a key principle (19th century), detailed regulation of certain types of contracts	Strengthening the regulation of contracts to protect consumers, focusing on good faith and prevention of abuse
Punishment Retribution and physical punishment (Code of Hammurabi, Law of the Twelve Tables), fines	Various penalties, including fines, imprisonment and corporal punishment	Focus on imprisonment and development of penitentiary systems, abolition of torture in many jurisdictions	Focus on rehabilitation and reintegration, development of alternative sentences, ongoing debate on the death penalty

In the field of international law, numerous conventions have been adopted to regulate various aspects of interstate relations, including human rights, international trade, and environmental protection. For example, the European Convention on Human Rights of 1950 prescribes the fundamental rights and freedoms to be protected in the member states of the Council of Europe.

A comparative legal analysis of the evolution of certain legal institutions in distinct legal families reveals both universal trends and major differences. The field of criminal law revealed a general trend towards the humanisation of punishment. According to the Council of Europe, Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty^[7] prohibits the use of the death penalty in peacetime. In family law, many countries have liberalised their divorce and marriage laws. For example, France and Germany have detailed codified family law that regulates divorce and marriage. Furthermore, the legalisation of

same-sex marriage in countries such as the Netherlands, Belgium, and Spain is an example of the liberalisation of marriage law. According to the Pew Research Center^[72], the number of same-sex marriages in countries where it is allowed has increased markedly between 2000 and 2025. The Netherlands became the first country to legalise same-sex marriage in 2001. In 2003, Belgium became the second country in the world to legalise same-sex marriage. Spain legalised same-sex marriage in 2005 and South Africa in 2006. In 2009, same-sex marriage became legal in Norway and Sweden, and in 2010 – in Iceland, Argentina, and Portugal. Denmark legalised same-sex marriage in 2012, and Canada in 2005. New Zealand and Uruguay legalised same-sex marriage in 2013, and France did so in 2013. The United Kingdom legalised same-sex marriage in 2014, and Luxembourg and Ireland – in 2015. The United States also legalised same-sex marriage in 2015. Colombia legalised same-sex marriage in 2016, followed by Finland, Australia, Germany, and Malta in 2017. Austria, Ecuador, and Taiwan legalised same-sex marriage in 2019, and Costa Rica in 2020. In 2022, same-sex marriage became legal in Slovenia, Chile, Cuba, Mexico, and Switzerland. Andorra legalised same-sex marriage in 2023, followed by Nepal, Greece, and Estonia in 2024. In the field of labour law, there is a tendency to strengthen the protection of workers' rights. The International Labour Organisation has adopted numerous conventions setting minimum labour standards. The Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102)^[73] is the fundamental one in the field of social security and sets minimum standards for nine basic types of social security. It requires member states to provide a minimum level of protection in the areas of medical care, sickness benefits, unemployment benefits, old age benefits, occupational injury benefits, disability benefits, survivors' benefits, maternity benefits, and family benefits. Convention No. 102 is the only international treaty with a systemic vision of social security. The Employment Injury Benefits Convention (No. 121)^[74] sets minimum standards for the protection of workers in case of an occupational injury, including medical care, temporary and permanent disability benefits, and survivors' benefits. The Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Convention (No. 128)^[75] sets out minimum standards for the provision of benefits in cases of disability, old age, and survivors' benefits, aimed at ensuring a certain level of income and support for persons in such situations. The Medical Care and

Sickness Benefits Convention (No. 130)^[76] sets out minimum standards for the provision of medical care and sickness benefits, including access to medical care and the payment of sickness benefits. The Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention (No. 168)^[77] aims to promote full, productive, and freely chosen employment and to protect workers against unemployment by providing unemployment benefits and promoting their employment. The Maternity Protection Convention (No. 183)^[78] establishes minimum standards for maternity protection, including the right to paid maternity leave, protection against dismissal on grounds of pregnancy and childbirth, and the right to maternity and child healthcare. The institution of private property in countries of the Romano-Germanic legal family, such as France (Article 544 of French Civil Code^[79]) and Germany (Section 903 of German Civil Code^[80]), provides the owner with broad rights to own, use, and dispose of property. According to Eurostat^[81], in 2024, the share of households owning their housing in the European Union (EU) was 69%, including 48% in Germany. In English law, the concept of ownership is more complex, but the equivalent of absolute ownership is fee simple. According to the UK Office for National Statistics^[82], 65% of households owned their home in 2023-2024. In the field of law of obligations in France (Article 1101 of the French Civil Code^[83]), a contract is defined as an agreement by which one or more persons undertake to do, not to do, or to provide something to one or more other persons. In English law, consideration is required for the conclusion of a contract. In the evolution of criminal law, a tendency to reduce the use of the death penalty was observed. According to the Death Penalty Information Centre^[84], as of 2024, 6 states in the United States abolished the death penalty. In the European Union, the death penalty is prohibited under the Charter of Fundamental Rights of the European Union^[85]. In the development of the judicial process, there is an expansion of the rights of the accused. For example, in the United States, according to the Sixth Amendment to the Constitution^[86], the accused is entitled to a swift and public trial, to legal aid of a lawyer, and to examine witnesses. Statistics from the Federal Bureau of Investigation^[87] showed that in 2019, the clearance rate for severe crimes was around 61.4%.

The further evolutionary development of law, considering current global challenges and the dynamics of social relations, should be aimed at achieving a

series of key goals and be guided by the fundamental principles of justice and the rule of law. In the area of information technology regulation, future law should focus on creating effective mechanisms to ensure the protection of personal data in the face of the ever-increasing amount of information being collected and processed^[88]. A clear legal framework should be developed to regulate the use of artificial intelligence, including liability for its actions and prevention of potential risks associated with its use. The law should promote the development of cybersecurity by establishing mandatory to protect information systems and ensure effective means of combating cybercrime^[89]. In the area of globalisation, the evolution of law should be aimed at strengthening international cooperation and harmonising national legislation to better address transnational issues. Work should continue on the unification of private law, especially in international commerce, to create a more predictable and stable legal environment for international trade and investment. International law should also evolve towards strengthening the mechanisms of accountability of states and other subjects of international law for violations of international norms. Considering the growing threat of environmental disasters, future legal development should prioritise environmental protection and sustainable development. Stricter environmental standards should be developed and implemented to prevent air, water, and soil pollution and to preserve biodiversity. The law should stimulate the transition to renewable energy sources and promote the introduction of environmentally friendly technologies^[90]. It is also crucial to develop effective legal mechanisms for prosecuting environmental crimes and compensating for environmental damage. In the social sphere, the further evolution of law should be aimed at ensuring the full and effective enjoyment of human rights for all members of society. All forms of discrimination, including discrimination based on race, ethnicity, gender, sexual orientation, disability, and other grounds, should be further combated.

The law must ensure equal opportunities for all citizens in education, employment, healthcare, and access to justice^[91]. Particular attention should be paid to protecting the rights of vulnerable groups, such as children, the elderly, and migrants. In criminal law, future developments should be aimed at humanising the penal system and increasing its effectiveness in preventing crime. The search for and implementation of alternative types of punishment that

would contribute to the re-socialisation of offenders and the restoration of justice should continue. The law must ensure a fair and effective criminal procedure, respecting the rights of the accused and victims. The growing threat of cybercrime requires the development of new legal instruments and strengthening of international cooperation in combating this type of crime. In legal research and education, future development should be aimed at training highly qualified professionals who can work effectively in a rapidly changing legal environment. Interdisciplinary research that combines jurisprudence with other fields of knowledge should be encouraged to find innovative approaches to solving complex legal problems. Legal education should be focused on developing students' critical thinking, analytical, and problem-solving skills, and an understanding of the social context of law^[92]. Ensuring the rule of law and access to justice for all members of society should continue to be one of the priorities for the further evolution of law. Work should continue on simplifying court procedures, increasing the transparency and efficiency of the judicial system, and ensuring that those in need of legal aid can obtain it. The law should be clear, predictable, and consistently applied^[93]. Further development of the law should also consider the need to adapt to new forms of social interaction and economic activity. The development of the digital economy, platform employment, and other new phenomena requires the development of adequate legal regulation that would strike a balance between innovation and the protection of the rights and interests of all stakeholders. The evolution of law should be based on a broad public dialogue, accommodating different points of view and interests. Involvement of the public in lawmaking and law enforcement is a crucial factor in ensuring the legitimacy and effectiveness of the legal system.

4. Discussion

The conducted detailed analysis of the fundamental theoretical concepts of the emergence of law revealed a complex and multifaceted problem of understanding this phenomenon, which correlated with modern research in the field of philosophy of law, history of legal thought, and sociology of law. The findings of the present study confirmed that none of the theories under study could claim to be an exhaustive explanation of the origin and evolution of law, and each of them

offered a valuable, albeit partial, view of this problem. Specifically, the analysis of the natural law theory, supported by historical works from antiquity to the Enlightenment, was consistent with modern findings that emphasised the continued relevance of the idea of the existence of objective moral principles underlying a just legal order. According to E.A. Winkler^[94], despite criticism, natural law theory continues to play a vital role in debates about human rights, justice, and the legitimacy of law. E.A. Winkler emphasised that the appeal to natural law often becomes an argument in favour of protecting fundamental values that are not always reflected in positive law. This is in line with the results of the present study, which showed the influence of natural law theory on the development of human rights ideology and the first constitutional acts. Additionally, J. Drew^[95] stressed that the concept of natural law is a necessary basis for substantiating the universality and inviolability of human rights, which is reflected in international documents such as the Universal Declaration of Human Rights.

The analysis of positive law theory, which emphasises the formal aspects of legal norms, correlated with studies that emphasised the significance of state coercion and clear procedures for the maintenance of law and order. F. Jiménez^[96] argued that positivism continues to be the dominant approach in contemporary jurisprudence. The researcher also argued that positivism provides a better understanding of the moral status of the law and is more in line with what is called “fairness” than non-positivism. The findings of the present study, which showed a tendency towards codification and detailed regulation of legal relations, confirmed the influence of the positivist doctrine on the law-making process. Therewith, E.H. Atiq^[97] offered a more nuanced view of positivism, recognising the possibility of including moral considerations in interpreting law, without denying its basic postulates regarding the sources of the law. The historical school of thought, with its emphasis on the organic development of law from the popular spirit, is reflected in contemporary research that emphasises the significance of historical and cultural context in understanding legal systems. M. Bozorgi^[98] emphasised that law is not only the result of deliberate lawmaking, but also the product of a long social evolution that reflects the values and beliefs of a society. The findings of the present study, which showed the significance of customary law in the early stages of civilisation, confirmed this conclusion.

The analysis of the sociological school of law, which considers law as a social phenomenon and an instrument of social control, was consistent with modern research that examined the effects of social factors on law and the reverse effects of law on society. J.H. Lipschultz^[99] highlighted that law is not only a set of rules, but also a means of communication that reflects and shapes social relations. The findings of the present study, which showed the impact of socio-economic factors on offending, as well as the role of law in meeting social needs, confirmed the value of a sociological approach to understanding law. Additionally, R. Cotterrell^[100] emphasised the need for empirical research on law in action, considering it as part of broader social processes and institutions. A comparative analysis of the evolution of certain legal institutions in different historical periods revealed universal trends, such as the humanisation of punishment and the liberalisation of family law, which was supported by research on human rights development and social change. G. Alfredsson and A. Eide^[101] thoroughly analysed the evolution of international human rights standards, noting the tendency to expand the range of rights and strengthen the mechanisms for their protection. At the same time, there are considerable differences between legal families in the regulation of property and law of obligations, reflecting distinct historical, cultural, and economic contexts. P. De Cruz^[102] conducted an in-depth comparative analysis of the principal legal institutions in European countries, identifying both convergence and divergence in their development. The findings of the conducted study on the evolution of the concepts of justice, rights, property, contract, and punishment throughout history were consistent with current research, which showed the complex and non-linear nature of this process. For example, in terms of the evolution of property rights, B.Z. Tamanaha^[103] emphasised that the understanding of property has constantly changed depending on social, economic, and political conditions. Analogously, in terms of the development of criminal law, J.S. Abolafia^[104] analysed the transformation of penal systems from ancient times to the present, identifying key trends and influencing factors. Considering the theory of natural law, its long history gave rise to many interpretations. From ancient notions of divine or cosmic order to modern concepts of human rights, natural law theory has constantly evolved to adapt to new social and political realities. However, criticism of its subjectivity and difficulty of practical application stays relevant.

The theory of positive law, emphasising the formal sources of law, made a significant contribution to the development of legal science, contributing to the systematisation and codification of legislation. However, its disconnection from moral principles caused debate, especially in cases of unjust laws. Discussions between the proponents of distinct strands of positivism continue, reflecting the complexity of the relationship between law and morality. The historical school of law, with its attention to national spirit and historical context, reminds of the deep roots of legal systems and the need to study them to understand the present^[105]. At the same time, its conservatism can hinder progressive reforms and the protection of minority rights. The sociological school of law, considering law in action, not just in books, emphasises its social conditionality and significance for regulating social relations. Empirical studies conducted within this school of thought reveal the real impact of law on society and its effectiveness in achieving social goals. A comparative analysis of the evolution of legal institutions revealed both universal patterns and major differences caused by various historical, cultural, and political factors. Study of the experiences of distinct legal families is valuable for improving national legislation and promoting international harmonisation of law.

The results of the conducted study are significant for understanding the complex process of the origin and evolution of law. They emphasised that law is not a static set of rules, but a dynamic phenomenon that is constantly changing under the influence of various factors. Understanding these factors is key to effective lawmaking and law enforcement in the modern world. Specifically, an awareness of the theoretical foundations of law enabled a better understanding of its essence and purpose, while historical analysis helped to identify patterns and trends in its development. The comparative legal approach contributed to a better understanding of the specific features of legal systems of different countries and the possibilities of their harmonisation. In conclusion, by analysing the fundamental theoretical concepts of the origin of law and their evolution in the historical context and comparing the development of certain legal institutions in distinct legal families, the present study provided a holistic view of the complexity and multifaceted nature of the legal phenomenon. The findings obtained were consistent with the findings of other researchers in the fields of philosophy of law, history of legal thought, and sociology of law, confirming the

significance of an interdisciplinary approach to the study of law.

5. Conclusions

The study of the fundamental theoretical concepts of the origin of law yielded a series of valuable scientific results which revealed the complex and multifaceted nature of the legal phenomenon. The analysis showed that each of the theories under study – natural law, positive law, historical school of law, and sociological school of law – offers a unique, albeit not exhaustive, view of the nature and origin of legal norms. The natural law theory, with its emphasis on the inherent connection between law and morality and reason, emphasises universal principles of justice as the primary basis of the rule of law, which stays relevant in the context of contemporary debates on human rights and the ethical limits of legal regulation. In contrast, the positive law theory, focusing on the formal aspects of law as a set of rules established by legitimate state authority, emphasises the need for clarity and certainty of legal prescriptions, which is critical to ensuring legal stability and predictability. The historical school of law, emphasising the organic development of legal norms from the national spirit and customs, points to the profound connection between law and the cultural and historical traditions of society, which must be considered when reforming legal systems. The sociological school of law, considering law as a social phenomenon, an instrument of social control, and a means of meeting social needs, emphasises the dynamic nature of law and its dependence on socio-economic and political contexts.

The study of the evolution of key legal concepts throughout history revealed the complex and dynamic nature of their development. The concepts of justice, rights, property, contract, and punishment undergone substantial transformations, reflecting changes in philosophical views, social structures, and economic relations in different historical periods. A comparative analysis of the development of individual legal institutions in different legal families demonstrated both universal trends, such as the gradual humanisation of criminal law and the growing emphasis on human rights protection, and major differences driven by the unique historical, cultural, and legal traditions of each system. The findings confirmed that understanding the origin and evolution of

law is multifaceted and requires consideration of different theoretical perspectives and historical contexts. No single theory can provide a comprehensive explanation of this complex phenomenon. Instead, each of them offers valuable insights that together contribute to a better understanding of the nature of law, its functions in society, and its ability to adapt to changing social conditions. The limitation of the present study was the predominantly theoretical nature of the analysis, which was based on a review of the scientific literature. Prospects for further research in this area could be aimed at a more in-depth investigation of the interaction and complementarity of different theoretical concepts in explaining concrete legal phenomena and processes.

1. B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London, 2015.
2. S. Coyle, *Natural Law and Modern Society*, Oxford University Press, Oxford, 2023.
3. K.E. Himma, *Coercion and the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
4. D.J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
5. R. Banakar, *On Socio-Legal Design*, in *SSRN Electronic Journal*, January, 2019.
6. M. Gazzaniga, *Who's in Charge? Free Will and the Science of the Brain*, Hachette Book Group, New York, 2016.
7. R.S. Her, *The Origin of Altruism: The Key to Group Survival*, in *The Economy of Goodness*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2024.
8. M. Deflem, *The Handbook of Social Control*, John Wiley & Sons Ltd, Hoboken, 2019.
9. Plato, *The Republic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
10. Aristotle, *Ethica Nicomachea*, Oxford University Press, Oxford, 1894.
11. Marcus Tullius Cicero, *De Re Publica; De Legibus; Cato Maior de Senectute; Laelius de Amicitia*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
12. Saint Augustine, *The City of God*, Roman Roads Media, Moscow, 2014.
13. T. Aquinas, *Summa Theologica*, Benziger Brothers, New York, 1947.
14. H. Grotius, *On the Law of War and Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
15. J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
16. J.J. Rousseau, *The Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
17. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832.
18. Justinianus, *Corpus Iuris Civilis*, Weidmann, Berlin, 1895.
19. Y.S. Kononenko, S.V. Dzhohos, *Natural Law and Social Contract: Conservative Philosophers' View (XVII–XVIII Centuries)*, in *MESTJournal*, 9, 2021, pp. 28-34.
20. F. Pérez Godoy, C.F. Teixeira Alves, F. Liendo Tagle, *The Study of Natural Law in Coimbra, Seville, and Santiago de Chile (Eighteenth and Nineteenth Centuries)*, in *Comparative Legal History*, 10, 2022, pp. 110-136.

21. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 2024.
22. M.S. Thompson, J.H. Silbey, *Research on 19th Century Legislatures: Present Contours and Future Directions*, in *Legislative Studies Quarterly*, 9, 1984, pp. 319-350.
23. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in K.E. Himma, *Law and Morality*, Routledge, London, 2017.
24. J. Raz, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in G. Pavlakos, *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing Oxford, 2007.
25. F.K. Von Savigny, *System of Modern Roman Law*, De Gruyter, Berlin, 2019.
26. M. Bucholc, *Historical Sociology of Law*, in D. McCallum, *Palgrave Handbook of the History of Human Sciences*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2022.
27. J.D. Prince, *The Code of Hammurabi*, in *American Journal of Theology*, 8, 1904, pp. 601-609.
28. O.O. Kolevatov, T.S. Shelest, *Iaroslav the Wise's Ruska Pravda – A Monument of Old Russian Law*, in *Youth of Science – 2021: Socio-Economic and Humanitarian Aspects of Society Development: Collection of Theses of the XI International Scientific and Practical Conference of Students, Postgraduates and Young Scientists*, National University "Chernihiv Polytechnic", Chernihiv, 2021.
29. I. Boyko, *Ruska Pravda and Its Influence on the Formation and Development of the Ukrainian Legal Tradition*, in *Visnyk of the Lviv University. Series Law*, 75, 2022, pp. 3-16.
30. Y.W.B.L. Meo, *Canon Law as the Universal Law of the Catholic Church and the Proper Laws of Institutes of Consecrated Life*, in *Forum*, 52, 2023, pp. 47-54.
31. Constitution of the United States, 1787.
32. 2.4 Info Brief: Declaration of Independence and the Preamble, 2025.
33. French Civil Code, 1804.
34. German Civil Code, 1900.
35. Swiss Civil Code, 1907.
36. Penal Code of the German Empire, 1871.
37. Law of the Twelve Tables, 2025.
38. Sale of Goods Act, 1893.
39. European Convention on Human Rights, 1950.
40. Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty, 1983.
41. Constitutional Amendments – Amendment 6 – "The Rights of the Defendant", 2025.
42. Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000.
43. Maternity Protection Convention, 2000, No. 183.
44. Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention 1988, No. 168.
45. Medical Care and Sickness Benefits Convention, 1969, No. 130.
46. Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Convention, 1967, No. 128.

47. Employment Injury Benefits Convention, 1964, No. 121.
48. Social Security (Minimum Standards) Convention 1952, 1952, No. 102.
49. Pew Research Center, Same-Sex Marriage Around the World, 2024, available on the page <https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/>.
50. Housing in Europe – 2024, Edition, 2024, available on the page <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2024>.
51. Profile of Households and Dwellings, 2024, available on the page <https://www.gov.uk/government/statistics/chapters-for-english-housing-survey-2023-to-2024-headline-findings-on-demographics-and-household-resilience/chapter-1-profile-of-households-and-dwellings>.
52. Death Penalty in 2024, 2024, available on the page <https://deathpenaltyinfo.org/research/analysis/reports/year-end-reports/the-death-penalty-in-2024>.
53. Clearance Figure, 2019, available on the page <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u-s/2019/crime-in-the-u-s-2019/topic-pages/clearances>.
54. H. Grotius, *On the Law of War and Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
55. J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
56. J.J. Rousseau, *The Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
57. 2.4 Info Brief: Declaration of Independence and the Preamble, 2025.
58. Y.S. Kononenko, S.V. Dzhoholos, *Natural Law and Social Contract: Conservative Philosophers' View (XVII–XVIII Centuries)*, in *MEST Journal*, 9, 2021, pp. 28-34; F. Pérez Godoy, C.F. Teixeira Alves, F. Liendo Tagle, *The Study of Natural Law in Coimbra, Seville, and Santiago de Chile (Eighteenth and Nineteenth Centuries)*, in *Comparative Legal History*, 10, 2022, pp. 110-136.
59. E.M.L. Economou, N.C. Kyriazis, *Good Lawmaking, Democracy, and Accountability*, in *Statute Law Review*, 45, 2024, p. hmae034; A. Muratova, A. Zhanibekov, A. Aryn, B. Shansharbayeva, A. Muratova, *Effectiveness of Applying Criminal Law Norms on Animal Cruelty in the Republic of Kazakhstan*, in *Pakistan Journal of Criminology*, 16, 2024, pp. 63-80.
60. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832.
61. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 2024.
62. M.S. Thompson, J.H. Silbey, *Research on 19th Century Legislatures: Present Contours and Future Directions*, in *Legislative Studies Quarterly*, 9, 1984, pp. 319-350.
63. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in K.E. Himma, *Law and Morality*, Routledge, London, 2017.
64. J. Raz, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in G. Pavlakos, *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
65. M. Bucholc, *Historical Sociology of Law*, in D. McCallum, *Palgrave Handbook of the History of Human Sciences*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2022.

66. M. Bucholc, *Historical Sociology of Law*, in D. McCallum, *Palgrave Handbook of the History of Human Sciences*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2022.
67. J.D. Prince, *The Code of Hammurabi*, in *American Journal of Theology*, 8, 1904, pp. 601-609.
68. O.O. Kolevatov, T.S. Shelest, *Iaroslav the Wise's Ruska Pravda – A Monument of Old Russian Law*, in *Youth of Science – 2021: Socio-Economic and Humanitarian Aspects of Society Development: Collection of Theses of the XI International Scientific and Practical Conference of Students, Postgraduates and Young Scientists*, National University "Chernihiv Polytechnic", Chernihiv, 2021.
69. I. Boyko, *Ruska Pravda and Its Influence on the Formation and Development of the Ukrainian Legal Tradition*, in *Visnyk of the Lviv University. Series Law*, 75, 2022, pp. 3-16.
70. Y.W.B.L. Meo, *Canon Law as the Universal Law of the Catholic Church and the Proper Laws of Institutes of Consecrated Life*, in *Forum*, 52, 2023, pp. 47-54.
71. Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty, 1983.
72. Pew Research Center, Same-Sex Marriage Around the World, 2024, available on the page <https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/>.
73. Social Security (Minimum Standards) Convention 1952, 1952, No. 102.
74. Employment Injury Benefits Convention, 1964, No. 121.
75. Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Convention, 1967, No. 128.
76. Medical Care and Sickness Benefits Convention, 1969, No. 130.
77. Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention, 1988, No. 168.
78. Maternity Protection Convention, 2000, No. 183
79. French Civil Code, 1804.
80. German Civil Code, 1900.
81. Housing in Europe – 2024, Edition, 2024, available on the page <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2024>.
82. Profile of Households and Dwellings, 2024, available on the page <https://www.gov.uk/government/statistics/chapters-for-english-housing-survey-2023-to-2024-headline-findings-on-demographics-and-household-resilience/chapter-1-profile-of-households-and-dwellings>.
83. French Civil Code, 1804.
84. Death Penalty in 2024, 2024, available on the page <https://deathpenaltyinfo.org/research/analysis/reports/year-end-reports/the-death-penalty-in-2024>
85. Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000.
86. Constitutional Amendments – Amendment 6 – "The Rights of the Defendant", 2025.
87. Clearance Figure, 2019, available on the page <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u-s/2019/crime-in-the-u-s-2019/topic-pages/clearances>.

88. M. Humphery-Jenner, *Legislating Against Misinformation: Lessons from Australia's Misinformation Bill*, in *Statute Law Review*, 45, 2024, p. hmae023.
89. G.A. Kukharev, K.S. Maulenov, N.L. Shchegoleva, *Protecting facial images from recognition on social media: Solution methods and their perspective*, in *Scientific and Technical Journal of Information Technologies Mechanics and Optics*, 21, 2021, pp. 755-766; N. Smailov, R. Kadyrova, K. Abdulina, F. Uralova, N. Kubanova, A. Sabibolda, *Application of facial recognition technologies for enhancing control in information security systems*, in *Informatyka, Automatyka, Pomiary w Gospodarce i Ochronie Środowiska*, 15, 2025, pp. 55-58.
90. O. Semenenko, U. Dobrovolskyi, P. Tolok, A. Onofriichuk, V. Onofriichuk, *Energy and environmental security of the European Union in the context of Russia's unstable military and economic policy*, in *Scientific Horizons*, 26, 2023, pp. 135-144; O. Semenenko, S. Hodz, R. Duzhiyi, I. Stupnytskyi, V. Koverga, *Mechanisms for ensuring energy security in the system of international relations considering economic sanctions and political conflicts*, in *Economics of Development*, 23, 2024, pp. 72-81.
91. N. Apakhayev, A.S. Madiyarova, G. Aigarinova, D.U. Ryskaliyev, Y.A. Buribayev, Z.A. Khamzina, *Current trends of legal regulation of relationships in the social protection sphere*, in *Man in India*, 97, 2017, pp. 221-231; Z. Khamzina, Y. Buribayev, P. Almaganbetov, A. Tazhmagambet, Z. Samaldykova, N. Apakhayev, *Labor disputes in Kazakhstan: Results of legal regulation and future prospects*, in *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 23, 2020, pp. 1-14.
92. H. Kozub, V. Sipii, Y. Kozub, G. Bratytsya, L. Bondarenko, *Effectiveness of Gamification in Mobile and Interactive Learning: Analysis of Approaches and Outcome*, in *International Journal of Interactive Mobile Technologies*, 19, 2025, pp. 27-41; D. Ospanova, S. Moroz, A. Niyazova, *The problem of defining "juvenile justice" concept and its principles in legal science*, in *Journal of Infrastructure Policy and Development*, 8, 2024, p. 9250.
93. D. Ospanova, S. Moroz, A. Niyazova, *Legal obligations of a lawyer and standards for the protection of minors in juvenile justice*, in *Social and Legal Studios*, 7, 2024, pp. 231-239.
94. E.A. Winkler, *Are Universal Ethics Necessary? And Possible? A Systematic Theory of Universal Ethics and a Code for Global Moral Education*, in *SN Social Sciences*, 2, 2022.
95. J. Drew, *Natural Law and Government: After the COVID-19 Revolution*, Springer, Singapore, 2022.
96. F. Jiménez, *Legal Positivism for Legal Officials*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 36, 2023, pp. 359-386.
97. E.H. Atiq, *Legal Positivism and the Moral Origins of Legal Systems*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 36, 2023, pp. 37-64.
98. M. Bozorgi, *Investigating the Role of Culture in Legal Practices in Spain*, in *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11, 2023, pp. 101-116.
99. J.H. Lipschultz, *Social Media Communication: Concepts, Practices, Data, Law and Ethics*, Routledge, New York, 2023.
100. R. Cotterrell, *A Socio-Legal Quest: From Jurisprudence to Sociology of Law and Back Again*,

- in *Journal of Law and Society*, 50, 2023, pp. 3-16.
101. G. Alfredsson, A. Eide, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff, Hague, 1999.
 102. P. De Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Routledge-Cavendish, London, 2007.
 103. B.Z. Tamanaha, *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
 104. J.S. Abolafia, *Penal Modernism Before Modernity*, Harvard University, Cambridge, 2019.
 105. K.S.L.P. Perbawa, W.N. Hanum, A.K. Atabekov, *Industrialization of Election Infringement in Simultaneous Elections: Lessons from Sweden*, in *Journal of Human Rights Culture and Legal System*, 4, 2024, pp. 477-509.

Servizi pubblici economici, tra disservizi locali e divari digitali

Nicoletta Rangone

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-73

L'articolo indaga le contraddizioni dei servizi pubblici economici, attraverso gli esempi paradigmatici dei servizi pubblici locali e delle comunicazioni elettroniche. Pur partendo da opposte situazioni di mercato e impostazioni di regolazione, questi servizi si connotano per un divario tra prestazioni rese e diritti degli utenti, quanto alla qualità dei servizi locali e all'universalità della connessione. Emerge poi un una strutturale inadeguatezza del monitoraggio e della valutazione, che pure sono poste al centro della recente riforma servizi dei pubblici locali, così come della programmazione finanziaria e delle attività di realizzazione delle infrastrutture, quanto ai servizi di comunicazione elettronica.

Economic public services, between local inefficiencies and digital divides

The paper examines the contradictions of public utilities, with the local public services and electronic communications as paradigmatic examples. Although they originate in opposite market-based contexts and regulatory approaches, these services are characterised by a discrepancy between performance and users' rights with regard to the quality of local public services and the universality of broadband internet access. The analysis also reveals structural inadequacies in the monitoring and evaluation of local public services (despite their centrality in the 2022 reform), as well as shortcomings in the financial planning and in the implementation of infrastructure for electronic communications services.

Sommario: 1. Servizi pubblici e garanzie di prestazione. Alcune contraddizioni.- 2. Servizi pubblici economici locali: il diffuso intervento pubblico non garantisce la qualità della prestazione.- 3. Servizi di connessione a banda larga e ultra larga: tra evoluzione tecnologica e garanzie di prestazione.- 4. Alcune considerazioni conclusive.

1. Servizi pubblici e garanzie di prestazione. Alcune contraddizioni

In un contesto caratterizzato da trasformazioni economiche, tecnologiche e normative, la nozione di servizio pubblico resta rilevante, a livello teorico e concreto, ma non priva di contraddizioni.

Una prima contraddizione interessa i servizi pubblici economici locali, caratterizzati da un diffuso intervento pubblico, ampiamente regolati e con limitatissime aperture alla sola concorrenza “per il mercato”, ma non sempre in grado di assicurare agli utenti servizi di qualità. Si configura una non piena effettività del generale ripensamento della disciplina operato nel 2022 che aveva inteso valorizzare la valutazione dei risultati concreti raggiunti nelle precedenti gestioni e dunque il monitoraggio delle prestazioni.

Una seconda contraddizione interessa il servizio pubblico di comunicazioni elettroniche che, diversamente dai servizi pubblici economici locali, è da tempo completamente liberalizzato e oggetto di regolazione a tutela dei consumatori e della concorrenza, che tuttavia non assicura il diritto fondamentale alla comunicazione, che include ormai il diritto alla connessione. In tale contesto, al ritardo nell’adeguamento del perimetro del servizio universale da parte del regolatore di settore, si aggiunge il (parziale) insuccesso della politica industriale nazionale (definite dalle diverse Strategie per la banda ultra larga a partire dal 2015) e delle corrispondenti iniziative europee, cosicché i ritardi nella connessione in banda ultra larga dell’intero territorio nazionale impediscono il godimento di un servizio da parte di tutti gli utenti (cittadini, operatori economici e pubbliche amministrazioni).

Una terza contraddizione interessa tutti i servizi pubblici economici (e non solo), che soffrono di una grave mancanza di cultura della programmazione, del monitoraggio e della valutazione. Ciò si manifesta in una strutturale inadeguatezza della programmazione finanziaria e delle attività di realizzazione delle infrastrutture, quanto ai servizi di comunicazione elettronica, così come del monitoraggio e della valutazione, quanto ai servizi pubblici locali. Tali inadeguatezze incidono sulla qualità del servizio e sulla stessa garanzia di prestazione.

Senza alcuna pretesa di esaustività, il presente contributo affronta queste

contraddizioni guardando ai servizi pubblici economici di dimensione locale e al servizio pubblico delle comunicazioni elettroniche.

2. Servizi pubblici economici locali: il diffuso intervento pubblico non garantisce la qualità della prestazione

I servizi pubblici economici sono prestazioni idonee a soddisfare le esigenze degli individui e della collettività, riconosciute in quanto tali dai pubblici poteri e dunque regolate al fine di garantire continuità e accessibilità. Tra i servizi pubblici, alcune attività rientrano nel servizio universale, qualificazione che comporta non solo un obbligo di prestazione (che potrebbe considerarsi rientrare nell'obbligo di continuità che caratterizza tutti i servizi pubblici), ma anche un vincolo alla predisposizione là dove il servizio non sia disponibile in modo da soddisfare le richieste “ragionevoli” di accesso^[1]. In mancanza di un’adeguata offerta nel mercato, queste attività possono essere regolate così da assicurare non solo l’offerta del servizio, ma anche una prestazione informata a determinati parametri di qualità e tutelare i consumatori dai “disservizi”^[2].

Risulta dunque fondamentale un’adeguata perimetrazione del servizio pubblico e del servizio universale, che i pubblici poteri sono chiamati ad effettuare alla luce dei bisogni della collettività. Sulla base di tale valutazione, sono poi eventualmente imposti obblighi di servizio pubblico o di servizio universale se risulta che «*la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali*» (con riferimento ai servizi pubblici economici locali)^[3]. Quanto alle comunicazioni elettroniche, l’autorità competente definisce l’estensione del servizio universale tale da «*garantire almeno la disponibilità di un insieme minimo di servizi per tutti gli utenti finali e a un prezzo abbordabile per i consumatori, dove il rischio di esclusione sociale derivante dalla mancanza di tale accesso impedisce ai cittadini di partecipare pienamente alla vita sociale ed economica*»^[4]. In una fase successiva, i pubblici poteri valutano l’imposizione di adeguati obblighi di fornitura del servizio universale per soddisfare tutte le richieste ragionevoli di accesso da parte degli utenti finali^[5].

A livello locale, trasporti di linea, raccolta dei rifiuti, erogazione di energia e di

acqua sono fondamentali per assicurare il pieno godimento del diritto di cittadinanza e lo sviluppo locale e per questo si connotano per la doverosità della prestazione associata ad un determinato livello qualitativo del servizio. Tuttavia, le riforme che si sono succedute nel tempo a partire dalla legge sulla municipalizzazione^[6] non sono state in grado di contenere i disservizi e di assicurare il pieno godimento dei diritti degli utenti.

Neppure la recente riforma dei servizi pubblici locali sembra, al momento, aver invertito la rotta. Vi è, dunque, un problema di effettività della regolazione dei servizi pubblici locali. Senza considerare qui la prima determinante dell'effettività del diritto, vale a dire la sua comprensibilità e applicabilità^[7], cosa si può dire quanto alla capacità di produrre gli effetti coerenti con gli obiettivi perseguiti, altra determinante dell'effettività?

Tra gli obiettivi fondamentali della nuova disciplina del 2022^[8] vi è quello di «raggiungere e mantenere un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento nell'accesso universale e i diritti dei cittadini e degli utenti»^[9]. In quest'ottica, le amministrazioni devono giustificare e rendere trasparenti tutte le scelte che attengono il ciclo di vita dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Vanno, infatti, pubblicate sulla piattaforma ANAC (in un'apposita sezione denominata “Trasparenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”)^[10] i seguenti documenti. In primo luogo, la delibera di istituzione di nuovi servizi, che deve dare conto degli esiti dell'istruttoria da cui risulti, «sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili», «che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali»^[11]. In secondo luogo, va redatta e pubblicata una relazione che precede l'avvio della procedura di affidamento, in cui si motiva la scelta di una determinata forma di gestione, anche alla luce degli eventuali risultati di precedenti gestioni da un punto di vista della qualità del servizio^[12]. In terzo luogo, vanno redatte e pubblicate, per ogni servizio affidato, relazioni annuali sul concreto andamento delle singole gestioni dal punto di vista del concreto andamento dal punto di vista economico, dell'efficienza e della qualità del servizio^[13] e del rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio, in modo analitico, nonché il ricorso agli affidamenti *in house* e gli oneri per i soggetti affidanti e i risultati; iv) una specifica relazione per gli affidamenti *in house* di

importo superiore alle soglie di rilevanza europea, che deve dare conto dei benefici per la collettività alla luce degli obiettivi di servizio pubblico e dei risultati pregresse gestioni *in house* risultanti dalle verifiche periodiche^[14] (di cui al punto precedente)^[15].

Questo sistema inquadra, dunque, le scelte discrezionali delle amministrazioni locali nell'ambito di principi e regole definite a livello normativo, così come di indicatori, modelli di relazione e di contratto delineati dai regolatori. In questo sistema assume cruciale importanza la valutazione dei risultati concreti raggiunti nelle precedenti gestioni e dunque il monitoraggio delle prestazioni. Basti pensare che circa il 90% circa degli affidamenti *in house* interessa il gestore esistente^[16]. Perno del sistema è inoltre la trasparenza, che attiene ai risultati raggiunti e alle scelte effettuate, legando le seconde ai primi. La trasparenza dovrebbe, poi, facilitare l'*accountability* dei gestori nei confronti dell'ente locale e dell'ente locale nei confronti dei cittadini. È davvero così? I diritti riconosciuti agli utenti sono davvero «*goduti pienamente*»^[17]?

Dalle ricognizioni effettuate in sede di prima attuazione (al 2023), è emerso che il 58% dei Comuni a livello nazionale non aveva effettuato la valutazione periodica delle gestioni, un dato che migliora notevolmente l'anno successivo^[18]. Tuttavia, molte delle relazioni pubblicate sono estremamente carenti in ordine alla descrizione dell'andamento economico-finanziario, del grado di soddisfazione dell'utenza, nonché della qualità contrattuale e tecnica del servizio^[19]. I difetti di motivazione negli affidamenti dei servizi pubblici locali (oltre che nelle operazioni di costituzione o acquisto di partecipazioni in società pubbliche) hanno portato al 26,6% degli interventi di *advocacy* dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel periodo 2022-2024^[20]. Quanto al concreto andamento delle gestioni, le criticità più diffuse attengono proprio alla qualità dei servizi offerti^[21]. Infine, anche là dove i controlli vengono effettuati e ne emergono violazioni degli obblighi previsti dal contratto di servizio pubblico o – in generale – un andamento gestionale inadeguato, l'ente locale non adotta misure correttive, né tantomeno revoca l'affidamento, come previsto dall'art. 27, comma 3, del d.lgs. n. 201^[22].

A fronte di tali carenze e sulla scorta delle segnalazioni dell'autorità antitrust, il legislatore ha introdotto ulteriori controlli^[23] e previsto sanzioni^[24], che però difficilmente saranno decisivi se si considera la grave mancanza di una cultura del

monitoraggio e della valutazione, che emerge dai dati riportati. Tale criticità investe tutto il ciclo delle regole, dalla produzione normativa (se si considera che la riforma dei servizi pubblici locali del 2022 non è stato sottoposto né a valutazione preventiva, né a valutazione successiva), fino all'attuazione amministrativa, così contribuendo all'ineffettività delle regole e dei diritti riconosciuti dagli utenti.

3. Servizi di connessione a banda larga e ultra larga: tra evoluzione tecnologica e garanzie di prestazione

I servizi pubblici economici sono per loro natura evolutivi, rispondendo ad esigenze che sono a loro volta condizionate da elementi di contesto, che vanno dal cambiamento climatico (che porta – ad esempio – ad un uso sempre più diffuso di condizionatori e ad una esigenza di valutazione di adeguatezza delle temperature sui luoghi di lavoro^[25], dunque accresciuti consumi elettrici), alle norme sociali che connotano un determinato contesto (che possono indurre, ad esempio, all'uso o meno del trasporto pubblico locale), all'evoluzione tecnologica. Quest'ultima ha sempre comportato ad un ripensamento dei confini dei servizi pubblici economici; pensiamo alla produzione e distribuzione di elettricità, che ha portato al superamento dell'esigenza di fabbrica e vendita del ghiaccio, attività tradizionalmente considerate di servizio pubblico^[26]; alla diffusione di internet e della telefonia mobile, che hanno indotto (tra le numerosissime trasformazioni della società) alla ri-perimetrazione del servizio universale delle telecomunicazioni per escludere le cabine telefoniche diffuse su tutto il territorio^[27].

Il carattere evolutivo del servizio pubblico e del servizio universale richiede un continuo aggiornamento per evitare che un'estensione troppo ampia comporti regolazioni e costi non necessari, da un lato, ed una troppo ristretta lasci scoperte esigenze della collettività, dall'altro. Si tratta di valutazioni che richiedono competenze (anche tecniche) e tempestività, su cui sembra possibile sollevare qualche interrogativo. Con riferimento al servizio di comunicazione, ad esempio, a fronte della diffusione dei mezzi di comunicazione elettronici (come e-mail, PEC, messaggistica istantanea, piattaforme digitali per lo scambio di documenti), vi è da chiedersi quanti utenti ancora comunicano attraverso corrispondenza

postale (lettere, cartoline o raccomandate cartacee) e se dunque possa ritenersi aggiornata alle reali esigenze della collettività la definizione del servizio postale la raccolta, il trasporto, lo smistamento e il recapito degli invii postali fino a 2 kg.

Un esempio di tipo opposto attiene alle comunicazioni elettroniche: il servizio di connettività^[28] a banda larga e ultra larga – seppure diventato ormai fondamentale per lavorare, studiare e avere accesso ai servizi digitali delle pubbliche amministrazioni – non è gravato da obblighi di servizio universale.

Ad oggi, il servizio di accesso a internet a banda larga^[29], con una connessione che consente di supportare tali servizi è di 20 Mbps di velocità nominale in download^[30], rientra nel servizio universale di comunicazione elettronica, ma non vi è un obbligo di prestazione. Ed invero, affinché sia imposto un obbligo di servizio universale quanto alla banda larga, occorre una valutazione che accerti l'inadeguatezza dell'offerta “commerciale” o connessa ad «*altri strumenti potenziali delle politiche pubbliche sul territorio nazionale o in diverse sue parti*»^[31].

Diversamente, la banda ultra larga non rientra neppure nel servizio universale, seppure l'esigenza di una sua disponibilità per tutti gli utenti finali sia parsa evidente a tutti durante la pandemia, che ha imposto lavoro e didattica a distanza, facendo sorgere esigenze che non possono dirsi superate al termine della pandemia^[32]; ma si pensi anche all'accesso ai servizi dell'amministrazione digitale, come «*i servizi di telemedicina (e-health) e i servizi di richiesta agevolazioni economiche (es. bonus, voucher) attraverso la modalità del click day*»^[33]. L'assenza di un onere di servizio universale quanto alla banda larga e ultra larga lascia insoddisfatta l'esigenza di connettività di una parte dell'utenza^[34].

Sulla regolazione nazionale del servizio pubblico/universale si inserisce poi l'obiettivo europeo di realizzare la transizione digitale al 2030^[35]. Per la sua attuazione a livello nazionale, il Comitato interministeriale per la transizione digitale ha adottato la Strategia italiana per la Banda Ultra larga del 3 marzo 2015, in attuazione del PNRR. Tale documento comprende una serie di piani di intervento, tra cui il Piano “aree bianche”, vale a dire le aree a bassa densità abitativa, definite anche aree a fallimento di mercato, in cui gli operatori economici non prevedono la realizzazione di infrastrutture di rete a banda larga con velocità di connessione almeno pari a 30 Mbps (vale a dire di banda ultra larga) entro il 2026. La realizzazione dell'infrastruttura proprietà pubblica per garantire la banda ultra larga attraverso la fibra (FTTH-“fiber to the home”) o

con altra tecnologia (ad esempio, FWA-fixed wireless access) è stata affidata con gara divisa in lotti a Open Fiber S.p.A., società concessionaria che avrebbe anche gestito la rete e fornito servizi all'ingrosso^[36]. Il piano del 2015 è stato completato dalla Strategia Italiana per la Banda Ultra Larga del 2021 (Verso la Gigabit Society)^[37], a fronte delle criticità emerse nel corso dell'attuazione^[38], e nel 2023 è stata adottata la nuova Strategia per la Banda Ultra Larga per il periodo 2023-2026^[39].

Dunque, l'offerta di connettività in banda ultra-larga sembra rientrare *di fatto* nel perimetro del servizio universale ed essere gravata da obbligo di servizio universale, pur in mancanza di intervento del regolatore di settore al riguardo. Lo Stato si è, infatti, assunto il compito (attraverso stanziamenti economici e selezione di concessionari) di garantirne l'accessibilità ovunque.

Ci troviamo in una situazione opposta a quella che caratterizza i servizi pubblici locali – gravati da obblighi di servizio pubblico –, ma che porta a risultati simili, cioè in cui i diritti non sono pienamente goduti. Infatti, a pochi anni dall'inizio del progetto, i ritardi^[40] e il contenzioso hanno messo in discussione l'impostazione^[41]: a tutt'oggi, la copertura delle “aree bianche” stenta ad essere raggiunta, tanto che, al dicembre 2023, risultavano circa 3.859 Comuni raggiunti dall'infrastruttura di rete FTTH («*in Liguria il tasso di avanzamento è fermo al 25 per cento, in Emilia-Romagna, Marche, Piemonte, Puglia, Sardegna e Valle d'Aosta non si supera il 50 per cento*») e 5.950 comuni quanto all'architettura FWA^[42]. Al riguardo, la Corte dei Conti ha evidenziato «*significative carenze nella complessiva programmazione finanziaria e delle attività*»^[43].

Dunque, l'affermazione a livello europeo e la definizione attraverso pianificazione (compresa l'identificazione di soggetti attuatori) non garantiscono l'effettività del diritto alla prestazione – di fatto – “universale” del servizio di comunicazione attraverso connettività di banda ultra larga.

Ma vi è di più. A fronte dei ritardi nella posa della fibra ottica e dei costi aggiuntivi legati a questi^[44], sembra che il Governo stia valutando il ricorso alla connettività satellitare per velocizzare l'attuazione del piano^[45].

L'ipotesi del ricorso alle comunicazioni satellitari per la copertura delle aree bianche solleva almeno tre criticità.

In primo luogo, le comunicazioni satellitari per la connettività in zone remote, oltre ad essere qualitativamente inferiore rispetto alla fibra a causa dei tempi –

seppur brevi – di latenza^[46], hanno un impatto ambientale dovuto al rilascio di polveri di metalli inquinanti^[47], che va considerato, anche tenendo conto del basso impatto ambientale delle reti fisse a banda ultra larga^[48]. Una valutazione del tipo di tecnologia da favorire, in coerenza con il principio dello sviluppo sostenibile (elemento fondamentale, insieme alla digitalizzazione, della *twin transition*), sarebbe dunque quantomai opportuna^[49].

In secondo luogo, vi è da chiedersi se l’evoluzione tecnologica (con l’affermarsi delle comunicazioni satellitari e la diffusione della telefonia mobile) non metta in discussione l’effettivo fallimento di mercato che caratterizzerebbe tali aree e dunque la reale esigenza di intervento pubblico, a condizioni che tali alternative alla fibra ottica garantiscano l’obiettivo della fornitura di servizi ad almeno un 1 Giga (come previsto dal relativo piano del 2021). Ed invero, da un lato Starlink Italia S.p.A. già offre servizi a circa 50.000 utenti italiani ed è regolato in quanto fornitore autorizzato ad operare nelle reti e servizi di comunicazione elettronica dal 2021, dall’altro varie zone delle aree bianche sono coperte attraverso servizi FWA-Fixed Wireless Access che utilizzano onde radio, come nel caso di Eolo S.p.A.^[50].

In terzo luogo, la copertura attraverso comunicazioni satellitari comporterebbe un’alterazione delle clausole della “Strategia italiana per la Banda Ultra Larga”, che l’attribuzione in concessione della realizzazione e gestione di reti in fibra nelle aree bianche^[51].

4. Alcune considerazioni conclusive

L’analisi condotta sui servizi pubblici economici – tanto di dimensione locale quanto nel settore delle comunicazioni elettroniche – evidenzia una costante tensione tra l’affermazione di principi e diritti e la loro effettiva attuazione.

Nel caso dei servizi pubblici locali, il diffuso intervento pubblico (diretto^[52] e indiretto) e la limitata apertura alla concorrenza non si sono tradotti in un’effettiva qualità delle prestazioni. La recente riforma del 2022, pur introducendo principi di trasparenza e *accountability*, non ha ancora generato una reale cultura della valutazione. Cosicché, l’assenza di un monitoraggio sistematico e di misure correttive in caso di inadempienze mostra come la regolazione, se non accompagnata da capacità amministrativa e responsabilità

politica, rischi di restare ineffettiva. La conseguenza è una discontinuità tra i diritti formalmente riconosciuti agli utenti e la loro concreta fruizione.

Per contro, nel caso del servizio pubblico delle comunicazioni elettroniche, la piena liberalizzazione^[53] e la regolazione degli obblighi di servizio non hanno garantito l'universalità quanto al diritto alla connessione, oggi componente essenziale della cittadinanza digitale. Nonostante i ritardi nell'aggiornamento dell'estensione del servizio universale, ciò appare ampiamente imputabile alle criticità che hanno ostacolato la piena attuazione degli obiettivi di copertura previsti dai piani nazionali. La realizzazione della rete a banda ultra-larga sconta infatti ritardi, contenziosi e carenze di programmazione. La prospettiva di soluzioni tecnologiche alternative, come la connettività satellitare, apre nuovi interrogativi in termini di sostenibilità ambientale e adeguatezza del servizio agli utenti, che sarebbe inferiore agli standard concordati con l'Unione europea alla base del PNRR in considerazione dei tempi di latenza^[54].

1. Art. 96, comma 1, d.lgs. n. 259/2003 (Codice comunicazioni elettroniche).
2. A. Pioggia, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.
3. Art. 10, d.lgs. n. 201/2001 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica).
4. Considerando n. 212, Direttiva 2018/1972/UE, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche.
5. Art. 96, d.lgs. n. 259/2003, cit.
6. Dalla legge Giolitti sulla municipalizzazione vi è una folta legislazione composta da discipline di settore e la disciplina generale si è connotata per frammentarietà e numerosi aggiustamenti (soprattutto dopo il referendum del 2011) fino al riordino del 2022 (d.lgs. n. 201), che pure non supera le numerose discipline di settore e resta da vedere come in concreto le regole trasversali poste dal decreto prevarranno sulle norme settoriali (B.G. Mattarella, *Le ragioni di una disciplina nazionale dei servizi pubblici locali*, in R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 16; M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *Funzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2022, p. 1093 ss.).
7. G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Il diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Il Mulino, 2022, pp. 99, 104, 112.
8. Per un commento si veda R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2023; G. Caia, M. Calcagnile, E. Carloni, F. Figorilli, P. Principato, D. Simeoli, *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; P. Chirulli, *Il d.lgs. n. 201/2022 e*

il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2023, p. 295 ss.; E. Bruti Liberati, *La legge annuale sulla concorrenza e la sua difficile attuazione*, in *Giornale Diritto amministrativo*, 2, 2023, p. 143 ss.; N. Rangone, *La qualità «tecnologica» dei servizi pubblici locali. Implicazioni e prospettive*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2024, p. 93 ss.

9. Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 201/2022, (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), enfasi aggiunta.
10. Art. 31, d.lgs. n. 201/2022, cit.
11. Art. 10, commi 4 e 5, d.lgs. n. 201/2022, cit.
12. Art. 14, comma 2 e 3, d.lgs. n. 201/2022, cit.
13. Le autorità di regolazione dei servizi a rete individuano i costi di riferimento dei servizi, lo schema tipo di piano economico-finanziario, gli indicatori ed i livelli minimi di qualità dei servizi (art. 7, d.lgs. n. 201/2022, cit.), mentre per i servizi non a rete le competenze sono riconosciute al Ministero delle imprese e del *made in Italy* (art. 8, d.lgs. 201/2022, cit.). In sede di prima applicazione, tale adempimento si sarebbe dovuto effettuare entro il 31 dicembre 2023 (art. 30, comma 3, d.lgs. n. 201/2022, cit.).
14. In particolare, gli enti locali adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui all'art. 7, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house* (art. 17, d.lgs. n. 201/2022, cit.).
15. Ne emerge che, con riferimento agli affidamenti *in house*, «*la verifica periodica ha una valenza prospettica, visto che è un elemento per la scelta del modello gestionale (cfr. artt. 14 e 17 del d.lgs. n. 201/2022) e che quindi deve essere redatta con particolare attenzione anche sotto questo aspetto chiarendo eventuali interventi posti in essere per migliorare il servizio ovvero gli step eventualmente previsti in caso di progressività del miglioramento previsto*» (ANCI, *Verifica periodica sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali di cui all'articolo 30 del d.lgs. n. 201/2022*, in *I quaderni*, n. 46/2023, p. 13).
16. Osservatorio AIR, *Seminario sul ruolo degli indicatori di qualità nell'affidamento in house dei servizi pubblici a rete a due anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 201/2022*, 10 aprile 2025. Ad esempio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha presentato ricorso per l'annullamento dell'estensione dell'affidamento *in house* ad ATAC (attivo dal 2015) del trasporto pubblico locale non periferico sul territorio di Roma Capitale per il periodo dal 2024 al 2027 evidenziando, tra le altre cose, che «*le valutazioni e le motivazioni fornite dall'amministrazione comunale a supporto della scelta dell'affidamento in house del servizio non sarebbero sufficienti né idonee ad assolvere agli oneri istruttori e motivazionali richiesti dal d.lgs. n. 201/2022, risultando lacunose, non documentate e contraddittorie, anche tenuto conto dei risultati (negativi) delle precedenti*

gestioni del servizio da parte del medesimo operatore» (il Tar Lazio non si è al momento pronunciato e ha sollevato una questione pregiudiziale – con ordinanza del 29 settembre 2025 - chiedendo alla Corte di valutare se l'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022 che ammette con limitazioni il ricorso all'*in house* sia coerente con il Regolamento europeo n. 1370/2007).

17. B.G. Mattarella, *Le ragioni di una disciplina nazionale dei servizi pubblici locali*, cit., p. 16.
18. Nel biennio 2023-2024, gli atti pubblicati sarebbero pari a 2.868, di cui 526 nel 2023 e 2.342 nel 2024, con un incremento annuale del 345%, in base al *Report sull'attività dell'Autorità in materia di partecipazioni pubbliche e servizi pubblici locali. 2023-2024*, pubblicato il 3 marzo 2025 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.
19. Autorità garante della concorrenza e del mercato, AS1999, *Riconoscimento SPL 2023*, 17 giugno 2024.
20. *Report sull'attività dell'Autorità in materia di partecipazioni pubbliche e servizi pubblici locali. 2023-2024*, cit.
21. Tra le criticità rilevate nel periodo 2022-2024 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, vi sono quelle connesse alla concreta gestione dei servizi pubblici locali (16% degli interventi di *advocacy*), emerse soprattutto «*nell'esame delle riconoscenze sull'andamento gestionale (adottate ex articolo 30 del decreto legislativo n. 201/2022), che hanno messo in evidenza la stretta correlazione tra le performance economiche dei gestori, la qualità del servizio e i costi riversati sugli utenti. Sono stati rilevati diversi elementi di criticità con riferimento ai seguenti aspetti: l'andamento economico-finanziario della gestione del servizio; il rispetto degli obblighi previsti nel contratto di servizio, tenendo conto anche degli indicatori stabiliti dalla regolazione; i livelli qualitativi raggiunti nell'erogazione dei servizi; i costi a carico dell'utenza; gli oneri e i risultati in capo all'ente affidante. Le criticità del gestore sono di sovente risultate accompagnate dall'incapacità dell'ente pubblico affidante di adottare tempestive azioni per la correzione delle disfunzioni»* (*Report sull'attività dell'Autorità in materia di partecipazioni pubbliche e servizi pubblici locali. 2023-2024*, cit.).
22. Autorità garante della concorrenza e del mercato, AS2045, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza. Anno 2024*, 20 dicembre 2024.
23. «*Al fine di rafforzare la vigilanza e i controlli degli enti locali, all'articolo 30 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti: «1-bis. Nella riconoscizione di cui al comma 1 l'ente, tenendo conto delle valutazioni conclusive sull'andamento della gestione di ciascun servizio affidato, individua le possibili cause dell'eventuale andamento negativo. Se da tali valutazioni emerge un andamento gestionale insoddisfacente per cause dipendenti dall'attività del gestore, l'ente adotta un atto di indirizzo, allegato alla riconoscizione, con cui impone al gestore di elaborare, entro il termine massimo di tre mesi, un piano per intraprendere le necessarie misure correttive, che include un cronoprogramma di azioni per il ripristino e il miglioramento della qualità del servizio,*

per efficientare i costi e per ripianare le eventuali perdite. L'atto di indirizzo e il piano sono trasmessi al l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) che provvede a pubblicarli sul portale telematico di cui all'articolo 31, comma 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato effettua un'attività di monitoraggio sugli atti di indirizzo e sull'efficacia delle misure correttive previste e predispone annualmente una relazione al Governo e alle Camere» (art. 1, disegno di “Legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2025” approvata dal Senato della Repubblica il 29 ottobre 2025).

24. Sanzioni sono previste, tra l'altro, in caso di mancata adozione, pubblicazione o incompletezza delle relazioni annuali di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 201/2022 (art. 1, disegno di “Legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2025”, cit.).
25. «*Temperatura dei locali. La temperatura nei locali di lavoro deve essere adeguata all'organismo umano durante il tempo di lavoro, tenuto conto dei metodi di lavoro applicati e degli sforzi fisici imposti ai lavoratori*» (allegato IV, punto 1.9.2, d.lgs. n. 81/2008, Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro).
26. Si tratta di attività elencate dal regio decreto n. 2578/1925, che prevede al riguardo una riserva *ex lege* ai comuni quanto all'assunzione, non abrogato rispetto a questi servizi dall'art. 37 del d.lgs. n. 20/2022, (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica).
27. Come evidenziato dal sito dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, «*A seguito della consultazione pubblica avviata con la delibera n. 252/22/CONS, l'Autorità, in linea con quanto stabilito dall'articolo 97 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, ha ritenuto non più necessario continuare a garantire la disponibilità, nell'ambito degli obblighi del servizio universale, delle postazioni di telefonia pubblica stradale [delibera n. 98/23/CONS]. Con tale provvedimento, TIM S.p.A. non sarà più tenuta a rispettare alcun criterio di distribuzione delle postazioni di telefonia pubblica stradale sul territorio nazionale, né tantomeno determinate condizioni economiche. Diversamente, l'Autorità ha ritenuto ancora necessario che Tim S.p.A. continui garantire nei luoghi di rilevanza sociale (quali ospedali e strutture sanitarie equivalenti, con almeno 10 posti letto, carceri, caserme, con almeno 50 occupanti) un servizio telefonico che abbia le caratteristiche tipiche dei servizi pubblici: disponibilità per chiunque ne faccia richiesta e condizioni economiche regolate*» (<https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-98-23-cons#:~:text=Delibera%2098/23/CONS%20%C2%A0Agcom>).
28. In base all'art. 2, commi 1 e 2 della dichiarazione dei diritti in internet (Camera dei Deputati, 2015), «*L'accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale. Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale*». Cfr. anche la risoluzione del Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite del 29 giugno 2012, A/HCR/20/L13.
29. Art. 94, d.lgs. n. 259/2003, cit. Si tratta della larghezza di banda necessaria per supportare almeno l'insieme minimo di servizi di cui all'allegato 5 al Codice, vale a dire: «1) e-mail; 2)

motori di ricerca che consentano la ricerca e il reperimento di ogni tipo di informazioni; 3) strumenti basilari online di istruzione e formazione; 4) stampa o online; 5) ordini o acquisti online di beni o servizi; 6) ricerca di lavoro e strumenti per la ricerca di lavoro; 7) reti professionali; 8) servizi bancari online; 9) utilizzo dei servizi dell'amministrazione digitale; 10) media sociali e messaggeria istantanea; 11) chiamate e videochiamate (qualità standard)».

30. Art. 1, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, delibera 309/23/CONS, cit.
31. Art. 96, comma 1, Codice delle comunicazioni elettroniche.
32. «*In un'ottica di complementarità con le misure a sostegno della domanda di servizi a banda larga, l'inserimento della banda ultra larga nel perimetro del servizio universale costituirebbe – scrivono gli studiosi – un ulteriore contributo verso la riduzione del problema della limitata penetrazione in Italia della banda larga ed ultra larga rispetto alla media europea*» (A. Perrucci, P. Lupi, *La banda ultra larga diventi servizio universale*, nota Astrid, 2020, ripresa da *Il Sole 24 ore*, 23 aprile 2020) che evidenziano come un'apertura all'inclusione della banda ultra larga nel servizio universale si rinviene nell'art. 84 della Direttiva 2018/1972/UE che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in base al quale «Gli Stati membri provvedono affinché tutti i consumatori nei loro territori abbiano accesso a un prezzo abbordabile, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, a un *adeguato servizio di accesso a internet a banda larga* e a servizi di comunicazione vocale, che siano disponibili, al livello qualitativo specificato nei loro territori, ivi inclusa la connessione sottostante, in postazione fissa» (enfasi aggiunta). L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha individuato in 20 Megabit per secondo la velocità nominale in download della “*adequate broadband*” ai sensi dell'art. 84 (delibera 309/23/CONS, cit.), ma non ha ancora verificato se i servizi offerti sul mercato a questa velocità sono abbordabili per poi valutare se – in mancanza – individuare un fornitore di servizio universale.
33. Così Federconsumatori nell'ambito della consultazione pubblica avviata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), con delibera n. 421/22/CONS, ai fini della definizione del servizio di accesso a internet a banda larga, ai sensi dell'art. 94, comma 3, del Codice (la posizione è riportata al punto 104 della delibera AGCOM n. 309/23/CONS, *Procedimento istruttorio concernente la definizione del servizio di accesso adeguato a internet a banda larga necessario per la partecipazione sociale ed economica alla società*).
34. In uno studio del 2022, AGCOM rilevava che circa 136.000 utenti non sono raggiunti dalla banda larga (M. Nasi, *Banda larga servizio universale in Italia: cosa significa*, in *Il Software*, 20 agosto 2024).
35. Comunicazione della Commissione, *Connettività per un mercato unico digitale europeo. Verso una società dei Gigabit europea* (COM(2016) 587 final) e la comunicazione della Commissione, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM/2021/118 final (cd. “*Digital compass*”); ancor prima, le esigenze di superamento del divario digitale sono state affermate dalla comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, COM(2010)245 def.

36. Nell'ambito della Strategia italiana per la banda ultra larga in attuazione del PNRR è stato adottato anche il Piano Italia 5G per lo sviluppo di reti mobili 5G nelle aree a fallimento di mercato, in cui quattro concessionari si sono aggiudicati i diversi lotti (Inwit S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., TIM S.p.A., Wind Tre Italia S.p.A.).
37. Il primo dei piani di intervento pubblico della Strategia italiana per la Banda Ultra Larga del 2021 è “Italia a 1 Giga”, approvato dal Comitato interministeriale per la transizione digitale il 27 luglio 2021, con l'obiettivo di *«realizzare infrastrutture di rete a banda ultra larga che garantiscano la velocità di trasmissione di almeno 1 Gbit/s sull'intero territorio nazionale al 2026, collegando i civici delle unità immobiliari nei quali non è presente, né lo sarà entro i prossimi cinque anni, alcuna rete idonea a fornire velocità di almeno 300 Mbit/s in download nell'ora di picco del traffico»*.
38. Come il ritardo nella concessione di autorizzazioni a livello locale e dunque nel passaggio alla progettazione esecutiva (Strategia 2023, p. 30).
39. Approvata dal Comitato interministeriale per la transizione digitale il 6 luglio 2023.
40. “Il Piano avrebbe dovuto essere completato a giugno 2020 per la gara 1, a novembre 2020 per la gara 2 e ad aprile 2022 per la gara 3. Tuttavia, nel corso degli anni, il concessionario ha *«più volte notificato ad Infratel dei nuovi piani di attuazione che hanno visto via via posticiparsi nel tempo la data di completamento del progetto, fino a giungere all'ultima pianificazione fornita a gennaio 2023 che prevede il completamento del piano BUL a settembre 2024»* (Corte dei Conti, collegio del controllo concomitante, n. 4/2024, p. 7).
41. M. Decina, A. Perrucci, *Il futuro del 5G. Mercato ed evoluzione tecnologica*, Egea, 2021, p. 244-245.
42. Corte dei Conti, collegio del controllo concomitante presso la sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato del 27 febbraio 2024, n. 4/2024/CCC p. 21 e 23.
43. *«Tali deficit minano il monitoraggio in itinere, posto a presidio del corretto avanzamento del Piano, nonché la tempestiva individuazione di scostamenti e la messa in campo di azioni correttive in vista del conseguimento del target finale»* (Corte dei Conti, cit., p. 30).
44. Il 21 marzo 2025, il sottosegretario al ministero dell'Ambiente, ha dichiarato in aula alla Camera che *«Per garantire il completamento degli interventi entro settembre 2025 Infratel Italia, soggetto attuatore del Piano, sta monitorando i lavori»* e *«particolare attenzione viene dedicata all'ottenimento dell'autorizzazione degli scavi mancati e alla gestione delle criticità identificate nel Piano presentato dal concessionario Open Fiber»*. *«Si prevede di chiudere il 99% dei Comuni entro il 2025»*.
45. Dalle più recenti notizie di stampa, sembra superata la paventata ipotesi di utilizzare la rete satellitare ad orbita bassa Starlink nell'offerta della banda ultra larga nelle “aree bianche” e si sarebbe optato per lo stanziamento di 767 milioni di euro per la creazione di una rete satellitare di Stato (A. Sannini, *Una rete satellitare italiana: che significa la mossa del Governo Meloni*, in *Agenda digitale*, 28 luglio 2025).
46. *«Gli utenti accedono al servizio tramite un terminale domestico composto da un'antenna parabolica motorizzata e un router Wi-Fi, progettati per un'installazione autonoma. Le*

*velocità di connessione variano generalmente tra i 50 e i 150 Mbps, con una latenza compresa tra i 20 e i 40 millisecondi. A inizio 2025, la costellazione conta oltre 6.750 satelliti attivi, rendendola la più estesa mai realizzata, con un servizio operativo in oltre 125 paesi e una base utenti superiore ai 5 milioni» (A. Manganelli, A. Perrucci, *La “nuova” economia dello spazio ed il “caso” Starlink: profili economici e di policy*, cit., p. 212).*

47. «Ogni razzo, concluso il suo compito, brucia in parte o in tutto nell’atmosfera, rilasciando polveri di metalli inquinanti, come l’ossido di alluminio che corrode lo strato di ozono. Stesso effetto deriva dalla c.d. pioggia di satelliti che sta attraversando l’atmosfera terrestre. Più di cinquemila satelliti, giunti alla fine della loro vita, sono rientrati. Prima di toccare il suolo, però, i dispositivi, disintegrandosi, a causa dell’attrito con l’aria, liberano polveri inquinanti, la cui concentrazione nell’atmosfera risulta aumentata di otto volte tra il 2016 e il 2022 (...). All’inquinamento causato dal lancio dei satelliti e dai rientri dallo spazio, si aggiunge poi quello derivante dai detriti spaziali provocati dalla (possibile) collisione dei satelliti, ormai in numero elevatissimo, in orbita. Che oltre ai danni all’ozono, all’ambiente spaziale, si possano avere ripercussioni anche sul campo magnetico terrestre, fino a un possibile raffreddamento del pianeta, è tutto da scoprire, ma le perplessità non mancano» (G. Pistorio, *Diario di diritto pubblico*, 25 febbraio 2025). La proposta di regolamento europeo, prevede che gli operatori calcolino l’impatto ambientale delle attività nello spazio cui è condizionata l’autorizzazione ad operare (art. 96, proposta di regolamento del 25 giugno 2025, su the safety, resilience and sustainability of space activities in the Union, COM(2025) 335 final).
48. Ad esempio, la fibra ottica è sintetizzata a partire dal silicio che non richiede estrazione in miniera, né un’erogazione continua di elettricità e non genera inquinamento elettromagnetico (F. Bassanini, A. Perrucci (a cura di), *Telecomunicazioni: una politica industriale per la doppia transizione*, Il Mulino, 2014, p. 140).
49. L’esigenza di un bilanciamento tra la garanzia di offerta di un adeguato sistema di comunicazioni, da un lato, e la tutela dell’ambiente e della salute, dall’altro, non è nuova; si pensi agli ostacoli all’installazione di impianti di telecomunicazione in tecnologie wireless 5G opposti da numerosi comuni e connessi al paventato inquinamento elettromagnetico (Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione 6 agosto 2020, AS1691, *Ostacoli all’installazione di impianti di telecomunicazione in tecnologia wireless 5G e nuova formulazione dell’art. 8, legge 22 febbraio 2001, n. 36* (“Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici”)).
50. «EOLO detiene l’autorizzazione generale per la fornitura di reti pubbliche di comunicazioni sull’intero territorio nazionale, autorizzazione all’esercizio di servizi per comunicazione elettronica ISP, autorizzazione per la rivendita di traffico telefonico (reseller), autorizzazione per il servizio telefonico accessibile al pubblico sull’intero territorio nazionale» (Carta dei servizi Eolo, 2024).
51. «Per certi versi, l’intervento di Starlink renderebbe forse più coerente il piano di copertura delle comunicazioni nelle aree bianche, perché Open Fiber e Fibercop si potrebbero concentrare sulla dotazione della fibra ottica nelle zone più raggiungibili, mentre Starlink

*consentirebbe la copertura delle aree remote attraverso la mega-costellazione di satelliti in orbita bassa. Peraltro, si avrebbe un esito comunque distortivo, perché si devierebbero risorse rispetto a una gara che è stata svolta» (T. Di Prospero, D. Pittelli, A. Sandulli, *Il caso Starlink tra debolezze regolatorie e questioni di diritto dell'economia*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2025, p. 227).*

52. Intervento che pure mostra una contrazione, come emerge dai dati Istat: «*su 5.782 imprese attive partecipate, 3.558 (-4,7% rispetto al 2021) sono partecipate direttamente da almeno un'amministrazione pubblica regionale o locale oppure sono appartenenti a gruppi che hanno al proprio vertice un ente territoriale (partecipate locali). (...) Tra il 2012 e il 2022 si registra un trend decrescente delle partecipate degli enti locali, da un punto di vista delle imprese -31,0%*» (ISTAT, *Le partecipate pubbliche in Italia. Anno 2022*, 23 aprile 2025).
53. Seppure restano ancora situazioni di significativo potere di mercato, soggette a regolazione, nei mercati dell'accesso alla rete fissa.
54. «*Il servizio che verrebbe garantito agli utenti delle aree remote sarebbe in ogni caso inferiore agli standard concordati con l'UE, perché, per quanto la latenza sia inferiore rispetto a quella degli altri competitori di servizi satellitari, essa è però ben maggiore rispetto al servizio di fibra ottica via cavo. Vi sarebbe quindi un'alterazione degli accordi con l'UE alla base del PNRR, anche se, qualora si guardi all'altra faccia della medaglia, potrebbe essere molto difficile, allo stato attuale, perseguire gli obiettivi concordati con le istituzioni europee entro i tempi progettati*» (T. Di Prospero, D. Pittelli, A. Sandulli, *Il caso Starlink tra debolezze regolatorie e questioni di diritto dell'economia*, cit., p. 227).

Birth and Growth of French Administrative Law

Jacques Ziller

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-20

La presentazione tradizionale del diritto amministrativo francese riteneva che fosse innanzitutto il prodotto della giurisprudenza sviluppata dall'inizio del XIX secolo dal Conseil d'État istituito nel 1799. Contrariamente alla narrazione tradizionale, il diritto amministrativo esisteva fin dal XIV secolo; non si limitava a proteggere gli enti e gli uffici pubblici, ma proteggeva anche gli individui, come è stato ulteriormente sviluppato dal diritto amministrativo "adulto". Dopo la Rivoluzione, il diritto amministrativo si è sviluppato principalmente come giurisprudenza del Conseil d'État. L'articolo illustra le principali caratteristiche del diritto sviluppatosi a partire dal XIX secolo, il contributo del mondo accademico a tale sviluppo e fornisce dettagli sull'ambito di applicazione, gli strumenti e i principi del diritto amministrativo francese, compreso l'impatto della costituzionalizzazione e dell'europeizzazione.

The traditional presentation of French administrative law held that it was first and foremost the product of the case law developed since the beginning of the nineteenth century by the Conseil d'État established in 1799. Contrary to the traditional narrative, administrative law existed since the fourteenth century; it was not merely protecting public bodies and offices but also protecting individuals, as was further developed by "adult" administrative law. After the Revolution, administrative law has mainly developed as judge-made law by the Conseil d'État. The article explains the main features of the law that developed since the nineteenth century, the contribution of academia to that development, and gives details about the scope, tools and principles of French administrative law, including the impact of constitutionalisation and Europeanisation.

Summary: 1. A change in narratives.- 2. The Birth of French Administrative Law: 1799, 1806 or rather the fourteenth Century?- 3. The Growth of Judge Made Administrative Law.- 4. The Contribution of Scholarship to the Growth of

Administrative Law.- 5. Scope, Tools, and Principles of Administrative Law in Adulthood.- 6. Constitutionalisation and Europeanisation of Administrative Law.- 7. As a matter of conclusion, where are we?

1. A change in narratives

The subtitle of the symposium organised by AIPDA on ‘Birth and Growth of Administrative Law in May 2025 was “Perception and Reality”^[1]; as far as France is concerned, we should rather speak of “changes in narratives”. There is an abundant literature on the so-called “paradox of the observer” according to which the researcher influences what he observes, even in quantum physics^[2]. The same phenomenon obviously applies to French administrative law. The choice of the points which will be developed here is due on the one side to the fact that I started being interested in French administrative law fifty five years ago when I was in the second year of *licence en droit* at Paris II University, and on the other that I have been busy with comparative administrative law since I started researching for my PhD in law^[3] a few years later.

In the last half of the twentieth century, the traditional presentation of administrative law in French university teaching and textbooks was based upon the assumption that this branch of law was first and foremost the product of the case law developed since the beginning of the nineteenth century by the *Conseil d’État* (State Council both supreme administrative court and counsel do the government in legal matters) established in 1799.

As far as I’m concerned, studying the legal systems of the Member States of the European Communities enabled me to understand that the notion and content of administrative law was quite variable from one system to another. As I keep writing^[4], in line with Michel Fromont’s taxonomy^[5], the use of the term “administrative law” is often linked to the idea that it refers to a particular system of law, reasoning outside of “ordinary law”, i.e. mainly civil and criminal law. The difficulty, in comparative law, lies precisely in the fact that the delimitation of what is called administrative law varies from one legal system to another, and does not correspond simply to the law applicable to the activities and organisation of public administration – assuming that public administration is

more or less easy to define and similar from one country to another. In comparative law, we may identify at least five groups of administrative laws with differences in scope as well as definition.

According to Fromont, the administrative law groups in European countries are: the “French group” (France, Netherlands, Belgium, Italy, Greece), the “German group” (Germany, Austria, Switzerland, Poland), the “half-French, half-German group” (Spain, Portugal, Sweden, Finland), and the “British group” (Great Britain, Ireland – as well as Cyprus and Malta – Denmark and Norway). Fromont's taxonomy can be disputed at the margins: personally, I would tend to place Italy in the “half-French, half-German” group because of the central place of the concept of subjective rights in Italian administrative law and of the conceptual importance of non-contentious administrative procedure (*procedimento amministrativo*) in that law. It is also important to emphasise, as Fromont himself does, that Danish and Norwegian law are in no way part of the common law family, even though they share a number of characteristics that bring them closer to British and Irish administrative law, whereas Finnish and Swedish law are decidedly closer to German and French law. Fromont's taxonomy allows to include the administrative law systems of the Member States that have acceded since to the EU 2004: Malta and Cyprus in the “British group”; Croatia, the Czech Republic, Hungary, Slovakia, Slovenia, and perhaps Estonia, Latvia and Lithuania in the “German group”; Bulgaria and Romania maybe in the “French group”. This taxonomy is currently the most satisfactory that has been proposed for the administrative law of EU countries. In particular, it avoids the trap of the Common Law / Romano-Germanic Law dichotomy. The simplistic opposition between these two families – currently used in private law comparison – is totally inaccurate in public law; furthermore, its ill-considered use has caused considerable damage, particularly because it too easily leads to legal chauvinism. Looking beyond European countries, the inclusion of a fifth group of administrative laws, characterised by that of the United States of America, clearly demonstrates the absurdity of a Civil Law/Common Law divide in administrative law. US public law is based on a written constitution, whereas that of the United Kingdom is based on customary constitutional principles. It should be recalled that French administrative law was primarily developed by judges, as in the case of English and US law. This being said, the administrative

laws falling within these groups are marked by great differentiation not only between the groups, but also within them, the point of convergence being the existence of a law of administrative litigation distinct from civil or commercial judicial litigation.

When it comes to the birth and development of administrative law, other taxonomies might be developed on the basis of this symposium and of recent research^[6]. On the one hand, as is shown by the cases of England and France, but also to a large extent of Germany and Italy, the content of administrative law started to develop both in written law and in case-law already soon after the legal systems of the middle-ages were overcome; on the other hand there has been a mutual inspiration between countries, as shown especially since the end of the nineteenth century with the role of Otto Mayer in the scholarly construction of German administrative law on the basis of the French example, as well as by the inspiration that Portuguese and Spanish courts, among other, drew from the *Conseil d'État*'s jurisprudence ; let us not forget that in the UK the Judicial Committee of the House of Lords also drew inspiration from its contacts with the *Conseil d'État* since the mid nineteen sixties^[7].

comparative history of administrative law tells us is that the content of administrative law far from being a strictly national set of principles, rules and precedents, is a field that allows for comparison, even though there are obviously characteristics that remain specific to a national system.

2. The Birth of French Administrative Law: 1799, 1806 or rather the fourteenth Century?

Until recently, the narrative about the history of French administrative law went as follows^[8] .

The starting point was the Constitution of 13 December 1799 (*Constitution de l'an VIII*) , which established the *Conseil d'État*. As synthetised in the Encyclopaedia Britannica the «*Coup of 18–19 Brumaire, (November 9–10, 1799), [is the] coup d'état that overthrew the system of government under the Directory in France and substituted the Consulate, making way for the despotism of Napoleon Bonaparte. The event is often viewed as the effective end of the French Revolution*»^[9] . According to Article 52 of the new Constitution «*Under the*

direction of the consuls, a council of state is charged with drawing up projects of law and regulations of public administration, and with the settlement of difficulties which arise in administrative matters»^[10] (my emphasis). As a matter of fact, it seems that Napoléon always adopted the proposals of the *Conseil d'État* for the settlement of disputes with the public administration.

A fundamental complement to art. 52 of the Constitution was the Law of 17 February 1800 establishing the administrative organisation of France's territory with 4 levels: *département, arrondissement, canton, commune* – the list of which remained without any change until 1926. *Départements* and *communes* had already been set up earlier during the Revolution, which abolished the territorial organisation of the *Ancien Régime* that consisted in a patchwork of different bodies amongst which provinces, cities, and others, which had many distinct types of organisations and powers. The *communes* of the Revolution were organized on the basis of the existing parishes of the Catholic Church.

Of particular importance for the development of administrative law were the provisions of the law of 17 February 1800 that established the *Préfet* as representative of the State in the *département*, and the *Conseil de préfecture*, a consultative body flanking the *Préfet*, in charge of adjudication relating to direct taxation, public procurement, claims by individuals against public works contractors in connection with such works, and the authorisation for municipalities to bring legal proceedings and disputes relating to national property (*biens nationaux* – which had been confiscated by the Revolution from nobility and the Church). Their decisions could be appealed to the *Conseil d'État*, which was also preparing the adjudication by the Consul/Emperor on any other public litigation.

The narrative follows with syntheses of the *Conseil's* jurisprudence, with a focus on the difference between management acts (*actes de gestion*) where a private interest of the relevant body is at stake, and an act of authority (*actes d'autorité*) where a public interest is at stake. The narrative focuses also on the transition from “retained justice” to “delegated justice” with the Law of 24 May 1872, which provided that the *Conseil d'État* was deciding in the name of the people, and not simply making a proposal to the Head of State.

The traditional third step of the traditional narrative focuses on the recognition of autonomy of administrative law in relation to civil and commercial law by the

Blanco judgement of 8 February 1873^[11] of the *Tribunal des conflits*, a joint body composed of equal number of members of the *Conseil d'État* and the *Cour de Cassation*, in charge of determining whether a dispute should be settled by an administrative court or an “ordinary” court (civil or criminal).

In short, according to the traditional narrative, administrative law is a product of the Revolution of 1789, submitting public administration to the rule of law. The elements of the narrative are not at all wrong as far as the development of administrative law since the end of the eighteenth century is concerned, but the narrative needs to be challenged as far as its birth is concerned.

As demonstrated by Alexis de Tocqueville in *L'Ancien Régime et la Révolution*, published in 1856^[12], there is much more continuity in French institutions than the terminology and history of the Revolution of 1789 would suggest. Tocqueville, who was a civil judge, is well known for his criticisms of the *Conseil d'État*, which he characterised as an illiberal body in *De la démocratie en Amérique*^[13], first published in 1835 and 1840. However, Tocqueville did not blame the Revolution for the existence of the *Conseil*. It suffices to read the Table of content of Book II of *L'Ancien Régime et la Révolution* to understand that the traditional narrative which has been recalled here had to be challenged:

«Chapter II: That we owe "administrative centralisation" not to the Revolution, as some say, but to the old regime; Chapter III: That what is now called "the guardianship of the state" (*tutelle administrative*) was an institution of the old regime; Chapter IV: That administrative tribunals (*la justice administrative*) and official irresponsibility (*garantie des fonctionnaires*) were institutions of the old regime; Chapter V: How centralisation crept in among the old authorities, and supplanted them without destroying them».

Indeed, several scholars have challenged the traditional narrative. First, it is essential to refer to Pierre Legendre (15 June 1930 – 3 March 2023), a remarkable French historian of law as well as psychoanalyst, who taught at Paris 1 Panthéon-Sorbonne and at the École pratique des hautes études. Legendre published i.a. two quite influential handbooks on the history of French administration and administrative law at the end of the nineteen sixties^[14]. One of his most interesting works for the purpose of our theme is to my view an article on “The historical fabric of systems (Notes for a comparative history of French administrative law)”^[15]. A single quotation of the article’s introduction is showing how Legendre

was analysing our topic.

«Napoleon's work was illusory in one significant respect: administrative legislation. Irreducible to the postulates of the Codes, it raised once again insoluble questions and age-old dilemmas that remained unresolved. Codification was essentially based on establishing a fairly clear boundary between the state and private rights (family, property, contracts) and defining civil liberties. But what about the administration? How could political freedoms be reconciled with the collective demands of a repressive and paternalistic monarchical state? It would not be enough to briefly regulate disputes over taxation or expropriation. The stakes were much higher: to tame the state, subject the bureaucracy to the law, and at the same time ensure the economic and social power of the administrative function in an industrially backward country that was, moreover, highly averse to liberal capitalism and periodically shaken by fierce civil war. The advent of administrative law is part of this fateful history. Bringing order to an enormous body of regulations, imposing a new form of legality and promoting, within the administrative system itself, the institution of judicial review, reconfiguring the political concepts of freedom and equality, and finally confronting the defensive network of university lawyers who were initially hostile to administrative and political science, this considerable task was accomplished over the course of a century, through a process that is now little known and dangerously forgotten. I will attempt here to provide a new approximation of this process, following an initial attempt»^[16].

About fifteen years later, a handbook of Historical Introduction to French administrative law^[17], which was dedicated to the evolution of French public administration from the Middle Ages to the end of the *Ancien Régime*, was published by Jean-Louis Mestre, a professor of history of law at the University of Aix-Marseille. As indicated on the back cover: «Starting with the foundations of administrative rules, marked by the feudal system and its customs on the one hand, and by the contribution of Roman law on the other, he then describes how these rules were consolidated under the influence of the development of municipalities on the one hand, and of the state administration serving the monarchy on the other». Legendre, in his works quoted above, was adding a third important source i.e., the law of the Catholic church, which had an important impact on procedure. Mestre had defended his PhD dissertation on “Litigation in the communities of

Provence: administrative law at the end of the Ancien Régime” in 1973^[18]; and he is the author of more than fifteen articles that are relevant to the history of administrative law also in later times. Mestre is also author of a chapter in German language on State, Administration and Administrative Law in France, published in Volume III of the *Ius Publicum Europaeum* series, which is proposing a historical synthesis in six pages^[19].

Two other handbooks which cover the same timespan from the end of the Middle Ages to the present day have been published more recently and are easy to find. Marie-Hélène Renault published a concise handbook on the History of Administrative law^[20] and Katia Weidenfeld, on the History of Administrative Law from the Fourteenth Century to our times^[21]. Both are professors of history of law, like Legendre and Mestre, and Weidenfeld is also a judge at the *Tribunal administratif de Paris* since 2023. In France, the recruitment and career of university professors in law is organised in three “sections” – private law, public law, and history of law –, which means that legal historians have a solid education in the methods of historical research, differently from private or public lawyers.

To cut a long story short, it should be clear nowadays that although the expression administrative law (*droit administratif*) has not been used before the beginning of the nineteenth century, there were a series of public bodies and offices since the 14th Century, both from local government such as towns and provinces etc and from the King’s administration, which exercised typical rulemaking and adjudication powers. As for the latter a progressive judicialization had taken place, and from 1789 to the mid-19th century there were back and forth movements which eventually crystallised in what I call adult administrative law in the nineteenth century. Furthermore, contrary to the traditional narrative, the pre-revolutionary administrative law was not merely protecting public bodies and offices, but also protecting individuals, as was further developed by “adult” administrative law.

It needs also to be stressed that the word “*administration*” has been used by courts (*cours souveraines*) instead of “*police*” from 1756 onwards. The terms “*droit administratif*” have started to be used 50 years later.

3. The Growth of Judge Made Administrative Law

What is common to both narratives is the importance of judge made law in the birth and development of administrative law.

Long before the establishment of the *Conseil d'État* and *Conseils de préfecture* in 1799-1800, there was an important number of bodies which adjudicated on litigation regarding the application of laws, regulations and decisions relating to the exercise of typical administrative powers. This was accompanied by adjudication by administrative bodies reviewing decisions of lower bodies. There was also a system of appeals. N.b. there is still nowadays an important number of special administrative commissions with adjudicating powers, such as for instance the disciplinary commissions of public universities, the decisions of which may be appealed to the disciplinary section of the National Universities Council (*Conseil national des Universités*) and those of the latter to the *Conseil d'État* through the *recours en cassation*.

A few complementary remarks need to be made.

First, judgements of that ancient period are not yet digitised in France – differently from England^[22] – hence scholarship has to rely on classical history research methods such as on-the-spot study of archives. Let us also recall that while the population of the Kingdom of England was roughly of four million in 1550, that of the Kingdom of France was at the same time of about nineteen million^[23]. At the time of the French Revolution the numbers were about ten and a half million for England, Wales, and Scotland^[24], with a territory of 228 968 km² and for the France more than twenty-six and a half million^[25], with a territory of about 550 000km².

Second, reports of a selection of the *Conseil d'État*'s rulings have been published from 1821 onwards on the private initiative of Louis-Antoine Macarel – the reports were later known as the “*Recueil Lebon*” – ; this initiative has been preceded by another of Jean-Baptiste Sirey: *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*. None of these reports are comprehensive of all judgments.

The jurisdiction of the independent “sovereign courts” (*cours souveraines*) of the *Ancien régime* has been more and more limited in administrative matters from 1407 onwards, to the benefits of *Intendants* – delegates of the King, predecessors of the modern “*préfets*” – and of the King's Council (*Conseil du Roi*) which was

structured in specialised bodies that were predecessors of the modern *Conseil d'État* and Court of auditors (*Cour des comptes*).

According to the earlier cited literature, during the *Ancien Régime* the adjudicatory system functioned in a quicker and cheaper way than that of sovereign courts. It was open to appeals by single persons and balanced the interests of the latter and those of administration. The adjudicatory system thus slowly developed into quasi-judicial review. Sovereign courts' adjudication on administrative matters was definitively banned by laws of the Revolution (*loi des 16 et 24 août 1790*). The reason for this ban was that the *Parlements* – sort of provincial appellate courts, of which there were thirteen at the end of the *Ancien Régime* – had been strong opponents to the economic and social reforms promoted by the Monarchy during the reigns of Louis XV (1715-1774) and his successor Louis XVI (1754-1793). This had been especially the case of the *Parlement de Paris*, which was covering two thirds of the Reign's territory. *Parlements* had a very strong power to oppose the Crown, as royal decrees only entered into force after being registered by the *Parlements*, which verified their compatibility with local law, customs, and traditions, and also had regulatory powers. The membership of the *Parlements* was a monopoly of the nobility who owned their offices, which they could transmit to their heirs or alienate at their own will. Tocqueville, in *L'Ancien Régime et la Révolution*, noted that nowhere in Europe there was such an independence of members of the courts as in France. Modern grounds for annulment were established since the fifteenth century: lack of competence, procedural irregularity, illegality, failure to pursue the common good or a general interest (i.e. misuse of power). The reader will recognise the grounds of annulment by the Court of Justice of the EU as established in Article 263 TFEU.

As stressed especially by Legendre in his article cited above, there has been no codification of administrative law during the time of Napoleon, contrary to civil law (*Code civil* 1804 and *Code de procédure civile* 1806), criminal law (*Code pénal* 1810) and commercial law (*Code de commerce* 1807 – with a predecessor in 1673).

All this explains why administrative law has mainly developed as judge made law by the *Conseil d'État*, except for the law of administrative organisation: the structures of the State, of local and regional authorities (*commune, département*

and *région* since 1972) as well as autonomous bodies (*établissements publics*) have always been established by the constitution and by acts of parliament until 1958, and since then by acts of parliament or government decrees. The law of the civil service has been for a long-time judge made, until codification with the infamous law of Pétain in 1941 and later by the *Statut général de la fonction publique* in 1946.

This being said, French administrative law has never been solely case law, as we saw with the establishment of the *Conseil d'État* and *Conseils de préfecture* in 1799-1800 by the Constitution and statutes. As far as the procedure of judicial review is concerned, we have to mention especially the Decree of 2 November 1864 on the procedure before the *Conseil*, which led to a general theory of judicial remedies.

More than one century later, there has been a general codification of the judicial procedure of administrative courts with the *Code des tribunaux administratifs* of 1973 and the *Code de justice administrative* of 2000, which applies also to the *Conseil d'État* and the *Cours administratives d'appel*. More recently we have to mention French administrative procedure Act (*Code des relations entre le public et l'administration*) of 2015.

The major features of judge made administrative law in France can be summarised as follows.

The first and foremost feature that stems from judge made law is the autonomy of administrative law as opposed to civil, criminal, and commercial law. The *Blanco* judgement of the *Tribunal des conflits* of 8 February 1873 established that the *Code civil* was not applicable to the activities of administrative bodies. As a matter of fact, this has never impeded the *Conseil d'État* from applying solutions of the Code when it deemed it appropriate, but without ever formally referring to the relevant written provisions.

The second feature is the importance of general principles of law (*principes généraux du droit*) as a source of administrative law. In France, general principles of law have first and foremost been identified and used by the *Conseil d'État*. To my knowledge, the first judgement of the *Conseil* that used the wording «*general principle of French public law*» (*principe général du droit public français*) was *Sieur Legillon*, 17 November 1922^[26], regarding the secrecy of deliberations in judicial assemblies.

The *Conseil* started to expressly use the wording «*general principles of law which apply even in the absence of a written provision*» (*principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte*) with *Aramu*, 26 October 1945^[27]. This being said, the *Conseil* already applied the concept in its case law at least since it became formally a court judging in the name of the people in 1872, as explained above. The main reason, to my mind, is that the *Declaration of the Rights of Man and Citizen* of 1789 was not formally in force during the third Republic (1870-1940); therefore, the *Conseil* used its content without expressly referring to the text. As Edouard Laferrière – who was chairing the judicial section of the *Conseil d'État* since 1879 – wrote in his *Treatise on administrative jurisdiction and contentious appeals* published 1887^[28], the *Conseil's* judgements «*are based, when written provisions are missing, on traditional principles, written or not, that are somehow inherent to our public law and administrative law*»^[29]. Indeed, the *Commissaires du gouvernement* (which have served as model of the CJEU's AG) already often referred to *general principles of our law* since that period. After *Aramu*, the French administrative courts more and more often referred explicitly to principles that the *Conseil* expressly qualifies as *principes généraux du droit*.

The third feature that stems from judge made law is the growing protection of individuals against administrative discretion. This contradicts the idea – too often expressed in literature – that the *Conseil d'État*, being formally part of the executive branch of government, sees its role as safeguarding the interests of public administration^[30]. It has to be stressed that already during *Ancien Régime*, for the reasons explained above, administrative justice had developed more and more this protective function. The *Conseil* had also an active role in pushing the legislator to consecrate protective principles that itself had been applying. A significant example is the law of 17 July 1900 which generalised the rule according to which silence of public authorities for more than four months (nowadays two) meant refusal of the requested action, hence opening the possibility of judicial appeal in case of inaction of authorities.

The fourth feature that stems from judge made law is the importance of studying case law in the education in administrative law, much more than in civil, criminal, or commercial law, where the starting point is usually the relevant code. This feature is illustrated by the success of the casebook of Long, Weil et Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, first published in

1956, which has reached its 25th edition in 2025^[31]. The success of that textbook has led to the publication of other “*Grands arrêts*” in the different fields of public law, in EU law^[32], and also, more recently in civil law^[33].

4. The Contribution of Scholarship to the Growth of Administrative Law

Contrary to what is often indicated in French and comparative literature, scholarship has made an essential contribution to the growth of French administrative law, not only through commentaries of the *Conseil d’État*’s case law, but also through broader attempts to systematise the law applicable to public administration. This has been especially important in the first half of the eighteenth century, when administrative law had to gain distinction in legal science, as well as from the period which followed the law of 1872 to the nineteen thirties. True, contemporary scholarship only rarely indulges in the kind of systematisation that is characteristic of Italian and German scholarship.

There are two specific features of French administrative law scholarship.

First, administrative judges have always made a substantial contribution to literature, paving the way to academic work. A number of handbooks and textbooks published by members of the *Conseil d’État* are to be mentioned, especially those of the three founding fathers.

Joseph-Marie de Gérando (1772-1842) had been appointed to the *Conseil* in 1808. In 1819, he became the first holder of the chair in public and administrative law at the Paris Law Faculty. His *Institutes de droit administratif*^[34], a six-volume treatise published in 1828-1836, was the first attempt of systematisation of the discipline. He synthetized his thinking by the formula «*It is an illusion to believe that there are mysteries in administration. There are only principles*»^[35].

Louis-Antoine Macarel (1790-1851) was first a practicing lawyer to the *Conseil*, of which he became a member in 1830. In 1821 he founded the collection of reports of cases which later became the famous *Recueil Lebon*. In 1842 he was Gérando’s successor at the chair of the Law Faculty. He published a *Cours de droit administratif*^[36] in four volumes in 1842-46, where he organised the content according to the aims pursued by administrative action.

Louis-Marie de Cormenin (1788-868) is the better known of the three founding fathers. He was first a practicing lawyer in 1808 and was appointed to the Conseil in 1810. In 1822 he published the first edition of his treatise *Questions de droit administratif*^[37] which was later called *Droit administratif*^[38] with his fifth and latest edition in 1840. Cormenin was the first to recognise the normative power of administrative case law, arguing that judges must compensate for the imperfections of legislation resulting from a tangle of texts described by him as “monstrous”. His work is the first attempt of systematisation of the principles established by the *Conseil*.

Two other names have to be mentioned for the nineteenth century. Léon Aucoq (1828-1910), who was educated at the ephemeral *Ecole d'administration* established after the Revolution of 1848, entered the *Conseil* in 1852. He taught administrative law at the *École des ponts et chaussées*, from 1865 onwards. This school of engineers, specialised in the construction bridges and roads, had been established in 1747 and is a symbol of French public administration, in a country which had a very vast territory where the King's administration was in charge of building and maintaining the essential communications networks. This is why the engineers were not only educated in the scientific fields indispensable to their future work, but also in law: the administrative bodies which were replaced by the *Conseils de préfecture* had soon started to develop a caselaw on liability for the malfunctioning of those public works, which was systematised by the *Conseil d'État*. They did this in a way that was different from the application of principles of the *Code civil* and the practice of civil courts, especially by a reversal of burden of proof of the causal link between the work and the damages caused to single persons. Aucoq did not only teach that part of administrative law but held more generally *Conférences sur l'administration et le droit administratif*^[39], which were published in 1869, 1870 and 1876. He was the first to propose a classification of procedures of administrative adjudication and of a theory of public service applicable to the definition of public works.

Alexandre-François Vivien (1799-1854) was first *Préfet de Police* of Paris in 1831 and became member of the *Conseil* in 1843 and its President in 1845. He is considered as the founder of administrative science in France, especially with the publication of his *Études administratives*^[40] in 1845. It is noteworthy that in the competitive examination to become full professor of public law (*agrégation de*

droit public) the exam in administrative law is officially entitled “*droit administratif et science administrative*.” Vivien’s book is particularly useful in order to understand how the French civil service was organised at that time.

Second feature, administrative law scholarship is not only constituted by members of the *Conseil*: academics have also played a considerable role in the scientific systematisation of the field. Two famous names need to be cited as they have had a fundamental influence on the development of French administrative law and constitutional law as a scientific discipline with international standing. It suffices to mention here that Duguit was invited to hold conferences at Columbia University in New-York in 1920-1921 and that a major book of his was translated in English; and that Hauriou had a considerable influence on Santi Romano in Italy and on Carl Schmitt in Germany with his theory on the institution. Both have had a considerable influence on public law scholarship and on the jurisprudence of the *Conseil* for at least sixty years. From the end of the nineteenth century to the nineteen sixties all law students heard about them, and many read them during that period, and all administrative judges were well aware of their theories and comments.

Maurice Hauriou (1856-1929) and Léon Duguit (1859-1928) won the competitive examination for full professor in law (*concours d’agrégation*) in the same year, 1882 – at the time there was a sole *concours* for private law, public law, and legal history. Hauriou made his whole career at the Faculty of Law of Toulouse, where he had studied; he held the chair of administrative law from 1888 onwards and was elected Dean in 1906, a position that he held until retirement in 1926. Duguit studied at the Law Faculty of Bordeaux, taught first in Caen from 1882 to 1886 and then held a chair of constitutional and administrative law in Bordeaux, where he was elected Dean of the Law Faculty in 1919, which he remained until his death. Duguit had frequent contact with Émile Durkheim (1858-1917), who is considered as the founder of French sociology, who studied and taught in Bordeaux – where Duguit had frequent contact with him – and at the Faculty of humanities of Paris from 1906 onwards. Duguit was therefore influenced by sociological analysis.

Both Hauriou and Duguit published handbooks of administrative and constitutional law where they systematised the discipline; they also published numerous books and papers, as well as very many comments to judgements of

the *Conseil d'État*, establishing a constant dialogue between its members and academia. They were also involved in practice by giving advisory opinions. Duguit remains famous as one of the applicants in *Croix de Ségué Tivoli* 21 December 1906^[41], where he led the *Conseil* to draw conclusions from the recognition of the regulatory nature of certain contract clauses, such as concession contracts: since these clauses may give rise to obligations towards third parties to the contract, *Conseil d'État* accepted that, in return, these third parties may rely on them and request the administrative authority to ensure that they are complied with. This judgement is also famous because the *Conseil* opened standing to associations.

Hauriou and Duguit built diverging theories of administrative law, which dominated the academic debates until late in the twentieth century. For Hauriou, which was the founder of the school of “*puissance publique*” (public power), administrative law is defined by its means, i.e. the use of public authority, which is based on the fact that the state is the institution that exercises sovereignty. For Duguit, founder of the school of “*service public*”, administrative law is defined by its function i.e. an activity of general interest provided by a public entity or under its control. In the introduction to his book of 1913 “*Les transformations du droit public droit public*”^[42], which was translated in English six years later by Frida and Harlod Laski, Duguit synthetised his thinking by the words:

«So it is that the idea of public service replaces the idea of sovereignty. The state is no longer a sovereign power issuing its commands. It is a group of individuals who must use the force they possess to supply the public need. The idea of public service lies at the very base of the theory of the modern state. No other notion takes its root so profoundly in the facts of social life»^[43].

Duguit considered public service to be the foundation and limit of governmental power. The school of *service public*, as far as administrative law is concerned, was supported in a certain sense on the *Blanco* judgement of 8 February 1873 of the *Tribunal des conflits*.

Each theory had deep consequences in terms definition, role, and functions of the state and public bodies, and of the scope and extent of judicial review. The debate between the two schools dominated scholarship until René Chapus tried to reconcile them in 1968 by defining «*administrative law, law of the public service; administrative litigation, litigation involving public authorities*» (*droit*

administratif, droit du service public; contentieux administratif contentieux de la puissance publique)^[44].

After the golden age of scholarship embodied by Duguit and Hauriou, scholarship was less interested by theorisation of administrative law in terms of major constructs. One may nevertheless recall the debate between Georges Vedel (1910-2002) and Charles Eisenmann (1903-1980) – translator of Kelsen's *Reine Rechtslehre*^[45] – about the constitutional basis of administrative law, which derives from the definition of administrative law. I will come back to this later.

René Chapus (1914-2017) – whose teaching I followed during three years at the Université Paris II – Panthéon Assas – was a very distinctive scholar: his handbook “*Droit du contentieux administratif*”, which had thirteen editions from 1982 to 2008 is the only academic work that was given to newly appointed members of the *Conseil d'État* because of its exhaustive character in analysing its jurisprudence; his handbook “*Droit administratif général*”, which had fifteen editions from 1985 to 2001 was considered an essential reference work until at least 2015. Differently from Duguit or Hauriou, Chapus was not presenting an overarching general theory of the state, of public law and administrative law, but it does not mean that he has not developed his own theory of administrative law, based not only on the jurisprudence but also on the evolution of legislation and more generally of French society^[46].

Las but not least, I think that it is important to mention Georges Dupuis (1932-1999), who taught administrative law in a way that constantly included considerations of administrative science, in line with the tradition inaugurated by Vivien one century earlier, and especially a study of the administrative organisation^[47]. Dupuis had an important influence on the education of numerous cohorts of students of the *École nationale d'administration*, where he was Director of studies from 1970 to 1976.

5. Scope, Tools, and Principles of Administrative Law in Adulthood

What I call adulthood of French administrative law covers the developments from the *Belle époque* (end of the nineteenth century) to present day, or, in terms of constitutional law the Third (1875-1940), Fourth (1946-1958) and Fifth

Republic (since 1959). The following only sketches out the features of modern administrative law, which would obviously need much more than an article like the present one to be fully explained.

The scope of French administrative law is quite broader than in most other industrialised countries, as is reflected by the scholarly definitions discussed above.

First, administrative law applies both to public authority decision making and its organisation, like in most other systems, but also of to the public service, a concept which is not to be misunderstood as the sum of public services or utilities. I must however underline that only public services which have an administrative function – including education and public health – are submitted to administrative law, whereas so-called *services public industriels et commerciaux* are submitted to civil and commercial law, as decided by the *Tribunal des Conflits* in “*Bac d’Eloka*” 1938^[48]. This broad scope results to a considerable extent from the *Blanco* judgment of 1873 cited above, but the roots of law of public services were already laid during *Ancien régime*. I have to specify that public services may also be exercised by private natural or legal persons, in which case administrative law still applies, with judicial review by administrative courts and the *Conseil d’État*^[49].

Second, the law of expropriation for public use, again rooted, in the *Ancien régime* is mainly a matter of administrative law, although the amount of compensation for expropriation is settled by civil courts.

Third, and this is maybe the most original feature of the scope of French administrative law, judicial review applies not only to single case decision making (*actes administratifs individuels*), but also to rulemaking (*actes réglementaires*) including government decrees. It applies also to most contracts between public administrations and private persons (*contrats administratifs*); this again has roots that started long before the Revolution. Therefore, French administrative law scholars and judges know how to deal with all aspects of contacts: awarding, managing, and ending them. Administrative law includes also the law of public liability, here again since long before the Revolution, especially due to importance of roads and bridges, but not only. The regime of administrative liability applies to the functioning of public bodies and public services, and it extends since *La Fleurette*, 1938^[50] to liability for acts of Parliament, as will be

explained below.

Fourth, administrative law applies to all aspects of public property (*domaine public*). It also applies to employment by public authorities, be it as permanent civil servants (*fonctionnaires*) or employees under a contract (*contractuels de l'administration*) differently from the German tradition where *Beamte* are employed under public law whereas *Angestellte und Arbeiter* are employed under labour law. This also was applicable since long before the Revolution.

As far as the tools of administrative law are concerned, a number of specific features of French administrative law have to be highlighted.

First, the French concept of *acte administratif* is much broader than that of administrative act in most other legal systems. It covers not only individual decisions (*actes individuels unilatéraux*), but also all acts of general application (*actes réglementaires*) including government decrees, and contracts, which are considered as synallagmatic administrative acts. All those acts are normally submitted to judicial review by administrative courts, with the gradual abandonment of the theory of “*actes de gouvernement*”, which nowadays exempts from judicial review by administrative courts only acts adopted in the relationship between the government and parliament, and in the exercise of diplomatic relations.

Also, long before public private partnerships became fashionable, French administration made an important use of *concessions de service public* and *concessions de travaux publics* to ensure services for the population and the building and maintenance of roads, bridges, and other public works by private businesses. One original feature of French public administration is since three centuries the importance of engineers in the civil service, which ensure that public authorities have the necessary expertise to draw detailed specifications of the duties of the private contractors and to supervise their work.

As far as principles of administrative law are concerned, the first and foremost one is without any doubt the subordination of administrative authorities to the rule of law, including political decisions of the government since *Prince Napoléon* 1875^[51] and thus the possibility of judicial review for all their actions and failure to act. I have to stress again that traditionally the *Conseil d'État* has been balancing protection of individuals' rights and freedoms, efficiency of the public service and protection of public interest. Since 1872, especially the presence of members

of the *Conseil* with a strong commitment to liberal ideas, like Edouard Laferrière (1841-1901), Léon Blum (1872-1950) or René Cassin (1887-1976), to mention only a few ones, has had a strong impact on its jurisprudence in favour of the protection of civil liberties and human rights.

Second, the *Conseil d'État* has developed a very broad understanding of standing. On the one side the *Conseil* does not require that an association with legal personality be already constituted: it admits also that groupings of persons present an appeal if they can prove that they have an interest in the matter. Therefore, the Arhus Convention of the United Nations on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters^[52] did not have an important impact on standing in France in environmental matters. Since *Casanova*, 1901^[53], any inhabitant of a local authority paying taxes to its budget has standing to ask the relevant administrative court to review acts that have an impact on its budget.

Third, the administrative courts and especially the *Conseil d'État*, make extensive use of general principles of law, as already mentioned and of constitutional law. Fourth, the principle of equality, consecrated by the Declaration of 1789 is very extensively used, with different fields of application. It applies to public employment, especially to judicial review of competitive examination (*concours*)^[54]. Maybe more importantly, the *Conseil* has developed a principle of objective liability that is not based upon negligence (*faute*), namely liability for breach of equality before public burdens (*responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques*) in the case of damages that impact more on some persons than others. This explains *La Fleurette*, 1938, cited above. Hence the jurisprudence developed by the CJEU with *Francovich and Bonifaci*, 1991^[55] was not considered as revolutionary in France.

6. Constitutionalisation and Europeanisation of Administrative Law

When I started studying administrative law in my second year at university, my instructors quoted in French the famous phrase of Otto Mayer *Verfassungsrecht vergeht Verwaltungsrecht besteht* (constitutional law changes, administrative law remains) to signal that the constitutional instability from the 1799 to 1958 did

not very much impact upon administrative law.

Georges Vedel, who taught us administrative law, was famous for his article published in 1954 on “The constitutional bases of administrative law”^[56], which triggered a controversy with Charles Eisenmann^[57]. As a matter of fact, there had always been a basis for administrative law in constitutional law, discussed i.a. by Duguit^[58]. Vedel, who has been a member of the *Conseil constitutionnel* from 1980 to 1989, insisted on making it clear to students that public law was a whole, that included administrative and constitutional law^[59].

The adoption of a new constitution in October 1958 has indeed had a quite important impact on the relationship between constitutional and administrative law in practice. A number of provisions of the new constitution clearly bear the hallmark of the *Conseil d’État*: Michel Debré who was minister of justice in de Gaulle’s government June 1958- January 1959 and Yves Guéna, director of Debré’s *cabinet*, had a strong influence on many provisions, and the first draft was submitted to the *Conseil d’État* as is usual for bills submitted by the executive. Academia had also a significant role, especially with François Luchaire, a professor of public law who was advisor to the *Présidence du Conseil* (office of the head of government). Two sets of provisions are particularly important for the point which I’m making. The new (formalistic) definition of *la loi* underlines that it is an act adopted by Parliament. Article 34 establishes a list of fields which may only be regulated by acts of parliament, which means that other fields may be regulated by decrees. The delimitation between the fields of statutes (*loi*) and regulatory acts (*règlements*) has therefore become a fundamental topic both for constitutional law and administrative law, leading to a kind of dialogue between the *Conseil d’État* and the *Conseil constitutionnel*. As far as scholarship is concerned, those issues are examined and discussed as well by specialist of constitutional law as of administrative law.

Even more than constitutionalisation, Europeanisation has had a profound impact on French administrative law. As for the other five founding member states, this impact has not been immediately perceived, apart by those lawyers who were involved in the development of the European Communities, such as the academics René Cassin, Paul Reuter, Pierre-Henri Teigten and Georges Vedel, as well as Jean Boulouis, and a number of members of the *Conseil d’État* amongst which the first were René Cassin and Maurice Lagrange.

René Cassin (1887-1976) became professor of private law after the *agrégation* of 1920. He was appointed Vice-President of the *Conseil d'État* after the *Libération* in 1944, a function he held until 1960 (the v. p. has always been functionally the chairman of the *Conseil*). Cassin was the rapporteur of the group which drafted the UN Declaration of Human Rights of 1946. He was the first French judge at the European Court of Human Rights from 1959 to 1976.

Paul Reuter (1911-1990) became professor of public law after the *agrégation* of 1938 and participated in the team of Jean Monnet which prepared the Schuman Declaration of 9 May 1951, and later in the team of experts who negotiated the ECSC Treaty. He was also *juriconseil* of the French Ministry of foreign affairs and represented France in the first case decided by the Court of Justice of the ECSC^[60]. Pierre-Henri Teitgen (1908-1997) became professor of public law after the *agrégation* of 1936 and was among others a member of the parliamentary assemblies of the ECSC and of the Council of Europe, where he was *rapporteur* for the draft of the European Convention on Human Rights; he was judge at the European Court of Human Rights from 1976 to 1980.

Cassin mainly taught civil law; both Reuter and Teitgen did hardly teach administrative law, differently from Vedel. The latter was also a member of the French delegation that negotiated the Rome Treaties. Jean Boulouis (1927-1997) of whom I was assistant at the Université Paris II – Panthéon Assas in the early nineteen eighties, taught and published handbooks and articles on French administrative and constitutional law as well as EC law. Boulouis also practiced as counsel in a number of cases before the ECJ, such as in the *Isoglucose case*^[61], where he was counsel of the French government, whereas Teitgen was counsel of the European Parliament.

As far as members of the *Conseil d'État* are concerned, a special mention needs to be made of Maurice Lagrange (1900-1986), who became one of its members in 1924. Jean Monnet, who had Alexandre Parodi a member of the *Conseil d'État* whom he knew from i.a. the ministry of foreign affairs, to give him a name of Lagrange whom Monnet entrusted to write a first draft of ECSC treaty. Having thus had an important role in the drafting and negotiation of the treaty, Lagrange was appointed as first advocate general (AG) of the Court in 1952, where he remained until 1964; his experience as *commissaire du gouvernement* of the *Conseil d'État*, a function which inspired the ECJ's function of AG, contributed

to shape this role.

Generally speaking, with the exception of the names here mentioned, the scholarship in constitutional law and administrative law did not dedicate much attention to Europeanisation before the end of the nineteen eighties. As far as the *Conseil d'État* is concerned, many of its members did show scarce enthusiasm for EC law, with the exception of those who became AGs or judges at the ECJ. This is one of the reasons which explain the *Conseil d'État*'s resistance to the primacy of EC law for many years, the other being that since the nineteenth century it refused to review even indirectly the constitutionality of acts of Parliament, a reasoning which applied to the laws of ratification of the EC treaties. A radical change occurred with *Nicolo* 1969^[62], where primacy was accepted and applied; this change was clearly due to the influence of a new generation of members, especially of Marceau Long who was vice-President at the time and of Fernand Grévisse, who was judge at the ECJ from 1981 to 1982 and from 1988 to 1994. Grévisse started the tradition of calling younger members of the *Conseil d'État* to become clerks (*référendaires*) and to the establishment of a European law unit at the *Conseil*.

In the same way as for other member states, there has been an increasing Europeanisation of many fields of special administrative law and also further development of independent administrative authorities – albeit some of them had already been established earlier in France with the *Médiateur* (Ombudsman) in 1973, as well as the *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (Data Protection Authority) and the *Commission d'accès aux documents administratifs* (Authority for access to documents) in 1978.

There has also been an important impact of the ECHR and of the ECtHR's jurisprudence after the ratification of the European Convention of Human Rights in 1974 and acceptance of individual appeals to the Strasbourg Court in 1981. The late ratification by France was first due to the war in Algeria from 1955 onwards, and then to the reluctant attitude of general de Gaulle towards supranational institutions. The impact of the ECHR has been quite important on the procedure of administrative courts. This happened first with the reform of procedure of the Court of Auditors in the early nineteen nineties, which was based upon the jurisprudence on Article 6 on the Right to fair trial. The law of 1995, which established the power of injunction to administrative judges,

including injunctions to government for the adoption of decrees was due to the insistence of the *Conseil d'État* with the French government that such a reform was needed in order to prevent France from being sentenced by the Strasbourg Court on the basis of Article 6. Later, the ECtHR's judgment in *Procola v. Luxembourg* of 1995^[63], led to the reform by a series of decrees amongst which Decree n° 2009-14 of 7 January 2009 of the title and of the procedure by which the *commissaire du gouvernement*, now *rappiteur public* gives his opinion.

7. As a matter of conclusion, where are we?

Let me finish by recalling the words of John Kerr, who was Secretary general of the Convention on the Future of Europe 2002-2003. He used to start meetings of the secretariat with the words «*We are where we are*». This quote applies perfectly to the present situation of French administrative law.

Contrary to the somewhat grim conclusions of the two more recent handbooks on History of administrative law^[64], I do not see a profound crisis of French administrative law and administrative justice, and also not a real decline of the so called “exorbitant nature of administrative law”, which should not be misunderstood: exorbitant is not a pejorative qualification but a reference to a number of special rules and principles which are not those of civil law.

The main reason that explains my position is probably due to my longstanding experience in comparative administrative law. But this optimism is maybe to my optimistic nature.

1. This article is the expanded written version of my presentation on France at the symposium “Birth and Growth of the Administrative Law: The Comparative Perspective and the Italian Evolution” organised in Rome on 21 May 2025 by the “Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo (Aipda)” in occasion of its 25th anniversary. For this reason, it was not submitted to the usual external peer-reviewing procedure.
2. See amongst others S. Rabourdin, *L'observateur et la conscience en physique quantique*, in *L'Indécise*, 4 septembre 2019 <https://doi.org/10.58079/q4my>.
3. The text of the PhD dissertation, updated to the second and third enlargements of the European Communities, has been eventually published about ten years later: J. Ziller, *Égalité et mérite – L'accès à la fonction publique dans les États de la Communauté européenne*, Brussels, 1988.
4. See i.a. J. Ziller, *Les droits administratifs nationaux : caractéristiques générales*, in J.-B.Auby & J. Dutheil de la Rochère (eds.), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007

- p. 539-558; J. Ziller, *L'usage du qualificatif de droit administratif en droit comparé*, in C. Bories, *Un droit administratif global?*, Paris, 2012, p. 127-138 ; as well as D.-U. Galetta, J. Ziller, *EU Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2024, pp. 107-110.
5. M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 2007.
 6. See i.a. G. della Cananea, M. Bussani, eds, *Administrative Justice Fin de siècle - Early Judicial Standards of Administrative Conduct in Europe (1890-1910)*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
 7. As demonstrated by the important role played by the book of L. Neville Brown, and J. F. Garner, with the assistance of N. Questiaux, *French Administrative Law*, Butterworth, London,, 1967.
 8. See i.a. the handbooks of F. Burdeau, *Histoire du droit administratif depuis la Révolution française*, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1970 and G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 2002. Both authors do not at all deny the existence of administrative law before the Revolution, on the contrary: see G. Bigot, *Les mythes fondateurs du droit administratif*, in *Revue française de droit administratif*, 2000, 3, pp. 527 ff. They with the French Revolution because traditionally the courses of history of institutions in France were divided in two parts, the first, taught for a long time in the first year of legal studies went from the birth of France to the Revolution, the second was taught in the third or fourth year of studies. Handbooks on administrative law usually have at least a short historical introduction, which usually starts with the creation of the *Conseil d'État*.
 9. <https://www.britannica.com/event/Coup-of-18-19-Brumaire>.
 10. https://www.napoleoseries.org/research/government/legislation/c_constitution8.html.
 11. *Tribunal des conflits*, 8 février 1873, *Blanco*, available on <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>
 12. A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Michel Lévy frères, Paris, 1856. For a scan of the original edition see <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8622134v/f9.image>; for an English translation see J. Bonner, *The Old Regime and the Revolution* Harper & Brothers, New York, 1856, accessible at <https://oll.libertyfund.org/titles/tocqueville-the-old-regime-and-the-revolution-1856>.
 13. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, 12th edition 1848, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k37007p.texteImage>; for an English translation : *Democracy in America. English Edition*. Edited by E. Nolla. Translated from the French by James T. Schleifer., Indianapolis, 2012. Vol. 1. <https://oll.libertyfund.org/titles/democracy-in-america-english-edition-vol-1>.
 14. P. Legendre, *Histoire de l'Administration, de 1750 à nos jours*, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1968 and *L'Administration du XVIII^e à nos jours*, Presses

- Universitaires de France – PUF, Paris, 1969.
15. My translation for P. Legendre, *La facture historique des systèmes (Notations pour une histoire comparative du droit administratif français)*, in *Revue internationale de droit comparé*, 23-1, 1971 pp. 5-47.
 16. *Id*, pp. 5-6, my translation.
 17. J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1985.
 18. J.L. Mestre, *Le contentieux des communautés de Provence: un droit administratif à la fin de l'ancien régime*, LGDJ, Paris, 1976.
 19. J.L. Mestre, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Frankreich*, in A. von Bogdandy, S. Cassese, P. M. Huber, *Ius Publicum Europaeum Band III Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Munich, 2010, pp. 83-114.
 20. M.H Renaut, *Histoire du droit administratif*, Ellipses, Paris, 2007.
 21. K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif du XIV^e siècle à nos jours*, Economica, Paris, 2010.
 22. See P. Craig, *English Administrative Law from 1550, Continuity and Change*, Oxford University Press, Oxford, 2024.
 23. Data from https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_population_in_1600, accessed on 14 July 2025.
 24. Data from https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_population_in_1800, accessed on 14 July 2025.
 25. *Id*.
 26. See J.C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, 8th edition Dalloz, 2022, p. 1284.
 27. See M. Long, P. Weil, G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 2nd edition, 1958, p. 260.
 28. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887, available on <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6503485t.texteImage#>
 29. *Ivi*, p. IX.
 30. See i.a. M. Mazzamuto, *Pour une défense du droit administratif issu de la tradition française*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2025, pp. 11-43.
 31. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris,, 2025.
 32. J. Boulois, R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Dalloz, Paris, 1974, followed by five editions and later by H. Gaudin, M. Blanquet, J. Andriantsimbasonina, F. Fines, *Les grands arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2014 2023.
 33. H. Capitant, F. Chénédé, Y. Lequette, F. Terré, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Paris, 2024.
 34. J.-M de Gérando, *Institutes du droit administratif français, ou éléments du code administratif*, Hachette Livre BNF, Paris, 1829 – 1830, available on

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58130308.texteImage>: links starting with gallica.bnf.fr are to the scanned versions of books of the *Bibliothèque nationale*, where all books published in France have to be deposited.

35. Renaut, *op. cit.* p. 101, my translation.
36. L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif*, Plon frères, Paris, 1852, available on <https://data.bnf.fr/fr/documents-by-rdt/12515533/te/page1>
37. L.-M. de Cormenin, *Questions de droit administratif*, Hachette Livre and BnF, Paris, 1822, available on <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5817458z.texteImage>
38. Ibidem,
39. L. Aucoq, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Wentworth Press, Paris, 1869 - 1876, available on <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5462924r.texteImage> and <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5462924r.texteImage>
40. A.F. Vivien, *études administratives*, Hachette Livre BNF, Paris, 1845, available online at the Bibliothèque Nationale <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96835538/f47.item>
41. *Conseil d'État*, 21 December 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey – Tivoli*, available on <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-21-decembre-1906-syndicat-des-proprietaires-et-contribuables-du-quartier-croix-de-seguey-tivoli>
42. L. Duguit, *Les transformations du droit public*, La Mémoire du droit, Paris, 1913, available on <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q.texteImage>
43. L. Duguit, *Law in the Modern State*, Kessinger Publishing, New York, 1919, p. xliv, available at <https://archive.org/details/lawinmodernstate00dugurich/page/44/mode/2up>
44. R. Chapus, *Le service public et la puissance publique*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1968, p. 235-282, re-published in the compilation of articles *L'administration et son juge*, Paris, 1999.
45. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, trad. française de la 2ième éd. de Reine Rechtslebre par Eisenmann, Charles*, Dalloz, Paris, 1962.
46. See F. Melleray, *Le droit administratif de René Chapus*, Dalloz, Paris, 2022.
47. See i.a. G. Dupuis, M. J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, Armand Colin, Paris, 2008, 11th edition.
48. *Tribunal des conflits*, 22 January 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, available on <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/tribunal-des-conflits-22-janvier-1921-societe-commerciale-de-l-ouest-africain>.
49. See i.a. *Conseil d'État*, 20 April 1956, *Époux Bertin et Ministre de l'agriculture c/consorts Grimouard et autres*, available on <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de-l-agriculture-c-consorts-grimouard-et-autres>
50. *Conseil d'État*, 14 January 1938, *Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette"*,

available on
<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/ce-14-janvier-1938-societe-anonyme-des-produits-laitiers-la-fleurette>.

51. *Conseil d'État*, 19 February 1875, *Prince Napoléon*, available on <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon>
52. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27
53. *Conseil d'État*, 29 March 1901, *Casanova*, available on <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007635142/>
54. For a comparison with other European countries, see J. Ziller, *Égalité et mérite*, Emile Bruylant, Brussels, 1988.
55. Court of Justice, 19 November 1991, C-6/90, and C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*.
56. G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, in *Études et documents du Conseil d'État*, Paris, 1954.
57. E. Breen, *Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann, une controverse sur les fondements du droit administratif*, in *Revue française de droit administratif*, 2002, pp. 232-243.
58. G. Bigot, *Les Bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 - Définir le droit administratif*, in *Giornale di storia costituzionale*, 5, 2003, pp.153-166 ; X. Magnon, *Commentaire sous Les bases constitutionnelles du droit administratif, la controverse G. Vedel/Ch. Eisenmann*, in W. Mastor, P. Egea, J. Benetti, X. Magnon (ed.) *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017 available on <https://hal.science/hal-01725355/document>
59. G. Vedel, avec la collaboration de P. Delvolvè, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1980, 7ème Édition.
60. Court of Justice, Judgment of 21 December 1954, Case 1-54, ECLI:EU:C:1954:7 *French Republic v High Authority of the European Coal and Steel Community..*
61. Court of Justice, Judgment of 29 October 1980, Case 138/79, ECLI:EU:C:1980:249. *SA Roquette Frères v Council of the European Communities*.
62. *Conseil d'État*, Assemblée, 20 October 1989, *Nicolo*, available on www.conseil-etat.fr/arianewebtraduite/#/view-document/
63. ECHR, Judgment of 28 September 1995, n.14570/89, *Procola v. Luxembourg*, available on <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57944>.
64. M.-H Renaud, *Histoire, op. cit.* K. Weidenfeld, *Histoire, op. cit.*..

Artificial Intelligence, Technical Discretion, and the Limits of Judicial Review in Italian Public Procurement

Tommaso Cesareo

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-59

Il contributo analizza le sfide poste dall'integrazione dell'intelligenza artificiale (IA) nelle gare d'appalto pubbliche in Italia, prendendo spunto dalla sentenza del TAR Lazio n. 4546 del 3 marzo 2025, successivamente confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 8092 del 20 ottobre 2025, come caso di studio chiave. Questa pronuncia, la prima in Italia ad affrontare l'uso di IA generativa (ChatGPT-4) in un'offerta tecnica, funge da lente per esaminare l'adeguatezza dei quadri giuridici tradizionali. L'analisi critica la decisione del TAR di respingere il ricorso basandosi sui principi consolidati dell'ampia discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice e sulla limitata sindacabilità delle valutazioni effettuate con il metodo AHP (Analytic Hierarchy Process). L'autore sostiene che questa impostazione crei un "doppio scudo" che rende quasi impossibile un sindacato giurisdizionale effettivo sulla sostanza tecnica delle soluzioni di IA, generando un "paradosso deferenziale".

This paper analyses the challenges arising from the integration of Artificial Intelligence (AI) in Italian public procurement, using judgement n. 4546 from the Lazio Regional Administrative Court on 3 March 2025, as subsequently affirmed by the Italian Supreme Administrative Court (Consiglio di Stato) with judgement n. 8092 of 20 October 2025, as a key case study. This ruling, the first in Italy to address the use of generative AI (ChatGPT-4) in a technical bid, serves as a lens to examine the adequacy of traditional legal frameworks. The analysis critiques the Court's decision to dismiss the appeal by relying on the established principles of the evaluation committee's broad technical discretion and the limited judicial review of assessments made using the Analytic Hierarchy Process (AHP) method. The author argues that this approach creates a "double shield", making effective judicial review of the technical substance of AI solutions nearly impossible and leading to a "deference

paradox".

Summary: 1. Introduction.- 2. The Facts of the Case and the Applicant's Objections Regarding AI.- 3. The Lazio Regional Administrative Court's Reasoning: Balancing Technical Discretion and Artificial Intelligence.- 4. Critical Issues and Points for Reflections.- 4.1. The Adequacy of Traditional Judicial Review Canons for AI.- 4.2. The Scrutiny of AI-Based Offers by the Contracting Authority.- 4.3. A Proactive Solution: Imposing the AI Act's High-Risk Regime via Lex Specialis to Overcome Technical Discretion.- 4.4. Evidentiary Challenges Revisited: the Burden of Proof and the Principle of Availability in the Algorithmic "Black Box".- 4.5. The Risks of Premature Normalization of Complex Technologies.- 5. Conclusions.

1. Introduction

The landscape of public procurement is undergoing a full-scale revolution, a wave sweeping away old shores. The cause? Artificial intelligence. Private companies, in fact, have begun to include AI-based solutions in their bids to secure contracts with public administrations. This can only translate into an earthquake shaking the foundations of evaluation processes, introducing new and complex challenges. Consequently, it also severely tests the judiciary, whose judicial review is still in an embryonic phase when confronting these implications^[1].

The point is clear: the speed with which AI, especially generative AI, evolves and infiltrates the economic and social fabric, seems to far outpace the adaptability of our consolidated administrative practices and our legal framework. The result is a gap that judicial pronouncements, like the one we will analyze, seek to bridge, often, however, having to resort to interpretative tools and legal categories born in another era. Legal scholarship, for its part, has begun to explore this *mare magnum*, developing an important distinction: AI can be an auxiliary tool for procurement procedures, or it can be the object of the public procurement itself^[2].

In this dynamic context, judicial review over evaluation methods and the use of AI in public procurement is still in what we might call an embryonic phase.

The Lazio Regional Administrative Court (TAR Lazio), with its judgment of March 3, 2025, n. 4546, marked a turning point. Issued in the dispute between Romeo Gestioni S.p.A. and Consip S.p.A. (with Dussmann Service S.r.l. as counter-interested party), this indeed represents the first instance where an Italian administrative judge was called upon to directly address the challenge of a technical offer that declared the use of advanced generative AI tools, namely ChatGPT-4. This ruling was appealed and subsequently affirmed in its entirety by the Italian Supreme Administrative Court (*Consiglio di Stato*) with judgment n. 8092 of October 20, 2025^[3]. The ruling, which has already generated considerable discussion among practitioners, is innovative because, in principle, it recognized that AI can be used in the execution of public contracts^[4].

But what does this mean for the law? And what questions does it raise?

Our objective is to critically analyze the Lazio TAR's approach, as consolidated by the *Consiglio di Stato*, with particular attention to the grounds of appeal concerning the successful bidder's use of AI. We will question what evaluation standards an examining board should apply. And, above all, what are the limits and nature of the judicial review that the administrative judge can exercise in the face of such innovative and technologically complex elements.

The fundamental question is this: are our traditional legal instruments, born in an analog era, still sufficient to guarantee a just balance? Can they promote technological innovation without sacrificing sacred principles such as transparency, competition, and the fairness of administrative action?

2. The Facts of the Case and the Applicant's Objections Regarding AI

The dispute under examination originates from a tender procedure initiated by Consip S.p.A. for the stipulation of a framework agreement, pursuant to Article 59, paragraph 4, letter a), of Legislative Decree no. 36/2023, concerning cleaning and sanitization services for National Health Service Entities. Lot no. 2, the subject of the dispute, specifically concerned properties located in the Umbria Region. Romeo Gestioni S.p.A., having ranked third in the classification for the said lot, challenged the award granted in favor of Dussmann Service S.r.l. (first ranked) and the temporary grouping of undertakings led by Samsic Italia S.p.A.

(second ranked)^[5].

Among the numerous grounds of appeal, those of specific interest for this contribution were articulated through additional grounds and focused on the technical offer submitted by Dussmann Service S.r.l. In particular, Romeo Gestioni challenged the attribution of qualitative scores deemed excessively high (for a total of 16 points) in relation to Dussmann's declared intention to utilize artificial intelligence tools, specifically OpenAI's Chat GPT-4. Such use was planned for the execution of activities attributable to various technical offer evaluation criteria, namely: B1 «*Organizational Model*», C1 «*Technical-Operational Methodologies for Cleaning and Sanitization Services*», C2 «*Logics and Modalities for Service Personalization*», C3 «*Implementation and Management of the Information System and Contact Center*», and D1 «*Improvement Proposals for Service Quality Control*», as detailed in Table 10 of the tender specifications^[6].

The main arguments put forward by the applicant Romeo Gestioni in support of these objections are threefold.

The first is that the description of AI's use in Dussmann's offer was characterized by excessive vagueness and abstractness. The use of «*linguaggio estremamente tecnico, talvolta perfino criptico*» would have, according to the applicant, masked the presentation of «*modelli astratti, la cui funzionalità in concreto è tutta da dimostrare*»^[7]. The problem would therefore relate to the transparency and concrete evaluability of the proposed AI solutions, issues widely debated in legal scholarship with reference to the sometimes opaque nature of such systems^[8].

The second argument is that the Evaluation Committee «*avrebbe accolto positivamente, senza alcun approfondimento istruttorio, l'utilizzabilità dell'IA nell'ambito del servizio di cui si discute*», thus emphasizing the obligations of due diligence and the depth of investigation that contracting authorities are required to conduct when faced with offers incorporating innovative and complex technologies such as AI^[9].

Finally, Romeo Gestioni undertook a peculiar initiative, submitting in court the results of its own «*queries*» performed on the ChatGPT tool. The intent was to demonstrate, through the obtained responses, a presumed incompatibility between the actual capabilities of the language model and the specific use Dussmann intended for it within the scope of the tender. An original attempt,

certainly. But one that, at the same time, highlights the significant evidentiary difficulties encountered when challenging claims regarding the capabilities and adequacy of an AI system in litigation. Let's reflect: how can one disprove or confirm the performance of such a complex technology, which varies in its outputs^[10], without direct access to the AI system, its training data, or objective and shared benchmark parameters? The judge's reaction to this initiative, as will be seen, is a clear signal of the current limitations of our system.

3. The Lazio Regional Administrative Court's Reasoning: Balancing Technical Discretion and Artificial Intelligence

In response to these objections, the Lazio Regional Administrative Court adopted a clear stance: it upheld the contracting authority's actions.

Specifically, the Lazio Regional Administrative Court rejected the additional grounds of appeal, including the objection concerning the use of AI, deeming them manifestly unfounded^[11]. But on what basis was this decision grounded? The Court structured its reasoning on two fundamental pillars of administrative jurisprudence governing the evaluation of technical offers.

The first pillar is the reference to the consolidated principle of technical discretion recognized to the examining board. The Lazio Regional Administrative Court emphatically reiterated that «*l'attribuzione dei punteggi rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione giudicatrice, organo tecnico competente*»^[12]. Such discretion, despite having undergone an evolution in its review by the administrative judge – moving from a merely extrinsic control over the logical consistency of the process to a more penetrating verification of the reliability of technical evaluations^[13] – remains a bulwark against a substitutive review. Indeed, the administrative judge can only challenge technical evaluations in the presence of macroscopic defects such as the abnormality of the technical choice made, manifest illogicality, unreasonableness, arbitrariness, or clear factual error, being precluded from independently verifying the adequacy of the offer or substituting its own judgment for that of the technical body^[14]. Objections that «*impingono nel merito di valutazione per loro natura opinabili*» were, therefore, declared inadmissible^[15].

The second pillar upon which the TAR's decision rests is the Analytic Hierarchy

Process (AHP) evaluation method. This method, stipulated by the *lex specialis* for the attribution of discretionary scores, was developed by Thomas L. Saaty in the 1970s and is a systematic methodology for making complex decisions, combining qualitative and quantitative techniques: in practice, it decomposes a decision problem into a hierarchical structure of interrelated elements, typically organized as objectives, criteria, sub-criteria, and alternatives^[16]. The Court highlighted how, according to consolidated jurisprudence and particularly the teachings of the *Adunanza Plenaria* of the *Consiglio di Stato*, the adoption of this evaluation method further restricts the scope of judicial review^[17]. In such a system, the justification for the scores awarded is considered inherent «*nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte*»^[18]. What does this mean for the judge? It means that their review is admissible only if there is a «*uso distorto, logicamente incongruo, irrazionale del metodo in parola*», the burden of proof for which lies entirely with the applicant, who cannot merely challenge the non-shareability of the comparative judgment expressed by the Committee but must demonstrate that it is unreliable^[19].

And the evidence produced by Romeo Gestioni, those «*queries*» to ChatGPT? The Lazio Regional Administrative Court dismissed them without hesitation, defining them as «*valutazioni unilaterali del tutto opinabili*», resulting from a «*lettura fuorviante, errata e parziale sia dell'offerta tecnica di Dussmann, sia dei criteri di valutazione previsti dalla lex specialis*»^[20]. This stance is a strong signal. It denotes marked judicial skepticism towards attempts by litigating parties to informally “test” AI tools. It is somewhat as if the judge were saying: «*You cannot bring the results of your conversations with artificial intelligence to court and claim they are definitive proof of unreliability*». This approach, ultimately, led the Court to consider Dussmann’s AI proposal as a «*mirato e specifico*» use of artificial intelligence, «*diverso dall'utilizzo del modello generale descritto nell'atto di motivi aggiuntivi*». In the TAR’s view, AI was proposed by Dussmann as an «*ulteriore strumento di supporto matematico/statistico e di elaborazione di dati, migliorando l'efficienza e la qualità dei servizi offerti*»^[21], thus making the proposal neither vague nor abstract, but sufficiently defined and plausible.

Finally, the judges, albeit in *obiter dictum*, made an observation destined to spark debate, stating that the AI tool proposed (with implicit reference to large

language models like ChatGPT) would be «*ormai di comune e diffuso utilizzo*». ^[22] While this may seem an obvious observation in the digital age, this statement opens the door to much deeper reflections.

4. Critical Issues and Points for Reflections

The Lazio Regional Administrative Court's approach, while anchored in consolidated jurisprudential principles, raises a series of crucial questions regarding the adequacy of our traditional legal instruments in the face of the advent of artificial intelligence in public procurement. In my opinion, at least five critical issues emerge from this judgment, which require our careful attention: the inherent inadequacy of traditional judicial review canons; the depth of scrutiny of AI-based offers required by contracting authorities; a proactive strategy to overcome the limits of technical discretions; the procedural challenges related to the burden of proof; and the risks associated with the premature normalization of complex technologies like AI.

4.1. The Adequacy of Traditional Judicial Review Canons for AI

The first critical issue concerns the adequacy of traditional judicial review canons for AI. The Lazio TAR's judgment, as we have seen, rigorously applies consolidated doctrines on technical discretion and the limits of judicial review, especially in the presence of the AHP method. But here a question naturally arises: are these canons, forged in a technologically different era, truly fully adequate to govern new issues such as the complexity, opacity – the “black box” – and the potential for «*algorithmic bias*»^[23] that characterize some artificial intelligence solutions?

Let us imagine a “black box”: it is an AI system whose internal mechanisms leading to a specific result we cannot fully comprehend. It is like a clock without visible gears, which tells the time but does not allow us to understand how. This opaque nature makes it extremely difficult for the judge to identify the traditional symptomatic defects of abuse of power. The concrete risk is that technical discretion transforms into a kind of screen, almost a smokescreen, behind which the opacity of AI becomes substantially unchallengeable. And this,

in my opinion, could constitute a true “deference paradox”: the more complex and opaque the technology, the less effective, in fact, judicial review becomes^[24]. It is as if, faced with an increasingly sophisticated machine, the engineer who should control it has fewer and fewer tools to do so.

The deferential stance was not only the cornerstone of the first-instance decision but was subsequently embraced by the *Consiglio di Stato* in its appellate ruling, which explicitly found the challenge unfounded precisely because it «*sottintende una non consentita sostituzione del convincimento opinabile e personale dell'appellante rispetto all'attribuzione dei punteggi effettuata dalla Commissione giudicatrice, nell'esercizio del proprio potere tecnico-discrezionale*»^[25].

This intrinsic opacity of many AI systems directly clashes with core principles of Italian administrative law: administrative transparency and the obligation to provide reasons for administrative acts, enshrined in Law 241/1990^[26]. If the administrative judge were to show excessive deference in these circumstances, it would risk compromising citizens’ trust and the effectiveness of public accountability. This is particularly true for high-risk AI systems, for which the European^[27] and national^[28] legislator has provided reinforced safeguards. The almost unconditional reliance on the technical discretion of the examining board could, ultimately, translate into a merely formal scrutiny. And the situation becomes even more complicated if the examining boards lack adequate specialized AI competencies^[29].

4.2. The Scrutiny of AI-Based Offers by the Contracting Authority

The second critical issue brings us straight to the heart of the problem: the role of the contracting authority in scrutinizing AI-based offers. The Lazio Regional Administrative Court’s judgment, by valuing Dussmann’s targeted and specific presentation of its AI solution^[30], seems to suggest a path. A path where a well-argued and plausible AI proposal can pass the contracting authority’s review and, consequently, withstand challenges in judicial proceedings.

Consiglio di Stato’s reasoning adds a new layer of concern. Rather than engaging with the technical merits of AI, it dismantled the appeal on a preliminary logical ground, affirming that the score awarded to Dussmann was based on multiple

factors, not solely on its use of AI. It stated that «*la Commissione ha attribuito i punteggi prendendo in considerazione plurimi elementi e non solo l'utilizzo dell'intelligenza artificiale*»^[31]. This finding, in the court's view, would have «*smentito per tabulas il fondamento logico su cui poggiano le censure dell'appellante*»^[32].

This line of reasoning reinforces what we might term the “double shield”. By focusing on the overall scoring logic and finding a procedural flaw in the appellant's argument (i.e., that AI was not the sole factor), the court relieved itself of the duty to conduct a substantive technical analysis. The first shield (technical discretion) is thus protected by a second shield (procedural formalism), creating a nearly impenetrable defense against challenges to AI-based bids.

But this should make us reflect. How in-depth must the preliminary investigation conducted by contracting authorities be? Is a mere “plausibility” check of the AI solution sufficient, or is a true “technical deep dive” necessary? We must ask whether it is incumbent to analyze the system's architecture, its transparency, its ability to explain its outputs (the so-called “Explainable AI” or “XAI”^[33]), its accuracy, robustness, cybersecurity^[34], proper data management (both data used for training and data processed during the AI system's operation), and so on.

This question becomes even more pressing when we talk about evaluation methodologies like the Analytic Hierarchy Process (AHP). AHP, which focuses on determining relative preferences among different options based on predefined criteria, might not be intrinsically equipped to evaluate the absolute adequacy, intrinsic technical validity, or ethical implications of a particularly innovative and complex AI solution. AHP, in this sense, assumes that evaluators have a sufficiently homogeneous understanding of the elements being compared. But this assumption, given the specificity and novelty of AI systems, might falter. If the comparison criteria have not been meticulously designed to probe these very particular aspects, the risk is high. The scientific literature on AHP and its evolution (such as the Analytic Network Process or ANP^[35]) highlights its usefulness for complex problems, but also the essential need for a correct structuring of the decision model and criteria^[36]. Ultimately, the danger is that, in the absence of specific criteria for AI, AHP might end up masking a true lack of substantial evaluation of the technological component.

The TAR's decision (as confirmed by *Consiglio di Stato*), in my opinion, risks, perhaps unintentionally, encouraging a dual hazard. On the one hand, it could prompt bidders to present AI solutions in an apparently «*mirato e specifico*» but actually superficial manner, merely to pass a plausibility check: metaphorically, it is like describing a product with grandiloquent terms without delving into the details of its actual functioning. On the other hand, the judgment might legitimize the use of a tool like AHP which, without adequate engineering of evaluation criteria, risks “arming” the commission's discretion, without, however, guaranteeing genuine technical substance: metaphorically, it is like having a seal of approval on a product, but without the content having been effectively verified.

It therefore becomes fundamental to reflect on how tender documents (invitations to tender, technical specifications, and disciplinary rules) should be drafted. They must be written in such a way as to allow for a serious, transparent, and comparative evaluation of AI components, while simultaneously ensuring equal treatment among competitors and the absence of discrimination. In this regard, the integration of standard contractual clauses, such as those proposed at the European level for AI procurement (“MCC-AI”), could prove to be a valuable tool in the bid evaluation phase. These clauses would, in fact, provide an objective evaluation framework. They would allow administrations to verify the conformity of suppliers' offers with crucial requirements: transparency, robustness, accuracy, cybersecurity, risk management, data governance, and human oversight. In this way, the evaluation would go far beyond the mere plausibility of the proposal. But that's not all. The MCC-AI would also be useful after the contract award, becoming an integral part of the contract. They would oblige the supplier to keep technical documentation and the risk management system updated, to provide all necessary information to demonstrate the system's compliance, to undertake immediate corrective actions in case of non-compliance, and to guarantee the traceability of system operations through automatic event logging (“log”)^[37].

To conclude on the first two critical issues, we can affirm that the combined effect of two factors – a deferential approach to technical discretion and the application of the AHP method – creates what we called a “double shield,” which makes it incredibly arduous for applicants to successfully challenge the

technical evaluations of the commission, especially when dealing with complex and innovative technologies like AI. Technical discretion, by itself, confines judicial review to only the most evident defects (so-called “macroscopic defects”), preventing the judge from substituting their own evaluation for that, eminently technical, of the commission. The AHP method, furthermore, as interpreted by Italian administrative jurisprudence, further radicalizes this limitation. Why? Because the justification for scores, in this system, is considered intrinsic to the comparative judgments expressed: a detailed explanation for each single point is not required; the score itself is the justification^[38]. In this context, the burden of proof for anyone intending to challenge an AI-based evaluation becomes extremely heavy. It is not sufficient to demonstrate that the evaluation of the AI component is debatable or even manifestly illogical. On the contrary, it is necessary to prove that such illogicality derives from a patently distorted application of the AHP method. This “double shield” risks precluding an in-depth examination of the technical substance of the AI proposal, especially if the commission does not clearly explain how the individual aspects of the AI influenced the comparative judgments within the AHP matrix. A situation which, in my opinion, could incentivize contracting authorities to resort to methods like AHP to further “shield” their technical evaluations, raising serious questions about the actual transparency and true consistency of the evaluation process in the face of cutting-edge technological innovations.

4.3. A Proactive Solution: Imposing the AI Act’s High-Risk Regime via *Lex Specialis* to Overcome Technical Discretion

As to the third critical issue, we can proactively address the limits of technical discretion, showing that the “deference paradox” is not an insurmountable obstacle. In particular, a legally sound solution is already available to contracting authorities, allowing them to preemptively resolve the conflict between technological complexity and judicial review. The solution is to strategically use their administrative power to define the *lex specialis* for the tender procedure.

Italian public procurement law grants contracting authorities broad discretion in establishing the special requirements for participation in a tender. This power, now codified in Article 100 of the Italian Legislative Decree 36/2023 (*codice dei*

contratti pubblici), allows them to introduce technical and professional requirements that are more stringent and rigorous than the minimums established by the law, provided that they remain proportionate, reasonable, and pertinent to the specific object of the contract^[39].

In the context of emerging and potentially high-impact technologies like AI, this faculty can be construed as a duty stemming from the overarching principles that govern public procurement. The new Italian Public Contracts Code elevates principles such as the “principle of the result” (Article 1) and the “principle of trust” (Article 2) to primary criteria for exercising discretionary power^[40]. Pursuing the best possible outcome in terms of quality and efficiency, while safeguarding the public interest, requires a prudent and forward-looking approach. In a sector as sensitive as AI, imposing higher standards of reliability and transparency is a direct implementation of these principles, ensuring the administration acquires solutions that are not only innovative but also robust and accountable.

The proposed strategy consists of contracting authorities explicitly incorporating, within the tender documents (which constitute the *lex specialis*), the obligation for any proposed AI systems to comply with the requirements laid down for high-risk systems in Chapter III, Section 2 of Regulation (EU) 2024/1689 (the AI Act). This imposition would apply regardless of whether the specific AI application falls within the typified high-risk categories listed in Annex III of the Regulation. Specifically, the *lex specialis* would mandate compliance with the core technical and ethical safeguards of the AI Act, transforming them into binding contractual requirements. These requirements would include, for instance, Article 9, which mandates a continuous and iterative risk management system throughout the AI’s lifecycle to identify, analyze, and mitigate foreseeable risks to health, safety, or fundamental rights^[41]. The framework is complemented by Article 10, which requires that the training, validation, and testing datasets be of high quality (relevant, representative, and as free of errors and biases as possible) and subject to appropriate data governance practices^[42]. Furthermore, to ensure accountability and verifiability, Article 11 obliges the provider to create and maintain comprehensive technical documentation demonstrating compliance with all requirements^[43], while Article 12 requires the system to have the technical capability to automatically and

traceably records events (“logs”) throughout its operational life^[44]. Moreover, Article 13 demands that the AI systems be designed for sufficient transparency, enabling users to interpret its output and use it appropriately, and necessitates the provision of concise, complete, and clear instructions for use detailing the system’s capabilities, limitations, expected accuracy, and foreseeable risks^[45]. The mandate would also cover Article 14 (human oversight), ensuring that the system is designed to allow for effective oversight by natural persons, who must be able to understand the system’s capacities, monitor its operation, remain aware of automation bias, and possess the ability to disregard, override, or interrupt the system’s output through a “stop” button or similar procedure^[46]. Additionally, compliance with Article 15 would be obligatory, requiring the system to be designed to achieve an appropriate and declared level of accuracy, to be resilient against errors, and to be protected against attempts by unauthorized third parties to alter its use or performance by exploiting vulnerabilities^[47].

By referencing these normative standards, the contracting authority would provide an objective and verifiable framework for the evaluation of AI solutions, moving far beyond a generic assessment of plausibility. This strategic incorporation of legal standards into the tender documents triggers a fundamental shift in the nature of the evaluation and, consequently, in the nature of any potential defect. The assessment conducted by the evaluation committee would no longer be a purely technical-discretionary judgement on the merit of a technological solution. Instead, it would become a verification of compliance with predetermined legal requirements set forth in the *lex specialis*.

This transformation would also have a profound impact on the scope and intensity of judicial review. A challenge against the evaluation of the AI component would no longer be limited to the narrow grounds of abuse of power (*eccesso di potere*). On the contrary, the challenge would be grounded in a violation of law (*violazione di legge*), specifically the violation of the *lex specialis*, which serves as the binding law for that particular procurement procedure. The administrative court’s role would thereby be fundamentally altered: it would no longer be required to defer to the committee’s technical expertise, a deference that creates what we called the “paradox” when faced with opaque systems. Instead, the judge would be empowered to conduct a full, strong, and intrinsic review of legal requirements. The central question for the court would shift from

the subjective (“Was the committee’s technical judgement reasonable?”) to the objective (“Did the proposed AI system demonstrably meet the legal requirements for transparency, human oversight, accuracy, robustness, and cybersecurity as mandated by the tender documents?”).

In my opinion, this approach would effectively pierce what we previously referred to as the “double shield” of technical discretion and the AHP method. The technical judgment would be restrained by objective legal parameters, making the committee’s assessment fully and effectively justiciable. In other words, it provides an *ex ante* solution that empowers public bodies to manage AI risks, enhances accountability, and aligns procurement practices with the broader EU policy goal of promoting trustworthy AI, without waiting for judges to develop new (and potentially inconsistent) standards of review *ex post*.

4.4. Evidentiary Challenges Revisited: the Burden of Proof and the Principle of Availability in the Algorithmic “Black Box”

The fourth critical issue concerns the need to “test” artificial intelligence from an evidentiary perspective. The Lazio Regional Administrative Court’s rejection of Romeo Gestioni’s attempt to use its own ChatGPT queries as evidence^[48] highlights a fundamental question: how can a plaintiff effectively challenge in court the declared capabilities, or the alleged inadequacy, of an AI system proposed by a competitor in a public tender? The rejection of Romeo’s evidence, without the Court indicating an alternative path for verifying such technical claims, leaves an enormous void on how such challenges can be validly brought to the judge’s attention and properly investigated. Also, *Consiglio di Stato*’s ruling has affirmed the lower court’s position by dismissing the appellant’s expert opinion, reasoning that once the logical foundation of the appeal was found to be flawed (as AI was not the sole scoring factor), the expert’s technical observations became irrelevant^[49]. The judiciary’s position is now very clear: not only are informal tests by a plaintiff inadmissible, but even formal expert opinions can be rendered irrelevant on procedural grounds before their technical substance is ever considered.

The traditional principle of burden of proof, codified in Article 2697 of the

Italian Civil Code (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), places the burden squarely on the party making an assertion. In the context of administrative litigation, this principle is nuanced by the “*principio dispositivo con metodo acquisitivo*”, which allows the judge certain official powers to acquire evidence^[50]. However, this tempting is insufficient in the face of the algorithmic black-box. The key lies in a particular interpretation of Article 64 of the Code of Administrative Court Procedure, whose Paragraph 1 states that parties have the burden of providing evidence that is in their “*disponibilità*” (availability). This term cannot be interpreted statically, because, in the context of a proprietary AI system, the crucial evidence (the source code, the architecture, the training and validation datasets, the logic of the algorithm, the results of internal testing, etc.) is, by definition, not in the plaintiff’s availability. Thus, it is exclusively and entirely available to the successful bidder who developed or proposed the system. To address such structural imbalances, Italian jurisprudence, across civil and administrative courts, has developed the principle of *vicinanza della prova* (proximity of evidence). This principle, rooted in the constitutional right to an effective defense (Article 24 of the Constitution) and the principle of a fair trial (Article 111), acts as a necessary corrective to the formal application of Article 2697 of the Italian Civil Code. It dictates that the burden of proof should be allocated to the party who is closer to the source of the evidence and for whom providing proof is materially easier^[51].

The principle of *vicinanza della prova* provides the doctrinal foundation for interpreting the concept of *disponibilità* in Article 64 of the Italian Code of Administrative Court Procedure in the context of AI litigation. In a dispute over an AI system’s capabilities, the successful bidder is unequivocally the party closest to the evidence. To place the full burden of proving a negative (i.e., that the system cannot do what is claimed) on the plaintiff, who has no access to the system’s inner workings, would be to impose a *probatio diabolica* and effectively nullify their right to challenge the award^[52].

Therefore, a correct application of these principles requires a dynamic rebalancing of the evidentiary burden. The plaintiff should be required to meet a threshold of providing a *principio di prova*, that is a serious evidentiary starting point that raises credible doubts about the AI system’s functionality or compliance. This could be achieved by presenting expert opinions questioning

the technical plausibility of the bidder's claims, highlighting manifest contradictions within the technical offer, or providing documented evidence of failures in similar systems.

Once the plaintiff has met this initial burden, the principle of *vicinanza della prova* should trigger a reversal, shifting the onus onto the defendant (the successful bidder, and by extension the contracting authority that approved the bid) to provide positive, concrete, and verifiable proof that the AI system functions as declared and meets all the requirements of the *lex specialis*. This procedural rebalancing, in my opinion, is the only way to overcome the structural information asymmetry. It also creates a powerful *ex post* incentive for bidders to be truthful and transparent in their offers, knowing they may be compelled to substantiate their claims with hard evidence in court.

In this scenario, a procedural tool emerges strongly, which, though not new to administrative justice, becomes the most appropriate, if not essential: the court-appointed technical expert (*consulente tecnico d'ufficio - CTU*)^[83]. But caution is advised: the effective use of this tool in high-tech disputes requires deep reflection on the expert's profile and mandate. It is no longer enough to appoint a generic IT expert. The specificities of modern AI systems, and particularly Large Language Models (LLMs), necessitate the identification of a new type of CTU, which we might define as the "expert of the new millennium". Consequently, the formulation of the questions by the judge becomes the key procedural act, as it must guide the court-appointed technical expert (CTU) to verify the precise correspondence between the performance promised in the technical offer and the actual capabilities of the AI system. For example, the question could ask to ascertain, through specific tests and analyses, whether the AI solution is effectively capable of performing the described tasks, with what margin of error, on what data basis it was trained, and whether the declared risk mitigation methodologies have been concretely implemented. In this way, the CTU would act as a conceptual bridge between the technical-IT world and the legal-administrative one, translating factual findings into elements evaluable by the judge according to the traditional categories of abuse of power, such as manifest illogicality, unreasonableness, or misrepresentation of factual premises. The CTU's report, therefore, would not substitute the commission's evaluation. Rather, it would provide the judge with the indispensable cognitive tools to

verify whether such evaluation falls within one of those symptomatic defects that legitimize its annulment, even when the technology involved is complex and opaque in nature. However, the *Consiglio di Stato*'s ruling makes it clear that without a proactive judicial embrace of these tools, the courthouse doors will remain closed to meaningful challenges against AI systems.

4.5. The Risks of Premature Normalization of Complex Technologies

The fifth and final critical issue, deserving careful examination, concerns an incidental statement by the TAR, almost an “aside” in the judgment, but of considerable weight. The Court maintained that AI (or at least the type of tool proposed, comparable to ChatGPT) is «*ormai di comune e diffuso utilizzo*»^[54]. Now, while it is undeniable that Large Language Models (LLMs) have experienced rapid proliferation and become accessible to many^[55], it is equally true that their mature and responsible integration into the public sector, especially in critical or high-risk areas, is still in an initial phase. And it presents non-negligible complexities^[56]. Qualifying such powerful tools as “common” could, unintentionally, diminish their novelty and potential risks, as it reduces the perceived need for particularly in-depth analysis, both by tender committees and, subsequently, by the administrative judges. Prematurely normalizing AI, especially complex systems like LLMs, risks making us overlook their intrinsic limitations. And here the catalog is long: consider the so-called “hallucinations”^[57], meaning the ability of LLMs to generate plausible but factually incorrect or nonsensical information. Imagine an AI system that, in a public procurement contract for critical infrastructure management, “hallucinates” crucial data: the consequences could be disastrous. Or consider the “biases” present in training data, which can lead to discrimination and perpetuate social inequalities^[58]. And further, the lack of a real understanding of context, which means that LLMs, while excellent at mimicking language, do not possess true intelligence^[59]. The risk, in summary, is a premature reduction of vigilance against potential negative consequences. *Consiglio di Stato*'s decision, by endorsing its analyzed approach, exacerbates this risk. If contracting authorities and judges were to treat these tools as ordinary technologies, without implementing the necessary safeguards

required for their responsible use, we could find ourselves facing a pitfall far greater than innovation itself.

The regulatory framework, both at national and supranational levels, is undergoing rapid evolution. At the national level, we have Italian Legislative Decree 36/2023^[60] and the recent Law No. 132 of 23 September 2025^[61]. At the European level, the EU Artificial Intelligence Regulation, the so-called “AI Act”^[62], stands out. It will be crucial to monitor how these new regulations, once fully operational and interpreted by jurisprudence and practice, will provide clearer and more specific guidance for the integration of AI in public procurement, seeking to fill existing gaps and address current uncertainties. In particular, Article 30 of Italian Legislative Decree 36/2023, which explicitly allows for the use of automated procedures – including AI – in bid evaluation, requires that such procedures ensure the knowability (transparency) and comprehensibility of the decision-making process, as well as the non-exclusivity of the algorithmic decision (by providing for human oversight). The interpretation and concrete application of these requirements will constitute fertile ground for future doctrinal and jurisprudential debate.

5. Conclusions

The Lazio Regional Administrative Court’s judgment n. 4546/2025, as confirmed by the ruling of the *Consiglio di Stato* n. 8092/2025, is, undoubtedly, an inescapable benchmark. However, as often happens in law when confronting innovation, it is an ambivalent judgment. On the one hand, it offers the stability of a secure approach, anchored to the consolidated principles of technical discretion. On the other hand, however, it reveals the fragility of such an approach in the face of the rising tide of technological innovation: it is like an ancient dam facing a tsunami.

The analysis we have conducted has sought to demonstrate a crucial point: the application of what we have termed the “double shield” – the combination of a deferential judicial review and structured evaluation methodologies like AHP – risks transforming technical discretion into an area of substantial unreviewability. And this occurs precisely when the opacity and complexity of AI would, on the contrary, require a much more penetrating scrutiny.

The Romeo Gestioni case, ultimately, is a true litmus test. It has highlighted not only the limits of what currently exists, but also the pressing need to chart new paths. This analysis has proposed a two-part strategy to address the challenges identified.

First, an *ex ante*, substantive solution is available to contracting authorities. By strategically using their power to define the *lex specialis*, public bodies can proactively incorporate the requirements for high-risk systems from the EU AI Act as binding criteria for all AI solutions. This act of “legalization” transforms the nature of the evaluation from a review of the technical discretion to a review of the legal requirements, thereby empowering the administrative judge to conduct a strong and intrinsic assessment of compliance and fostering what we might call an “accountability by design”.

Second, an *ex post*, procedural solution is available to the judiciary. Through a sophisticated application of Article 64 of the Italian Code of Administrative Court Procedure, informed by the principle of *vicinanza della prova*, judges can rebalance the evidentiary burden in litigation. This approach overcomes the profound information asymmetry inherent in the algorithmic black box, compelling the party closest to the evidence to demonstrate its claims and enabling a meaningful evidentiary inquiry, supported by specialized court-appointed experts.

These two strategies should provide a robust legal framework to govern AI in public procurement, equipping all stakeholders in the system.

First actor: the legislator, who is called upon to translate the general principles of the AI Act into operational rules for procurement, giving flesh and blood to abstract concepts.

Second actor: contracting authorities, who can no longer be mere passive recipients of technological solutions, but must acquire new competencies, a true «*AI procurement literacy*»^[63].

And finally, the most challenging actor: administrative judges. They faces the most arduous challenge: to innovate its own instruments, to refine legal categories and investigative means, in order to ensure that judicial review does not stop at the threshold of the AI “black box” (and here we think, again, of the crucial role of a specialized court-appointed technical expert).

The balance between promoting innovation and safeguarding the core principles

of administrative action will represent the fundamental challenge for the future. The true pitfall, this ruling suggests, is not so much the use of AI itself – which is a given and an opportunity – but rather the risk of confronting it with legal categories that are formally correct but substantially inadequate to govern its disruptive novelty. If we fall into this trap, we will betray the ultimate mission of administrative justice: to ensure full and effective protection of public interest and fundamental rights in the digital era.

1. In the USA, for example, a part of legal scholarship has put forward an interesting proposal for the establishment of a «*Tech Court*» specialized in cases involving emerging technologies within the federal judiciary under Article III of the U.S. Constitution. Such a court, according to the proponent, would increase uniformity and predictability, promote judicial efficiency, and prevent «*forum shopping*». For this proposal, see M.B. Neitz, *Ready or Not: How Congressional Dysfunction and Loper Bright Enterprises v. Raimondo will Shift U.S. Regulation of Emerging Technologies to the Federal Bench*, in *SMU Law Review*, 78(1), 2024, pp. 119-156, esp. 144-153.
2. On this distinction, see G.F. Licata, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *CERIDAP*, 2, 2024, pp. 36-37.
3. Cons. St. (sec. III), judgment of 20 October 2025, n. 8092.
4. R. Damonte, M. Bersi, *L'intelligenza artificiale e gli appalti pubblici*, in *italiAppalti*, 30 April 2025, p. 4; L. Di Giacomo, *L'intelligenza artificiale negli appalti pubblici: la sentenza TAR Lazio n. 4546/2025*, in *Diritto.it*, 2 May 2025; G. Di Stefano, A.A. Sessa, *ChatGPT nelle gare pubbliche: il TAR Lazio legittima l'impiego dell'IA generativa [sentenza n. 4546/2025]*, in *Diritto di Internet*, 15 May 2025; M. Briccarello, *Chat GPT vince la gara e il giudizio*, in *italiAppalti*, 20 May 2025.
5. T.A.R. Lazio-Roma (sec. II), judgment of 3 March 2025, n. 4546, § 1.
6. *Ibid.*, §§ 4, 14.
7. *Ibid.*, § 4.
8. On the topics of algorithmic opacity, transparency, and the “black box” in public administration, see, *inter alia*, A. Tronci, *Le nuove frontiere della trasparenza nell'amministrazione algoritmica*, in *Federalismi.it*, 9, 2025, pp. 141-167; L. Martucci, *Il fragile equilibrio tra l'intelligenza artificiale e la trasparenza nelle decisioni amministrative*, in *Amministrativamente*, 1, 2025, pp. 402-412; E. Tagliasacchi, *Il sindacato del giudice sull'attività amministrativa algoritmica tra etica benthamiana e "black box": il futuro ha un cuore antico?*, in *Contratto e impresa*, 1, 2025, pp. 26-33; M. Ramajoli, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2024, pp. 471-495; S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2023, pp. 515-548; A. Corrado, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione*

algoritmica e antropocentrica, in *Federalismi.it*, 5, 2023, pp. 175-215; C. Di Lello, *La trasparenza algoritmica del procedimento amministrativo “algoritmico”*, in *Iustitia*, 4, 2023, pp. 48-58; G. Lo Sapiò, *La black box: l’esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi.it*, 16, 2021, pp. 114-127; G. Pesce, *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l’algoritmo è opaco*, in *Judicium*, 15 June 2020; A. Mascolo, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2020, pp. 366-375; S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1, 2019, pp. 109-128;

9. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 4.
10. The variability and unreliability in AI systems stem from multiple sources that fundamentally differentiate them from traditional software. At their core, AI systems – especially those built on machine learning – operate on statistical and probabilistic principles rather than deterministic ones. This characteristic means that «*software ‘defects’ are not well defined*» in AI systems, requiring a reevaluation of traditional quality management techniques (P. Santhanam, *Quality Management of Machine Learning Systems*, in O. Shehory, E. Farchi, G. Barash (eds.), *Engineering Dependable and Secure Machine Learning Systems*, Springer, Cham, 2020, pp. 1-13). This variability can be categorized into two distinct types of uncertainty. «*Aleatoric uncertainty*» arises from random noise and data variability and is considered non-reducible, while «*epistemic uncertainty*» stems from model limitations and training data gaps, which can potentially be reduced through improved modeling strategies or additional data collection (H.B. Braiek, F. Khomh, *Machine Learning Robustness: A Primer*, in M. Lorenzi, M.A. Zuluaga (eds.), *Trustworthy AI in Medical imagining*, Elsevier, London, 2024, available at arXiv, pp. 4-5). Large Language Models (LLMs) exhibit a particularly challenging form of variability known as the “Model Variability Problem” (MVP), characterized by inconsistent sentiment classification, polarization, and uncertainty that arises from stochastic inference mechanisms, prompt sensitivity, and biases in training data (D. Herrera-Poyatos, C. Peláez-González, C. Zuheros, A. Herrera-Poyatos, V. Tejedor, F. Herrera, R. Montes, *An overview of model uncertainty and variability in LLM-based sentiment analysis. Challenges, mitigation strategies and the role of explainability*, 6 April 2025, available at arXiv, pp. 1-25). Even simple changes, such as rearranging the word order in prompts, can lead to different outputs, highlighting the models’ inherent inconsistency (M. Mock, S. Schmidt, F. Müller, R. Görge, A. Schmitz, E. Haedecke, A. Voss, D. Hecker, M. Poretschkin, *Developing trustworthy AI applications with foundation models*, 8 May 2024, available at Fraunhofer Publica, p. 20). In function-calling scenarios, studies have quantified this reliability issue by identifying «*fluctuating queries*» – inputs that yield different results across multiple attempts – demonstrating how non-determinism affects consistency in practical applications (N. Bhan, S. Gupta, S. Manaswini, R. Baba, N. Yadav, H. Desai, Y. Choudhary, A. Pawar, S. Shrivastava, S. Biswas, *Benchmarking Floworks against OpenAI & Anthropic: A Novel Framework for Enhanced LLM Function*

- Calling*, 23 October 2024, available at arXiv, p. 8).
11. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 13.
 12. *Ibid.*, § 14.
 13. On the topic of technical discretion and judicial review by administrative judges in Italy, cfr. F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, *passim*, e R. Labriola, *Discrezionalità tecnica e poteri del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2020, *passim*. See also C. Andreini, *La discrezionalità tecnica: evoluzione storica e avvento della sindacabilità giurisdizionale alla luce del passaggio dallo Stato autoritario allo Stato di diritto*, in *Il diritto amministrativo*, 12 March 2024; F. Liguori, *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. Indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità Indipendenti*, in *Munus*, 2, 2023, pp. 349-386; P. Carpentieri, *La discrezionalità tecnica e il suo sindacato, da un punto di vista logico*, in *Diritto e società*, 3, 2022, pp. 489-515; F. Orabona, *La discrezionalità tecnica ed il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni espresse dalla commissione esaminatrice*, in *Cammino Diritto*, 5, 2018, pp. 48-73; S. Cognetti, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Diritti e processo amministrativo*, 2-3, 2013, pp. 349-379; M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, pp. 1602-1635.
 14. *Ibid.*, § 10.1, 14. In this sense, the consolidated orientation of the Italian Supreme Administrative Court (*Consiglio di Stato*) is applicable: see, *inter alia*, Cons. St. (sec. VII), judgment of 20 June 2025, no. 5392; Cons. St. (sec. IV), judgment of 20 April 2023, n. 4019; Cons. St. (sec. IV), judgment of 1 March 2022, n. 1445; Cons. St. (sec. IV), judgment of 11 January 2021, n. 359; Cons. St. (sec. III), judgment of 9 December 2020, n. 7758; Cons. St. (sec. III), judgment of 9 June 2020, n. 3694; Cons. St. (sec. IV), judgment of 7 October 2019, n. 6753; Cons. St. (sec. III), judgment of 2 September 2019, n. 6058; Cons. St. (sec. V), judgment of 8 January 2019, n. 173; Cons. St. (sec. III), judgment of 21 November 2018, n. 6572; Cons. St. (sec. III), judgment of 7 March 2014, n. 1072; Cons. St. (Ad. Plen.), judgment of 3 February 2014, n. 8.
 15. *Ibid.*, § 14.
 16. T.L. Saaty, *A Scaling Method for Priorities in Hierarchical Structures*, in *Journal Mathematical Psychology*, 15(3), 1977, pp. 234-281; Id., *The Analytic Hierarchy Process (AHP)*, in *The Journal of the Operational Research Society*, 41, 1980, pp. 1073-1076; Id., *Decision Making for Leaders: The Analytic Hierarchy Process for Decisions in a Complex World*, Wadsworth Publishing, Belmont (California), 1982, *passim*; Id., *What Is the Analytic Hierarchy Process?*, in G. Mitra (ed.), *Mathematical Models for Decision Support*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1988, pp. 109-121; Id., *Decision Making with the Analytic Hierarchy Process*, in *Scientia Iranica*, 9(3), 2002, pp. 215-229). This structured approach simplifies complex decisions by breaking them down into more manageable components

that can be analyzed independently (B.I. Belinda, A.A. Emmanuel, N. Solomon, A.B. Kayode, *Evaluating Software Quality Attributes using Analytic Hierarchy Process*, in *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, 12(3), 2021, p. 168). The AHP methodology involves four fundamental steps: 1) problem decomposition to form a hierarchy of decision elements; 2) pairwise comparison of elements using a numerical scale (typically 1-9); 3) prioritization to calculate relative weights of elements; 4) synthesis to aggregate these priorities and determine rankings of alternatives (P. Mimović, J. Stanković, V.J. Milić, *Decision-making under uncertainty – the integrated approach of the AHP and Bayesian analysis*, in *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 28(1), 2015, pp. 869-870).

17. The reference is to the *Adunanza Plenaria* of the *Consiglio di Stato*, judgment of 14 December 2022, no. 16, which clarified that the AHP method «[...] non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti "confronti a due", con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni e non può sovrapporsi a valutazioni di merito spettanti all'amministrazione, salvi i casi di un uso distorto, logicamente incongruo, irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non condivisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica» (§ 30.2.).
18. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 14. In the same vein, see Cons. St. (sec. V), judgment of 29 March 2022, n. 2320; Cons. St. (sec. III), judgment of 29 May 2020, n. 3401; Cons. St. (sec. V), judgment of 27 December 2018, n. 7250; Cons. St. (sec. VI), judgment of 19 June 2017, n. 2969; Cons. St. (sezione III), judgment of 25 June 2016, n. 4364; Cons. St. (sec. V), judgment of 24 October 2016, n. 4415; Cons. St. (sec. III), judgment of 24 April 2015, n. 2050.
19. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 14.
20. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 14.
21. *Ibid.*
22. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 14.
23. On legal issues related to algorithmic bias and discrimination, see, *inter alia*, A. Poama, E. Fosch-Villaronga, *AI bias*, Oxford, Oxford University Press, 2025, *passim*; J. Dailey, *Algorithmic Bias: AI and the Challenge of Modern Employment Practices*, in *UC Law Business Journal*, 21(2), 2025, pp. 215-240; G.F. Lendvai, G. Gosztonyi, *Algorithmic Bias as a Core Legal Dilemma in the Age of Artificial Intelligence: Conceptual Basis and the Current State of Regulation*, in *Laws*, 14(3), 2025, pp. 1-15; J. Ruohonen, *On Algorithmic Fairness and the EU Regulations*, available at arXiv, 13 November 2024; L. Deck, J.L. Müller, C. Braun, D. Zipperling, N. Kühl, *Implications of the AI Act for Non-Discrimination Law and Algorithmic Fairness*, available at arXiv, 26 June 2024, pp. 1-9; H. Weertz, R. Xenidis, F. Tarissan, H.P. Olsen, M. Pechenizkiy, *Algorithmic Unfairness*

through the Lens of EU Non-Discrimination Law: Or Why the Law is not a Decision Tree, in *2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '23)*, June 12-15, 2023, Chicago, IL, USA, pp. 805-816; J. Adams-Prassl, R. Binns, A. Kelly-Lyth, *Directly Discriminatory Algorithms*, in *The Modern Law Review*, 86(1), 2023, pp. 144-175; European Union Agency for Fundamental Rights, *Bias in algorithms – Artificial intelligence and discrimination*, available at FRA website, 8 December 2022, pp. 1-101; A. Xiang, *Reconciling Legal and Technical Approaches to Algorithmic Bias*, in *Tennessee Law Review*, 88(3), 2021, pp. 649-724; T.B. Nachbar, *Algorithmic Fairness, Algorithmic Discrimination*, in *Florida State University Law Review*, 48, 2021, pp. 509-558. For a focus on this problem in the public sector, see S. Alon-Barkat, M. Busuioc, *Human-AI interactions in public sector decision making: “Automation bias” and “selective adherence” to algorithmic advice*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 33, 2023, pp. 153-169; J. Tomlinson, *Proving algorithmic discrimination in government decision-making*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 20(2), 2020, pp. 352-360.

24. In this regard, it has been observed that the «opaque nature of AI can be potentially dangerous to the right to a reasoned decision», as the «impossibility of understanding and validating the decision process of the system can both lead its users to doubt the reliability of the decision that is proved, and violate the right to a reasoned decision» (M. Dymitruk, *The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 13(1), 2019, p. 40). This issue is compounded by what Forti terms the «black box barrier», which «indicates the impossibility for external human observers to identify, understand, and replicate the reasoning patterns chosen by machine learning algorithms» (M. Forti, *Addressing Algorithmic Errors in Data-Driven Border Control Procedures*, in *German Law Journal*, 25/2024, p. 641). The distinction between “black-box” and “white-box” models helps clarify this issue. “White-box” models allow users to inspect internal mechanism and understand the rationale behind predictions, while “black-box” models operate with opaque internal processes that are not easily interpretable (J. Kim, H. Maathuis, D. Sent, *Human-centered evaluation of explainable AI applications: a systematic review*, in *Frontiers in Artificial Intelligence*, 17 October 2024, p. 2), Foundations models, which represent some of the most advanced AI systems today, exemplify this black-box nature, as they receive inputs and generate outputs with no human-interpretable explanation of their internal decision-making processes (M. O’Neill, M. Connor, *Amplifying Limitations, Harms and Risks of Large Language Models*, 6 July 2023, available at arXiv, pp. 12-13).
25. Cons. St. (sec. III), judgment of 20 October 2025, n. 8092, § 13.
26. On the obligation to provide reasons for algorithmic administrative acts, see L. Martucci, *Il fragile equilibrio tra l'intelligenza artificiale e la trasparenza nelle decisioni amministrative*, in *Amministrativamente*, 1, 2025, pp. 405-406; O. Mir, *The AI Act from the Perspective of Administrative Law: Much Ado About Nothing?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 30 September 2024, pp. 11-12; H.C.H. Hofmann, *Automated Decision-*

Making (ADM) in EU Public Law, in H.C.H. Hofmann, F. Pflücke (eds.), *Governance of Automated Decision-Making and EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2024, p. 20; S. Foà, *op. cit.*, pp. 530-547; A. Cerrillo i Martínez, *¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1(1-2), 2020, pp. 31-33; C. Napoli, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, p. 342; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2020, p. 293; J. Cobbe, *Administrative law and the machines of government: judicial review of automated public-sector decision-making*, in *Legal Studies*, 39, 2019, p. 648.

27. According to Article 6, point 2, of Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act), AI systems of the types listed in Annex III are always considered high-risk, unless they don't pose a significant risk to people's health, safety, or rights. Annex III lists some important activities carried out by public administration, such as critical infrastructure, access to and enjoyment of essential public services and benefits, migration, asylum and border control management. In these cases, public administration bodies shall ensure that artificial intelligence systems they deploy are compliant with the requirements set forth in Chapter III, Section II of the Regulation. Pursuant to the transparency obligations under Article 13, high-risk AI systems must be so designed as to enable the user to interpret the system's output and use it appropriately, and they shall be accompanied by comprehensive and clear instructions for use detailing their characteristics, capabilities, performance limitations, and expected levels of accuracy, thereby providing the administration with all necessary information for the proper and lawful use thereof. Furthermore, Article 14 establishes the requirement of human oversight, mandating that high-risk AI systems be supervised by one or more duly qualified human operators throughout their period of use. Such oversight must be substantive, affording the operator the full capacity to understand the system's processes and the authority to decide not to use the AI system, to disregard or overturn its output, and to intervene in or halt its operation at any given time. As a further requirement under Article 15, high-risk AI systems must be designed to achieve an appropriate level of accuracy, robustness, and cybersecurity throughout their entire lifecycle.
28. Article 14 of the bill approved by the Italian Senate on 20 March 2025, and currently under parliamentary discussion, entitled «*Use of artificial intelligence in public administration*», provides that «*1. Le pubbliche amministrazioni utilizzano l'intelligenza artificiale allo scopo di incrementare l'efficienza della propria attività, di ridurre i tempi di definizione dei procedimenti e di aumentare la qualità e la quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese, assicurando agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo. 2. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale avviene in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale, nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei*

procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale. 3. Le pubbliche amministrazioni adottano misure tecniche, organizzative e formative finalizzate a garantire un utilizzo responsabile dell'intelligenza artificiale e a sviluppare le capacità trasversali degli utilizzatori. 4. Le pubbliche amministrazioni provvedono agli adempimenti previsti dal presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».

29. See L. Shen, Z. Hu, *An Immune Evolutionary Algorithm with Punishment Mechanism for Public Procurement Expert Selection*, in *Mathematical Problems in Engineering*, 9 February 2021, p. 2, who correctly observes that «as a public procurer has less discretion to select any other bidder than the one awarded the highest score, the evaluation committee is critical because the quality and knowledge of the experts can significantly affect the final evaluation results». On the lack of specialized AI competences in the public sector, see the recent study by the European Commission's Joint Research Centre: R. Medaglia, P. Mikalef, L. Tangi, *Competences and governance practices for artificial intelligence in the public sector*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2024. The report highlights that the «skill gap» is one of the main barriers to AI adoption and underscores the difficulty that public administrations face in attracting and retaining technical talent due to slow hiring procedures and wage gaps with the private sector (p. 51). Furthermore, the study breaks down the necessary competences, emphasizing the need not only for generic IT skills but for specific literacy and know-how, such as understanding machine learning models (p. 32), prompt engineering (p. 35), and, above all, a specific «AI procurement literacy» (p. 46).
30. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 14.
31. Cons. St. (sec. III), judgment of 20 October 2025, n. 8092, § 13.
32. *Ibid.*
33. Explainable AI (XAI) represents «a set of techniques and methods to convert the so-called black-box AI algorithms to white-box algorithms, where the results achieved by these algorithms and the variables, parameters, and steps taken by the algorithm to reach the obtained results, are transparent and explainable» (F. Hussain, R. Hussain, E. Hossain, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): An Engineering Perspective*, available at arXiv, 10 January 2021, p. 1). A critical distinction in XAI is between «interpretability» and «explainability». Interpretability is an inherent property of a prediction algorithm that makes it directly understandable to users, while explainability is an acquired property of the decision process, usually implemented through external means. In other words, «interpretability reveals the internal structure of machine learning models [...]. Unlike interpretability, explainability is primarily focuses on external users of an AI systems» (S. Chalyi, V. Leshchynskyi, *Possible evaluation of the correctness of explanations to the end user in an artificial intelligence system*, in *Advanced Information Systems*, 7(4), 2023, p. 75).
34. Article 15 of the AI Act is dedicated to the requirements of accuracy, robustness, and cybersecurity for high-risk AI systems.
35. The Analytic Network Process (ANP) represents an evolution of AHP, extending the

methodology to address situations where interdependencies and feedback relationships exist between decision elements (T.L. Saaty, *Decision Making with Dependence and Feedback: The Analytic Network Process*, RWS Publications, Pennsylvania, 1996, *passim*). While AHP assumes a linear top-to-bottom hierarchical structure with independent relationships between elements at different levels, ANP extends this concept by incorporating interdependencies and feedback relationships between criteria and alternatives (M.C. Lee, *The Analytic Hierarchy and the Network Process in Multicriteria Decision Making: Performance Evaluation and Selecting Key Performance Indicators Based on ANP Model*, 2010, in G. Lee, D. Howard, D. Ślęzak (eds.), *Convergence and Hybrid Information Technologies*, Springer, Cham, 2011, p. 125).

36. J.J. Huang, C.Y. Chen, *Resource Allocation of Cooperative Alternatives Using the Analytic Hierarchy Process and Analytic Network Process with Shapley Values*, in *Algorithms*, 17, 152, 2024, p. 3.
37. The Model Contractual Clauses for AI (MCC-AI) are a standardized set of non-binding contractual terms drafted by the European Commission for use by public contracting authorities. Their primary purpose is to ensure that the public procurement of an AI system complies with the legal obligations stipulated in the EU's Artificial Intelligence Act. Two distinct versions of the clauses were elaborated: 1) MCC-AI-High-Risk, intended for AI systems identified as «*high-risk*» under the AI Act; 2) MCC-AI-Light, designed for AI systems that are not classified as «*high-risk*» but still warrant contractual safeguards, especially regarding transparency and explainability. Plus, an official commentary was elaborated, providing guidance on how to use, customize and apply the clauses in practice. The MCC-AI are not a standalone agreement but are designed to be incorporated as an annex into a broader procurement contract, addressing key areas such as risk management, data governance, transparency, technical documentation, and human oversight. MCC-AI and commentary are available on the European Commission website.
38. Indeed, «*tanto più è dettagliata l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica*» (Cons. St. (sec. V), judgment of 14 June 2023, n. 5854; in the same vein, see, *inter alia*, Cons. St. (sec. V), judgment of 3 February 2025, n. 839; Cons. St. (sec. V), judgment of 18 December 2024, n. 10195; Cons. St. (sec. III), judgment of 24 July 2024, n. 6677; Cons. St. (sec. V), judgment of 17 May 2024, n. 4440; Cons. St. (sec. III), judgment of 12 October 2023, n. 8893; Cons. St. (sec. III), judgment of 12 March 2021, n. 2118; Cons. St. (sec. V), judgment of 20 September 2016, n. 3911).
39. On the special requirements for participation in a tender, see E. Dalli Cardillo, *I requisiti di ordine speciale (Art. 100)*, in G.F. Cartei, D. Iaria (eds.), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici. Dopo il correttivo*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 1026-1039; V. Pampanin, *Commento all'Art. 100. Requisiti di ordine speciale*, in R. Villata, M. Ramajoli (eds.), *Commentario al Codice dei contratti*, Pacini Editore, Pisa, 2024, pp. 570-579; G. Caputi, *Art. 100. Requisiti di ordine speciale*, in A. Botto, S. Castrovinci Zenna (eds.), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2024, pp.

913-921.

40. On the principles of the new Public Contracts Code as criteria for exercising discretionary power, see M.R. Spasiano, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, in *Federalismi.it*, 10, 2025, pp. 191-234; L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 14(1), 2024, pp. 69-96; E. Quadri, *Il principio della fiducia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle prime applicazioni della giurisprudenza*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 4, 2024, pp. 1-15; E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti e le sue implicazioni*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2024, pp. 131-162; P. Marzaro, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un 'nuovo paradigma' di amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2024, pp. 441-460; M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, pp. 222-239.
41. On the Article 9 of AI Act, see *ex multis* M. Álvarez Fernández, *Risk Management System (Article 9)*, in A. Huergo Lora (ed.), *The EU Regulation on Artificial Intelligence: A Commentary*, Wolter Kluwers, Milano, 2025, pp. 139-181; P.S. Castellano, *Risk Management Systems as a Specific Obligation for High-Risk Artificial Intelligence Systems in Article 9 of the Regulation*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), *The European Union Artificial Intelligence Act. A Systematic Commentary*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025, pp. 567-594; J. Schuett, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 15, 2024, pp. 367-385.
42. On the Article 10 of AI Act, see *ex multis* A. Palma Ortigosa, *Data and Data Governance (Article 10)*, in A. Huergo Lora (ed.), cit., pp. 183-205; M. Loza Corera, *Data and Data Governance and Connections to Data Protection Principles in Article 10 of the Artificial Intelligence Act*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), cit., pp. 595-627.
43. On the Article 11 of AI Act, see *ex multis* G. Gallone, *Technical Documentation (Article 11)*, in A. Huergo Lora (ed.), cit., pp. 207-211; F. Ramón Fernández, *Quality Management Systems, Technical Documentation and Documentation Keeping in the Regulation*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), cit., pp. 629-647.
44. On the Article 12 of AI Act, see *ex multis* A.G. Orofino, *Record-Keeping (Article 12)*, in A. Huergo Lora (ed.), cit., pp. 213-216; W. Arellano Toledo, A. Merchán Murillo, *The Obligation to Keep Records of High-Risk Systems in the Artificial Intelligence Act*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), cit., pp. 649-663.
45. On the Article 13 of AI Act, see *ex multis* A.P. Ortigosa, *Transparency and Provision of Information to Deployers (Article 13)*, in A. Huergo Lora (ed.), cit., pp. 217-242; M. Estrella Gutiérrez David, *Transparency and Provision of Information to Deployers in Article 13 of the Artificial Intelligence Act*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), cit., pp. 217-242; pp. 665-716; K. Söderlund, *Hight-risk AI transparency? On qualified transparency mandates for oversight bodies under the EU AI Act*, in *Technology and*

Regulation, 2025, pp. 96-113; T. Gils, F. Heymans, W. Ooms, *From Policy to Practice: Prototyping The EU AI Act's Transparency Requirements*, 31 January 2024, available at SSRN: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4714345>.

46. On the Article 14 of AI Act, see *ex multis* G. Lazcoz Moratinos, *Human Oversight (Article 14)*, in A. Huergo Lora, cit., pp. 252-274; G. Lazcoz Moratinos, *Human Oversight or Monitoring in Article 14 of the Artificial Intelligence Act: A Mere Mandatory Requirement for High-Risk Systems?*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), cit., pp. 717-737; A.M. Corrêa, S. Garsia, A. Elbi, *Better together? Human oversight as means to achieve fairness in the European AI Act governance*, in *Cambridge Forum on AI: Law and Governance*, 1, 2025, pp. 1-17; M. Fink, *Human Oversight under Article 14 of the EU AI Act*, 14 February 2025, Available at SSRN: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5147196>; L. Enqvist, *'Human oversight' in the EU artificial intelligence act: what, when and by whom?*, in *Law, Innovation and Technology*, 2 (15), 2023, pp. 508-535.
47. On the Article 15 of AI Act, see *ex multis* O. Fernández Fernández, *Accuracy, Robustness and Cybersecurity (Article 15)*, in A. Huergo Lora, cit., pp. 276-296; A. Aba Catoira, *Accuracy and Robustness of High-Risk Artificial Intelligence Systems in Article 15 of the Artificial Intelligence Act*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), cit., pp. 739-760; M.E. Sánchez Acevedo, *Cybersecurity in High-Risk Artificial Intelligence Systems in Article 15 of the Artificial Intelligence Act*, in L. Cotino Hueso, D.U. Galetta (eds.), cit., pp. 761-784.
48. T.A.R. Lazio-Roma, cit., § 14.
49. Cons. St. (sec. III), judgment of 20 October 2025, n. 8092, § 13: «Risulta pertanto smentito per tabulas (...) che l'utilizzo dell'intelligenza artificiale abbia avuto un peso determinante ai fini dell'attribuzione di un punteggio tecnico elevato infavore di Dussmann, il che priva di rilevanza anche tutte le rimanenti argomentazioni dell'appellante, volte a censurare l'omessa valorizzazione delle osservazioni del consulente di parte, contenute nella relazione allegata agli atti del giudizio di primo grado».
50. On the *principio dispositivo con metodo acquisitivo*, see *ex multis* F. Saitta, *La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole*, in *Il Processo*, 1, 2025, pp. 105-132; L.R. Perfetti, G. Pesce, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2025, *passim*.
51. On the principle of *vicinanza della prova*, see *ex multis* G.M. Sacchetto, *L'onere della "vicinanza" della prova*, in *Diritto Processuale Civile e ADR*, 8-9, 2023, pp. 1852-1857; R. Rordorf, *Onere della prova e vicinanza della prova*, in *Jus Civile*, 1, 2023, pp. 11-18; R. Mazzariol, *Fatti costitutivi e vicinanza della prova*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 2023, pp. 578-613;
52. In this regard, see F. Saitta, *Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Judicium*, 15 June 2015, pp. 5-6, where the Authors observes that the concept of *disponibilità* set out in the Article 64 of the Administrative Procedure Code essentially coincides with the criterion of *vicinanza della prova*, whereby «ha l'onere di provare chi più vicino alla prova o, per dirla con le parole del codice, chi ha la disponibilità della prova». This provision, therefore, should not be confused with the

mere rule of allegation in the Civil Code (Article 2697), but constitutes the express legislative translation of the principle of proximity in administrative litigation, aimed at rebalancing the asymmetry between the administration and private parties.

53. In this regard, see C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16, 2019, pp. 17-18, who, in order to ensure transparency in administrative decision-making, advocate for the intervention of «*algoritmisti*», a sort of court-appointed expert with IT skills who has the task of certifying the correctness of a certain algorithm. Similarly, see M.B. Neitz, *op. cit.*, p. 155, who proposed providing judges with full-time in-house «*Tech Advisors*» who would serve as neutral experts to help judges and their staff understand complex technological issues, similar to «*Chief AI Officers*» in executive agencies or «*Tech Fellows*» in Congress. Nonetheless, practical challenges remain even when an expert consultant is appointed: in an interesting case dealt by the *Consiglio di Stato* (sec. VI), judgment of 13 January 2023, n. 448) where an expert consultant was asked to acquire and analyze the operating system of a smartphone, the request was deemed «*impractical*» due to the immense volume of documentation and source code (hundreds of thousands, if not millions, of pages) and the difficulty of verifying if the executable code matched the source code. This challenge is magnified in AI models, because they exist as trained neural networks with billions of numerical weights rather than interpretable source code, and the relationship between training code and final model parameters is non-deterministic and cannot be verified through traditional code analysis methods.
54. T.A.R. Lazio-Roma, *cit.*, § 14.
55. A recent Stanford University study (W. Liang, Y. Zhang, M. Codreanu, J. Wang, H. Cao, J. Zou, *The Widespread Adoption of Large Language Model-Assisted Writing Across Society*, available at arXiv, 17 February 2025, pp. 1-23) provides systematic evidence of rapid LLM adoption across multiple domains, analyzing over 687,241 consumer complaints, 537,413 corporate press releases, 304.3 million job postings, and 15,919 UN press releases. In particular: 1) LLM usage surged following ChatGPT's release in November 2022, with adoption occurring 3-4 months after launch; 2) by late 2024, 18% of financial consumer complaint text appears to be LLM-assisted; 3) up to 24% of corporate press releases are attributable to LLMs; 4) nearly 14% of United Nations press releases show LLM assistance; 5) 10-15% of job postings from small firms use LLM-assisted writing. Also McKinsey's 2024 Global Survey on AI findings demonstrated that: 1) 78% of organizations now use AI in at least one business function, up from 72% in early 2024 and 55% in 2023; 2) 71% of organizations regularly use generative AI, up from 65% in early 2024; 3) for the first time, most organizations are using AI in more than one business function, with companies averaging three business functions using AI (A. Singla, A. Sukharevsky, L. Yee, M. Chui, B. Hall, *The state of AI. How organizations are rewiring to capture value*, available at McKinsey website, 12 March 2025).
56. Despite their impressive capabilities, LLMs encounter substantial technical limitations such as the lack of transparency and interpretability in how these models generate their

outputs. As LLMs become more sophisticated, their decision-making processes grow increasingly opaque, creating significant obstacles for applications where understanding the reasoning behind recommendations is essential (S. Ahmed and others, *BELL: Benchmarking the Explainability of Large Language Models*, available at arXiv, 22 April 2025, pp. 1-2). With the advent of Large Language Models (LLMs), even the field of Explainable AI (XAI) has faced new challenges and undergone significant transformation. The complexity and advanced capabilities of LLMs have made XAI methods insufficient, necessitating new approaches. The very ability to «open the black box» has become increasingly limited with LLMs (U. Ehsan, M.O. Riedl, *Explainable AI Reloaded: Challenging the XAI Status Quo in the Era of Large Language Models*, available at arXiv, 13 August 2024, p. 1), shifting XAI's focus from merely exposing internal mechanisms to enhancing the productivity and applicability of these models in real-world settings (X. Wu and others, *Usable XAI: 10 Strategies Towards Exploiting Explainability in the LLM Era*, available at arXiv, 18 May 2025, pp. 1-43). However, research on explainability and transparency for LLMs remains in early stages, indicating substantial unexplored potential and challenges ahead (T. Shen and others, *Large Language Model Alignment: A Survey*, available at arXiv, 26 September 2023, p. 49).

57. The most widely documented and concerning limitation of LLMs is their propensity for «hallucinations» – the generation of plausible but factually incorrect or nonsensical information –, as LLMs generate responses based on statistical patterns rather than retrieving facts from reliable sources (J. Shao, J. Tong, Q. Wu, W. Guo, Z. Li, Z. Lin, J. Zhang, *WirelessLLM: Empowering Large Language Models Towards Wireless Intelligence*, available at arXiv, 26 September 2023, p. 3). The hallucination problem is particularly acute in specialized domains, with studies showing that ChatGPT generates hallucinated content in approximately 19.5% of responses (J. Li, X. Cheng, W.X. Zhao, J.U. Nie, J.R. Wen, *HaluEval: A Large-Scale Hallucination Evaluation Benchmark for Large Language Models*, available at arXiv, 23 October 2023, pp. 1-6) and can produce fabricated references in research contexts (S.A. Athaluri, S.V. Manthena, V.S.R.K.M. Kesapragada, V. Yarlagadda, T. Dave, R.T.S. Duddumpudi, *Exploring the Boundaries of Reality: Investigating the Phenomenon of Artificial Intelligence Hallucination in Scientific Writing Through ChatGPT References*, in *Cureus*, 15(4), 2023, pp. 1-5).
58. LLMs also suffer from significant bias and fairness issues, as they inherit and can amplify biases present in their training data (M.A. Bouchiha, Q. Telnoff, S. Bakkali, R. Champagnat, M. Rabah, M. Coustaty, Y. Ghamri-Doudane, *LLMChain: Blockchain-based Reputation System for Sharing and Evaluating Large Language Models*, in 2024 IEEE 48^b Annual Computers, Software, and Applications Conference (COMPSAC), 2 July 2024 to 4 July 2024, Osaka (Japan), p. 439). These biases can relate to gender, race, socioeconomic status, and other demographic factors, potentially leading to discriminatory outputs and perpetuating existing social inequalities (N. Hicham, H. Nassera, S. Karim, *Strategic Framework for Leveraging Artificial Intelligence in Future Marketing Decision-Making*, in *Journal of Intelligent Management Decision*, 2(3), 2023,

- p. 145). The presence of biased training data means that LLMs may produce outputs that reflect societal prejudices while appearing objective and authoritative (G. Tolomei – C. Campagnano, F. Silvestri, G. Trappolini, *Prompt-to-OS (P2OS): Revolutionizing Operating Systems and Human-Computer Interaction with Integrated AI Generative Models*, in 2023 IEEE 5th International Conference on Cognitive Machine Intelligence (CogMI), pp. 131-132).
59. In this regard, see E.M. Bender, T. Gebru, A. McMillan-Major, S. Shmitchell, *On the Dangers of Stochastic Parrots: Can Language Models Bee Too Big?*, in *FAccT '21: 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, March 3-10, 2021, Canada, pp. 614-623, where the Authors introduced the term «stochastic parrots» to describe LLMs, suggesting they are adept at mimicking language based on statistical patterns from massive training data but lack any true understanding of meaning. In particular, it has been argued that while LLMs show impressive performance on benchmarks, they are not performing true natural language understanding. They are trained only on linguistic form, not its corresponding meaning.
60. On the use of artificial intelligence in Italian public procurement, see G.F. Licata, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *CERIDAP*, 2, 2024, pp. 30-63; R. Esposito, *Il principio (di conservazione) dell'equilibrio contrattuale tra risultato e intelligenza artificiale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024, pp. 1-12; A. Corrado, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, 19, 2023, pp. 128-154; D. Diaco, *Fidarsi è bene, non fidarsi è...? L'Intelligenza Artificiale entra nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, pp. 119-152; M. Ippolito, *L'implementazione delle tecnologie emergenti nel processo di automazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. Alcune riflessioni a margine del D.Lgs n. 36/2023*, in *PA Persona e Amministrazione*, 14(1), 2024, pp. 579-606. For an international perspective, see K.S. Aboelazm, *A new era of public procurement: critical issues of procuring artificial intelligence systems to produce public services*, in *International Journal of Law and Management*, 14 March 2025, pp. 1-24; K. McBride, C. van Noordt, G. Misuraca, G. Hammerschmid, *Towards a systematic understanding on the challenges of public procurement of artificial intelligence in the public sector*, in Y. Charalabidis, R. Medaglia, C. van Noordt (eds.), *Research Handbook on Public Management and Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2024, pp. 62-78; M. Hickok, *Public procurement of artificial intelligence systems: new risks and future proofing*, in *AI & Society*, 39, 2024 pp. 1213-1227; T.C. Oliveira, A.L. Monteiro da Rocha, M. Scatolino de Rezende, *Alice:Desafios, resultados e perspectivas da ferramenta de auditoria contínua de compras públicas governamentais com uso de inteligência artificial*, 26, 2022, pp. 296-308.
61. Law No. 132 of 23 September 2025, containing «*Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*». For an initial comment on the provisions of the bill of this Law related to use of AI the public sector, cfr. C. Polidori, *Procedimento amministrativo e algoritmi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2025, pp. 4-22; A. Di

Filippo, *L'intelligenza artificiale nella Pubblica Amministrazione: sfide, minacce, opportunità*, in *Azienditalia*, 11, 2024, pp. 1212-1213; A. Lirosi, *L'intelligenza artificiale nel diritto amministrativo – tra riserva di umanità e necessità di garantire una maggiore efficienza amministrativa*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2024, pp. 130-131; P. Miele, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2024, pp. 157-159.

62. Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence. For an initial comment on the relationship between the AI Act and the use of AI in the public sector, see V. D'Antino, *L'approccio basato sul rischio nell'AI Act: un nuovo paradigma di regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, 18, 2025, pp. 15-35; G. Gallone, *L'improcrastinabile esigenza di tracciare una via "italiana" per l'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo. Opportunità e legittimità di un intervento regolatorio nazionale a corredo dell'AI Act*, in *Giustizia Insieme*, 26 June 2025; V. Neri, *AI Act e diritto amministrativo*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2025, pp. 1-19; S. Weertz, *Generative AI in public administration in light of the regulatory awakening in the US and EU*, in *Cambridge Forum on AI: Law and Governance*, 1, 2025, pp. 1-19, esp. 10-16; S. Francario, *AI Act e pubblica amministrazione*, in *Giustizia Insieme*, 31 October 2024; O. Mir, *The AI Act from the Perspective of Administrative Law: Much Ado About Nothing?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 30 September 2024, pp. 1-13; T. Monaco, *L'amministrazione digitale: principi e prospettive al banco di prova della regolazione italiana e comunitaria (dell'Unione Europea)*, in *Politica.eu*, 1, 2024, pp. 179-203.
63. On which see footnote 27.

Al di là della dicotomia command and control – market based instruments: l’evoluzione della mano pubblica nella funzionalizzazione del contratto

Marco Gugliandolo

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-35

Premessi cenni sui mutamenti della costituzione economica europea ed interna, l’articolo intende affrontare l’evoluzione della funzionalizzazione del contratto per finalità ambientali, con particolare riferimento ai contratti pubblici e ai criteri ambientali minimi, aggiungendo altresì alcune riflessioni relative alla sua capacità di porsi come strumento di amministrazione condivisa, sebbene con alcune criticità, per effetto del principio di sussidiarietà orizzontale. Più nel dettaglio, si riscontra un intervento dei pubblici poteri sempre più pervasivo, in grado di superare l’odierna differenziazione tra strumenti command and control e strumenti di mercato, ma che richiede un delicato bilanciamento tra libertà d’iniziativa economica e interessi ambientali, oltre che adeguata consapevolezza e proporzionalità dell’azione amministrativa.

Exploring the dichotomy between command and control versus market-based instruments: the evolution of the public sector in functionalising contracts

After providing an overview of the changes in the European and domestic economic constitution, the article discusses how contracts are being functionally adapted for environmental purposes, particularly focusing on public contracts and minimum environmental criteria. It also reflects on their potential to act as a tool for shared administration, despite facing some critical issues related to the principle of horizontal subsidiarity. More specifically, there is increasingly pervasive intervention

by public authorities, capable of overcoming the current differentiation between command and control instruments and market instruments, but requiring a delicate balance between freedom of economic initiative and environmental interests, as well as adequate awareness and proportionality of administrative action.

Sommario: 1. La rieespansione della mano pubblica nella tutela dell'ambiente. Dal Green New Deal ai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza e al Regolamento Tassonomia. Al di là della distinzione command and control – market based instruments.- 2. Il consumo come leva per lo sviluppo sostenibile: cenni sulla funzionalizzazione del contratto.- 3. Sussidiarietà e contratto anche in dinamiche non mercantili: il caso dell'amministrazione condivisa dei beni comuni attraverso strumenti consensuali.- 4. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa tra capacità di diritto pubblico e diritto privato: i contratti pubblici come strumento di politica economica.- 5. Natura, funzione e collocazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di gara. Alcune considerazioni sulla loro cogenza attraverso la lente del regime di impugnabilità della legge speciale.- 5.1 Completezza e regime di impugnazione del bando.- 6. La funzione avvolgente dei principi in un codice che aspira all'autosufficienza. Il bilanciamento in concreto alla luce del principio della fiducia e del principio del risultato in materia ambientale.- 7. Il principio di equivalenza delle offerte.- 8. Riflessioni finali sugli elementi di comando e controllo negli acquisti verdi e nei moduli consensuali: tanto rumore per nulla?

1. La rieespansione della mano pubblica nella tutela dell'ambiente. Dal Green New Deal ai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza e al Regolamento Tassonomia. Al di là della distinzione *command and control – market based instruments*

Nell'ambito delle politiche ambientali, è ben nota la distinzione tra modelli di tutela *command and control* e *market based*, nonché il presupposto sottostante e fondativo. I primi, in linea teorica, sarebbero caratterizzati da un intervento

pubblico di natura autoritativa sviluppabile nei due momenti del *command*, ove è stabilito un determinato comportamento da osservare, e il momento del *control*, cioè di verifica *ex ante* o *ex post* dei requisiti richiesti dalle regole tecniche a cui può seguire il rilascio di un'autorizzazione (come nel caso dei procedimenti amministrativi ambientali) o una sanzione. Nel complesso, si sostanzierebbero in un dominio dei pubblici poteri e delle relative articolazioni, operanti in uno schema, potremmo dire, antagonista rispetto all'iniziativa economica privata. I secondi, invece, lascerebbero spazio, più o meno ampio, all'autonomia dei *cives*. Almeno in apparenza, il principale discriminante consisterebbe nell'asserita presenza o assenza dell'intervento pubblico. Ciò è vero solo in parte: come notato da autorevole dottrina^[1], la distinzione ha una valenza meramente scolastica^[2], sebbene ancora dotata di una certa portata descrittiva. La collocazione teorica degli stili di politiche ambientali, ormai, è sempre più rimessa a una valutazione casistica e sembrerebbe svincolarsi, almeno nel loro progredire, da logiche tassonomiche. Ad ogni modo, addentrandoci ulteriormente nella tesi sopraesposta, non può essere ignorato, in primo luogo, che l'intervento pubblico si trasconde anche sul piano degli strumenti di mercato, poiché si pone come momento, perlomeno, presupposto all'intervento privato^[3], ma altresì nuovamente conformativo dello stesso. A ciò non può considerarsi che la rilettura di tale distinzione teorica andrebbe, infatti, riletta alla luce di una costante integrazione delle istanze ambientali nei più svariati settori della vita umana. Tale constatazione è supportata da un costante lavoro di interpretazione evolutiva degli istituti esistenti, come ad esempio il contratto, di cui si discuterà più lungamente nel proseguito della trattazione, unitamente ad interventi politici e normativi che suggeriscono un rinnovato protagonismo dei poteri pubblici^[4]. Soffermandoci su questo unico punto, il periodo segnato dall'emergenza pandemica ha condotto i legislatori, sovrnazionale e dei singoli Stati membri, a intervenire specificamente e tempestivamente sulla tutela dell'ambiente, individuando e facilitando obiettivi di conversione dell'economia in ottica di transizione ecologica ed energetica, risvegliando, segnatamente, un certo interesse nei confronti della pianificazione e della programmazione dell'economia, oltre che una forte rilettura del diritto antitrust^[5]. Sul punto, fulgido esempio è rappresentato dalla maggiore propensione del legislatore europeo a ridurre a sistema iniziative sparse, avvenute sia sul piano delle *hard laws*, sia sul piano delle *soft laws*, attraverso, da un lato,

Direttive e Regolamenti cumulativi (c.d. “Pacchetti”) o di sistema pervasivi e, dall’altro, documenti che possono essere definiti come le pietre angolari del nuovo sistema delle politiche ambientali dell’Unione Europea. Si parla, infatti, dell’*European Green Deal*, del Regolamento Tassonomia e del *Next Generation UE*, il cui apporto avvolgente è tratto distintivo di un mutamento della costituzione materiale economica dell’Unione Europea identificabile nel rinnovamento dei tratti dell’economia sociale di mercato^[5].

Approcciando con l’ordine proposto, può dirsi che l’*European Green Deal* si pone come documento politico non vincolante, ma non per questo, meno rilevante. Rispetto alla sua natura del documento, altro non è che una delle tante comunicazioni che la Commissione europea, nel corso degli anni, ha reso. Rientra, infatti, nell’ambito delle numerosissime *soft laws* prodotte nell’ordinamento europeo^[6] classificabile a cavallo tra le *pre-laws* e le *post-laws*^[7]: da una parte, la natura di *pre-law* emerge nella misura in cui ha condotto, tramite l’insistenza sul clima e sull’economia circolare, ad esempio, alla “Legge europea sul clima” e ad ampliare il Pacchetto “Economia circolare”; dall’altra, invece, la natura di *post-law* ha sensibilmente modificato e riorientato i numerosi documenti strategici e atti di indirizzo pubblicati negli anni precedenti. Si vede, la necessità di «*modificare l’industria e la catena di valore*»^[8] è non solo incidentale al mercato, pertanto, ma fondante il nuovo mercato, bisognoso di una conformazione dall’interno e, non più, di soli limiti esterni ad un’iniziativa economica che permane libera ma che può, in presenza di valori primari, come quelli ambientali, essere soggetta a opportuna funzionalizzazione. Quest’ultima propensione è un difetto connaturato della tradizionale impostazione dei *modelli command and control*: in passato molto utili sul piano del *come non produrre*, ma poco efficaci nel suggerire come farlo, in quali settori, con quali prospettive^[9]. Tale considerazione, tuttavia, muta di significato se si pensa che l’intervento pubblico si sposta così di asse, rendendo progressivamente obbligatoria la produzione *green*, non negando tuttavia l’intervento di “pungoli”. Si ravvisa, in questo tentativo, il ricorso a una nuova sistematizzazione dei riferimenti politici e normativi: sul piano degli atti d’indirizzo, come nel caso del *Green Deal*; sul piano degli investimenti, come previsto dal Regolamento Tassonomia; di produzione in sé e per sé considerata, aggiornando il Pacchetto “Economia Circolare”. A Trattati invariati^[10], nei fatti, cambiano le premesse e le basi

giuridiche del mercato europeo e di ogni suo singolo elemento costitutivo. Ciò è altresì incoraggiato dalla necessità di rivedere la cornice di funzionamento delle norme tecniche prodotte dagli organismi di normalizzazione, per consentirne la penetrazione fin dentro gli aspetti progettuali e di gestione dei processi produttivi e una maggiore aderenza allo spirito delle direttive europee in termini di pubblicità e trasparenza sul mercato. Si pensi, sul punto, alla recente Direttiva (UE) 2024/825, c.d. “Green Claims”, che nei propri “Considerando”, condanna apertamente pratiche come l’obsolescenza precoce dei prodotti elettronici attraverso una progettazione o lavorazione non opportuna, e che negli articoli successivamente introduce anche con riferimenti particolarmente precisi^[11]. Ancora, tale ricostruzione applicativa non può però omettere anche la razionalizzazione teorica compiuta dal legislatore europeo nel definire i beni, materiali e immateriali, che emergono nella ricostruzione del bene ambiente, nonché nelle ulteriori possibilità che la mano pubblica può sfruttare per una loro valorizzazione e, altresì, il loro progressivo ripristino, e che l’elaborazione dello stesso *European Green Deal* ha reso inevitabile. Meritevole di menzione è, in questo senso, il Regolamento (UE) 2024/1991, noto anche come “*Nature Restoration Law*”, che dota il diritto dell’Unione Europea di un compendio teorico vasto e duttile, poiché amplia lo spettro di significati che le componenti ambientali, intesi come complessi dinamici, possono assumere nel loro divenire e nel loro reciproco integrarsi in “ecosistemi” e in “biodiversità”, nonché le loro interdipendenze vitali. Si supera, in questo senso, l’approccio per singole matrici ambientali, particolarmente fortunato nelle precedenti stagioni del diritto dell’ambiente, preferendone invece uno “per interazioni”, dove l’essere umano è uno degli attori che armonicamente deve inserirsi in questo disegno da cui trae utilità economiche e dei cui equilibri deve farsi carico^[12]. Anche qui, si nota, le disposizioni che rimandano all’obbligatorietà sono diversi, concretizzandosi in forme di intervento pubblico pianificate per obiettivi da parte degli Stati membri secondo una logica multilivello^[13].

Tale corredo di iniziative politiche e normative ha realizzato una spinta sistemica che è stata anche ispiratrice di un meccanismo inverso di sintesi costituzionale, come nel caso della Costituzione italiana^[14]. In un siffatto quadro, se non era del tutto scontato aspettarsi una modifica della Costituzione, per giunta nel suo *cuore pulsante*, ossia il suo assetto valoriale, collocata in una visuale logico-

giuridica consequenziale appare invece la modifica dell'art. 41, co. 2-3, Cost. Per quanto concerne il secondo comma, si è aggiunto che l'iniziativa economica non può porsi in contrasto con l'ambiente e la salute. Ancora, soffermandoci sull'ultimo comma, adesso prevede che con legge possano essere determinati i programmi e i controlli opportuni finché l'economia sia orientata, oltre che a fini sociali, anche ambientali. Si ha, così, un *rispolvero* di una disposizione che sembrava ormai aver perso attualità. Rileggendo complessivamente l'art. 41 Cost., si può notare, l'iniziativa pubblica non ha una vera e propria copertura costituzionale^[15], ma ai poteri pubblici è attribuita la facoltà di influenzare l'attività economica attraverso l'internalizzazione di modalità di bilanciamento sempre più sofisticate. Se l'art. 9 Cost. formalizza il valore a cui aspirare, cioè la tutela dell'ambiente in tutte le sue componenti e interazioni, è invece all'art. 41 della Carta che è indicato il *come*, demandando al legislatore le modalità di intervento, nonché l'assegnazione dei compiti^[16]. Si dà così forma, per la prima volta, e forse in anticipo rispetto ad altre carte fondamentali degli altri Paesi europei, una coerenza ordinamentale prima solamente abbozzata, in maniera impropria e forzata, come si vedrà nel paragrafo successivo.

2. Il consumo come leva per lo sviluppo sostenibile: cenni sulla funzionalizzazione del contratto

Si è detto che gli istituti già esistenti sono stati riletti alla luce delle rinnovate considerazioni ambientali. Prima ancora della riforma, l'ancoraggio interpretativo trova, in primo luogo, sede nel Titolo I del Testo Unico dell'Ambiente (com'è usualmente denominato il d.lgs n. 152/2006), in particolare in due disposizioni: nell'art. 3-ter e nell'art. 3-quater, co. 1, per come modificato nel 2008, collocate tra i principi per l'azione a tutela dell'ambiente. Significativo il dettato contenuto all'art. 3-quater, sul quale è pertanto necessario soffermarsi momentaneamente. Al primo comma, esso prescrive che «*ogni attività umana giuridicamente vincolante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*»; nei commi successivi, invece, sono specificate i campi applicativi e i suoi caratteri, essenzialmente delineati sul principio dell'uso accorto

delle risorse. È in questa sede che si ha, pertanto, un primo recepimento del principio dello sviluppo sostenibile e della figura delle generazioni future nella loro necessaria interdipendenza^[17]. Per quanto concerne il primo, tralasciando l'ingente quantitativo di volte in cui l'espressione ricorre nei documenti avente mero valore politico sul piano internazionale, esso è sì menzionato nei Trattati dell'Unione Europea o nella Carta di Nizza, ma fino a poco prima della citata novella del Testo Unico Ambiente, i richiami all'interno del nostro ordinamento sono stati sparsi e di modesta utilità pratica, perlopiù paragonabili a timide risposte seguite alle interlocuzioni internazionali. La categoria delle generazioni future, invece, fa la sua prima vera comparsa nel nostro ordinamento giuridico ben prima della citata riforma dell'art. 9 Cost. avvenuta nel 2022, in una sede certamente rilevante, ma formalmente poco consona a ospitare, almeno per la prima volta, una categoria giuridica così innovativa e dal forte contenuto simbolico.

L'art. 3-ter, invece, richiede che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi sia compito degli enti pubblici e privati, e delle persone giuridiche e fisiche.

Nonostante i difetti redazionali del Testo Unico dell'Ambiente, che possono riscontrarsi nell'uso di formule come il limite dell'applicabilità «*alle attività rilevanti ai sensi del codice*», non può tuttavia non ravvisarsi l'importanza del combinato disposto in parola e, in particolare, non possono essere ignorati i riflessi sull'istituto del contratto e la sua capacità costruttrice^[18]. Di tal guisa, infatti, ancor prima della riforma costituzionale di cui si è discusso, sono poste le basi per la funzionalizzazione dell'attività economica e, di conseguenza, negoziale, la quale però si atteggia differentemente a seconda che si parli di autonomia privata degli enti pubblici o dei cittadini. Soffermandoci momentaneamente sull'autonomia privata, tale dato, oggi, troverebbe una duplice copertura costituzionale: da un lato, il dato contenuto all'art. 118, co. 4, Cost., permetterebbe di favorire l'attività dei privati nel dare vita ad attività in grado di perseguire l'interesse generale, in accordo anche con la prospettiva solidaristica e personalista avvolgente la Costituzione^[19]. Ne discenderebbe la possibilità di discorrere, oggi, a maggior ragione, di “contratto ecologico”. Precisare è però, in questo caso, necessario. Sebbene ciò faccia pensare alla creazione di una categoria autonoma e distinta, sul solco di una proliferazione delle categorie contrattuali, in verità tali considerazioni vanno esposte offrendo una prospettiva più ampia.

Infatti, non si fa riferimento alla creazione di un nuovo paradigma contrattuale, ma, più propriamente, a una sua evoluzione. La citata dottrina, infatti, prospetta una diversa capacità allocativa delle risorse e dei beni all'interno del mercato attraverso il contratto, la cui funzione economico-sociale, nota più comunemente come “causa del contratto”^[20], non sarebbe unicamente lo scambio e la circolazione dei beni, ma, diversamente, quella di «*gestione e godimento dei beni comuni*», dove interessi patrimoniali egoistici sono accompagnati da altri che, invece, non sarebbero suscettibili di una stretta valutazione economica e la cui caratura sarebbe meta-individuale^[21]. Su quest'ultimo solco, in linea teorica, sarebbe possibile porre il principio dello sviluppo sostenibile all'interno dell'ordine pubblico costituzionale: pertanto, a una sua violazione potrebbe conseguire la caducazione *ex tunc* del regolamento negoziale.

In secondo luogo, al controllo di liceità della causa, si affiancherebbe altresì, in via interpretativa, quello di meritevolezza degli interessi perseguiti nel regolamento negoziale, tenendo anche qui in considerazione la forte proiezione personalista e solidaristica che la Costituzione impone alla luce di una lettura congiunta degli artt. 2, 3, 41 della Costituzione, tale da controllare la compatibilità di contratto con l'assolvimento di finalità di carattere ambientale^[22]. Tali assunti, però, non trovano ancora un'armonica e perfetta corrispondenza all'interno del nostro ordinamento, certamente responsivo alle istanze di natura ambientale ma, effettivamente, bisognoso comunque di una intermediazione del legislatore^[23]. Ciò può anche ravvisarsi sul piano testuale del nuovo art. 41 Cost., dove i limiti di cui al secondo comma possono essere letti come limiti, piuttosto, esterni^[24]. Ciononostante, i presupposti cennati appaiono maturati alla luce del mutato quadro europeo e nazionale e ben si instradano sulla necessità di cambiare la catena di valori prospettata dal *Green Deal*, consistente in un “tracciamento” e un controllo dei beni, non limitando la sfera di pertinenza del contratto unicamente ai rapporti giuridici che costituisce, modifica o estingue in base al contenuto previsto dalle parti, ma che può ampliarsi fino a comprendere la storia produttiva del bene eventualmente oggetto dello scambio e del quale diventa al tempo stesso fonte (si pensi agli obblighi informativi rivolti al consumatore). Gli operatori economici, attraverso il contratto, di tal guisa, disegnerebbero quel che viene definito “mercato unico sostenibile” su presupposti regolatori nuovi e, per molti versi, differenti a quelli meramente volti a rendere o correggere un mercato

concorrenziale, ma maggiormente improntati a gestire le attuali e future risorse con la consapevolezza della loro scarsità^[25], che però devono essere accompagnati da un intervento più pervasivo del legislatore nel ridurre altresì il grado di asimmetria informativa riguardante ogni trattativa. In pratica, si otterrebbe una vera e propria “traslazione” dei principi sottostanti i modelli *command and control* all’interno delle dinamiche più propriamente di mercato, rendendo la distinzione tra questi e i modelli economici sempre più tenue, se non superata. Tornando alle argomentazioni momentaneamente interrotte, pertanto, tali rinnovate letture interpretative del contratto acquisiscono tangibile portata all’interno dell’ordinamento e sfruttano la figura del consumatore non sotto un profilo meramente “unidimensionale”, ma che diviene parte attiva di un progetto più ampio, all’interno del quale le sue scelte fungono da leva per le più disparate finalità, tanto di natura ambientale, quanto di natura sociale, in un terreno negoziale che mira a realizzare, oltre che gli interessi di consumatore e venditore, anche quelli della generalità indistinta dei consociati: ossia, possiamo dire, come impulso alla diffusione della c.d. “*corporate social responsibility*” e, in tutto e per tutto, strumento di una transizione economica giusta e sostenibile. In un ordinamento in cui l’iniziativa economica è libera e diffusa, ciò può avere un potenziale determinante, ma la cui efficienza può essere maggiormente notata, controllata e sfruttata allorquando tali scelte di consumo possano effettivamente essere preventive, accentrate e, pertanto, controllate. Tuttavia, il principio di sussidiarietà orizzontale potrebbe spingersi oltre.

3. Sussidiarietà e contratto anche in dinamiche non mercantili: il caso dell’amministrazione condivisa dei beni comuni attraverso strumenti consensuali.

Il principio di sussidiarietà, già si nota da quanto brevemente esposto, ha in generale una portata tale da spiegare le sue potenzialità in contesti ordinamentali diversissimi, e non sempre prevedibili. Introdotto inizialmente nelle dinamiche di diritto interno^[26] per consentire una rapida e funzionale allocazione delle competenze legislative e amministrative, sul solco di una compagna di federalizzazione della forma di Stato iniziata dapprima con le riforme c.d. Bassanini, e impresse poi nel testo costituzionale attraverso la riforma del Titolo

V con la famosa l. cost. n. 3/2001, ben presto ha espresso la sua forza, potremmo dire, “deformalizzante”^[27]. Non a caso, in dottrina, è associata all’emersione del diritto c.d. “mite”, e alla crisi del sistema delle fonti del diritto^[28], in cui a nuovi documenti viene riconosciuta una concreta efficacia giuridica. Ci si riferisce, in questo caso, al crescente ricorso a moduli consensuali nelle dinamiche cooperative nell’ambito dei rapporti tra Stato, Regioni ed Enti locali; ma da non sottovalutare è il caso in cui, diversamente, la consensualità permetta di ampliare le maglie del principio democratico in seno allo stesso circuito istituzionale, fino a concretizzarsi in ipotesi di amministrazione condivisa. In tali circostanze, il principio di sussidiarietà, anziché isolare compiti e allocare responsabilità attraverso l’inerzia di un potere pubblico in favore di un altro, può generare momenti di ravvicinamento volontari di attori diversi, pubblici e privati, posti in posizione paritaria, e le divisioni dei compiti divengono, invece, concertate. Pensando al dettato del cennato art. 3-ter, T.U.A., la materia ambientale diventa uno dei migliori ambiti possibili in cui sperimentare attività amministrativa condivisa. Invero, è naturale che questa attitudine ben si attaglia nel caso della pianificazione nell’ambito del governo del territorio: pertanto, anche al di fuori delle dinamiche prettamente mercantili. Sul punto, la questione dei contratti avente ad oggetto la cura di un bene comune è centrale. L’esempio maggiormente conosciuto è quello dei c.d. “contratti di fiume”, o ad oggetto analogo, come i contratti di costa, bacino o di foce, che a volte sono predisposti congiuntamente, nell’ambito di una pianificazione del territorio di più ampio respiro^[29]. Essi, nati nel contesto internazionale ed europeo, hanno per oggetto la cura del patrimonio fluviale da parte delle amministrazioni coinvolte e dei privati, tra cui spiccano, in particolare, le associazioni a tutela degli interessi diffusi, ma a volte anche il tessuto imprenditoriale e il mondo accademico. I contratti di fiume, in particolare, oggi sono espressamente tipizzati all’art. 68-bis del T.U.A. a partire dal 2015^[30]. La nomenclatura al plurale suggerisce tuttavia la loro non perfetta omogeneità: fatto, come si è dapprima enunciato, frequente nell’ambito del dispiegamento della sussidiarietà^[31], manifestandosi altresì nel caso nell’esercizio della competenza amministrativa, e che nemmeno la presa di posizione del legislatore supera nel collocarli definitivamente tra gli strumenti di programmazione negoziata, ampiamente disciplinati dalla l. n. 662/1996, dopo le diverse vicende legislative in cui si erano precedentemente cimentate le Regioni,

come la Lombardia, che, già dal 2003 si era dotata di una normativa per la stipula di c.d. “Accordi quadro di Sviluppo Territoriale”, e poi di altre a seguire. Invero, nulla potenzialmente osterebbe nel realizzare lo schema dei contratti in parola tramite quello del contratto di partenariato pubblico-privato, ormai definitivamente accolto nel codice dei contratti pubblici^[32], e che effettivamente fanno emergere le profonde interrelazioni che coinvolgono il neo-formalizzato principio del risultato, di cui si discorrerà lungamente dopo, e il principio di sussidiarietà orizzontale, anche alla luce dell’art. 6, d. lgs. n. 36/2023^[33]. Tuttavia, com’è stato evidenziato ancora in dottrina, non pare che tale ultima ipotesi sia stata ancora scandagliata, poiché il partenariato pubblico-privato presuppone profili applicativi che lo strumento dei contratti di fiume ancora sconosce nell’ordinamento italiano, essendo stato impiegato come strumento prettamente procedurale e pianificatorio, il cui compito è, principalmente, quello di formare l’interesse pubblico di tutela di un certo bacino idiografico accogliendo anche le osservazioni, le proposte, e le iniziative del privato, ma interiorizzandole in una cornice dai tratti ancora fortemente pubblicistici, poiché collocati nell’ambito della multi-stratificata pianificazione di bacino, molto spesso adottati con Deliberazioni della Giunta Regionale, e della prevenzione del rischio idrogeologico^[34], e che non sembrano del tutto coincidere con lo schema del contratto ecologico^[35]. Quest’ultimo, invece, sembra più facilmente riscontrabile nelle sedi che ora si analizzeranno.

4. La funzionalizzazione dell’attività amministrativa tra capacità di diritto pubblico e diritto privato: i contratti pubblici come strumento di politica economica

La disciplina degli appalti pubblici diventa sede ideale dei precedenti riscontri^[36], ma anche di una loro contestualizzazione ulteriore. Di talché, come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, questi possono assurgere a un vero e proprio strumento di politica economica e industriale, il cui scopo non è più solo quello di garantire beni e servizi alla stazione appaltante^[37], ma, in pari modo, di perseguire scopi ulteriori attraverso il *know-how* sostenibile del tessuto economico locale o nazionale. Se si tiene presente che gli appalti pubblici rappresentano una quota consistente della spesa italiana^[38], ci si può rendere facilmente conto

dell'importanza di tale strumento anche in ottica di transizione ecologica. Ad ogni modo, proprio da qui è necessario riprendere a discorrere della funzionalizzazione dell'attività amministrativa e, in particolare, delle modalità con cui questa opera, per comprendere le differenze e sottigliezze che la distinguono da quella privata.

Com'è noto, infatti, l'attività amministrativa è preordinata alla realizzazione di un interesse pubblico, legalmente determinato in ossequio al principio di legalità-indirizzo, al quale fa da contraltare il principio di legalità-garanzia, che accorda alla legge l'individuazione dei tempi e delle modalità in maniera più o meno completa, a seconda del quantitativo di discrezionalità di cui la pubblica amministrazione può disporre. Ciò funge da collante all'interno della pluralità delle forme di attività della pubblica amministrazione^[39], senza distinzioni tra l'esercizio della capacità di diritto pubblico, e l'esercizio della capacità di diritto privato, entrambe, sempre e comunque, preordinate al conseguimento dell'interesse pubblico. Nel caso della disciplina delle commesse pubbliche, se prima la funzionalizzazione si atteggiava a mero riflesso, oggi è un profilo quasi irrinunciabile, stante il sempre maggior ricorso alla capacità negoziale come vero e proprio strumento di amministrazione, come del resto si è visto con il caso dei contratti di fiume^[40]. Anche alla luce dell'intervento del legislatore europeo, pertanto, in questo contesto, il contratto diventa mezzo per il perseguimento dell'interesse pubblico: *de plano*, il suo contenuto non può essere del tutto libero come accade, normalmente, tra privati, e non è certamente isolato all'interesse esclusivo della stazione appaltante^[41].

In concreto, la positivizzazione del principio dello sviluppo sostenibile nel T.U.A. si ripercuote sulla disciplina delle commesse pubbliche sotto due aspetti: da un lato, sul profilo prodromico alla gara, che inizia dalla programmazione degli acquisti e dei lavori; dall'altro, inevitabilmente, potenzialmente altresì nella delicata operazione di bilanciamento all'interno della fase di esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, che, nell'ottica del principio del risultato, recentemente comparso nel nuovo codice, assume un carattere peculiare.

Soffermandoci sul profilo della programmazione ecosostenibile, il fondamento legale, oggi, è rintracciabile nel combinato disposto tra gli artt. 37 e 57 del d. lgs. n. 36/2023. In particolare, dalla prima disposizione discende l'obbligo

dell'adozione di programmi dei lavori e degli acquisti per le stazioni appaltanti, da svolgersi in accordo con i documenti programmatori e in coerenza con le risorse disponibili^[42]. Tra i documenti ispiratori della programmazione delle amministrazioni, per quanto qui rileva, non può non essere citato il PAN GPP (Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione), richiamato poi dall'art. 57 del d. lgs. n. 36/2023, adottato dal Ministero dell'Ambiente con decreto interministeriale dell'11 aprile 2008, poi modificato con ulteriore decreto nel 2013 e nel 2023. Previsto per la prima volta dalla legge finanziaria del 2006, nell'ottica di un cambiamento strutturale della pubblica amministrazione^[43], la rilevanza del Piano è data soprattutto dall'incarico assegnato al Ministero dell'Ambiente di individuare i c.d. "criteri ambientali minimi", di concerto con gli altri Ministeri, con decreti ministeriali per le singole aree merceologiche di interesse all'art. 1, co. 1127, rivolgendo attenzione sia alle esigenze di efficienza energetica, sia all'uso accorto delle risorse improntato a una riduzione degli inquinanti.

In tale documento, i C.A.M. sono indicati come «*prescrizioni tecniche per integrare le esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni competenti*». In particolare, definirebbero: l'oggetto dell'affidamento; la modalità di selezione dei candidati, in riferimento alle loro qualificazioni soggettive, intese come capacità in senso tecnico di eseguire l'appalto; le specifiche tecniche alle quali gli operatori economici si devono conformare; infine, le clausole contrattuali, che fissano le modalità di esecuzione della prestazione dedotta. Le considerazioni ambientali, si nota, attraverserebbero così ogni fase del processo d'acquisto, guidando la stazione appaltante sia nella fase preparatoria, sia nella fase esecutiva, applicando la logica dell'interiorizzazione del ciclo di vita all'interno del contratto.

Argomentando ulteriormente, il fondamento della vincolatività dei criteri ambientali minimi è oggi contenuto al cennato art. 57 del nuovo codice, esattamente al comma secondo, dopo avere affrontato la disciplina delle clausole sociali. La simmetria redazionale è certamente felice, poiché in grado di cogliere il rapporto di simbiosi tra le istanze ambientali e le istanze sociali; non lo è altrettanto, come parzialmente notato in dottrina^[44], dal punto di vista contenutistico. Già dopo una veloce lettura, si nota l'uso di termini che esprimono certezza in misura maggiore nel primo comma che nel secondo. «*Per*

gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare»: oltre ai termini che richiamano l'obbligatorietà (il verbo «dovere», l'aggettivo «necessari»), l'elenco appare puntuale e piuttosto dettagliato, individuando anche un criterio per la scelta del CCNL da applicare.

Non può dirsi lo stesso, invece, del secondo comma. Esso infatti dispone: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, *almeno* delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, *ove tecnicamente opportuno*, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130. Tali criteri, in particolare quelli premianti, *sono tenuti in considerazione* anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo

108, commi 4 e 5.

Le stazioni appaltanti *valorizzano* economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (corsivi aggiunti dallo scrivente)». Da una lettura sistemica emerge che l'applicazione dei criteri ambientali minimi sia trasversale e riguardante qualsiasi procedura di affidamento, anche sottosoglia^[45]. Il problema, pertanto, non è investito più di tanto da aspetti di carattere quantitativo, nonostante le differenziazioni possibili, quanto, invece, da quelli attinenti alla concreta applicazione dei criteri in parola, che non sembrerebbe solo legata a squisiti parametri normativi, ma soprattutto discrezionali, e la cui diffusione potrebbe essere interamente devoluta bilanciamenti contingenti e alle migliori pratiche. Ciò premesso, i corsivi aggiunti permettono di differenziare, come accadeva del resto anche nel precedente codice, tra individuazione di specifiche tecniche obbligatorie, che dovrebbero garantire un livello essenziale di tutela, e criteri premianti, che invece innalzerebbero il livello di tutela dell'ambiente attraverso una scelta accorta del contraente.

Per assurdo, secondo il nuovo dettato, la scelta dell'operatore economico potrebbe, però, almeno stando alla lettura del comma secondo, non realizzarsi nemmeno nei suoi elementi essenziali, stante la presenza all'interno della disposizione di termini che alludono, più che alla sfera precettiva e quindi del *dover essere*, alla sfera della *moral suasion*. Almeno apparentemente, rispetto alla formulazione del codice ormai abrogato, sembra che si sia passati da un approccio *mandatory* a uno prettamente funzionale, anche e soprattutto alla luce dell'art. 34, co. 3, d. lgs. 50/2016, che, oltre a richiamare i contratti sottosoglia, era chiara nel riconoscere l'obbligatorietà generale dei criteri ambientali minimi^[46]. È pertanto possibile che la corretta applicazione dei criteri ambientali minimi possa non essere sempre osservata o che risulti difficile anche a causa dell'indeterminatezza della norma, inevitabilmente esposta al ruolo chiarificatore della giurisprudenza amministrativa, anche alla luce del “nuovo” principio del

risultato, la cui introduzione impatta anche le disposizioni in parola dal punto di vista semantico.

5. Natura, funzione e collocazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di gara. Alcune considerazioni sulla loro cogenza attraverso la lente del regime di impugnabilità della legge speciale

Da quanto esposto, è lecito affermare che l'applicazione corretta dei criteri ambientali minimi all'interno delle procedure di gara rappresenta un passo fondamentale ai fini del rispetto della *ratio* degli appalti verdi, in primo luogo, e dell'uso del contratto come strumento di politica ambientale, più in generale.

Per meglio approfondire la questione, è però necessario interrogarsi sulla natura di detti criteri ambientali minimi. La questione non è meramente teorica, poiché influenza sulla capacità di questi di operare come parametro conformativo all'interno della complessiva vicenda di gara e contrattuale e, in definitiva, dei termini e delle modalità e della loro esigibilità.

In via generale, può dirsi, tra vecchia e nuova disciplina non sembrano esservi problemi di sorta: altro non sono che *specifiche tecniche* o *clausole contrattuali*. La definizione di partenza è sicuramente di aiuto, ma non del tutto appagante. Resta infatti da comprendere se possano essere trattati di requisiti generali o di requisiti speciali, ovvero requisiti di esecuzione. Secondo il T.A.R. Campania, la risposta è negativa in entrambi i casi. Invero, i C.A.M. dovrebbero essere trattati, verosimilmente, come «*elementi essenziali dell'offerta*»^[47], tale da consentire di valutare la corrispondenza qualitativa delle cose oggetto della prestazione dedotta. Questo comporterebbe l'impossibilità di trattarli alla stregua di requisiti generali o di requisiti speciali di partecipazione, né che possano essere considerati requisiti di esecuzione, i quali invece sono condizioni che la stazione appaltante deve considerare per la stipulazione del contratto d'appalto vero e proprio.

La portata della sentenza è chiaramente pro-concorrenziale, poiché consente a più operatori economici possibili di partecipare alle procedure di gara. Ciononostante, come il Consiglio di Stato ha avuto modo di rimarcare, con una sentenza risalente al 2023, la differenza tra elementi dell'offerta e requisiti di esecuzione è molto sottile. Invero, alla legge di gara spetta non solo il compito di

rimarcare quali sono i requisiti di partecipazione e quali invece i criteri di esecuzione, ma anche di specificare se taluni requisiti di esecuzione possano essere considerati elementi dell'offerta, poiché «*a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale*»^[48]. La legge di gara risulta essere così decisiva sotto un duplice aspetto: da un lato, poiché consente di perimetrare l'offerta ai requisiti essenziali, dall'altro poiché consente di renderla suscettibile di punteggi aggiuntivi e quindi di essere valutata congruamente dalla stazione appaltante. La *ratio* sottostante all'integrazione delle istanze di carattere ambientale attraverso le procedure di gara non sta unicamente nel garantire il rispetto minimo dei criteri di compatibilità ambientale, ma nel permettere, più propriamente, che le attività economiche non si collochino nel mercato in un sistema a “somma zero”, ma che diano impulso a un suo progressivo miglioramento, stando proprio in questo la strategicità degli appalti verdi. Questo consente di stabilire che la legge di gara non possa basarsi su un recepimento passivo dei criteri ambientali minimi, ma, anzi, debba esporsi su un loro puntuale e anche dinamico riferimento, che consenta di apprezzare quando questi possano essere in parte derogati per le caratteristiche tecniche della prestazione dedotta, ovvero quando possano essere apprezzate offerte *in melius*. Ne deriva la possibilità di affrontare la questione della completezza del bando di gara e, in secondo luogo, della sua impugnabilità.

5.1 Completezza e regime di impugnazione del bando

La formulazione della *lex specialis* e il regime di impugnazione dello stesso non sono aspetti che possono essere trattati separatamente, poiché gli elementi testuali del bando sono quelli che poi concorrono nel determinare la legittimazione e l'interesse ad agire degli operatori economici che ritengono di avere subito una lesione di una loro presunta prerogativa, oltre che il computo dei termini decadenziali. Nel tempo, si sono frapposte due diverse tesi in giurisprudenza. La prima è la tesi della c.d. “eterointegrazione normativa”, che poggia sulla necessaria interpretazione del testo del bando di gara nel rispetto formale del principio di legalità. Il bando di gara, pur essendo, appunto, *lex specialis*, non può tuttavia discostarsi dagli elementi indefettibili richiesti dalla legge, per cui il mero richiamo dei decreti ministeriali può considerarsi sufficiente: si presuppone che,

per incorporazione, secondo il dettato di cui all'art. 1374 c.c., l'imprescindibilità dei criteri ambientali minimi sia ferma^[49]. La seconda tesi, invece, valorizza la natura giuridica del bando di gara, nel senso che si pone come primo elemento in grado di instaurare un dialogo tra la stazione appaltante e i potenziali concorrenti: pertanto, non solo non ammette che il bando di gara possa essere sguarnito dei criteri ambientali minimi, ma non ammette neppure che l'amministrazione non si pronunci su quale tipologia di questi gli operatori economici debbano formulare le loro offerte ai fini di un corretto instradamento del successivo affidamento negoziale. Sicuramente, il pregio della prima tesi è quella di consentire in apparenza la speditezza della procedura di gara, caducando un eventuale motivo di impugnazione dello stesso in una fase ancora embrionale: appunto, sia accogliendo l'impostazione Gianniniana dell'interpretazione dell'atto amministrativo generale, sia ricorrendo ai criteri ermeneutici del Codice civile di cui agli artt. 1362 ss.^[50], il contenuto del bando di gara è legalmente determinabile nei suoi elementi essenziali e permetterebbe altresì di non menomarne l'autosufficienza nei casi in cui, in astratto, questi potrebbero essere facilmente rinvenibili. Il difetto, tuttavia, è quello di appiattire la *ratio* del nuovo codice dei contratti pubblici, nel frattempo entrato in vigore, e altresì di sminuire il valore intrinseco dei criteri ambientali minimi che, nel loro pur essere, appunto, "minimi", suggeriscono nondimeno uno sforzo da parte delle amministrazioni di includere nel risultato amministrativo cui è orientato il nuovo d. lgs. 36/2023 il migliore perseguitamento dell'interesse ambientale al fine di garantire una costante funzionalizzazione del contratto. Ciò non sarebbe possibile con il ricorso alla tesi dell'eterointegrazione, che presuppone un atteggiamento passivo, che, in fin dei conti, non terrebbe conto delle specificità del bando di gara per quel dato affidamento, che, a ben vedere, possono dare luogo a una ricaduta sensibile sulla ricostruzione dei reciproci diritti ed obblighi che verranno formalizzati in fase di stipula^[51] e, in secondo luogo, dei criteri di valutazione e di selezione di quella data stazione appaltante. Da quanto detto, la seconda tesi, in effetti, sembra essere preferibile. I criteri ambientali minimi, attraverso le clausole contrattuali e le specifiche tecniche, concorrono altresì nel rendere le caratteristiche dei beni e servizi richiesti dalla stazione appaltante concretizzabili dagli operatori di mercato^[52], rendendo altresì presunto il rispetto del principio *do not significant harm* che ormai è il presupposto essenziale per qualsiasi affidamento, che

altrimenti sarebbe rimandato in fase di esecuzione^[53]. Ma, come detto, ciò rappresenta soltanto il rispetto del bilanciamento minimo tra libertà di iniziativa economica e tutela delle istanze ambientali.

6. La funzione avvolgente dei principi in un codice che aspira all'autosufficienza. Il bilanciamento *in concreto* alla luce del principio della fiducia e del principio del risultato in materia ambientale

Quanto detto risulta maggiormente avvalorato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici. Non è un caso, infatti, che la maggior parte delle tesi giurisprudenziali contrarie all'eterointegrazione dei criteri ambientali minimi si siano presentate con maggiore frequenza a partire dalla sua entrata in vigore^[54]: l'influenza dei principi in esso enucleati in apertura ha avuto senza dubbio un peso specifico per i giudici amministrativi, che devono mettere a frutto sforzi interpretativi di non poco conto^[55]. Invero, come sancito all'art. 4, l'applicazione e l'interpretazione delle disposizioni del codice in parola sono ispirate ai principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2) e di accesso al mercato (art. 3). La collocazione di tali principi non è casuale, ma conforme a un criterio gerarchico che pone il principio del risultato in cima a quelli elencati, secondo una logica capace di immaginarlo sia come valore a cui aspirare, ma anche come criterio organizzativo della stessa attività amministrativa, richiedendo competenze altamente sviluppate in capo ai funzionari. Dalla relazione al codice, invero, si comprende che il risultato emerge come vero e proprio interesse pubblico (p. 13), ma, da un lato, dalle parole dell'art. 1 del codice, è affermato in maniera espressa che deve essere criterio guida dell'esercizio della discrezionalità: una discrezionalità che deve essere, appunto, qualificata. La nozione di risultato non è vaga, ma è la concretizzazione dell'interesse perseguito dalle disposizioni del codice e di tutte quelle che servono per il corretto svolgimento della gara e dell'esecuzione del contratto, evitando interruzioni e lungaggini, concorrendo tuttavia a formare in capo agli operatori economici la fiducia nei riguardi dell'azione amministrativa attraverso modalità pertinenti di auto-responsabilizzazione e di corretto instradamento dei termini e delle condizioni dell'affidamento^[56]. Queste argomentazioni facilmente collocano il principio del

risultato anche come presidio di legalità-garanzia, diventando finanche un criterio di legittimità e quindi di motivazione e congruità delle scelte^[57]. Argomentando ulteriormente, a ben vedere, a differenza del vecchio codice, dove *la par conditio* era particolarmente tutelata poiché il suo scopo era principalmente garantire la concorrenza tra gli operatori privati, tutelando il diritto a partire dalle medesime condizioni, il nuovo codice sembra interpretare il principio del risultato ammantandolo di una inespresa e potenziale attitudine escludente che deve però essere adeguatamente stimabile^[58]. Di tale avviso è autorevole dottrina, che parla di una funzionalizzazione della concorrenza e di una certa servenza di tutti gli altri principi per perseguire, appunto, il risultato^[59]. Per alcuni Autori, questa non è una novità, ma, anzi, ribadisce che non può esservi risultato, quindi qualità, senza gara e quindi senza gioco concorrenziale^[60]. Quest'ultima considerazione parte però da un punto di vista parziale, poiché non tiene conto del fatto che a cambiare non è lo strumento di realizzazione dei fini, che rimane pur sempre e logicamente il mercato e che non è mai messo in discussione, ma le modalità di selezione degli operatori economici, che possono divenire più rigorose anche a partire dai requisiti di partecipazione, come del resto previsto dall'art. 10, co. 3, del codice in parola^[61], e, successivamente, quelli di valutazione delle offerte sulla scorta dei criteri premianti, che devono poi essere coerenti con il contenuto del bando^[62]. In ciò, ricadute significative sono prodotte anche dalla modalità con cui si avvia una gara, che, alla luce del citato art. 1, sembra privilegiare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il gioco competitivo è così fortemente incentivato sia all'interno della gara, ma anche al di fuori della stessa, nella misura in cui sollecita gli operatori economici a innovare e adattarsi a standard ambientali via via più rigorosi e preferibili, senza però che il codice li preveda espressamente e senza associare alla mancanza di questi una causa predeterminata di esclusione, oltre a quelle di cui agli artt. 94 e 95: per il timore di non essere potenzialmente selezionati.

7. Il principio di equivalenza delle offerte

Il principio del risultato potrebbe richiamare, altresì, il principio di equivalenze delle offerte, ritenuto corollario del *favor participationis*, in ragione del quale le offerte che presuppongono caratteristiche tecniche analoghe a quelle richieste dal

bando di gara non possono essere preventivamente escluse. Il suo riconoscimento da parte della giurisprudenza è stato costante nel tempo^[63], esprimendo la necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione attraverso l'imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza della sua azione: di contro, infatti, si rischierebbe di comprimere eccessivamente la libertà di iniziativa economica privata^[64]. Il nuovo codice, all'Allegato II.5, in linea di continuità con gli artt. 68-69 d. lgs. 50/2016, definisce in maniera abbastanza dettagliata quali siano le caratteristiche delle specifiche tecniche e delle etichettature che i bandi devono richiamare nella sua Parte I, differenziando tra le ipotesi di appalti pubblici di lavoro e appalti pubblici di servizi e forniture. Le prestazioni ambientali e di ripercussione sul clima, in particolare, sono citate come specifiche tecniche: da ciò ne deriva che la mancata corrispondenza dell'offerta a queste ultime comporti un'ipotesi di vendita *aliud pro alio*^[65]. Al contempo, però, sono fornite le definizioni degli strumenti che consentono di garantire la corrispondenza alle specifiche tecniche e la congruità delle etichettature, tra cui di «*norma*» (intesa come norma tecnica), di «*valutazione tecnica europea*», di «*specifica tecnica comune*», e altresì di «*riferimento tecnico*». Il testo dell'Allegato II.5, pertanto, apre a numerose modalità di corrispondenza, non necessariamente letterali, come del resto anche riconosciuto in T.A.R. Campania, Napoli (Sez. IX), sentenza del 26 maggio 2025, n. 4022, ove i giudici amministrativi parlano più precisamente di «*equivalenza funzionale*», ribadendo che detto principio si applica sempre alle specifiche tecniche, ma che può perfino riguardare i requisiti minimi obbligatori. Infine, richiamando le argomentazioni del massimo organo di giustizia amministrativa, per il T.A.R. Campania è sufficiente una valutazione della documentazione tecnica allegata^[66]. Effettivamente, nella sua Parte II, lettera A, par. 4, con riferimento alle specifiche tecniche, l'Allegato II.5 precisa che queste «consentono *pari accesso* degli operatori economici e non devono comportare ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» (corsivi aggiunti). Tuttavia, ciò comporta un aggravio per la procedura di gara, la quale, pur il codice prevedendo che la prova della presenza dei requisiti dichiarati spetti all'operatore economico, attribuisce contestualmente all'amministrazione compiti di verifica piuttosto complessi che non tutte le pubbliche amministrazioni possono agilmente risolvere e di cui non sempre il singolo funzionario può e vuole assumersene le responsabilità, frustrando altresì la *ratio*

del codice.

8. Riflessioni finali sugli elementi di comando e controllo negli acquisti verdi e nei moduli consensuali: tanto rumore per nulla?

Gli acquisti verdi sono oggetto di procedure di pianificazione e di aggiornamento, ma altresì di centralizzazione e di controllo: può darsi che, nei fatti, si sta creando una vera e propria *governance* dei criteri ambientali minimi al fine di assicurarne una sempre più efficace esigibilità, e già lo stesso PAN GPP del 2023 si sbilancia nel definirla in questo modo (pp. 23-24 del Piano). Gli elementi tipici del *command and control* compaiono tutti: vi è un Piano (appunto, il PAN GPP), da concertare e approvare con Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano, sottoposto poi ad approvazione di Consip S.p.a., la centrale di committenza qualificata più importante sul territorio nazionale. Il Piano, in particolare, spiega che è il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica a dettagliare i C.A.M. per le singole categorie merceologiche, tramite la Direzione Generale Sostenibilità dei Prodotti e dei Consumi, coinvolgendo il più ampio numero di soggetti interessati e qualificati (imprese, professionisti, pubbliche amministrazioni, università), pronunciandosi con Decreto Direttoriale pubblicato in Gazzetta Ufficiale, previa approvazione del Comitato di Gestione, il quale ha anche compiti di impulso (par. 3.6 del Piano 2023). Vi sono poi monitoraggi e aggiornamenti (momento del *control*) annuali da parte del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica e del Comitato di Gestione. Inoltre, le problematiche tecniche relative allo svolgimento della gara possono essere superate avvalendosi delle centrali di committenza qualificata, le quali possono non solo supplire la mancanza della qualificazione di una certa stazione appaltante^[67], ma possono anche dare un vero e proprio supporto operativo. Al contempo, nello svolgimento della gara, i normali istituti della verifica e del collaudo, richiamati gli artt. 1665-1666 c.c. dall'art. 116 del codice dei contratti pubblici, divengono strumenti di controllo per le stazioni appaltanti di attuazione dei criteri ambientali minimi. Il collaudo, poi, è generalmente svolto da un organo indipendente, e sono gli stessi criteri ambientali minimi a prevedere una loro sezione nella relazione di collaudo a loro interamente dedicata: di

conseguenza, sebbene in passato autori come Favara^[68] non riconoscessero al collaudo del contratto di appalto la capacità di valutare la corrispondenza dell'esecuzione del contratto con l'interesse pubblico dedotto, può invece ora dirsi che è un mezzo anche di verifica di corrispondenza, in senso più ampio, della causa del contratto^[69], e dell'inclusione delle istanze ambientali, oggi proprie dell'interesse pubblico sottostante. Tuttavia, non è tutto oro ciò che luccica. Invero, una profonda conformazione dei comportamenti economici è un dilemma di natura costituzionale che può non rendere ragionevoli richieste improntate a una sostenibilità *tout court*^[70]. In più, per quanto le valutazioni di sostenibilità debbano certamente conformare l'attività pubblica, anche a norma del T.U.A., come spiegato in questo *paper* in tema di principio dello sviluppo sostenibile, non sembra che possa ancora ravvisarsi un quadro completo e maturo per attuarle compiutamente anche nei procedimenti di gara: nonostante il risultato amministrativo invocato nel codice dei contratti pubblici sia pregno anche di istanze ambientali, nondimeno pari importanza (o, probabilmente, maggiore^[71]) sembrano assumere la tempestività ed economicità dell'affidamento^[72]; inoltre, l'apporto fornito dai principi può risultare di fatto depotenziato. Ciò può condurre le stazioni appaltanti a conformarsi ai rispetto dei criteri ambientali minimi ministeriali nel loro contenuto essenziale, e, tutto sommato, "presentista", limitandosi al rispetto del principio "filtro" del *do not significant harm*, dimenticando di fare ampie valutazioni di sostenibilità e, quindi, di lungo periodo^[73]: anche per evitare la scure dei ricorsi davanti alla giustizia amministrativa. Il dato positivo da solo non è sufficiente: è necessaria l'intermediazione volontaria dei *cives* e delle amministrazioni^[74], potendo i "pungoli" stimolanti la forza creatrice dei privati rimanere insufficienti in caso di diffusa superficialità nelle prassi realizzatrici. È quest'ultimo il campo in cui non sempre l'autorità riesce a entrare, oppure a porsi come vero e proprio volano. Il risultato amministrativo, di tal guisa, è anche influenzato dalla cultura giuridica e amministrativa presente in un certo momento storico, così come dall'indirizzo politico-amministrativo adottato da un certo ente esponenziale. A rigore, tali considerazioni, ben potrebbero calarsi nell'ambito dell'attività di programmazione per la gestione delle risorse naturali, attraverso i moduli consensuali, come nel caso dei contratti di fiume, o quelli aventi oggetto analogo, a cui pure si è fatto riferimento. Questi ultimi, pur mettendo diversi livelli di

governo in comunicazione, più che un momento di ravvicinamento autentico, in grado di spazzare l’aleatorietà e l’asimmetria informativa che il mercato ordinariamente presenta, ispirandosi alla logica della sussidiarietà sociale come ulteriore volano di miglioramento ambientale ed ecologico, possono rischiare di tradursi in un aumento della spesa pubblica secondo le priorità previste dal soggetto finanziatore, che possono anche cambiare nel tempo^[78], o nell’elusione dell’assunzione del rischio da parte del soggetto pubblico nell’ambito di ancora “futuribili” iniziative partenariali disciplinate dal codice dei contratti pubblici. La cassetta degli attrezzi è sicuramente disponibile, grazie al corredo di principi del nuovo codice e, più in generale, ai diffusi interventi normativi incoraggiati dalle dinamiche intrinseche della sussidiarietà, ma bisogna aspettarsi anche la volontà di impiegarli con pienezza ed equilibrio.

1. Come già avanzato da M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007.
2. Si pensi, sul punto, alla creazione dei mercati artificiali di scambio dei permessi e crediti di emissioni, ovvero ai mercati dedicati allo scambio di certificati verdi e bianchi: tutti creati, chiaramente, attraverso l’intervento pubblico.
3. B. Celati, *Stato e mercato nella disciplina giuridica del governo dell’economia sostenibile*, in *Amministrazione incammino*, 2021, p. 5.
4. Si è parlato, sul punto, di «correttivi politici» della disciplina e dei rimedi antitrust, discesi da un ampliamento, e forse, consolidamento, delle istanze ambientali all’interno del corretto svolgimento del gioco economico. A. Del Pra, *Difesa di sostenibilità e ambientale e abuso di posizione dominante*, in *Rivista ODC*, 2023, 5, pp. 874-900. Altra parte della dottrina, inoltre, parla apertamente di «mercato unico sostenibile», tra cui D. Imbruglia, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, pp. 495-510.
5. Fenomeno avvertito in primo luogo da F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 79-83, ma diffusamente, in dottrina, è possibile rintracciare sentimento di analogo tenore, sebbene accompagnati da un certo scetticismo, dovuto soprattutto alla necessità di rispondere alle sfide internazionali poste principalmente dall’Accordo di Parigi, prima, dall’Agenda 2030, poi. La ferma adesione e partecipazione e siffatte iniziative, infatti, non poteva che condurre all’applicazione più pervasiva e trasversale del principio di integrazione delle istanze ambientali nelle politiche dell’Unione Europea di cui all’art. 11 TFUE. Aspetti che non possono più coincidere con un approccio, per così dire, *laissez faire* rispetto alla produzione, ampliante pertanto la sfera delle considerazioni giuridiche che ispirano le istituzioni e il legislatore europeo, oltre che pregiuridiche. M. Iannella, *L’European Green Deal e la tutela costituzionale dell’ambiente*, in *federalismi.it*,

2022, 24, p. 172; M. C. Carta, *Il Green Deal Europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Eurojus.it*, 2020, 4, pp. 70.

6. Come notato da F. Pacini, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in «tempi difficili»*, testo provvisorio della relazione al convegno annuale della Associazione del Gruppo di Pisa, Firenze 17-18 Giugno 2022, p. 2, sulla scorta di L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart, Oxford e Portland (OR), 2004, p. 112, gli effetti giuridici, anche solo indiretti, delle *soft laws* è caratteristica riscontrata da tempo e, addirittura, in certi casi esplicitamente riconosciuta, dagli anni '70 del '900, da parte della Corte di Giustizia, radicandovi la propria giurisdizione ai fini di una loro giustizialibilità. In materia di *soft laws* nell'ambito dello spazio europeo, ad ogni modo, è copiosa la produzione dottrinale. Per un approfondimento, si rimanda a G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, 2, pp. 1-5; B. Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, 2, pp. 32-52; V. Sacchetti, *Gli atti di «soft law» della Commissione Europea, tra effettività della tutela giurisdizionale e obbligo di leale cooperazione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2023, 2, pp. 305-326; F. Ferri, *Il diritto dell'Unione Europea «post» «Europa 2020»: alterazioni nei rapporti giuridici tra ordinamenti e possibili effetti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, pp. 723-748; A. D'Atena, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 591, il quale più ampiamente mostra alcune lacune legate alla costruzione dogmatica delle fonti del diritto all'interno dell'ordinamento europeo, ravvisando un assetto asistematico, potremmo dire, col senso di poi, non del tutto risolto nemmeno dall'approvazione del Trattato di Lisbona.
7. M. Distefano, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. dir.*, 2003, 1, pp. 17-35 e L. Senden, cit., 2004, i quali, riconoscendo un tasso di graduale normatività (per ripercorrere le parole di B. Pastore, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir.*, 2003, 1, pp. 5-16) ipotizzano la tripartizione delle *soft laws* nelle distinte tipologie di: *pre-laws*, allorquando siano strumentali alla produzione di fonti *hard*; *para-laws*, se fungono da mera raccolta di atti *soft* ovvero se, in maniera non poco turbolenta, producono atti come raccomandazioni, pareri e comunicazioni non interpretative; *post-laws*, nel caso delle famosissime linee-guida, collocate nel rango delle fonti sublegislative, sovente di natura regolamentare. Per un approfondimento, R. Bin, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31-40.
8. F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico*, cit., introduzione.
9. Ancora, secondo F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico*, cit. la questione in realtà muta parzialmente di prospettiva nella misura in cui si considera che le varie autorizzazioni ambientali oggi disciplinati dal T.U.A. consentano di condizionare il rilascio dell'autorizzazione al rispetto di determinati criteri tecnici e progettuali specificamente indicati al privato nelle more del procedimento amministrativo. Tuttavia, a ciò può anche aggiungersi che l'amministrazione procedente deve altresì valutare la c.d. alternativa zero, sulla scorta dei rilievi forniti dal privato nel corso del procedimento autorizzatorio. I

modelli *command and control*, in questo senso, può dirsi che siano diventati più dinamici, ma, in ogni caso, non ci si può sbilanciare su un eventuale cambio di *ratio* degli istituti dedotti: rimangono, pur sempre, espressione di un potere autoritativo orientato a limitare il più possibile, se non evitare, l'impatto di una singola attività economica, caso per caso, senza però dare particolari indicazioni progettuali di metodo vero e proprio.

10. Si riprende la nota metafora nata dai primi commenti sorti in occasione della riforma Bassanini, costruente un federalismo amministrativo “a Costituzione invariata”.
11. Aspetto ulteriormente enfatizzato dal Regolamento Delegato (UE) 2023/1669 della Commissione per quanto concerne la commerciabilità di smartphone e tablet, dove i criteri per riportare le indicazioni ormai obbligatorie nei procedimenti di etichettature energetiche non sembrano richiedere una marcata intermediazione degli organismi di normalizzazione, essendo riportati all'interno degli allegati in maniera più o meno puntuale. Ancora, non può essere dimenticato il Regolamento (UE) 2024/1781 in materia di ecoprogettazione.
12. Questo approccio, che ricorda quello della logica *One Health*, è già apprezzabile leggendo le dettagliate note introduttive. Infatti, il testo del Regolamento, nei suoi Considerando, mette in evidenza la relazione tra l'uso di tecniche di agricoltura intensiva, i processi di urbanizzazione e la perdita di biodiversità; ma mostra altresì un certo *favor* nei confronti nei metodi di coltivazione estensiva, reputandoli idonei a garantire la crescita di biodiversità insistente sui terreni, e, inoltre, la loro stessa resilienza. Sono, però, i passaggi come quelli contenuti nel Considerando 52 a essere maggiormente rilevanti, nella misura in cui consentono di ricostruire quali sono gli elementi materiali di un ecosistema agricolo e il loro potenziale impatto positivo nell'accogliere un certo grado di biodiversità, collimando con la nozione italiana di paesaggio «*come morfologia del territorio*» (Corte cost., sentenza n. 367/2007). Lo stesso approccio è seguito, successivamente, anche nel calare la dimensione ecosistemica anche all'interno dei contesti urbani, anch'essi meritevoli di attenzione per la conservazione e il ripristino della biodiversità attraverso i loro spazi verdi e rivieraschi, nonché dei contesti costieri e, più in generale, marini. L'art. 3, poi, sintetizza tali suggestioni all'interno delle definizioni come quelle di «*ecosistema*», «*habita di speciet*», «*buono stato*», in cui le relazioni che costituiscono le unità funzionali da tutelare sono considerate nel loro ordinario svolgersi. Per un maggiore approfondimento, U. Salanitro, *La tutela preventiva della biodiversità nel regolamento europeo sul ripristino della natura (Nature Restoration Law)*, in *ambientediritto.it*, 2025, 1, pp. 1-11.
13. Il Regolamento in parola assegna agli Stati membri il compito di individuare e attuare piani nazionali di ripristino degli ecosistemi e della biodiversità secondo cronoprogrammi in cui deve essere centrale il coinvolgimento delle «*unità amministrative*», cioè dei livelli di governo sub-statali, con l'onere di comunicare i progressi, i risultati e le estensioni dei territori oggetto di piano alla Commissione, con cadenza triennale, nel rispetto delle priorità da questa individuate negli allegati tecnici. Sembra essere altresì devoluto agli Stati membri il compito di garantire un adeguato monitoraggio. Centrale, poi, il supporto dell'Agenzia Europea dell'Ambiente, così come di un comitato tecnico-scientifico a

supporto dei poteri di indirizzo e di impulso assegnati alla Commissione. M. Ferrara, *A prima lettura del regolamento UE sul ripristino della natura (reg. UE 2024/1991)*, in *federalismi.it*, 2024, 24, 114-128.

14. Scolpito, in Italia, sul solco di altre carte costituzionali europee, dalla recente novella degli artt. 9 e 41 della Costituzione, avvenuta con l. cost. n. 1/2022, la quale può essere letta come testimonianza, tra le altre, dell'apertura delle carte costituzionali verso l'esterno. La metafora del costituzionalismo di sintesi, tuttavia, ben potrebbe aiutare a comprendere, oltre che il momento fondativo dell'ordinamento europeo, a cui in genere viene associato il momento ascensionale, anche il momento di segno opposto, cioè di permeabilità del diritto euro-unionale negli ordinamenti interni in una veste più matura del semplice principio di supremazia del diritto dell'Unione Europea. Per una maggiore panoramica sul concetto di costituzionalismo di sintesi, si rimanda a J. H. Fossum, A. J. Menéndez, *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*, Trad. it., Firenze University Press, Firenze, 2012.
15. Come sottolineato da G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, CEDAM, Padova, 2003, p. 87.
16. In senso di bilanciamento di “garanzia”, P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 139: i contenuti dei pubblici poteri sono e devono essere predeterminati con legge, in ossequio del dettato di cui all'art. 97 Cost., tralasciando aspetti di dettaglio che possono essere disciplinati anche da fonti subordinate, come sostenuto da S. Fois, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 23.
17. Il principio dello sviluppo sostenibile, infatti, altro non sarebbe che un'obbligazione morale che si configura in capo alle generazioni attuali nei confronti delle generazioni future. I. Rivera, *Le tonalità dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, p. 235.
18. Accogliendo l'impostazione offerta da G. Oppo, *Diritti privati e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 1, p. 34, gli elementi essenziali del mercato, infatti, sarebbero essenzialmente tre: il contratto, l'impresa e la società. Il contratto, in particolare, è presentato come elemento semplice, mentre l'impresa e la società come entità complesse che usano i contratti per regolare rapporti di natura patrimoniale e di natura personale.
19. A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 2013, 17, che ben spiega come principio personalista e principio autonomistico vadano di pari passo.
20. In accordo, appunto, alla c.d. “teoria della funzione” o “teoria oggettiva”.
21. M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *RQDA*, 2017, 1, pp. 6-7; N. Zorzi Galgano, *Iniziativa economica privata e pluralità degli interessi costituzionalmente tutelati: l'ambiente e gli animali*, in *Contr. impr.*, 2023, 1, p. 456. Aspetto, però non del tutto nuovo all'interno dell'ordinamento, come notato dalla dottrina appena citata, ma anche da altri autori, tra cui V. Ricciuto, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in *A.A.V.V. Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, ESI, p. 1628, dove effettivamente si può constatare che il contratto si

arricchisce di una inedita forza già nello Stato regolatore, a tutela delle parti deboli e come fonte di giustizia sociale. La differenza, tuttavia, è evidente, ed opera su due profili: il primo riguarda l'evoluzione delle parti del contratto, che si risolve in un consumatore consapevole e proattivo nel caso del contratto ecologico; il secondo attiene invece alla considerazione che il fine ultimo rimane, pur sempre, preservare un assetto pro-concorrenziale del mercato, non in grado di conformare il modo di porsi sul mercato da parte dell'impresa “nel merito”, ma di ristabilire in via mediata l'uguaglianza formale dei contraenti, sulla teoria del contratto ottimale cara all'economia dell'informazione.

22. Sul punto, ancora M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *RQDA*, 2017, 1, pp. 14-15M; P. Perlingieri, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, p. 321 e, in parte, A. Calogero, *Saggio su autonomia privata e ambiente*, in *Inn. Dir.*, 2020, 3. Tale considerazione sembrerebbe snodarsi partendo dalla complessiva lettura civil-costituzionale che il contratto negli ultimi anni ha assunto, come notato in dottrina, in particolare, F. Barbagallo, *Limi^tti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, pp. 151-172. Considerazioni di analogo tenore sono state mosse, nuovamente, dal Perlingieri, il quale configura il principio dello sviluppo sostenibile, nella sua portata solidaristica, come componente dell'ordine pubblico costituzionale e la cui violazione sarebbe in grado di provocare la nullità del contratto ex art. 1418, co. 2, c.c., rilevabile *ex officio*.
23. Una parte della dottrina, infatti, non condivide del tutto tale ottimistica visione, tra cui B. S. Servida, *Sostenibilità ambientale, autonomia privata e private regulation*, in *Dial. Dir. Eco.*, 2024, pp. 1-18, sulla base del fatto che il principio dello sviluppo sostenibile sarebbe ancora attorniato da una certa aura di oscurità che impedirebbe di farne un'applicazione concreta, perlomeno non come accaduto con l'ormai consolidata tutela della solidarietà sociale. Al contempo, si aggiunge, l'attuale disciplina del contratto formalizzata nel codice codice civile sembra enunciare, da un lato, le cause di nullità che permettono di travolgere *ex tunc* l'accordo tra le parti, ma dall'altro pone dei contrappesi che consentono di conservare la validità del contratto. Ciò comprometterebbe la diretta applicabilità *tout court* dei principi costituzionali e, al contempo, sia facendo collimare giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza, sia separando le due nozioni (come fa, del resto, Gazzoni), sarebbe comunque necessaria l'intermediazione della legge per restringere così fortemente l'autonomia contrattuale, non potendo discendere dalla lettura dell'art. 41 Cost., anche a rigor di novella, una automatica caducazione del regolamento negoziale per violazione del principio dello sviluppo sostenibile. Ciò sembra in linea con il pensiero dei giuristi Gianturco e Coviello, che anche in tema di “socializzazione” del diritto auspicavano più un intervento del legislatore che quello del giudice. G. Chiodi, *La funzione sociale del contratto: riflessi di uno storico del diritto*, in F. Macario, M. Milletti (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017, p. 137; dello stesso avviso, anche M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova,

1983, che parla di una copertura di riserva di legge implicita, anche relativa, come del resto sostenuto anche dalla Corte costituzionale con la sua sentenza n. 40/1964, che considera l'iniziativa legislativa necessaria costante in tema di compressione delle libertà.

24. Lo stesso Irti, infatti, lamenta il vuoto argomentativo intorno all'art. 41 Cost., sia nelle sentenze della Consulta, sia nelle sentenze della Cassazione, segnalando la mancanza di una prospettiva orizzontale in una disposizione che conosce solo «*il profilo protettivo della libertà*». N. Irti, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11.
25. D. Imbruglia, *Il mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, pp. 495-510.
26. Il principio in parola, in effetti, soprattutto nella sua dimensione verticale, era già lungamente conosciuto nel contesto Europeo come freno alla cessione di competenze al superiore livello sovranazionale. P. De Pasquale, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eu.*, 2021, 3-4, pp. 429-452.
27. Espressione che lo scrivente ritiene pertinente anche e, soprattutto, nei casi in cui il diritto si contamina di questioni tecniche.
28. Tale aspetto, in particolare, appariva chiarissimo a A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, Padova. Sul punto, basti ricordare le c.d «intese» prodotte nell'ambito del Sistema delle Conferenze, che la Corte costituzionale ha ritenuto vincolanti in quanto espressione del principio di leale collaborazione. Particolarmente decisiva, sul punto, Corte Cost., 14 gennaio 2016, n. 1.
29. Si pensi, ad esempio, alla Regione Lazio, con il progetto «Coasting», co-finanziato dal Programma Interreg Med 2014-2020, la Regione Lazio – Direzione per le Politiche Abitative e Pianificazione Territoriale, Paesistica e Urbanistica come partner, che ha condotto alla dichiarazione di intenti per la sottoscrizione del Contratto di costa dell'Agro Pontino, ricadente nell'ambito di una programmazione già iniziata nel 2016 con l'avvio dell'iter per la produzione dei Contratti di Fiume relativi alla cura e tutela dell'Amesano, del Cavata e dell'Ufente.
30. Il quale recita: «*I contratti di fiume concorrono alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico, quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree*».
31. Già Gregorio Arena si era esposto in questi termini nel descrivere le interazioni tra attori pubblici e privati sotto l'attivazione del principio di sussidiarietà orizzontale, ricorrendo a una metafora piuttosto evocativa: «*Il risultato della interazione fra le risorse di cui sono portatrici le amministrazioni e quelle di cui sono portatori i cittadini non è una semplice somma aritmetica; semmai, è più simile al risultato che si ottiene mescolando fra loro i colori base. Supponendo che la pubblica amministrazione sia il giallo ed i cittadini il verde, il risultato che emerge applicando il principio di sussidiarietà orizzontale non è una semplice mescolanza fra due colori, bensì è un colore nuovo, il blu*». G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in

amministrazioneincammino.it, 2003, p. 22.

32. Tale soluzione è stata caldeggiata in sede internazionale, sebbene tale auspicio debba essere preso con cautela, stante la non perfetta omogeneità degli strumenti ed istituti giuridici tra i diversi ordinamenti; ma, a ben vedere, anche la Commissione Ambiente, nel 2020, in una risoluzione, protocollata al nr. 8-00092, presentata dalla Deputata Chiara Braga, fa riferimento all'utilizzo del partenariato pubblico-privato per la gestione del patrimonio idrico: https://www.camera.it/leg19/410?idSeduta=0503&tipo=atti_indirizzo_controllo. Ancora, M. Bastianini, *L'evoluzione dei contratti di fiume*, in C. Leone (a cura di), *I contratti di fiume*, Mimesis, Milano-Udine, pp. 40-41.
33. R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, 9, pp. 206-227, sulla scorta delle considerazioni di Franco Gaetano Scoca sulla più generale amministrazione di risultato, che estende il tradizionale rapporto norma-atto, al rapporto norma-risultato-atto.
34. Soprattutto quest'ultimo scopo richiede molto spesso interventi tempestivi e spesso tramite l'uso di strumenti autoritativi. Sul punto, V. Parisio, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2023, 23, in particolare, p. 182.
35. Sul punto, C. Leone, *I contratti di fiume nell'alveo del diritto amministrativo*, in C. Leone (a cura di), cit., pp. 100-103, sulla scorta di S. Valaguzza, *Partenariati Pubblico Privato nella gestione condivisa e sostenibile dei territori*, in M. Bastiani, A. De Carli, P. Rizzuto (a cura di), *Il supporto finanziario ai processi e Programmi d'Azione dei Contratti di Fiume, Stato dell'arte e prospettive*, anche perché, effettivamente, non sembra che i contratti di fiume diano luogo a una collaborazione stabile con un *partner* privato, in maniera alternativa rispetto ai moduli della privatizzazione. M. Pignatti, *I modelli di Partenariato Pubblico-Privato nella gestione e valorizzazione dei beni culturali come strumento per la creazione di ecosistemi innovativi e di sviluppo economico e sociale*, in *DPCE Online*, 2022, 1, in particolare, pp. 94-95.
36. E. W. Di Mauro, *Sviluppo sostenibile e contratto «ecologicamente orientato»*, in G. Capaldo (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2023, p. 87; S. Casini, *Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara*, in *Urb. App.*, 2018, 5, p. 700. Sulla definizione di responsabilità sociale d'impresa, invece, diffusamente, nell'opera a cura di L. Sacconi, *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo d'impresa. Problemi, teorie e applicazioni della CSR*, Bancaria editrice, 2005.
37. Cons. St., Sezione III, 14 ottobre 2022, n. 8773.
38. In Italia, da Report annuale ANAC 2024 (p. 138), l'impulso del PNRR avrebbe portato a una spesa complessiva di circa 283 mld in contratti pubblici nel 2023.
39. Per quanto qui d'interesse, tra cui si rileva la ormai pacifica e classica distinzione tra atti e provvedimenti, comportamenti e accordi pubblici. V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, Giappichelli, Torino, pp. 8-9. Oltre al profilo della discrezionalità, ad ogni modo, il rapporto tra principio di legalità e attività amministrativa si atteggi diversamente, e in maniera più complessa, anche in relazione al grado di autonomia di cui

dispone la pubblica amministrazione, come nel caso dell'autonomia normativa. Sul punto, in tema di autonomia territoriale, D. Simeoli, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2017, 1, pp. 1 e ss.; A. Morelli, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC*, 2019, 3, pp. 114-159.

40. Sul punto, V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2019, con particolare riferimento alle pp. 119 e ss.; F. Saitta, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, p. 560, che nota una sostanziale equiparazione tra strumenti autoritativi e strumenti privatistici e che utilizza i secondi come forme sempre meno indirette di intervento pubblico nell'economia.
41. E. Guarneri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale*, Bologna University Press, Bologna, p. 144, ma anche D. Andracchio, *Il mercato dei contratti pubblici e la autoproduzione nella prospettiva dell'efficienza regolatoria*, in *Diritto pubblico rassegna online*, 2024, 1.
42. I quadri esigenziali, i cui elementi minimi sono riportati all'art. 1, Allegato I.7, dovranno poi essere compatibili con quanto previsto dalle stazioni appaltanti con i relativi programmi e precederne la loro concreta realizzazione.
43. Invero, le considerazioni ambientali rilevano tanto sotto il profilo degli acquisti, tanto sotto il profilo dell'organizzazione. Il Piano, tra le altre cose, nei suoi aggiornamenti intervenuti, prevede altresì forme di responsabilizzazione e qualificazione del personale, evitando che la trasformazione economica si giochi unicamente sul lato del puro consumo, ma anche sul piano gestionale. Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione, 2023, p. 23.
44. A. Lupo, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadr. amb.*, 2023, 3, pp. 88-106; A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, 2, pp. 64-98, diffusamente riconoscono elementi di continuità col passato, ma anche una scelta di considerare un approccio funzionale come inizialmente richiesto dal diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, è evidente la formulazione piuttosto incerta dell'art. 57, d. lgs. 36/2023.
45. Il previgente codice conteneva l'espresso riferimento ai contratti sottosoglia al comma terzo, che oggi invece sembra mancare nel nuovo art. 57, d. lgs. n. 36/2023. In verità, dalla collocazione all'interno della Parte II del Libro II, riguardante disposizioni comuni a tutti gli appalti, in combinato disposto con l'art. 48, statuente che «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate (...), le disposizioni del codice», si può ricavare la regola generale secondo cui i criteri ambientali minimi debbano essere applicati in tutte le procedure di gara.
46. L'art. 34, co. 3, d. lgs. 50/2016, statuiva: «l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione». Ancora, A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità*

ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?, cit., p. 67, basato sulle prestazioni.

47. In questo senso, invero, T.A.R. Campania (sezione II), sentenza del 8 marzo 2021, n. 1529.
48. Cons. St., 19 ottobre 2023, n. 9255.
49. Sul punto, in particolare, diverse sentenze dei tribunali amministrativi regionali, tra cui T.A.R. Veneto, (sezione I), 18 marzo 2019, n. 329; T.A.R. Campania, (sezione I), 15 gennaio 2024, n. 377, quest’ultima argomentando anche sulla scorta di quanto proposto dalla sentenza del Cons. Sta, 20 marzo 2023, n. 2795, secondo cui l’assenza di un riferimento particolareggiato ai criteri ambientali minimi non impedisce, nei fatti, di presentare un’offerta rispettosa di questi, come del resto constatato nel caso concreto dall’analisi dei motivi di gravame, potendosi risolvere in un mero formalismo non in grado di garantire una maggiore tutela al privato.
50. Sul punto, M. Luciani, Relazione al Convegno *“L’interpretazione nel diritto amministrativo tra legalità e discrezionalità”*, Roma, Tribunale Amministrativo del Lazio, 17 novembre 2023, pp. 1-12, non evidenza delle diversità di metodologie, ma di oggetto, rispetto ai casi dell’interpretazione conforme della legge, dell’atto amministrativo generale, del negozio giuridico di diritto privato. Nel caso dell’interpretazione dell’amministrativo generale, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, mancando l’elemento della volontà delle parti, non potrebbe essere interpretato secondo i canoni previsti dal Codice civile, poiché, in ogni caso, attuativo della legge, anche ove vi sia discrezionalità. Diverso il caso del contratto, che invece soggiace a soli limiti esterni.
51. Di questa opinione, Consiglio di Stato, Sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171, che qualifica i criteri ambientali minimi come necessari per il rispetto della disciplina sovranazionale e, infine, come elementi in grado di permettere l’ingresso degli interessi delle future generazioni all’interno da parte dell’amministrazione procedente. A ciò bisogna aggiungere che i criteri ambientali minimi rappresentano comunque un costo per l’operatore economico, come stabilito con sentenza dal Consiglio di Stato, Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088, sebbene pronunciandosi su un quesito diverso, che è necessario essa possa preventivare.
52. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 febbraio 2024, n. 1146, secondo cui il bando di gara, quale atto amministrativo generale, è immediatamente impugnabile allorquando sia immediatamente escludente alla partecipazione o perché non in grado di consentire all’operatore economico di formulare adeguatamente un’offerta.
53. Secondo una parte della dottrina, il principio del *do not significant harm* opera solo quando espressamente richiamato da una certa normativa, e tra le altre cose, non avrebbe la natura di principio. Tra tutti, A. Bartolini, *Green Deal Europeo e il c.d. principio DNSH*, in *federalismi.it*, 2024, 15, pp. 51-60, il quale lo qualifica come un criterio di selezione dei danni, anziché come un vero e proprio principio, non riconoscendovi nemmeno la forza espansiva tipica dei principi, per natura in grado di travalicare l’ambito di applicazione

della loro disciplina, nonché una vera e propria carica assiologica. In realtà, per quanto concerne la capacità di espandersi, ciò non trova conferma: rispetto al Regolamento c.d. “Tassonomia”, dove compare per la prima volta, nel Regolamento sul Dispositivo si nota che il rispetto del *do not significant harm* è richiesto a tutte le attività umane suscettibili di finanziamento o promozione dai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza, non solo di quelle strettamente economiche. Allo stesso modo, anche gli interventi del legislatore europeo più recenti, come quelli relativi alla disciplina dei Fondi di Coesione. Sul punto, tra tutti, R. Bifulco, *Nascita di un principio? La tormentata formazione del do not significant harm*, in *RGAonline*, 2024, 59, pp. 1-10. Da una panoramica più ampia, tuttavia, non può tacersi sul fatto che il *do not significant harm* non sembra anzi dissimile dal c.d. “principio di non regressione”, che più volte compare nella normativa euro-unitaria (uno degli esempi può essere il Regolamento UE 2018/1999, in materia climatica), e anche negli ordinamenti interni belga e francese, che a sua volta altro non è che la riproduzione del generico dovere di *standstill* in capo a ogni Stato costituzionale e in grado, a sua volta, di orientare l’azione amministrativa. In molti casi, poi, se non tutti, le regole e le norme tecniche, che poi informano anche i criteri ambientali minimi, non sono che presunzione di bilanciamento tra tutela di specifiche istanze (salubrità, sicurezza, ambiente...) e la libertà di iniziativa economica. Il complesso della disciplina post-pandemica ne ha solo segnato una emersione ordinamentale (S. Candela, *Il principio di non regressione ambientale all’interno dell’ordinamento giuridico italiano: indici di emersione e prime iniziative di riconoscimento*, in *Riv. quadr. amb.*, 2021, 2, pp. 30-71), oltre che una progressiva valutazione unitaria.

54. Si pensi a T.A.R. Roma (sezione II-ter), sentenza del 04 dicembre 2024, n. 21878; T.A.R. Roma (sezione II) sentenze del 11 novembre 2024, n. 19910 e 13 novembre 2024, n. 20198; T.A.R. Puglia (sezione II), sentenza del 28 maggio 2024, n. 675.
55. Già di questo era consapevole Rodotà. S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 3-4, 83-99. Stesso discorso può farsi, tuttavia, anche per le pubbliche amministrazioni coinvolte.
56. Può quindi dirsi che tra principio del risultato e principio della fiducia ci sia un innegabile legame: la creazione dell’affidamento tra le parti nasce soprattutto dalla chiarezza del disciplinare di gara, la quale è necessaria per garantire la speditezza dell’affidamento. P. Miele, *Princípio del risultato, princípio della fiducia e legittimità nel codice degli appalti pubblici*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2024, 6, con particolare riferimento a pp. 13-14, parla di «*collegamento quasi esplicito*», sebbene da un punto di vista specificamente rivolto alla fiducia accordata al funzionario per la realizzazione del risultato amministrativo da parte dell’ordinamento, il quale però risulta limitante. Invero, il principio della fiducia, secondo autorevole dottrina, può anche servire come criterio interpretativo per sciogliere dubbi in casi delicati come quelli in cui si presenta un potenziale conflitto di interessi, poiché la fiducia, a sua volta, si declina anche da parte dell’amministrazione nei confronti degli operatori economici. Sul punto, in particolare, F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 08 giugno 2023.

57. Di tale avviso, D. Bukovec, *Alle radici storiche del “nuovo” principio del risultato nelle procedure a evidenza pubblica*, in *ambitediritto.it*, 2024, 2, in particolare p. 18, richiamando l'espressione «*legalità di risultato*» coniata da Spasiano.
58. Come rammenta ancora D. Bukovec, *op. cit.*, pp. 1-21, sulla scorta di M. Calabò, A. G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *ambitediritto.it*, 2023, 2, pp. 1-31, il criterio della *par conditio* sembra essere tenuto meno in considerazione rispetto al passato.
59. A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Diritto pubblico*, 2024, 2 pp. 349-365.
60. H. Simonetti, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *judicium.it*, 2023, pp. 1-6.
61. La redazione dell'intera disposizione sembra piuttosto fortunata: leggendo i primi due commi in relazione al terzo, è possibile distinguere tra cause di esclusione generali, per natura tassative, poiché aventi valore di ordine pubblico, e «*requisiti*» [di partecipazione] «*speciali*», poiché imposte dalla stazione appaltante proporzionalmente al risultato amministrativo, coincidente con la «*realizzazione di economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*», purché compatibile con la prestazione da acquisire con quel preciso affidamento. Le stazioni appaltanti possono, difatti, divenire tutte partecipi di obiettivi di programmazione strategica: è uno dei riflessi del c.d. “Stato stratega”, nelle vesti di “Stato promotore”. L'amministrazione ha, in questo caso, grande discrezionalità di scelta nel merito, ma, in ogni caso, tali requisiti non devono essere abnormi e immediatamente escludenti, non diversamente da quanto chiarito in passato con sentenza dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484.
62. Come del resto suggerito dall'ANAC con parere precontenzioso n. 103 del 19 marzo 2025, dove è stata condivisa la pretesa di un operatore economico classificatosi secondo in graduatoria a una redazione dei criteri premianti coerenti con l'oggetto dell'affidamento e i criteri ambientali minimi richiesti chiedendo alla stazione appaltante di annullare l'aggiudicazione al primo classificato e di riformulare la graduatoria.
63. Cons. St., 18 settembre 2019, n. 6212; Cons. St., 25 agosto 2021, n. 6035; Cons. St., 20 giugno 2022, n. 5074.
64. Cons. St., 30 agosto 2022, n. 7558.
65. Tra cui, Cons. St., 26 aprile 2022, n. 3197.
66. In particolare, Cons. St., 15 febbraio 2024, n. 1545, che parla anche di «*valutazione implicita*».
67. La carenza di requisiti soggettivi particolari può essere facilmente superata nell'ambito degli appalti pubblici sia per le pubbliche amministrazioni, come richiesto dall'art. 62 del codice, sia per gli operatori economici, come previsto all'art. 68 del codice in parola, che possono aggregarsi in un caso, raggrupparsi o consorziarsi nell'altro, più o meno stabilmente, con soggetti che invece presentano quei requisiti richiesti dalla normativa o dal caso concreto.

68. E. Favara, *Ancora sulla natura giuridica del collaudo nel contratto appalto*, AA 1972, p. 180.
69. A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, I, Milano, 2012, p. 217.
70. Come ricorda O. M. Pallotta, *L'ambiente come limite alla libertà di iniziativa economica*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 18.
71. A. Lupo, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadr. amb.*, 2023, 3, con particolare riferimento pp. 94-95, dove constata che la tutela ambientale non assurge a vero e proprio principio fondamentale di settore.
72. Ancora A. Andreacchio, *Il mercato dei contratti pubblici e l'autoproduzione nella prospettiva dell'efficienza regolatoria*, cit., p. 108, per cui gli effetti indiretti sul mercato e sulla capacità di influenzare le attività economiche dei privati passano pur sempre in secondo piano rispetto alla causa del contratto d'appalto: il procacciamento delle prestazioni.
73. Ad opinione dello scrivente, il principio *do not significant harm* e il principio di sostenibilità sono due principi simili, ma non del tutto coincidenti: il primo sembra basato su una valutazione prettamente di corto periodo, mentre invece, il secondo, di medio, lungo o lunghissimo periodo.
74. A. Falzea, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Règle et pratique du droit: dans les réalités juridiques de la antiquité*, 1999, pp. 9-30.
75. Di tale rischio avvisa E. Boscolo, *Introduzione*, in C. Leone (a cura di), *I contratti di fiume*, cit., p. 10-11.

In alto mare: il commissariamento delle Autorità di sistema portuale fra conflitti politico-istituzionali ed attese di riforma

Alessandro Lauro

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-11

L'articolo dà conto di una specifica situazione venutasi a creare nell'anno 2025, quando la quasi integralità delle Autorità di Sistema portuale è stata commissariata dal Ministro dei Trasporti, in attesa del parere delle Commissioni parlamentari sulla nomina dei presidenti di dette Autorità. La particolarità è che i commissari straordinari corrispondono ai presidenti designati. L'analisi si rivela l'occasione per alcune considerazioni più generali sulla coerenza difettosa che esiste fra la governance settoriale dei porti e l'assetto generale delle competenze collegiali del Governo.

High seas: the commissioning of port system authorities amid political-institutional conflicts and expectations for reform

The article reports on a specific situation that arose in 2025, when almost all of the Port System Authorities were placed under the administration of the Minister of Transport, pending the opinion of the parliamentary committees on the appointment of their presidents. The peculiarity is that the commissioners temporarily appointed by the Minister correspond to the designated presidents. The analysis provides an opportunity for some more general considerations on the lack of consistency between the Ports governance and the general structure of the Government's collegial powers.

Sommario: 1. Introduzione: le Autorità di sistema portuale e la procedura di nomina dei loro presidenti.- 2. La brusca riscoperta del parere parlamentare.- 3. Il commissariamento straordinario: dubbi di metodo e di merito.- 3.1. Il commissariamento come anticipazione di nomina e le lacune della legge.- 3.2. Le incongruenze fra legge portuale e legge n. 400 del 1988: una collegialità governativa da recuperare?- 4. Tra bracci di mare e bracci di ferro, in attesa della

riforma.- 5. Conclusioni.

1. Introduzione: le Autorità di sistema portuale e la procedura di nomina dei loro presidenti

A partire da maggio 2025, il Ministro dei trasporti ha adottato una serie di decreti con i quali ha commissariato in via straordinaria e temporanea le Autorità di Sistema portuale (AdSP), in attesa che il procedimento di nomina dei loro presidenti si perfezionasse^[1].

In un primo momento (fino al giugno 2025), tali decreti hanno nominato temporaneamente come commissari straordinari i segretari generali di dette Autorità, in vista delle nuove designazioni effettuate dal Ministero dei Trasporti, parzialmente annunciate a partire dal mese di aprile^[2]. Tali designazioni si sono però arenate in sede parlamentare, poiché le commissioni competenti hanno preferito sospendere il rilascio del parere, in quanto alcune AdSP restavano sprovviste di candidati presidenti. A seguito di questa situazione, il Ministro ha nominato i candidati presidenti da egli individuati come “commissari straordinari”, in luogo delle precedenti nomine tecniche^[3]. Questi stessi commissari hanno assunto – come da comunicato del Ministero del 2 luglio 2025 – anche i poteri e le funzioni dei Comitati di gestione delle Autorità portuali.

Il presente contributo intende analizzare la situazione venutasi a creare, inquadrandola anche nei progetti di riforma delle AdSP che il Governo ha variamente annunciato.

Per fare ciò, giova anzitutto ripercorrere i tratti salienti del procedimento di nomina di questi alti funzionari dello Stato che, disciplinato dall’art. 8 della legge n. 84 del 1994, ha subito nel tempo varie modifiche.

Nella sua versione originaria, la norma contemplava la nomina ministeriale nell’ambito di una terna proposta, rispettivamente, da comuni, province e camere di commercio inclusi nella giurisdizione del porto^[4]. Tale terna andava comunicata tre mesi prima della scadenza del mandato ed era facoltà del ministro chiedere una seconda terna fra cui scegliere, che gli enti designanti dovevano stilare entro sessanta giorni dalla richiesta. Scaduti i termini, il ministro poteva procedere alla nomina con l’intesa della regione interessata. Dal punto di vista

soggettivo, comunque, l'individuazione del Presidente andava compiuta fra «*esperti di massima e comprovata qualificazione professionale nei settori dell'economia dei trasporti e portuale*».

Nel 2004 la procedura fu arricchita di un'ulteriore fase eventuale, in caso di mancata intesa con la regione. In questo caso il ministro avrebbe proceduto alla nomina all'interno di una terna scelta dal Presidente della giunta regionale e presentata al ministro entro trenta giorni. In assenza di questa terna, la nomina sarebbe spettata al Consiglio dei Ministri^[5]. Questa possibilità venne confermata dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 378 del 2005, che censurava, viceversa, la versione originariamente prevista dal decreto-legge prima della conversione^[6], poiché rendeva troppo cedevole la partecipazione delle regioni alla nomina dei presidenti delle autorità portuali, degradando l'intesa, ancorché debole, a mero parere non vincolante^[7].

La formulazione attuale discende dal d. lgs. 4 agosto 2016, n. 169 di riforma della legislazione portuale e dal successivo correttivo portato dal d. lgs. 13 dicembre 2017, n. 232.

Fermi i requisiti tecnico-professionali dei candidati, la scelta del legislatore è stata quella di “statalizzare” pressoché integralmente il procedimento di nomina, che compete al Ministro dei trasporti, ferma l'intesa con i Presidenti di ciascuna regione interessata. Se manca l'atto di intesa, si prevede il ricorso alla procedura di rimessione al Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 14 *quinquies* della legge n. 241 del 1990. Il che, a dire il vero, non è poi così diverso da quanto fu sanzionato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2005, data la scarsa probabilità che il Consiglio dei Ministri scelga, in dissenso da un suo membro, di accettare l'opposizione delle regioni (cui, comunque, non compete alcun potere di proposta).

Quasi a mo' di bilanciamento della ridotta capacità di influenza delle regioni e della totale eliminazione della partecipazione degli altri enti locali, la riforma del 2016 ha esplicitato il rispetto della procedura di parere parlamentare, ai sensi della legge 4 gennaio 1978, n. 14^[8]. Il che, però, già avveniva in forza dell'art. 1 di detta legge, come confermano anche i dibattiti durante l'approvazione della riforma del Titolo V della Costituzione, sebbene la procedura si fosse ormai ridotta ad una «*consuetudine formale*», priva di effettivo rilievo^[9].

In ultimo, va sottolineato come il mandato dei Presidenti delle AdSP sia di

quattro anni, rinnovabile una sola volta. A quanto risulta, le nomine del 2025 sono rivolte a sostituire, senza conferme, i precedenti vertici e, al proposito, il Ministero ha emanato un apposito avviso per raccogliere manifestazioni di interesse alla nomina.

2. La brusca riscoperta del parere parlamentare

I decreti di nomina dei commissari straordinari danno conto della scelta, comunicata anzitutto dalla IX Commissione (Trasporti) della Camera dei Deputati di sospendere le procedure per il rilascio del parere, sino a quando il Ministero non avesse presentato i nomi di tutti i presidenti designati. Così recita la nota del Presidente della Commissione Trasporti della Camere: «*l’Ufficio di presidenza, integrato dai rappresentanti dei Gruppi, della Commissione ha convenuto sull’opportunità di procedere ad una valutazione complessiva delle proposte di nomina dei presidenti dell’Autorità di sistema portuale*» così decidendo di rendere il parere soltanto «*una volta che siano state assegnate tutte le proposte di nomina relative a presidenti il cui mandato sia scaduto o che siano comunque cessati dalla carica*», contestualmente chiedendo al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di «*non procedere alle nomine definitive prima dell’espressione dei prescritti pareri parlamentari*». Nel caso della Commissione del Senato, si trova traccia dell’identica scelta nel Resoconto sommario del 28 maggio 2025^[10]. I decreti ministeriali danno conto della circostanza che, essendo scaduto il termine previsto dall’art. 3 della legge n. 14 del 1978^[11], il Ministro avrebbe comunque potuto procedere alla nomina, cosa che si evita per rispetto delle prerogative parlamentari^[12]. Ovviamente, tale indicazione non è inserita nei decreti riferiti a Commissari la cui nomina era stata appena sottoposta alle Commissioni parlamentari, anche in assenza di intesa da parte della Regione competente^[13].

Sul punto vale la pena sollevare due domande. La prima è se la scelta delle Commissioni parlamentari fosse esorbitante rispetto al loro ruolo; la seconda, consequenziale, è se il Ministro abbia agito per mera cortesia istituzionale o se invece vi fossero esigenze di leale collaborazione fra poteri da tenere in considerazione.

Alla prima domanda la risposta pare essere negativa. V’è da sottolineare che la

legge del 1978 chiede alle Commissioni competenti per materia di formulare un parere «*motivato anche in relazione ai fini ed agli indirizzi di gestione da perseguire*» (art. 2). Se è pure vero che la nomina è pur sempre *ad personam*, è altresì vero che la legge n. 84 del 1994, con le sue successive modificazioni, disegna un “sistema nazionale” dei porti che mira ad essere competitivo, in quanto *unum*, sulla scena globale^[14]. Dunque, il presidente della AdSP non è solo il dirigente di *un* ente pubblico singolare, ancorché operante su più porti e territori, ma è compartecipe e corresponsabile di una più ampia politica commerciale, infrastrutturale e marittima che riguarda la Nazione interna. Ciò lo si ricava dalla stessa legge portuale, che all’art. 11 *bis* ha istituito la Conferenza nazionale di coordinamento delle AdSP, *con il compito di coordinare e armonizzare, a livello nazionale, le scelte strategiche che attengono i grandi investimenti infrastrutturali, le scelte di pianificazione urbanistica in ambito portuale, le strategie di attuazione delle politiche concessorie del demanio marittimo, nonché le strategie di marketing e promozione sui mercati internazionali del sistema portuale nazionale*. Tutto questo sta a dimostrare che le nomine, soprattutto allorché avvengono “a pacchetto”, per una sostanziale coincidenza di mandati, necessitano di una analisi complessiva, che garantisca anche una condivisione di intenti e di visioni dei nominandi Presidenti, nonché una preparazione sufficientemente omogenea per non generare svantaggi ai porti di cui si assume la responsabilità. Peraltro, lo strumento delle audizioni dei designati, previste oggi dai regolamenti parlamentari^[15], consente proprio di acquisire elementi utili ai fini della motivazione imposta dalla legge. Non va poi dimenticato che i termini non sono fissati dalla legge, ma sono rimessi ai regolamenti parlamentari, la cui interpretazione – è fatto noto – non è delle più letterali e rigorose^[16]. Dunque, voler ritenere il termine come strettamente perentorio, sì da far decadere le Commissioni dal loro potere consultivo, potrebbe costituire una lettura eccessivamente restrittiva delle facoltà parlamentari.

Alla luce di queste considerazioni, la scelta delle Commissioni permanenti, quand’anche mossa primariamente da intendimenti politici (si v. oltre), trova, tutto sommato, basi giuridico-istituzionali piuttosto solide. Queste stesse basi, servono a confermare che l’operato del Ministro non è frutto di un mero riguardo istituzionale, ma appare il precipitato necessario di un principio di leale

collaborazione rettamente inteso^[17], cioè come insieme di condotte reciproche rispettose, volte a consentire il migliore esercizio delle prerogative altrui per fini di interesse generale. Questa stessa leale collaborazione, viceversa, appare carente con riguardo alle nomine operate dal Ministro, in assenza tanto dell'intesa regionale, quanto del parere parlamentare, volte ad anticipare la nomina di candidati designati alla presidenza immettendoli nel ruolo di Commissario straordinario.

3. Il commissariamento straordinario: dubbi di metodo e di merito

Qualche considerazione va poi spesa sul fondamento del potere di commissariamento e sul suo concreto utilizzo.

Le AdSP sono sottoposte ai poteri di vigilanza ed indirizzo del Ministero dei Trasporti, ai sensi dell'art. 6, comma 7, e 12 della legge n. 84 del 1994. Orbene, secondo costante giurisprudenza amministrativa, il potere di commissariamento di un ente è una declinazione implicita del potere di vigilanza sull'ente stesso^[18]. Nella legge portuale, la possibilità di nominare un commissario straordinario – teoricamente per non più di sei mesi – è sancita dall'art. 7, al verificarsi di specifiche irregolarità enunciate dalla legge.

Data l'esistenza del potere di commissariamento, si dipanano ulteriori questioni: a) è lecito utilizzare il commissariamento per anticipare la nomina che non ha percorso tutto il suo iter?; b) in un caso simile, è corretto che il commissariamento avvenga ad opera del ministro e non del Governo nella sua collegialità?; c) il procedimento di nomina è ancora sintonico rispetto alla “vocazione” delle Autorità di sistema portuale?

3.1. Il commissariamento come anticipazione di nomina e le lacune della legge

Esiste una differenza fra confermare un commissario straordinario, nominandolo presidente^[19] e designare un presidente, nominandolo commissario straordinario? La differenza esiste e ancora si richiama al principio di leale collaborazione già menzionato. Se a seguito di commissariamento straordinario *secundum legem*,

l’Autorità di nomina si convince che il commissario sia la persona più adeguata per ricoprire il ruolo di Presidente *nulla questio*: si intavola la procedura e, ottenuti i prescritti atti di assenso e i pareri, muta il titolo, ma senza reali soluzioni di continuità.

Si nota però l’evidente differenza con il caso che ci occupa, nel quale si realizza un sostanziale sviamento del potere di commissariamento, utilizzato come strumento “pressorio” nei confronti dei soggetti partecipanti al procedimento di nomina (le regioni, ove manchi l’intesa, o le Commissioni parlamentari) e come surrogato del potere stesso, anticipando l’ascesa della persona designata al vertice dell’AdSP. Non solo: al commissario così identificato vengono pure attribuiti tutti i poteri del Comitato di gestione, organo in cui è garantita una minima rappresentatività delle regioni e dei comuni nei cui territori opera l’AdSP.

Tutto ciò avviene con il richiamo, in apertura dei decreti ministeriali, all’art. 97 Cost. ed al principio del buon andamento, qui evidentemente declinato come principio di continuità dell’azione amministrativa. Si tratta, tuttavia, di un richiamo che appare quantomeno strumentalizzato, poiché bastava individuare una figura diversa, magari nel personale dirigenziale della stessa Autorità, che potesse garantire la temporanea direzione dell’ente.

In questo frangente emerge una significativa lacuna nella legge n. 84 del 1994, creata dalla riforma del 2016. In effetti, sino ad allora – e ciò valeva anche per le leggi istitutive degli enti portuali precedenti – le Autorità potevano contare su un vicepresidente (formalmente, del Comitato portuale, oggi Comitato di gestione), identificato *ex lege* nella persona del comandante del porto sede dell’autorità portuale (art. 9, comma 1, lett. b), nell’originaria formulazione). In questo modo si evitavano vuoti al vertice, anche nelle fasi di avvicendamento dei presidenti. La legge non prevede più niente di ciò e, anzi, il Comitato non conta più alcun membro *ex officio*, ma rappresentanti designati dalle diverse componenti (regioni, comuni, autorità marittime).

3.2. Le incongruenze fra legge portuale e legge n. 400 del 1988: una collegialità governativa da recuperare?

La vicenda in commento mette in luce alcuni stridori fra la legge portuale e la legge n. 400 del 1988, rimasti a lungo silenti.

La prima incongruenza riguarda il procedimento di nomina dei presidenti delle AdSP. Ogni autorità è – sulla base della formulazione data dal d. lgs. n. 169 del 2016 – «ente pubblico non economico di rilevanza nazionale a ordinamento speciale ed è dotato di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria». Si tratta di una definizione molto più ampia di quanto sancito originariamente nel 1994^[20]. L'attenzione va particolarmente richiamata sul fatto che le AdSP siano *enti di rilevanza nazionale*.

Queste parole non possono non richiamare alla mente la previsione, contenuta nell'art. 3 della legge n. 400 del 1988 sull'attività del Governo, che inquadra la nomina dei presidenti di «*enti, istituti o aziende di carattere nazionale*» in un procedimento ai massimi livelli, che richiede una delibera del Consiglio dei ministri, su iniziativa del ministro competente, incorporata successivamente in un decreto del Presidente della Repubblica, emanato dietro proposta del Presidente del Consiglio.

Vi è dunque un primo scollamento fra la norma del 1988 (attuativa dell'art. 95 della Costituzione) e la norma del 1994, modificata nel 2016 con il preciso intento di far assumere alle Autorità portuali una diversa dimensione, non più meramente locale.

D'altra parte, lo stesso ruolo del presidente dell'AdSP, emergente dall'art. 8 della legge portuale, lo proietta in una dimensione complessa, poiché è chiamato a coordinare le attività svolte nel porto dalle pubbliche amministrazioni^[21] (art. 8, lett. g), partecipa alle sedute del Comitato interministeriale per la programmazione economica che riguardino gli scali di competenza (lett. i), promuove le conferenze di servizi aventi ad oggetto lo sviluppo portuale (lett. l).

Queste competenze, peraltro, non possono richiamare alla mente quanto disposto dall'art. 11 della legge n. 400/1988, che disciplina i Commissari straordinari del Governo che sono nominati «*per particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali*».

Insomma, la volontà legislativa si è manifestata nel senso di ampliare le funzioni delle Autorità (che si trovano comunque a gestire porti di rilevanza economica nazionale e internazionale), conferendo loro una nuova posizione all'interno del panorama degli enti pubblici e sottraendoli alla qualificazione di «*autorità periferiche*»^[22]. Il fatto che più di un'Autorità insista su più regioni ne è la prova^[23]. Tutti questi elementi annullano in sostanza le possibili differenze semantiche

attribuibili alle espressioni «*di rilevanza nazionale*» (legge n. 84 del 1994) e «*di carattere nazionale*» (legge n. 400 del 1988). Questi richiami sembrano confermare un’attrazione del potere di nomina, ed anche di commissariamento straordinario, quando ciò esuli dall’attività di vigilanza, in capo al Consiglio dei Ministri, tanto più in assenza di intesa con le regioni. Assenza che impone, in base alla legge n. 84, il ricorso alla decisione dell’organo governativo collegiale, ai sensi dell’art. 14 *quinquies* della legge n. 241 del 1990.

A queste considerazioni va pure aggiunta la circostanza che il decreto-legge 11 novembre 2022 n. 173 ha attribuito al Presidente del Consiglio la funzione di coordinare, indirizzare e promuovere l’azione del Governo con riferimento alle politiche del mare^[24], creando contestualmente un apposito Comitato interministeriale (CIPOM), cui è devoluta in particolare la competenza ad adottare il Piano nazionale del mare, che contiene gli indirizzi strategici, tra le altre cose, per la «*valorizzazione delle vie del mare e sviluppo del sistema portuale*», nonché la «*promozione del sistema-mare nazionale a livello internazionale*».

Si tratta di un’ulteriore “complicazione” nel sistema delle competenze, che però sottolinea ancora l’irragionevolezza sistematica della nomina esclusivamente ministeriale dei presidenti delle AdSP. Il che potrebbe sfociare in una illegittimità costituzionale della stessa, per contrasto con l’art. 95 e violazione dei canoni di ragionevolezza^[25], con riconduzione alla previsione generale di cui all’art. 3 legge n. 400 del 1988.

Ciò non comprometterebbe, viceversa, il potere di commissariamento “sanzionario” delle Autorità, che rimarrebbe al Ministro nello svolgimento della sua attività di vigilanza^[26].

4. Tra bracci di mare e bracci di ferro, in attesa della riforma

Per comprendere appieno il “perché” di questa vicenda, oggettivamente curiosa e probabilmente inedita, è buona cosa squarciare il velo di Maya e andare a fondo delle dinamiche politico-istituzionali. In effetti, la prova di forza messa in piedi dalle Commissioni parlamentari è probabilmente connessa a tensioni interne nella maggioranza di governo^[27]. Se non è escluso che queste tensioni attengano

anche alla scelta individuale dei presidenti, è più appariscente il contrasto che intercorre fra il Ministro delegato alle politiche del Mare, on. Musumeci, ed i vertici del Ministero dei Trasporti rispetto alla possibile riforma delle AdSP^[28].

Bisogna infatti ricordare che il Piano nazionale del Mare 2023-2025^[29], elaborato sotto l'egida del Ministro Musumeci, ha annunciato una nuova ed ulteriore riforma delle AdSP, con l'introduzione di due fondamentali novità: «consentire alle AdSP – deputate alla gestione dei porti nazionali – iniziative d'impresa nella catena logistica, anche attraverso forme consortili o comunque di co-partecipazione con soggetti privati» e la creazione di «un organo centrale con compiti di coordinamento, indirizzo, pianificazione, regolazione e distribuzione delle risorse dello Stato»^[30], sulla scia dell'agenzia spagnola *Puertos del Estado*^[31].

Nella riunione del CIPOM del 18 dicembre 2024^[32] (in realtà l'ultima che si è tenuta, stando al sito istituzionale) il viceministro Rixi ha avanzato la proposta «di costituire una S.p.A. Porti d'Italia, deputata agli investimenti nella rete porti, che rappresenti il sistema portuale italiano a livello mondiale, favorendone la competitività. Tale Società sarebbe sottoposta a controllo pubblico e a partnership con investitori istituzionali e consentirebbe di aumentare la capacità di investimento sulle opere», che, già ad una semplice lettura del resoconto, non sembra aver acceso gli entusiasmi del Ministro Musumeci, che pubblicamente spinge per una riforma della governance che metta al centro il suo Ministero^[33] (in ipotesi, trasformato in Dicastero con portafoglio)^[34]. La proposta Rixi, per quanto sfumata, in realtà non sembra andare nella direzione di creare un organismo di coordinamento, ma di istituire una società “a supporto” del sistema portuale, non dissimile dalla già esistente RAM - Logistica, Infrastrutture e Trasporti Spa^[35], ma lontana dagli annunci, pur vaghi, contenuti nel Piano del Mare.

5. Conclusioni

La vicenda presa in esame si muove sullo sfondo di tensioni interne all'attuale maggioranza di governo, nel quadro di un processo di riforma avvertito come necessario anche dagli operatori del settore, senza che però sia del tutto chiara la direzione che si intende perseguire.

I fatti analizzati mettono tuttavia in luce questioni giuridico-istituzionali significative, a partire da un ritrovato ruolo delle Commissioni parlamentari

nell'espressione di pareri sulle nomine governative. Un ritrovamento che, in un'epoca in cui si constata senza sosta il decadimento delle funzioni parlamentari, anche di controllo^[36], conferma quanto non ci sia nulla di inarrestabile in questo fenomeno, ma si possano aprire spiragli di effettiva dialettica, in presenza di una volontà coerente.

In secondo luogo, quanto avvenuto getta luce su alcune aporie ordinamentali che andrebbero probabilmente affrontate da parte di un legislatore attento, nel senso di rendere coerenti previsioni settoriali con il quadro istituzionale generale, anche riconoscendo in maniera più profonda il ruolo fondamentale della portualità e del mare nell'economia nazionale.

Rispetto ai singoli fatti, è lecito dubitare che la nomina anticipata di candidati presidenti tramite l'istituto del commissariamento sia coerente con la natura e le finalità di questo, tanto più che essa appare, in maniera poco contestabile, come una mossa per aggirare le fasi della procedura di designazione previste dalla legge. Insomma, la sostanza nega la forma: se l'ultima vuole accreditare deferenza e rispetto inter-istituzionale, la prima sembra invece negare tale esigenza.

1. Va considerato che vi sono commissariamenti che si protraggono da molto tempo. È il caso dell'Autorità del porto di Genova, dove il primo commissario fu nominato 7 settembre 2023 ed individuato nella persona del Segretario generale, avvocato Paolo Piacenza. Lo stesso vale per l'Autorità dello stretto di Messina, in cui il commissario straordinario fu nominato il 23 novembre 2023, a seguito della scadenza del precedente presidente. La scelta è stata evidentemente quella di protrarre una gestione straordinaria, nell'attesa di un rinnovo complessivo di tutti i Presidenti delle AdSP.
2. Il 14 aprile 2025 è stata comunicata alla regione Liguria la designazione per il porto di Genova. Con comunicato del 18 aprile 2025 veniva presentata la designazione del presidente dell'Autorità dello Stretto di Messina. Il 24 aprile 2025, il MIT annunciava l'inizio della procedura di nomina dei presidenti di cinque Autorità (che qui si indicano tramite il porto principale: Trieste, Bari, Ravenna, Taranto, Livorno). Il 6 maggio è stato indicato il candidato per i porti di Savona e Massa Carrara. Il 27 giugno è stata comunicata la designazione per il porto di Civitavecchia. L'8 luglio è giunta la designazione per il porto di Napoli. L'11 luglio è stato indicato il candidato presidente per il porto di Venezia. Nel momento in cui si scrive (20 luglio 2025) mancano all'appello le Autorità portuali con sede principale a Gioia Tauro, Palermo, Cagliari, Siracusa, Ancona.
3. Si v. i relativi decreti nelle pagine "Amministrazione trasparente" delle singole Autorità. In termine di tempo, il primo atto di questa "ondata" è il decreto ministeriale 11 giugno 2025, con il quale si procedeva alla nomina come commissario straordinario dell'Autorità di

sistema portuale del Mar Ligure occidentale (ovvero il porto di Genova) l'avv. Matteo Paroli, per il quale il Ministero aveva già acquisito l'intesa della Regione Liguria come nuovo Presidente.

4. All'epoca dell'entrata in vigore della legge n. 84 del 1994, le Autorità portuali erano "monoscalo", dunque insistevano su un unico porto. Sull'assetto delle Autorità v., nella vasta letteratura, almeno F. Berlingieri, *Note sulla legge 28 gennaio 94 n. 84 sul riordino della legislazione in materia portuale*, in *Diritto Marittimo*, 1994, p. 238 ss.; A. Citrigno, *L'Autorità portuale. Profili organizzativi e gestionali*, Giuffrè, Milano, 2003; M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 287 ss.; A. Romagnoli, *Autorità portuale: profili strutturali e funzionali*, Bonomo, Bologna, 2003; L. Scotto, *Dagli Enti portuali alle Autorità di sistema portuale nel coacervo di competenze nazionali e locali*, in *Diritti Regionali*, 1, 2020, p. 216 ss.; G. Taccogna, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 583 ss. G. Vermiglio, voce *Autorità portuale*, in *Enc. Dir.*, aggiorn. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 192 e ss.
5. Art. 8, comma 1 bis, introdotto dall'articolo 6 del D.L. 28 maggio 2004, n. 136, convertito con modificazioni dalla L. 27 luglio 2004, n. 186.
6. Formulazione che si limitava a contemplare, in assenza dell'intesa, il passaggio al Consiglio dei Ministri, senza l'obbligo del Ministro di chiedere una terna al Presidente della Regione.
7. A commento v. G. Di Cosimo, *Quando l'intesa non va in porto*, in *Le Regioni*, 3, 2006, p. 398 ss.
8. A proposito del controllo parlamentare sulle nomine governative v. A. Baldassarre, *Il controllo sulle nomine negli enti pubblici tra le misure di indirizzo-controllo del Parlamento*, in AA.VV., *L'altro potere in economia. La questione delle nomine negli enti pubblici*, De Donato, Bari, 1978; L. De Anna, *Il controllo parlamentare in materia di nomine*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2-3, 1977, p. 103 ss.; E. Balocchi, *Nomine negli enti pubblici e controllo parlamentare*, in *Diritto e società*, 2, 1978, p. 331 ss.; S. Labriola, *Il controllo parlamentare sulle nomine degli enti pubblici*, in *Politica del diritto*, 4, 1980, p. 543 ss.; M. Manetti, *Il Parlamento nell'amministrazione: dall'ingerenza alla co-decisione*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1991, p. 389 ss.; L. Spaventa, *Il controllo parlamentare sulle nomine: esperienze e risultati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1982, p. 549 ss.
9. Così l'intervento dell'on. Mammola nel corso dei dibattiti sulla riforma costituzionale del titolo V. Questo l'intervento integrale in A.C. XIII, Resoconto stenografico di seduta n. 774, 20 settembre 2000, 146: «Ricordo inoltre che tutte le forze politiche concordarono sul fatto che la legge n. 84 dovesse essere superata e che il parere richiesto alle Commissioni parlamentari sulle nomine che venivano fatte era diventato ormai una consuetudine formale che sostanzialmente non aveva più alcun tipo di rilevanza all'interno del nostro ordinamento; infatti, il parere consultivo che non ci dava nemmeno la possibilità di modificare eventuali scelte del Governo, concordate con le regioni, era una vera e propria perdita di tempo! Tutte le forze politiche hanno concordato che, andando verso scelte

federaliste di decentramento, il parere della Commissione parlamentare, per esempio per la nomina di autorità portuali, poteva essere tranquillamente cancellato dalla legge n. 84!». Va qui ribadito che, all'epoca, la procedura parlamentare procedeva dal combinato disposto fra l'art. 8 della legge n. 84 del 1994 e l'art. 1 della legge n. 14 del 1978.

10. A.S. XIX, VIII Commissione permanente, Resoconto sommario n. 186 del 28 maggio 2025: «*Il PRESIDENTE propone che - al fine di conformarsi a quanto già convenuto dalla omologa Commissione della Camera dei deputati - le votazioni di tutte le proposte di nomina relative ai Presidenti delle Autorità di sistema portuale non ancora concluse abbiano luogo una volta che il Governo avrà completato la trasmissione di tutte le proposte alle Camere. La Commissione conviene».*
11. L'articolo rinvia a sua volta, in ossequio alla riserva costituzionale, ai regolamenti delle Camere per la definizione di tale termine. L'art. 143 R.C. stabilisce un termine di venti giorni, prorogabile di ulteriori dieci. Lo stesso fa l'art. 139 bis R.S.
12. «*RITENUTO, per dar seguito alla richiesta formulata dalla IX Commissione permanente della Camera dei Deputati, nonché a quanto convenuto dalla 8a Commissione permanente del Senato della Repubblica, ed in ossequio alle prerogative parlamentari che comunque connotano il complesso procedimento di nomina in questione, di non procedere alle nomine definitive dei Presidenti delle Autorità di sistema portuale prima dell'espressione dei pareri da parte di entrambi i rami del Parlamento, ancorché resi dopo il termine di cui all'articolo 3 della legge n. 14 del 1978»* (formulazione tratta dal D.M. n. 132 del 10 giugno 2025, di nomina del dott. Guerrieri a Commissario straordinario dell'Autorità portuale di Trieste).
13. Si v. il D.M. n. 168 dell'11 luglio 2025, di nomina del dott. Gasparato a Commissario straordinario dell'Autorità portuale di Venezia.
14. Si v. il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 9 maggio 2016 n. 1142, sulla bozza di decreto legislativo di riforma: «*scopo è quello di fare del "Sistema Mare" il motore di uno sviluppo economico che crei valore a partire dalla posizione geografica dell'Italia, nel cuore del Mediterraneo, con le sue migliaia di chilometri di coste, così da rilanciare il ruolo di naturale protagonista del collegamento tra Oriente ed Europa, che peraltro ne ha caratterizzato la storia».*
15. Cfr. art. 47, comma 1 bis, R.S. Si tratta, in realtà, di una “conquista” delle Commissioni parlamentari, malgrado un'iniziale interpretazione (anche degli organi camerali) che escludeva tali strumenti: cfr. M. Manetti, *Il Parlamento nell'amministrazione*, cit., p. 340.
16. La stessa norma regolamentare ammette deroghe. Si noti che l'art. 139 bis, comma 3, R.S. stabilisce che il Presidente del Senato, d'intesa con quello della Camera, può stabilire un termine diverso. Si registra qui una non banale differenza con il regolamento dell'altro ramo del Parlamento, dove questa deroga è espressamente ammessa per tutte le procedure diverse dal parere sulle nomine governative (art. 143, comma 4, R.C.).
17. Si può quindi definire come una forma di confronto nel processo decisionale improntato alla correttezza nei rapporti istituzionali. La definizione è plasmata sulle parole di A. Carminati, *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali degli organi dello Stato*, Editoriale scientifica, Napoli, p. 45

18. Da ultimo Consiglio di Stato, sez. IV, 28 maggio 2025 n. 4658 e nello stesso senso T.A.R. Lazio, sez. II, 21 ottobre 2002, n. 8971; 11 febbraio 2016, n. 1951; T.A.R. Basilicata 20 febbraio 2019, n. 900; 20 giugno 2024 n. 328. Una ratio simile si rinviene anche in Consiglio di Stato, sez. IV, 23 dicembre 2012 n. 2019.
19. Nel nostro ambito, il caso si è verificato per l'Autorità del porto di Gioia Tauro, nella quale il comandante Agostinelli era stato nominato prima commissario straordinario dell'Autorità portuale sino al 18 giugno 2021, quando è intervenuta la sua nomina a presidente dell'AdSP.
20. «*L'autorità portuale ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotata di autonomia di bilancio e finanziaria nei limiti previsti dalla presente legge».*
21. Come enuncia l'articolo, nei porti operano bracci amministrativi stabili del Ministero dell'Economia e del Ministero della Salute (si pensi alle politiche doganali ed alle ispezioni sanitarie), ma si intersecano anche le competenze di altri Dicasteri, come quello dell'Ambiente.
22. Corte cost., sent. n. 6 del 2023, punto 9.4 Cons. Dir.
23. Cfr. Corte cost., sent. n. 208 del 2020.
24. La norma è oggi contenuta all'art. 4 bis del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 303 sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio.
25. Può giovare richiamare, mutatis mutandis, Corte Cost., sent. n. 86 del 1977, che dichiarò l'illegittimità costituzionale della previsione del codice di procedura penale che attribuiva al Ministro della Giustizia e non al Presidente del Consiglio le prerogative in materia di segreto di Stato: «*Torna qui applicabile senz'altro il disposto dell'art. 95, primo comma, della Costituzione, in virtù del quale il Presidente del Consiglio dei ministri «dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile». In questa sintetica espressione non può non essere compresa la suprema attività politica, quella attinente alla difesa esterna ed interna dello Stato. Se si aggiunge che, come continua la norma citata, il Presidente del Consiglio dei ministri deve anche coordinare l'attività dei Ministri - e possono essere più i Ministri direttamente competenti in argomento anche in singoli casi - la predetta affermazione rimane corroborata, sicché è al Presidente di quel Consiglio che deve essere riportata la direzione, nel più ampio senso del vocabolo, della gestione di tutto quanto attiene ai supremi interessi dello Stato».*
26. Ha chiarito il Consiglio di Stato, sez. IV, 28 maggio 2025 n. 4658, che il potere di revoca e commissariamento di un ente pubblico non è un *contrarius actus* rispetto alla nomina, poiché si esplica nell'ambito dell'eventuale vigilanza ministeriale, così sottraendosi ai requisiti procedurali previsti per la nomina stessa.
27. Si noterà che i presidenti delle Commissioni competenti (on. Deidda; sen. Fazzone) appartengono a partiti diversi da quelli del Ministro dei Trasporti, on. Salvini, e del viceministro con delega ai porti, on. Rixi.
28. Tensioni che, a quanto riferito da organi di stampa, già si registrarono all'inizio dell'esperienza del Governo Meloni, quando la creazione del Ministro per le politiche del mare suscitò preoccupazione al Ministero dei Trasporti: cfr. M. Pucciarelli, *Delega sui*

*porti, l'ultima parola a Meloni. La Lega: "Ci vogliono fregare", in La Repubblica, 23 ottobre 2022. Sulla specifica vicenda delle nomine si v. l'intervista del Ministro Musumeci con S. Gallotti, *Porti, Musumeci al Secolo XIX: "Scegliamo i presidenti da un albo nazionale"*, in Il Secolo XIX, 5 marzo 2025.*

29. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale in data 23 ottobre 2023.
30. Entrambe le citazioni sono tratte dal Piano nazionale del Mare 2023-2025, p. 69.
L'esperienza spagnola è ivi espressamente menzionata.
31. L'Agenzia è disciplinata dal Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, in particolare all'art. 16. A questo organismo pubblico è deferita, in particolare, l'esecuzione della politica portuale del Governo e il controllo di efficienza del sistema portuale statale (art. 17, lett. a). L'enfasi sull'esistenza di una politica di carattere governativo nel settore sembra corroborare le conclusioni cui si è pervenuti rispetto al ruolo del Consiglio dei ministri.
32. Il verbale è disponibile all'indirizzo www.dipartimentopolitichemare.gov.it.
33. M. Zunino, *Musumeci: "Sulla portualità il ministero del Mare avrà un ruolo di gestione e non solo di coordinamento"*, in *ShipMag*, 25 giugno 2025.
34. All'interno del settore c'è chi ha spinto per ricreare un nuovo Ministero della marina mercantile: cfr. L. Merlo, *Rivoluzionare la politica marittima italiana. Per un vero Ministero del Mare*, Guerini e Associati, Milano, 2023.
35. La sigla sta per Rete Autostrade Mediterranee. La società è una in-house del Ministero dei Trasporti, costituita in relazione al "Programma autostrade del mare" contenuto nel Piano Generale dei Trasporti, approvato dal Consiglio dei Ministri il 2 gennaio 2001. Il suo scopo è «*promuove[re] e supporta[re] tecnicamente l'elaborazione, l'attuazione e la gestione delle linee di intervento in materia di trasporto e logistica connesse con tale sistema integrato e, più in generale, ai temi della logistica, delle infrastrutture e dei trasporti, così come previste nei documenti di pianificazione e programmazione del Ministero nonché in coerenza con i documenti di programmazione europea*» (dal sito istituzionale www.ramspa.it).
36. Su cui v. M. Malvicini, *La funzione di controllo del Parlamento nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2022.

Semplificazione normativa e pubblica amministrazione. La regolazione nel Codice dei contratti pubblici

Giuseppe Carlo Ricciardi

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-41

Lo scritto analizza l'applicazione di alcune istanze di semplificazione normativa verificate alla luce del caso studio rappresentato dal Codice dei contratti pubblici italiano, approvato con il decreto legislativo n. 36/2023. Nella prima parte, esso si sofferma sulla particolare posizione che assume il tema della semplificazione del linguaggio amministrativo e delle norme concernenti la pubblica amministrazione quale snodo fondamentale della dialettica tra esercizio del potere e svolgimento dei diritti democratici, al fine di sottolineare la peculiare rilevanza delle politiche di semplificazione normativa applicate alle disposizioni che regolano l'attività della pubblica amministrazione. Nella seconda parte, l'articolo analizza la tecnica di elaborazione del nuovo Codice dei contratti pubblici al fine di descriverne la genesi e gli elementi caratterizzanti sul fronte della rispondenza agli obiettivi di semplificazione normativa e miglioramento della chiarezza espositiva, anche alla luce dell'ultimo decreto correttivo del dicembre 2024. Il saggio conclude l'esposizione con alcune osservazioni critiche rispetto al disegno originario.

Regulatory simplification and Public Administration. Regulation in the Public Contracts Code

This paper analyses the application of certain rules of regulatory simplification, verified in light of the case study represented by the recently approved Italian Public Contracts Code. In the first part, it focuses on the special role of simplifying administrative language and rules concerning public administration as a fundamental junction in the dialectic between the exercise of public power and the concrete exercise of citizens' democratic rights. The purpose is to highlight the peculiar relevance of regulatory simplification policies applied to provisions governing public administration activity. In the second part, the paper examines the draughting

technique of the new Public Contracts Code enacted in Italy with Legislative Decree No. 36/2023. It describes its origins and its key features with respect to the goals of regulatory simplification and improvement of clarity, also in light of the corrective decree of 2024. The paper lays also out some critical observations on the design of the reform.

Sommario: 1. Legistica e pubblica amministrazione.- 2. La semplificazione delle norme e delle manifestazioni di volontà dell'amministrazione.- 2.1. L'incidenza della qualità della regolazione su potere, situazioni soggettive e loro relazioni.- 3. La semplificazione normativa come misura abilitante trasversale alle riforme amministrative contemplate nel PNRR (anche in funzione economica). Il caso della regolazione dei contratti pubblici.- 4. La legge delega in materia di contratti pubblici e il d.lgs. n. 36/2023. Un solo modello di semplificazione?- 4.1. Struttura e soluzioni di carattere testuale (profilo quantitativo).- 4.2. Il "rinnovato" ruolo dei principi generali (profilo qualitativo).- 4.3. Aspetti e tecniche definitorie.- 4.4. Clausole di sostituzione automatica, coordinamento normativo, "auto-esecutività" e delegificazione.- 5. Il decreto correttivo al Codice dei contratti come tecnica di normazione. Riflessi sul disegno (di semplificazione) originario.- 6. Alcune riflessioni sulla "stratificazione" delle politiche di semplificazione normativa.

1. Legistica e pubblica amministrazione

Negli^[1] ultimi decenni la “legistica”^[2] è emersa come un’area di studi giuridici preordinata a definire regole e metodi propedeutici alla produzione di provvedimenti normativi di elevata qualità^[3].

Se applicata a un primo livello, essa richiede che le disposizioni di legge siano redatte in modo tale da tradurre l’intenzione del legislatore in enunciati normativi chiari ed immediatamente accessibili ai destinatari^[4]. Il corollario di questa determinante teleologica consta, ovviamente, della contestuale necessaria garanzia del rispetto delle fonti del diritto gerarchicamente sovraordinate, prima fra tutte la Costituzione. Si muove verso questa direzione la branca della disciplina in parola correntemente denominata come “legistica formale” (*formal Legistics*), la quale mira^[5] essenzialmente a definire, individuare e attuare regole di tecnica

normativa^[6] e buone pratiche per la redazione degli atti formalmente *legislativi*^[7]. Rispetto alla dimensione poc’anzi menzionata – per vero assai più nota – esiste poi un diverso livello, posto “più in basso” nella gerarchia delle fonti^[8] e forse non direttamente ascrivibile alla legistica in senso stretto, benché tale da condividerne obiettivi e finalità.

Si tratta del distinto piano degli atti e documenti amministrativi, il quale adempie, anzitutto, all’esigenza di fornire applicazione alle peculiari norme di legge che impongono alle pubbliche amministrazioni, da un lato, di presiedere all’esercizio della funzione amministrativa e, dall’altro, di certificare condizioni o *status*^[9] ovvero di notificare *ex lege* ai cittadini determinate comunicazioni cui sono riconnessi puntuali effetti giuridici^[10].

Pur essendo forse meno considerata, questa dimensione evoca un problema non secondario e, anzi, condivide con la prima la medesima esigenza di chiarezza delle formulazioni testuali utilizzate sia nella stesura delle disposizioni di legge attributive del potere pubblico, sia degli atti amministrativi e dei documenti provenienti dalla pubblica amministrazione che si rivolgono a destinatari determinati o determinabili. Soprattutto per quanto attiene al profilo degli atti amministrativi, infatti, occorre premettere che le decisioni assunte dalla pubblica amministrazione si caratterizzano per l’attitudine ad imporsi unilateralmente ai privati e, quindi, ad incidere su questi ultimi determinando un sacrificio – talora anche molto marcato – direttamente ascrivibile alle rispettive posizioni giuridiche soggettive.

A questo diverso livello si collocano certamente i provvedimenti amministrativi puntuali, in quanto espressione di un potere autoritativo. Parimenti, si pongono al medesimo livello gli atti attraverso i quali la pubblica amministrazione adotta strumenti negoziali in sostituzione di quelli che risultano dall’esercizio del potere^[11] ma anche gli atti di programmazione e pianificazione, intesi come esplicitazione del modello di amministrazione per piani e programmi.

Del resto appare di immediata percezione che, fondandosi l’attività amministrativa su quanto previsto – a cascata – in disposizioni costituzionali^[12], legislative, regolamentari o di altra natura^[13], il linguaggio amministrativo muova necessariamente dalle formulazioni testuali evincibili dalle disposizioni normative^[14], delle quali, sovente, riprende la formulazione testuale^[15]. Inoltre, ancora più di frequente, esso richiede la preliminare sperimentazione di un

esercizio ermeneutico delle disposizioni di legge, propedeutico anch'esso all'esercizio della funzione amministrativa e, quindi, tale da riverberarsi sulla legittimità del provvedimento amministrativo^[16].

In questa diversa e più analitica dimensione – che indaga la legistica “dal basso” – il tema intercetta sia il modo con il quale sono esposti e costruiti gli enunciati normativi da parte del legislatore, sia, al contempo, i rapporti tra legislazione e pubblica amministrazione, quale soggetto chiamato ad emanare atti amministrativi rispettosi del principio di tipicità e, per conseguenza, direttamente contemplati dalla legge^[17] per la cura di interessi pubblici determinati^[18] che la medesima si premura di individuare^[19]. Da questi ultimi, esso finisce per intercettare anche le implicazioni ravvisabili per le posizioni giuridiche soggettive vantate dai privati – siano esse interessi legittimi o diritti soggettivi – e, in ultima istanza, il concreto svolgimento dei diritti negli ordinamenti democratici, nonché il gradiente di effettività nella fruizione di quegli stessi diritti nella moderna società.

Sembra porsi a questo livello – nel cangiante rapporto intercorrente tra legislazione concernente la pubblica amministrazione e soggetti privati – anche il tema della contrattualistica pubblica, rispetto alla quale assistiamo a procedure di affidamento che, pur di derivazione pubblicistica, finiscono per interpellare anche le legittime aspettative dei soggetti privati, potenziali contraenti del rapporto contrattuale.

Il presente articolo, dunque, dopo aver inquadrato il rilievo del lessico utilizzato nelle norme rivolte alla pubblica amministrazione (e negli stessi atti amministrativi), si sofferma sulla tecnica normativa sottesa al nuovo Codice dei contratti pubblici e su alcuni elementi caratterizzanti sia il procedimento di approvazione sia, soprattutto, la tecnica di redazione e le soluzioni di semplificazione normativa in esso riscontrabili, con l'intento di verificarne la rispondenza agli omologhi obiettivi espressamente richiamati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Il contributo, infine, prende in esame alcune soluzioni adottate nell'ultimo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici per valutarne la portata rispetto agli obiettivi di semplificazione normativa sopra menzionati.

2. La semplificazione delle norme e delle manifestazioni di volontà dell'amministrazione

In Italia il tema della stesura delle disposizioni e degli enunciati da parte delle pubbliche amministrazioni secondo parametri di chiarezza espositiva, terminologica e semantica muove in larga misura dall'attenzione apprestata in ragione della stesura di un noto rapporto promosso dal Prof. Sabino Cassese^[20] nei primi anni Novanta del secolo scorso presso il Dipartimento per la Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il medesimo interesse scientifico, di lì in avanti, verrà condiviso con un certo rigore da autorevoli studiosi^[21] e, tra essi, un ruolo di spicco viene ancora oggi riconosciuto a un meritorio studio condotto dal Prof. Alfredo Fioritto^[22], divenuto un riferimento per la materia in esame dopo aver partecipato, a sua volta, all'esperienza del *Codice di stile* dell'anno 1993^[23].

Il problema, come si vedrà, si pone sul fronte delle modalità di stesura dei provvedimenti amministrativi quale estrinsecazione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini (destinatari dell'atto amministrativo): di qui, esso coinvolge anzitutto le possibili estrinsecazioni della patologia del provvedimento che a vario titolo si legano alla *motivazione oscura*, allorquando essa risulti inficiata dalla ricorrenza di figure sintomatiche dell'eccesso di potere riconnesse, per l'appunto, alla motivazione del provvedimento^[24]. I casi possono essere molteplici e coinvolgere, ad esempio, il richiamo al difetto, all'irragionevolezza, all'illogicità della motivazione, sia con riferimento alla coerenza con il dispositivo dell'atto, sia in relazione all'*interesse* che l'amministrazione persegue^[25].

Esso, inoltre, implica il riferimento ai principi che reggono l'azione amministrativa *ex art. 1 della l. n. 241/1990*^[26], ai quali si aggiungono quelli di buon andamento dell'amministrazione^[27] – avente natura costituzionale – e trasparenza^[28], cui pare riescano maggiormente interessati, innervando il menzionato rapporto che, necessariamente, si stringe con i destinatari del provvedimento^[29].

Tuttavia, il problema della legittimità dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione in correlazione alla chiarezza degli enunciati si ripresenta, sotto altra veste, allorquando questi ultimi non ineriscano il provvedimento amministrativo che rappresenta il prodotto dell'esercizio di siffatta potestà, bensì

la legge che conferisce all'amministrazione il potere di provvedere^[30]. In tale diverso frangente il vizio potrebbe derivare non tanto (o non solo) dalle soluzioni testuali adottate dalla pubblica amministrazione chiamata ad esternare la propria volontà per il tramite del provvedimento amministrativo, bensì dall'oscurità della *norma attributiva del potere* in sé stessa^[31]. Infatti, la norma testualmente o semanticamente poco chiara pone, da una parte, un problema^[32] di delimitazione dell'estensione del potere e, dall'altra, una questione di definizione o riconoscimento^[33] del fine per il quale viene conferito il pubblico potere all'amministrazione (intesa in senso soggettivo)^[34].

Proprio per questa ragione, benché la gran parte degli studiosi del diritto amministrativo presti comprensibilmente attenzione alla *semplificazione amministrativa*, intesa come semplificazione dei procedimenti, dei tempi e dei moduli di azione della pubblica amministrazione – preordinata alla riduzione dei c.d. *oneri amministrativi* – invero anche il tema della *semplificazione normativa* assume un certo rilievo nella materia in esame^[35], onde perimetrale estensione, natura e scopo del pubblico potere.

Da un punto di vista tecnico, gli strumenti attraverso i quali possono essere promosse politiche del diritto tese al raggiungimento di un accettabile grado di semplificazione normativa sono molteplici e sono stati approfonditi ampiamente nel quadro degli studi di diritto pubblico e di teoria generale del diritto rivolti al sistema delle fonti del diritto e ai possibili rapporti tra esse^[36]. In questa sede non vi è lo spazio per ripercorrere e descrivere la parabola degli interventi a vario titolo promossi dal legislatore al fine di affrontare il disordine normativo^[37] e la c.d. “inflazione legislativa”^[38]. Il problema attiene a svariati profili, tra i quali vale la pena di ricordare l'ingente numero di leggi (*melius*, disposizioni normative^[39]) in vigore, il difetto di coordinamento tra esse, nonché l'eterogeneità dei loro contenuti specifici. Essi sono sovente frutto di un cattivo modo di legiferare del Parlamento (e del Governo), i quali di frequente introducono nell'ordinamento norme più o meno nascoste, anche perché battezzate come “urgenti”, in leggi e decreti (di successiva approvazione o conversione).

Tra i vari rimedi ci si richiama, di volta in volta, al ricorso alla codificazione^[40], alla consolidazione (attraverso i c.d. “testi unici”), a procedimenti “taglia-leggi” promossi con decreto-legge^[41], a forme e strumenti di delegificazione^[42] e, più in generale, di deregolamentazione^[43], nonché a molti altri strumenti che attenta

dottrina, soprattutto costituzionalistica, ha studiato nel dettaglio^[44]. Gli studi dedicati agli istituti sopra menzionati, tuttavia, raramente si sono spinti ad indagare anche le *inferenze* della *semplificazione normativa* sul versante, pur assai delicato, del rapporto tra autorità e libertà, cioè del legame sussistente tra esercizio del potere e godimento dei diritti; rapporto che invece risulta assai indagato dalla dottrina amministrativistica rispetto al problema dell'interpretazione amministrativa^[45], anche quale esercizio intimamente riconducibile all'individuazione dell'interesse (pubblico)^[46]. Il peculiare tema dell'interpretazione sperimentabile in relazione al provvedimento amministrativo presenta, peraltro, caratteri non del tutto fungibili rispetto a quelli intercettati dall'interpretazione della “legge amministrativa”, specialmente se verificato alla luce dell’eventuale controllo giurisdizionale.

Poco frequenti sono, in linea generale, gli approfondimenti che hanno preso in esame testi di legge riguardanti l’attività delle pubbliche amministrazioni con il fine di valutarne il grado di semplificazione normativa effettivamente raggiunto e gli strumenti adottati per la valutazione di siffatto obiettivo generale.

Cionondimeno, alcuni recenti svolgimenti legislativi e giurisprudenziali – sui quali v. *infra*, par. 3. – hanno sottolineato, ad avviso di chi scrive, la perdurante attualità dell’esigenza di indagare maggiormente il menzionato rapporto alla luce degli strumenti e delle esigenze di semplificazione normativa presenti nel nostro Paese.

2.1. L’incidenza della qualità della regolazione su potere, situazioni soggettive e loro relazioni

Il tema della semplificazione normativa, se circoscritto alle norme che ineriscono la pubblica amministrazione e ne descrivono le potestà, richiede qualche ulteriore considerazione in relazione al rapporto sussistente tra dinamica del potere e qualità lessicale e sintattica degli enunciati normativi.

Nei sistemi di *civil law* le disposizioni di legge sono, per definizione, “generali” e “astratte”. Tuttavia, è di immediata comprensione che “generalità” e “astrattezza” non siano – né possano essere riducibili a – sinonimo di “vaghezza” o “ambiguità”. Ne deriva, anzitutto, che la semplificazione dei testi di legge non può e non deve confondersi con la semplificazione dei concetti giuridici: mentre

le disposizioni di legge debbono fare uso di termini il più possibile comprensibili per coloro che dovranno leggerli, allo stesso tempo i concetti giuridici sono chiamati ad esprimere anzitutto il valore della certezza del diritto e, quindi, debbono essere esposti nel modo più chiaro ed immediato possibile ma con la terminologia che questi stessi concetti richiedono, anche dal punto di vista della tecnica normativa.

Al valore della certezza del diritto si legano parimenti sia quello della certezza delle situazioni di diritto pubblico, sia quello della stabilità delle aspettative – si potrebbe dire dell’affidamento (legittimo)^[47] – e degli interessi (legittimi) del cittadino – siano questi ultimi interessi di natura pretensiva od oppositiva – rispetto al potere conferito dalla norma attributiva^[48], se non altro alla luce di quanto stabilito dall’art. 1, comma 2 bis, della legge n. 241/1990^[49], ove si stabilisce espressamente che i rapporti «[...] tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»^[50].

In altre parole “semplificazione” non significa “semplicismo”^[51] e questo principio vale specialmente per quanto attiene alle norme attributive di un pubblico potere^[52]. Infatti, la norma attributiva del potere quanto più è vaga, tanto più riconosce un ampio potere discrezionale alla pubblica amministrazione, tale da imporsi unilateralmente ai destinatari del provvedimento amministrativo, con implicazioni di indubbia rilevanza in ordine alla portata degli effetti della norma sul godimento dei diritti individuali.

Da quanto anticipato, deriva anzitutto che la norma attributiva del potere possa risultare “oscura” in quanto scritta in modo *trop poco complicato*, ad esempio perché costellata dall’utilizzo di una *sintassi eccessivamente evoluta*, oppure perché incentrata sull’utilizzo di una *terminologia vetusta* o comunque *inadatta* a perseguire il criterio della chiarezza espositiva^[53].

Quando ciò accade, in prima battuta, si apprezza una difficoltà dei pubblici funzionari nell’adozione di provvedimenti amministrativi intellegibili a fronte di norme attributive del potere mal impostate^[54]. Da tale difficoltà conseguono rilevanti rischi sul fronte della responsabilità del pubblico dipendente^[55] e, per conseguenza, l’eventualità di distorsioni ascrivibili alla c.d. “burocrazia difensiva”^[56]. In ragione della c.d. “paura della firma”^[57] il pubblico impiegato potrebbe interpretare l’esigenza di amministrare in chiave più formale che sostanziale e, per conseguenza, la pubblica amministrazione potrebbe con-

maggior facilità “appiattirsi” sulla logica del mero adempimento^[58] piuttosto che accedere all’orizzonte metodologico *suo proprio*, che vede nella ponderazione e nel bilanciamento di interessi contrapposti – il quale inevitabilmente riporta a qualche sacrificio di interessi privati in favore del perseguitamento dell’interesse pubblico – il punto centrale dell’attività di valutazione e scelta (che nel nostro ordinamento giuridico definiamo come “discrezionalità amministrativa”)^[59].

In seconda istanza, quando la norma attributiva del potere si palesa *oscura* riesce difficile per il cittadino comprendere fino a che punto il potere invocato e attribuito dalla norma alla pubblica autorità sia stato utilizzato in coerenza con il fine individuato dalla stessa e, in definitiva, con il principio di legalità^[60]. In altri termini, diviene più problematico verificare le modalità con le quali vi è stato esercizio del potere e, per conseguenza, anche da parte del giudice eventualmente adito, operare il sindacato sull’eccesso di potere come figura sintomatica della presenza di un vizio di annullabilità dell’atto amministrativo^[61].

Al contrario di quanto sopra rappresentato, la norma attributiva del potere può risultare altrettanto “oscura”, quasi paradossalmente, perché scritta in modo *eccessivamente approssimativo*. Quando ciò accade, evidentemente, la discrezionalità amministrativa risulta parecchio ampliata – per non dire “amplificata” – e rischia di avvicinarsi sensibilmente all’estrema manifestazione rappresentata dall’esondazione nell’arbitrio^[62], pur nella perdurante cogenza del limite derivante dal fatto che l’amministrazione resta sempre tenuta ad offrire immediata esecuzione ai principi, costituzionali e non, effettivamente vigenti nel momento nel quale occorre applicare la norma, ancorché redatta in modo non ottimale^[63].

Infatti, se la norma attributiva del potere non fosse sufficientemente chiara, potrebbe risultare più difficile valutarne la conformità rispetto a quanto stabilito dalle disposizioni della Costituzione^[64]: è questo il problema *formale* della c.d. *legittimazione del potere*, vale a dire della “copertura” che il potere dovrebbe ricevere dalla norma che lo prevede e che lo attribuisce a un soggetto pubblico affinché promuova l’esercizio della funzione amministrativa. In altre parole, se la disposizione normativa fosse particolarmente *oscura*, diverrebbe complicato verificarne l’effettiva legittimità costituzionale e potrebbe darsi il caso di una norma di legge, invero, costituzionalmente illegittima, con il conseguente venir meno della copertura formale del potere che l’amministrazione pubblica

pretenderebbe di esercitare in applicazione proprio del principio di legalità^[65]. A fronte di una norma attributiva non sufficientemente chiara sarebbe difficile per il cittadino comprendere se essa sia stata effettivamente violata dalla pubblica amministrazione attraverso l’emanazione di un provvedimento amministrativo illegittimo. In questo caso ricorre il problema *sostanziale* della c.d. *legittimità del potere*, in funzione del quale il cattivo uso del potere discrezionale^[66] dovrebbe essere verificato alla luce della ricorrenza di determinate figure sintomatiche dell’eccesso di potere, tali da giungere ad individuare addirittura uno sviamento di potere^[67] – il c.d. *détournement de pouvoir*, come lo avrebbero definito i giudici francesi del *Conseil d’État*, già nell’Ottocento, ormai riconosciuto come “sviamento” anche a livello europeo^[68] – tra il paradigma normativo individuato dalla norma di azione e l’effettivo esercizio del potere attraverso l’emanazione del provvedimento amministrativo^[69], ad esempio perché divergente rispetto al fine imposto dalla norma attributiva del potere^[70].

In entrambi i casi sopra rappresentati – nei quali l’oscurità degli enunciati interroga, rispettivamente, una questione di *legittimazione* del potere e un problema di *legittimità* (nell’esercizio) del potere – il terminale ultimo degli effetti distorsivi recati dall’infelice formulazione normativa è sempre il cittadino, il quale sconta le inefficienze del legislatore sotto la veste del sacrificio imposto alle situazioni soggettive di cui riesce, di volta in volta, titolare^[71].

Dal punto di vista, invece, del rapporto tra enunciati legislativi e amministrativi, molte delle possibilità sopra rappresentate vedono nel rapporto tra norma attributiva del potere e polifunzionalità della motivazione^[72] riportata nell’atto amministrativo il punto di caduta della valutazione che occorre effettuare caso per caso.

Si pone sulla stessa linea di criticità un’altra possibilità. Ove la *semplificazione* si traducesse in *semplicismo*, caso al quale si è fatto cenno in precedenza, saremmo dinanzi al paradosso di una “complicazione” amministrativa derivante dalla sperimentazione concreta delle tecniche di *drafting* legislativo propedeutiche alla c.d. *semplificazione normativa*, con potenziale ulteriore lesione dei diritti dei cittadini dovuta all’irrigidirsi dell’azione amministrativa dinanzi alla norma inadeguata sotto il profilo della coerenza e rispondenza ai canoni di chiarezza semantica ed espositiva minimamente richiesti^[73].

Si concluderà, alla luce della casistica richiamata, che la norma attributiva del

potere sintatticamente chiara – ad esempio in quanto composta da un minor numero di parole – ed espressiva di principi facilmente comprensibili, cioè formulata favorendo una riduzione delle estrinsecazioni proprie del *tecnicismo giuridico*, possa condurre alla conseguente emanazione di un provvedimento amministrativo più facilmente intellegibile per il cittadino e, quindi, anche più facilmente sindacabile sia dallo stesso sia, soprattutto, dal giudice amministrativo. Da questo frangente deriverebbe immediatamente un livello più elevato di tutela delle situazioni giuridiche soggettive e una conseguente diminuzione del contenzioso amministrativo, in quanto la chiarezza della legge condurrebbe all'esigenza, posta in capo all'amministrazione, di redigere provvedimenti amministrativi motivati in modo più stringente e coerente^[74]. In ultima analisi, quindi, ciò condurrebbe all'emanazione di provvedimenti più rispettosi del principio di legalità (vale a dire, ancora una volta, *legittimi*)^[75].

Le evidenze sopra riportate confermano il peculiare rilievo assunto dalle politiche di semplificazione normativa applicate o applicabili al diritto amministrativo e, segnatamente, alle norme che regolano l'attività della pubblica amministrazione. Questo approdo diviene particolarmente significativo specialmente nei settori nei quali essa si esplica direttamente nel rapporto con i cittadini e le imprese quali controparti del rapporto giuridico amministrativo o anche di un rapporto di natura privatistica che seguia all'avvenuta manifestazione di volontà dei pubblici poteri quale conseguenza dell'esercizio di una potestà di scelta legittimamente espressa.

3. La semplificazione normativa come misura abilitante trasversale alle riforme amministrative contemplate nel PNRR (anche in funzione economica). Il caso della regolazione dei contratti pubblici

Se sul fronte endogeno alla pubblica amministrazione, il tema della stesura redazionale dei provvedimenti amministrativi è stato studiato negli ultimi trent'anni, pur non sempre con apprezzabili miglioramenti degli *standard* di redazione, allo stesso tempo, sul fronte legislativo e giurisprudenziale, di recente abbiamo assistito a qualche avanzamento del dibattito relativo alle inferenze della cattiva formulazione delle disposizioni normative incidenti sul rapporto tra

cittadini e pubblica amministrazione.

In particolare, il tema dell’“oscurità” della legge – anche concernente l’azione dei pubblici poteri – ha assunto una rinnovata attualità in ragione di quanto statuito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 110/2023^[76]. In essa, infatti, la Corte ha affermato che: «[...] *disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongono in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all’art. 3 Cost.*». La Corte Costituzionale ha, altresì, precisato che il problema si pone con particolare forza «[...] *rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini*».

La Consulta in questo passaggio pare abbia toccato il cuore della questione^[77].

Pur muovendo da un caso che non interessava direttamente la pubblica amministrazione, i Giudici costituzionali si sono posti il problema di cosa accadrebbe se la legge fosse di così *difficile interpretazione* da minare la *certezza del diritto* rispetto alla possibilità di sussumere una fattispecie sotto il regime posto dalla singola disposizione normativa – non sufficientemente comprensibile – chiamata a disciplinarla^[78].

Prima ancora della pubblicazione di questa sentenza, il tema della chiarezza espositiva del linguaggio è riemerso come *milestone* nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), adottato dallo Stato italiano quale attuazione a livello nazionale del *Next Generation EU*.

Infatti, una delle linee di intervento previste dal c.d. “dispositivo di ripresa e resilienza” ha ad oggetto il miglioramento della qualità sintattica e stilistica delle leggi^[79] e, a tal proposito, si parla di «[...] *semplificazione e razionalizzazione della legislazione*» quale riforma «*abilitante*» intesa a supportare «[...] *trasversalmente tutte e sei le missioni del PNRR*»^[80] e posta in combinato con la «[...] *promozione della concorrenza*»^[81]. Nella logica del PNRR, infine, le riforme *abilitanti* debbono valutarsi alla luce di quelle denominate come «*orizzontali*»: tra esse, non può non citarsi in questa sede quella relativa alla «*pubblica amministrazione*», della quale il Piano sottolinea le carenze sul fronte della capacità amministrativa e del ricambio generazionale riconducendole apertamente «[...] *ai ritardi nell’azione di semplificazione normativa e amministrativa e di digitalizzazione delle procedure*», a loro volta indicati come la principale ragione dell’incapacità di portare a compimento gli investimenti

pubblici e privati^[82].

Il rilievo “abilitante” e “trasversale” di tali misure diviene di immediata percezione ove si considerino le inferenze con alcuni interventi previsti nel medesimo PNRR in relazione ad altrettanti settori peculiari, come è dato registrare, a titolo esemplificativo, in relazione alla «*semplificazione e razionalizzazione delle normative in materia ambientale*»^[83], alla «*revisione delle norme sugli investimenti e gli interventi nel Mezzogiorno*»^[84], all’«*abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione*»^[85], nonché – essendo, forse, più rilevante in quanto immediatamente ricollegabile alla menzionata «*promozione della concorrenza*» – alla «*semplificazione in materia di contratti pubblici*»^[86].

Nel Piano, dunque, viene posto l’obiettivo di promuovere e perseguire la *semplificazione normativa* e, più in particolare, in alcune disposizioni si esplicita puntualmente l’obiettivo di pervenire a una *riduzione dei vocaboli* utilizzati nei testi di legge, in linea con alcune delle raccomandazioni promosse dalla legistica^[87] e dagli studi afferenti alla tecnica legislativa^[88].

Alla luce di quanto finora rappresentato, il Codice dei contratti pubblici recentemente approvato diviene di particolare interesse in questa sede, perché esso sembrerebbe rappresentare un esempio relativamente virtuoso di *legislative drafting* adottato in attuazione dei dettami promananti dal PNRR^[89], quantomeno se raffrontato ai precedenti codici disciplinanti alla stessa materia^[90].

Infatti, come si è accennato, l’approvazione del nuovo Codice – infine emanato con il d.lgs. n. 36/2023 – rientrava tra le *milestones* del PNRR in scadenza a marzo 2023^[91], quale riforma *abilitante* della (e per la) pubblica amministrazione^[92]. Nel testo del decreto si assiste ad una decisa riduzione dei vocaboli utilizzati, anche a fronte di tecniche redazionali che hanno favorito l’immediata attuazione delle disposizioni normative in esso previste, ad esempio attraverso il ricorso alla previsione di allegati tecnici emendabili nel tempo, in luogo dei consueti decreti di attuazione.

In sostanza, attraverso l’impulso dovuto alla semplificazione normativa, il legislatore ha contestualmente cercato di favorire la semplificazione amministrativa^[93], puntando all’incremento dell’efficienza amministrativa ed alla riduzione del contezioso innanzi ai giudici amministrativi anche ripercorrendo, per altra via, percorsi in parte già solcati nel recente passato^[94].

La decisione di intervenire sulla disciplina nazionale dei Contratti pubblici,

peraltro, sottende molteplici ragioni^[95], tutte convergenti verso un'unica direttrice. Il legislatore, infatti, ha evidentemente considerato la semplificazione degli enunciati normativi concernenti tale ambito di operatività dell'amministrazione pubblica come particolarmente significativa rispetto al fine di rilanciare l'economia del Paese^[96], se non altro per l'innervarsi tra pubblico e privato che si produce a partire dai due momenti distinti, ancorché connessi e complementari, rappresentati dalle procedure ad evidenza pubblica propedeutiche alla scelta del contraente – nelle quali l'amministrazione agisce come autorità – e dalle fasi di stipulazione ed esecuzione del contratto, rette in larga misura dalle regole del diritto civile^[97] e implicanti l'incontro tra domanda e offerta. Quanto sopra, con tutte le esigenze di chiarezza e linearità degli enunciati che *a fortiori* rilevano non solo con riferimento alle regole da seguire nella procedura ma anche nell'informare la disciplina del rapporto tra i soggetti contraenti e l'amministrazione che, d'altra parte, con essi contratta^[98].

In ogni caso, fatta salva l'esigenza immanente di offrire attuazione al PNRR – e, per conseguenza, di non disperdere il patrimonio finanziario ad esso connesso – possiamo anticipare come la finalità del richiamato intervento sia stata almeno triplex: *i) semplificare* la disciplina dei contratti pubblici *dal punto di vista legislativo*, *ii) semplificare* la stessa *dal punto di vista amministrativo* nonché, da ultimo, *iii) integrare l'ordinamento nazionale con quello europeo* con riferimento sia al versante legislativo, sia giurisprudenziale^[99]. In questa sede, pur nella consapevolezza del rilievo di tutti e tre gli obiettivi richiamati, preme affrontare il tema menzionato *sub i)* e concernente la *semplificazione normativa*, benché resti sullo sfondo anche quello della semplificazione amministrativa o procedimentale.

4. La legge delega in materia di contratti pubblici e il d.lgs. n. 36/2023. Un solo modello di semplificazione?

Gli obiettivi generali dell'intervento normativo che ha condotto all'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici sono facilmente rintracciabili già all'interno della legge delega n. 78/2022^[100], che ne ha dettato i principi ispiratori^[101]. Essi, come prevedibile, confermano quanto si è avuto modo di sottolineare in merito allo spazio occupato nel PNRR dalla semplificazione normativa quale riforma *abilitante e trasversale*, che si accompagna alla *promozione della concorrenza*^[102].

Anche l'*iter* di approvazione del testo risulta di interesse alla luce del risultato auspicato e, infine, raggiunto. Infatti, ai fini della “costruzione” dello stesso, da un lato, si è tenuto un incontro preliminare con i tecnici della Commissione europea propedeutico ad impostare al meglio il lavoro seguente, mentre, dall’altro, l’attività di *drafting* legislativo è stata concretamente demandata a una Commissione speciale^[103] istituita appositamente presso il Consiglio di Stato^[104].

Il termine per l’esercizio della delega, inizialmente fissato alla data del 9 gennaio 2023, è stato posticipato al 9 aprile 2023 a seguito dell’applicazione di una c.d. “*clausola di scorrimento*”. Grazie a tale procrastinazione, il 28 marzo 2023 il Governo ha, infine, deliberato sul testo di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici, approvandolo in via definitiva. Il decreto legislativo in parola è entrato in vigore in data 1° aprile 2023; tuttavia, l’entrata in vigore del testo è stata assistita da una *clausola di differimento* dell’efficacia alla data dell’1° luglio 2023, in conformità a quanto stabilito agli artt. 225 e 226, commi 1 e 2, nonché all’art. 229 del d.lgs. n. 36/2023. L’esigenza sottesa al descritto procedimento di approvazione riusciva preordinata al rispetto degli impegni assunti con il PNRR^[105] sia sul fronte contenutistico, sia per quanto attiene al versante temporale, entrambi obiettivi che a primo acchito possono certamente ritenersi raggiunti.

Al di là dell’*iter* che ha condotto all’approvazione del Codice dei contratti – comunque di per sé significativo alla luce degli obiettivi posti dal PNRR e, più nello specifico, dalla legge delega – pare lecito chiedersi se l’intervento semplificatorio del legislatore possa ritenersi riconducibile ad un approccio unitario e fondato su un solo “modello” di semplificazione normativa, oppure, al contrario, se esso possa qualificarsi in senso *proteiforme* e multifunzionale, anche alla luce della pervasività e del rilievo trasversale assunto dalla semplificazione degli enunciati nel quadro delle riforme amministrative connesse all’attuazione del PNRR. Il tema non è di poco conto, attese le implicazioni sul fronte delle riforme di settore che si accompagnano al nuovo Codice dei contratti in quanto, come quest’ultimo, rientranti nel *corpus* normativo di attuazione del c.d. “dispositivo di ripresa e resilienza”.

Ebbene, rivolgendo l’attenzione al Codice approvato con il d.lgs. n. 36/2023, ci si accorge immediatamente che la regolazione dei contratti pubblici riesce innervata da molteplici istanze di semplificazione normativa, riconducibili a tecniche di

redazione e soluzioni contenutistiche e testuali, per lo più, tra loro integrate o quantomeno affiancate l'una all'altra e desumibili dalle più comuni indicazioni provenienti dalla legistica.

Ne deriva che le modalità con le quali si è cercato di approntare la semplificazione normativa rispetto alla materia dei contratti pubblici possono essere riportate ad alcune categorie ben delineate^[106]. Queste ultime ineriscono rispettivamente *i)* l'*organizzazione strutturale* del testo mutuato dal decreto legislativo, *ii)* il *ruolo ermeneutico* – surrogatorio (o suppletivo) ma anche integrativo – *attribuibile ai principi* riportati in apertura del Codice, *iii)* il *rilievo assunto dalle definizioni* e, infine, *iv)* le *soluzioni di delegificazione* improntate all'*auto-esecutività* del Codice stesso.

A questa prima tassonomia, si giustappone, almeno cronologicamente – risultando da interventi successivi del legislatore – un ulteriore punto di attenzione *sub v*), afferente alla *tecnica dei decreti correttivi* al testo originario, sui quali paiono porsi problematiche di non poco conto, specialmente ove gli esiti puntuali di tale metodica di adeguamento^[107] del testo siano rapportati all'originaria tensione verso la semplificazione che pervade l'operazione complessiva del legislatore.

4.1. Struttura e soluzioni di carattere testuale (profilo quantitativo)

Alcune fra le principali soluzioni di semplificazione normativa mutuate dal Codice dei contratti pubblici si devono, come anticipato, a una particolare *organizzazione della struttura testuale* del Codice stesso, a sua volta espressiva dell'approccio teleologico verso la semplificazione normativa.

Da un punto di vista meramente descrittivo, il decreto legislativo entrato in vigore si articola in 5 libri, contenenti 229 articoli di legge. Accanto all'articolato, occorre poi considerare le molte disposizioni di dettaglio riportate nei 38 allegati^[108] al Codice, dal momento che con la disciplina integrata di testo e allegati il legislatore ha inteso regolare tutte le fasi nelle quali viene a declinarsi la procedura di gara.

A primo acchito, occorre sottolineare come il nuovo Codice dei contratti pubblici non riporti, invero, un numero di articoli inferiore a quello pre-

vigente^[109]. Tuttavia, pur a fronte di un numero di articoli sostanzialmente analogo^[110], è vero che esso pare limitare parecchio i commi di cui si compone ciascun articolo, in tal modo giungendo a *ridurre di circa un terzo il numero di parole* e, quindi, dei caratteri utilizzati dal legislatore per approntare la nuova disciplina. In sostanza, con il nuovo Codice viene abbattuto in misura considerevole – anche attraverso i suoi molteplici allegati – il numero di norme desumibili dalle singole disposizioni di legge, nonché il novero delle linee guida di attuazione.

Benché secondo autorevoli voci lo sforzo preordinato alla semplificazione potesse condurre ad esiti più appaganti in ragione della ponderosità complessiva del testo definitivo – come evidenziato, in tal senso, a livello istituzionale anche dalla Corte dei Conti^[111] – occorre tuttavia sottolineare come il testo risulti assai più ridotto rispetto ai precedenti Codici dei contratti (rispettivamente risalenti al 2016 e al 2006).

Da questo punto di vista, dunque, un avanzamento oggettivo in termini di semplificazione normativa pare potersi registrare con riferimento al parametro meramente *quantitativo*.

Occorre, peraltro, rilevare come la bontà degli esiti della semplificazione possa più utilmente essere accostata a parametri qualitativi di selezione dei vocaboli e costruzione della struttura sintattica delle proposizioni, piuttosto che non al dato numerico afferente alle disposizioni in sé e per sé utilizzate: resta però un fatto incontestabile che, a fronte di un periodare meno verboso ed evoluto, risulti assai probabile che anche la comprensione del testo e, dunque, l'efficacia delle regole poste verso i consociati, risentano in senso positivo^[112] di tale aspetto redazionale, migliorando il grado di attuazione della disciplina legislativa.

4.2. Il “rinnovato” ruolo dei principi generali (profilo qualitativo)

Accanto alle determinati *quantitative*, occorre poi considerare gli aspetti più *qualitativi* del testo licenziato. In questo quadro, assume un certo rilievo il ruolo dei principi^[113], sia sul fronte delle implicazioni ermeneutiche, sia, più in generale, nella loro veste di “camera di compensazione” e possibile freno rispetto ai futuri interventi da parte del legislatore nella medesima materia, che verisimilmente si

produrranno solo quanto essi avranno esaurito la loro forza adattativa ai casi concreti oppure ove si rendano necessarie deviazioni dall'orientamento consolidatosi nel tempo^[114].

Il ruolo dei principi nel nuovo Codice assume rilevanza decisiva^[115] rispetto all'obiettivo della semplificazione normativa. Questo è vero non solo ove si consideri tale impulso come direttamente rivolto allo scopo menzionato ma anche per il loro dispiegarsi nelle operazioni ermeneutiche intese a sussumere le fatispecie concrete sotto la disciplina posta dalle diverse disposizioni del Codice, soprattutto con valenza integrativa e surrogatoria^[116].

Anzitutto, giova sottolineare come il pre-vigente Codice dei contratti pubblici non fornisse una elencazione completa dei principi generali della materia. Questo frangente poteva ritenersi non particolarmente desiderabile, in quanto – come osservato da illustri autori^[117] – il ricorso ai principi assolve a una duplice funzione legata sia alla completezza dell'ordinamento giuridico, sia alla garanzia della tutela degli interessi (pubblici e privati) che, in assenza di una loro valorizzazione o previsione in disposizioni normative puntuali, non troverebbero adeguata sistemazione o riconoscimento nelle disposizioni del Codice^[118].

Alla luce di tali considerazioni deve salutarsi con favore^[119] la scelta del legislatore preordinata a dedicare ai principi generali il Titolo introduttivo della Parte I del primo Libro di cui si compone l'attuale Codice dei contratti pubblici^[120]. Si tratta, evidentemente, di una scelta di parziale cesura e discontinuità con il recente passato, giusto il fatto che il pre-vigente testo contemplava soltanto alcuni dei principi attualmente disciplinati nel Libro I del d.lgs. n. 36/2023.

Alla luce della formulazione e dell'interpretazione sistematica che occorre garantire in funzione dell'ubicazione dei principi generali in introduzione dell'intera disciplina dei contratti pubblici, le disposizioni del Codice debbono essere complessivamente interpretate e, per conseguenza, anche applicate, in funzione dei principi del risultato^[121] (art. 1), della fiducia (art. 2)^[122] e di accesso al mercato da parte degli operatori economici (art. 3). Peraltro, rispetto al favor che enti concedenti e stazioni appaltanti sono rispettivamente chiamati ad esprimere nei confronti degli operatori in funzione di garanzia verso l'accesso al mercato, resta ferma l'esigenza che siano, altresì, rispettati gli ulteriori principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza e, infine, proporzionalità (art. 3)^[123].

Segnatamente, viene espressamente sancito che ai principi contenuti negli articoli poc’anzi menzionati debba riconoscersi una *portata ermeneutica generalizzata*, ragione per la quale agli altri principi indicati a seguire^[124] deve essere attribuita una portata precettiva ordinaria, come evincibile dall’art. 4 del d.lgs. n. 36/2023^[125].

In particolare, gli artt. 1 e 2 (cioè quelli che disciplinano, appunto, *risultato* e *fiducia* in una vista integrata con l’*accesso al mercato* di cui all’art. 3) sono stati ridenominati da alcuna dottrina alla stregua di “*super principi*”^[126], proprio al fine di segnalarne la forza peculiare che sarebbero in grado di dispiegare nell’assetto della disciplina. La conseguenza di tale portata interpretativa generalizzata è che, anche in merito ad aspetti apparentemente secondari della disciplina codicistica – ad esempio, in quanto incidenti su interessi “altri” rispetto a quelli direttamente connessi al perfezionamento della commessa pubblica – i menzionati principi sono suscettibili di informare immediatamente l’assetto delle regole applicabili al caso concreto, svolgendo, altresì, un ruolo suppletivo rispetto ad eventuali carenze del legislatore^[127].

Sembra atteggiarsi in questo modo, a titolo esemplificativo, la garanzia dell’equo trattamento normativo e retributivo dei lavoratori^[128] impiegati nell’esecuzione delle commesse della pubblica amministrazione^[129], la quale rappresenta forse un corollario del perfezionamento del contratto e appare riconducibile agli obiettivi sociali perseguiti attraverso la stipulazione di contratti pubblici^[130]: infatti, ad avviso di alcuna dottrina^[131], il rafforzamento dell’equo trattamento dei lavoratori impiegati nei contratti pubblici pare essersi intensificato alla luce del d.lgs. n. 36/2023, proprio per effetto dell’applicazione del *principio del risultato*^[132]. Dell’applicazione di tale principio – ma la stessa cosa potremmo affermarla anche per gli altri ubicati nei primi articoli del Codice – occorrerà, peraltro, valutare la reale portata innovativa rispetto a quelli sinora invocati dalla giurisprudenza di legittimità per affermare posizioni similari, quali ad esempio il canone generale del buon andamento, nonché l’eventuale attitudine a fungere da parametro di legittimità dell’agire amministrativo, anche in ragione dell’impatto esercitato rispetto alla nozione di discrezionalità amministrativa ed al suo relativo sindacato da parte del Giudice amministrativo.

Al pari di quanto accennato con riferimento al principio del risultato, parimenti potremmo discorrere in relazione al principio della fiducia e di accesso al mercato: per il tramite dei (*super*) principi generali, infatti, paiono dischiudersi prospettive

di innovativa interpretazione della normativa in materia di contratti pubblici, da un lato, assecondando una maggiore flessibilità in ragione delle esigenze concrete^[133] e degli interessi emergenti nel corso della procedura e, dall'altro, assicurando alle stazioni appaltanti un nuovo spazio dell'amministrare^[134], più il linea con le esigenze di modernizzazione sottese alla manutenzione della disciplina delle commesse pubbliche. In altri termini, uno spazio che il Giudice amministrativo saprà calibrare e circondare al meglio con le opportune garanzie, attraverso l'apporto del formante giurisprudenziale (si ritiene, sempre, entro i limiti di applicabilità del principio di legalità formale)^[135].

Alla luce di quanto si è detto, invero questa sezione del testo posta in ingresso al Codice sembra coniugare *regole* di semplificazione normativa e *obiettivi* di semplificazione amministrativa. Infatti, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo Codice ambisce a favorire una più ampia libertà di iniziativa ed opportuna sottolineatura della responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone sia l'autonomia organizzativa ed amministrativa nella gestione del procedimento, sia la discrezionalità (più spesso) amministrativa o (meno di frequente) tecnica^[136].

La scelta operata dal legislatore, quindi, risulta (sotto un profilo squisitamente tecnico-legislativo) particolarmente apprezzabile^[137], soprattutto se riconsiderata alla luce del fatto che in questo settore la presenza di una disciplina rigida e dettagliata non di rado ha condotto in passato all'emersione di incertezze, ritardi e inefficienze che hanno in varia misura influenzato in senso negativo l'intreccio tra pubblico e privato che così a fondo caratterizza il settore in parola.

4.3. Aspetti e tecniche definitorie

Le *tecniche definitorie* nei testi normativi adempiono a molteplici scopi^[138], generalmente riconnessi all'opportunità di limitare il ricorrere di equivoci nell'interpretazione degli enunciati^[139].

Questo obiettivo viene perseguito attraverso la puntualizzazione del significato da attribuire a un vocabolo per i casi di *polisemia*, nonché mediante il chiarimento della portata da riconoscervi in *contesti testuali specifici* – talora anche in senso contrario o non collimante con quelli di uso comune – oppure, infine, per mezzo della specificazione del profilo contenutistico ascrivibile a *termini innovativi* ovvero prima non utilizzati e, in quanto tali, da ritenersi di “nuova” introduzione

nella materia. Diversamente opinando, quando un termine diviene di uso comune, il legislatore può decidere di non offrire enfasi alla sua puntuale definizione – ricomprendendolo, all'interno del Codice, nel novero delle stesse – in tutti quei casi nei quali valuti come marginale il rischio di interpretazioni testuali non in linea con la *ratio legis*. Il medesimo approdo potrebbe verificarsi anche dinanzi alla ricorrenza delle c.d. “nozioni dogmatiche” (o concetti dogmatici), vale a dire di quei concetti per i quali esistono significati già suggeriti dai principi del diritto^[140] e che, in caso di utilizzo non conforme a tali principi da parte della disposizione normativa interessata, potrebbero aprire anche alla questione concernente la legittimità sostanziale della disposizione stessa^[141].

Dal punto di vista delle tecniche redazionali, le *definizioni* possono essere collocate dal legislatore in diversi luoghi del testo e possono conoscere svariate alternative tecniche che, talora, incidono anche sul rilievo assunto rispetto alla disciplina degli istituti. La tassonomia delle opzioni astrattamente percorribili risente delle esigenze talora intese a perseguire, talaltra a facilitare, rispettivamente, il reperimento e la comprensione delle definizioni stesse^[142].

Nel nuovo Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 36/2023 le definizioni sono assai facilmente reperibili. Esse sono riportate per intero nell'*allegato I.1* e il complesso delle definizioni mutuate, pari a n. 57, risulta assai inferiore nel numero rispetto a quanto inferibile dal precedente testo di Codice, nel quale le definizioni erano ben n. 105. Ne deriva una semplificazione oggettiva, probabilmente riconducibile al fatto che, almeno ad avviso del legislatore, alcuni vocaboli non necessitino più di apposita specificazione, essendo ormai comunemente “assunti” al lessico giuridico o comunque non meritevoli di apposito chiarimento^[143].

Evidentemente il legislatore, con una scelta anch'essa felice, ha deciso di non inserire le definizioni nell'articolato del testo – diversamente da quanto ravvisabile nella precedente versione del Codice^[144] – bensì di raccoglierle esternamente ad esso^[145]. Si tratta di una tecnica redazionale coraggiosa e significativa rispetto all'obiettivo della semplificazione normativa, che richiama alla mente le formule di *drafting* talora praticate in alcuni ordinamenti anglosassoni^[146]: in essi, infatti, di sovente tali norme sono ospitate in appositi *annexes*, specialmente se piuttosto numerose e tali da esprimere una particolare valenza ai fini della sistematicità, compattezza e coerenza semantica del testo.

L'allegato al Codice dei contratti pubblici coniuga un approccio *soggettivo*,

oggettivo e procedurale alla statuizione delle definizioni^[147]. Esso è legato all'ambizione di ricoprendere al suo interno l'intera disciplina della materia e si svolge concretamente mediante il ricorso a una tassonomia di categorie definitorie di portata generale, volta a permeare l'interpretazione dell'intero dettato normativo onde mitigare il rischio di antinomie riconducibile all'ubicazione di tali definizioni. In quest'ottica, gli artt. 1, 2 e 3 offrono una regolamentazione dei soggetti ai quali il Codice stesso si applica, dei contratti oggetto di disciplina e, infine, dei procedimenti a disposizione delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti per giungere al perfezionamento del contratto. Allo stesso tempo, alcune definizioni rilevanti sono state (scientemente) espunte dalla richiamata sezione in quanto già desumibili dalla disciplina di derivazione europea^[148] oppure ivi non ricomprese in quanto ormai entrate nel lessico specialistico della contrattualistica pubblica^[149] o, ancora, perché relative ad istituti puntualmente disciplinati in peculiari sezioni dedicate del Codice^[150].

In generale, pare che le soluzioni adottate nel d.lgs. n. 36/2023 trasmettano all'operatore del diritto la sensazione del ricorso a tecniche redazionali più mature e in linea con gli obiettivi sotτesi alla delega ricevuta dal Governo in termini di semplificazione normativa. Anche su questo aspetto puntuale, riesce di immediata percezione l'apporto offerto dal Consiglio di Stato in fase di stesura, alla luce del cospicuo numero di definizioni oggi non più ricomprese nel Codice e della selezione operata rispetto alle stesse, che sembra tradire un maggior livello di tecnicismo e consapevolezza nella stesura a dispetto della non desiderabile tendenza verso la ridondanza, per vero ancora assai ravvisabile nel testo del 2016.

4.4. Clausole di sostituzione automatica, coordinamento normativo, “auto-esecutività” e delegificazione

Il Codice proposto dal Consiglio di Stato, a differenza del precedente, non rinvia a ulteriori provvedimenti attuativi e si presenta, almeno nelle intenzioni, come “*auto-esecutivo*”^[151]. Tale aspetto può ritenersi collegato al fatto che l'idea sottesa all'attuale Codice^[152] sarebbe quella di consentire al lettore di acquisire immediatamente una piena conoscenza dell'intera disciplina applicabile ai contratti pubblici^[153]: a primo accchito, dunque, la scelta dell'*auto-esecutività* pare coerente con il menzionato profilo teleologico.

Il tema si relazionava, nel vigore del previgente Codice del 2016, a quello delle linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che, in linea di principio, si sarebbero dovute classificare come atti di indirizzo generale e che traevano, invece, particolare fondamento dall'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

Nella richiamata disposizione del Codice previgente, si stabiliva che «[...] l'*ANAC*, attraverso *linee guida* [...] e altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto»^[154]. Da questa previsione, si evinceva un sistema originale di norme secondarie incentrato sulle “linee guida”, chiamato a eterointegrare le disposizioni codistiche e sulla cui portata, più o meno vincolante, la dottrina ha avuto modo di esercitarsi a lungo.

Il nuovo testo, anzitutto, all'art. 225, commi 15-16, del d.lgs. n. 36/2023, stabilisce che «[...] in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'*ANAC* [...] si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati»: viene, quindi, valorizzato il primato della codificazione ed esclusa la portata precettiva di fonti esterne o estranee al Codice, offrendo una chiarificazione evidente a favore degli operatori sul sistema delle fonti applicabili alla materia^[155].

Il nuovo Codice, inoltre, presenta un meccanismo di *delegificazione* che agisce direttamente sugli allegati, i quali hanno copertura (e natura) legislativa in fase di prima applicazione, salvo il fatto di poter essere in seguito sostituiti automaticamente da fonti di natura regolamentare^[156].

Gli allegati rappresentano una variante rispetto all'obiettivo della completezza del Codice^[157]. Essi, infatti, dal punto di vista della gerarchia delle fonti sono assimilati alle disposizioni codistiche e assumono, per conseguenza, il medesimo rango (primario): gli stessi producono una *legificazione* o *rilegificazione* di previsioni in precedenza contenute in atti regolamentari o di *soft law* (linee guida)^[158]. In particolare, sono suddivisi in gruppi contraddistinti da numero romano (I-IV) al quale viene giustapposta la numerazione progressiva espressa in numeri arabi, richiamando così il corrispondente libro del codice^[159]: inoltre, alcuni allegati riportano al loro interno soluzioni tabellari^[160] sempre a scopo di semplificazione, anche redazionale.

Nel prevedere, tuttavia, che si possa verificare la sostituzione degli allegati con fonti giuridiche di rango regolamentare, il legislatore ha deciso di accedere, altresì,

a un meccanismo (successivo) di *delegificazione sui generis*, per il quale gli allegati^[161] sono ricompresi nel decreto legislativo di approvazione del Codice salva successiva *sostituzione automatica* con regolamenti^[162], cui si affianca, tuttavia, una tecnica stringente e pragmatica di *coordinamento normativo*^[163].

Occorre, quindi, valutare alla luce dell'obiettivo del coordinamento sia la previsione di *procedimenti di approvazione semplificati* in relazione ad alcuni regolamenti – anche con riferimento a quelli che operano la menzionata sostituzione automatica – sia l'espressa menzione tanto delle *disposizioni regolamentari che conservano la propria vigenza* sino alla futura ipotetica sostituzione^[165], quanto delle *abrogazioni esplicite* delle disposizioni interessate. Alla medesima stregua debbono leggersi le disposizioni intese a prevedere che gli interventi normativi incidenti sulle disposizioni del Codice e/o dei suoi allegati siano attuate per il tramite dell'espressa modifica, integrazione, deroga o sospensione delle disposizioni in essi contenute, favorendo in tal guisa il coordinamento normativo^[166].

Sono, tuttavia, da tenere presenti le *discipline concorrenti* connesse alla contestuale decretazione d'urgenza legata alla semplificazione del (*rectius*, nel) PNRR, anche alla luce di quanto ulteriormente stabilito dal d.l. n. 13/2023 poi convertito in legge^[167]. Infatti, sul punto, il nuovo Codice prevede che la disciplina degli investimenti pubblici finanziati con le risorse previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), dal Piano Nazionale Complementare (PNC)^[168] e dai programmi attuati attraverso cofinanziamento dei Fondi strutturali di derivazione eurounitari siano disciplinati dal d.l. n. 77/2021 anche dopo l'entrata in vigore del Codice, fissata per il 1° luglio 2023, con ciò ponendo una fonte di possibili criticità sul fronte degli effetti direttamente ricollegabili alla semplificazione perseguita con la disciplina codicistica^[169].

Tuttavia, è appena il caso di notare che proprio la soluzione improntata alla delegificazione delle disposizioni ricomprese negli allegati pare di per sé suscettibile di *esaurire il principio di completezza*^[170]: questo risultato è dovuto non solo alla concorrenza di disposizioni di rango primario e secondario (cioè quelle sostitutive delle originarie)^[171] ma anche al fatto che le fonti giuridiche della disciplina, da un lato, saranno rappresentate dalle previsioni del d.lgs. n. 36/2023 e, dall'altro, da quelle mutuate nei decreti estranei al Codice^[172].

5. Il decreto correttivo al Codice dei contratti come tecnica di normazione. Riflessi sul disegno (di semplificazione) originario

Proprio gli ultimi due punti poc’anzi descritti sembrano aprire alla riflessione sull’efficacia delle politiche di semplificazione normativa approntate con il PNRR. In particolare, la questione si pone con una certa forza alla luce di quanto abbiamo potuto registrare con la recentissima entrata in vigore, nel mese di dicembre 2024, del c.d. decreto “correttivo” al Codice dei contratti pubblici.

Infatti l’art. 1, comma 4, della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, aveva previsto che entro due anni dall’entrata in vigore del decreto recante il Codice, il Governo avrebbe potuto apportare «[...] *correzioni e integrazioni che l’applicazione pratica renda necessarie od opportune, con la stessa procedura e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi di cui al presente articolo*». Nel dicembre 2024, in attuazione di questa porzione di delega, è stato pubblicato il decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209^[173], correttivo del Codice dei Contratti Pubblici e recante «*Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*». Il provvedimento è entrato in vigore dalla data stessa di pubblicazione, frangente che già di per sé suscita una qualche critica quantomeno sul fronte della non sufficiente considerazione delle implicazioni rispetto all’esigenza di certezza che pervade le situazioni giuridiche di diritto pubblico e che, parimenti, riesce sottesa, più in generale, al principio di stabilità dei rapporti giuridici^[174].

Lo strumento del decreto correttivo non rappresenta una novità^[175] di questo legislatore e, anzi, costituisce una prassi ormai diffusa nella fenomenologia giuridica del nostro ordinamento: con esso, la legge di delegazione originaria incorpora in sé stessa anche il trasferimento dell’esercizio della funzione legislativa preordinato all’introduzione delle correzioni al testo originario^[176]. Tuttavia, nel decreto correttivo n. 209/2024, si registra un elemento innovativo rispetto al tema affrontato in questa sede – vale a dire con riferimento alle tecniche di semplificazione normativa – dal momento che con esso è stato introdotto^[177] nel tessuto legislativo del Codice un art. 226-bis direttamente incidente sui già menzionati strumenti di *semplificazione, rilegificazione e delegificazione*.

Il decreto correttivo, in particolare, contempla la possibilità di emanare uno o più regolamenti ai sensi dell'art. 17, commi 1-3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (vale a dire, sia regolamenti governativi, sia regolamenti ministeriali e interministeriali)^[178], in grado di contenere (anche tutte) le disposizioni ora previste negli allegati al Codice, in merito ai quali, tuttavia, il decreto legislativo 36/2023 già prevede la delegificazione. In altri termini, con il neo-introdotto art. 226-bis si riconduce a un unico decreto l'universo delle disposizioni di delegificazione dettate da molteplici previsioni normative e si precisa, all'art. 226-bis, comma 4, che gli allegati già sostituiti sono abrogati in corrispondenza (*melius, concomitanza*) all'entrata in vigore delle fonti che operano la sostituzione integrale^[179].

È stato rilevato dal Consiglio di Stato, nel suo parere in proposito^[180], che «[...] *l'intento del nuovo articolo 226-bis è quello di razionalizzare in un unico articolo tutta la disciplina attuativa del codice facendo salve le modalità procedurali e conservando immutate le competenze delle amministrazioni proponenti e concertanti. Nell'articolo sono riportati anche i nuovi allegati previsti dal decreto in esame*». Dal punto di vista procedurale, tuttavia, il parere del Consiglio di Stato ha evidenziato una «*delicata problematica generale*» in relazione al correttivo del Codice, che vale qui la pena di considerare. Tale problema è legato alla «[...] *riproduzione [...] della formulazione di disposizioni o locuzioni, testualmente trasposte da articoli del Codice*», dalla quale «[...] *descende*» – una volta che la stessa delegificazione sia attivata – «[...] *il rischio di un effetto di degradazione della fonte normativa, che si deve ritenere non desiderabile*». In altre, parole, le disposizioni contenute negli allegati – continua il Consiglio di Stato – «[...] *rivestono comunque una connaturale funzione essenzialmente attuativa e di dettaglio e, dunque, al di là della previsione delegificante, devono comunque preservare la stabilità e la certezza della disciplina recata nel Codice in senso stretto*».

Il disappunto espresso dal Consiglio di Stato può essere riassunto nella criticità intrinsecamente connessa agli scostamenti del decreto correttivo rispetto alle tecniche originariamente previste dallo stesso Codice, con la conseguenza di una «[...] *alterazione del modello che [...] si presentava come unitariamente omogeneo e che ora risulta scomposto in una pluralità di fattispecie*^[181]. La medesima alterazione viene rilevata dal Consiglio di Stato – sempre a livello procedurale –

rispetto al mancato ricorso, in sede di correzione tramite decreto, della «*stessa procedura*» di esercizio della delega, espressamente menzionata nell’art. 1, comma 4, della legge di delega 21 giugno 2022, n. 78: infatti, la procedura avrebbe implicato il rinnovamento dello svolgimento dell’attività consultiva del supremo consesso di giustizia amministrativa^[182].

Ad avviso di chi scrive, da un punto di vista meramente formale tale rilievo non convince, ove si consideri che nella delega si fa riferimento alla *facoltà* del Governo di affidare l’elaborazione del testo al Consiglio di Stato in sede consultiva e *non a un obbligo* giuridico, mentre sul piano contenutistico sembra tutt’altro che priva di fondamento l’osservazione del Consiglio di Stato per la quale se già nella redazione del Codice si era ritenuto utile il coinvolgimento del Giudice amministrativo, *a fortiori* nell’intervento correttivo si sarebbe dovuta cogliere tale opportunità di consulenza qualificata^[183] anche al fine di ridurre al minimo il rischio di distonie nelle soluzioni testuali apprestate. Allo stesso modo, la perdita di omogeneità del disegno riformatore e il problema della degradazione delle fonti destano seri dubbi sulle modalità con le quali si è deciso di intervenire sul testo originario.

6. Alcune riflessioni sulla “stratificazione” delle politiche di semplificazione normativa

In conclusione, nella vicenda relativa all’approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici emergono diversi elementi indicativi sia di un metodo di governo fondato sulla programmazione delle attività^[184], sia di una tensione verso il miglioramento della qualità della regolazione, entrambi approntati con l’occasione dell’attuazione del PNRR^[185].

Il coinvolgimento preliminare della Commissione Europea e, soprattutto, del Consiglio di Stato nella fase di stesura, condotta con la peculiare forma “partecipata” descritta nell’articolo, è stato essenziale per il raggiungimento dell’obiettivo di una maggiore semplificazione (sia normativa, sia anche amministrativa). Esso conferma una tendenza costante nell’attività consultiva degli organi giurisdizionali, che pare aver raggiunto soluzioni tecnico-redazionali di pregio dal punto di vista degli strumenti sperimentati per il raggiungimento degli obiettivi posti dal PNRR^[186]. Infatti, l’adesione a un *iter* di produzione

normativa “a carattere speciale” ha posto il giudice amministrativo nella condizione di assumere, nell’incedere del tempo, la duplice veste sia di promotore della nuova legislazione (prima), sia di soggetto qualificato nell’attuazione della medesima (dopo), specialmente ove sia chiamato a dirimere alcune questioni giuridiche nei limiti della propria giurisdizione in materia^[187]: benché lo schema redatto dal Consiglio di Stato sia stato poi rimaneggiato dal Governo, si ritiene che tale frangente abbia certamente garantito una condivisione delle problematiche e, quindi, anche delle parallele soluzioni, che potrebbe avere effetti deflattivi del contenzioso nel medio periodo. Inoltre, nel breve periodo, esso certamente ha consentito il raggiungimento di una *milestone* del PNRR con riferimento a una riforma ritenuta *abilitante* della (e per la) pubblica amministrazione^[188], con tutte le conseguenze positive a ciò immediatamente riconducibili.

Se, a primo acchito, lo sforzo profuso in sede consultiva dal Consiglio di Stato pare debba salutarsi con favore, allo stesso tempo siamo chiamati a registrare il fatto che nonostante i tentativi posti in essere dal legislatore per conservare i propositi inizialmente serbati, il contributo volto a garantire una semplificazione normativa, ove riguardante fonti del diritto amministrativo, resta di difficile attuazione.

Questa percezione risulta sensibilmente acuita, in special modo, ove il disegno di semplificazione normativa sia valutato su *più passaggi temporali*, innanzi al ricorrere della tecnica normativa costituita dall’emanazione di decreti correttivi. Il venir meno dell’unità temporale della produzione legislativa, infatti, concorre a disgregare fatalmente – e correlativamente – anche l’unità del progetto semplificatorio. A ciò si assiste, peraltro, nel contestuale ricorso da parte del legislatore – assai evidente nel decreto correttivo n. 209/2024 – a scostamenti di non poco conto dalle regole tradizionali sulla produzione normativa.

In conclusione, è certamente vero che la modifica introdotta con il decreto correttivo n. 209/2024 sottende lo scopo di razionalizzare la disciplina in materia di appalti pubblici e, a tal fine, inserisce l’articolo 226-*bis* nel tentativo di propugnare una sorta di *reductio ad unum* delle molte disposizioni di *delegificazione* attualmente inserite in modo trasversale tra le maglie dei vari articoli ricompresi negli allegati al presente Codice. Tuttavia, pur nella bontà oggettiva della *ratio legis* che ha animato il legislatore, tale scelta sembrerebbe

sancire una tutt’altro che brillante *eterogenesi* del progetto iniziale di Codice dei contratti pubblici interamente “auto-esecutivo”, tendente al “valore” della completezza – ovvero scevro dal rinvio ad ulteriori provvedimenti attuativi successivi – e di avanzata concezione, ancorché di difficile predisposizione concreta.

Quest’ultima considerazione conferma, una volta di più, le difficoltà che è chiamato ad affrontare il legislatore nella gestione della complessità connaturata al diritto amministrativo, specialmente ove indirizzata verso l’aspirazione alla semplificazione normativa, a sua volta finalizzata a garantire il migliore svolgimento possibile del rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione^[189]. L’auspicio è che, almeno per il futuro e per quanto strettamente attiene al Codice dei contratti pubblici, si riesca a «[...] fermare la girandola degli interventi normativi, non per qualche secolo, si intende, ma almeno per il tempo necessario ad assicurare un’adeguata conoscenza e una verifica dell’effettività del prodotto»^[190], anche nell’ottica di favorire il rispetto del principio di stabilità dei rapporti giuridici^[191], che del rapporto tra pubblico e privato resta uno dei pilastri portanti.

1. Il presente saggio rappresenta una versione ampliata e in lingua italiana della relazione tenuta in lingua inglese dall’autore il 30 maggio 2025 alla Conferenza internazionale «*Crystal Clear. The Importance of Clear Legislation for Democracy and the Rule of Law*» tenutasi a Lisbona e organizzata dal *Lisbon Public Law Research Centre*, i cui Atti sono in corso di pubblicazione.
2. Si ritiene unanimemente che una delle pietre miliari in materia sia rappresentata dall’opera di P. Noll, *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973. Più di recente, la legistica ha conosciuto nuova linfa per effetto dell’opera di M. Cutts, *Lucid Law*, Plain Language Commission, Whaley Bridge, 1994, in seguito ristampata, in una seconda edizione, nell’anno 2000. A proposito, si veda anche B. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004; J.-P. Duprat, *Genèse et développement de la légistique*, in R. Drago (ed.), *La confection de la loi : rapport du groupe de travail de l’académie des sciences morales et politiques*, PUF, Paris, 2005, p. 9 ss.; C. Stefanou, H. Xanthaki (eds.), *Drafting Legislation: A Modern Approach*, Routledge, London, 2016.
3. Alcuni autori hanno teorizzato le caratteristiche di una legge che possa essere definita come “di qualità”. In particolare, si deve a U. Karpen, *Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht*, in V. Rieble (ed.), *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht*, ZAAR Verlag, Munich, 2007, p. 13 ss., spec. p. 22, la teorizzazione del criterio delle c.d. “tre E”, vale a dire «*efficacy, effectiveness, efficiency*»: in particolare, una legge sarebbe *efficace* se, una volta

attuata, realizza il più possibile la *ratio* perseguita dal legislatore; sarebbe *effettiva* se viene applicata, eseguita e rispettata dal maggior numero possibile di destinatari; e, infine, sarebbe *efficiente* se il risultato è ottenuto con un costo inferiore rispetto ad altre misure. I tre principi indicati sarebbero a loro volta esplicativi del principio di proporzionalità, quale caratteristica distintiva della c.d. *rule of law*.

4. Il medesimo principio è espresso in più punti dell'opera da C. Bergeal, *Rédiger un texte normatif : manuel de légistique*, VII Ed., Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2012, *passim*. In Italia, tra i primi studi di carattere tecnico, si veda anzitutto R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano, 2004. Il medesimo autore, in precedenza, aveva anche pubblicato in forma di curatela il duplice volume R. Pagano (a cura di), *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, I-II, Camera dei Deputati, Roma, 1997, nonché R. Pagano (a cura di), *Normative europee sulla tecnica legislativa*, Camera dei Deputati, Roma, 1988.
5. Per un'autorevole rassegna dei problemi e delle possibili soluzioni cui tale disciplina è preordinata, cfr., ad es., J. Tiago Silveira, *Problemas Habituais de Legística Na Preparação e Redação de Leis e Regulamentos*, in *e-Pública*, 3(5), 2018, p. 134 ss. A tal proposito, v. anche H. Xanthaki, *Legislative drafting: a new sub-discipline of law is born*, in *IALS Student Law Rev.*, 1(1), 2013, p. 57 ss.
6. La tecnica redazionale non presenta solo un carattere formale. Invero, essa influenza direttamente il contenuto del progetto di disciplina giuridica, lo plasma e si relaziona con esso in un rapporto biunivoco costante, vista la connessione tra significante e significato. Come ha affermato U. Karpen, *Comparative law: perspectives of legislation*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Const.*, 17, 2013, p. 141 ss., spec. p. 177, segnatamente: «*Form and content are in a dialectic tension*».
7. Peraltro, vale la pena di sottolineare come le istituzioni dell'Unione Europea già nel 2002 abbiano adottato un Accordo interistituzionale sulla *better regulation* e da allora la Commissione insista sul fatto che la produzione normativa sia ispirata ai criteri di responsabilità, proporzionalità, trasparenza e certezza del diritto. Cfr. sul punto, rispettivamente *Inter-institutional Agreement of the European Parliament, the Council and the Commission on Better Law-making* (I I A) [2003] O.J. C321.); EU Commission, *European Governance: Better Lawmaking (Communication)*, COM (2002) 275 final.
8. Per vero, come rileva opportunamente U. Karpen, *Comparative law: perspectives of legislation*, cit., p. 144, con riferimento all'oggetto e agli ambiti di analisi della materia, «[...] Legistics as science of the law is interested as well in norms, which rank in the hierarchy of regulations under statutory law, like delegated legislation (secondary legislation); by-laws and administrative regulations». Il minimo comune denominatore di tali atti a contenuto normativo, dunque, ivi compresi quelli non formalmente legislativi, risiede, ad avviso dell'autore, nel fatto che anche ad essi si applicano gli obiettivi e le tecniche di redazione propri della legistica.
9. Cfr., sul punto, A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica*, Cedam, Padova, 2003, ove tale funzione viene richiamate come una delle molte categorie astrattamente riconducibili

alla locuzione “certezza pubblica”. Del resto, già nell’opinione tanto risalente quanto autorevole di P. Laband, *Le droit public de l’Empire Allemand*, Giard & Brière, Paris, III, 1902, p. 292 (*Das Staarrecht del deutschen Reiches*, Tübingen, 1878) la determinazione di pesi e misure era inquadrata come esercizio di una sorta di “diritto assoluto di sovranità”, al pari di quanto riferibile alla funzione monetaria: ne deriva che le funzioni di certificazione e attestazione possano essere ricondotte a “primi attributi” della sovranità statale (così, v. A. Benedetti, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 9). Ne deriva che tali funzioni siano quindi oggetto di competenza esclusiva della pubblica amministrazione statale, eventualmente da quest’ultima delegato ad altri livelli di governo. Per comprendere la complessità della questione, cfr. M.S. Giannini, *Certezza pubblica* (ad vocem), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 769 ss.

10. Si pensi, ad esempio, alle comunicazioni previste dalla disciplina del procedimento amministrativo ex l. n. 241/1990.
11. Cfr., in questi termini, la pronuncia della Corte Cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204, mediante la quale è stato affermato che una determinata materia possa essere attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo «[...] se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l’esistenza del potere autoritativo»). Un’applicazione assai rilevante di tale facoltà si ha, ad esempio, nella materia del governo del territorio e degli accordi urbanistici, come descritto in modo assai approfondito in F. Pellizzer, *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 131 ss.
12. Sul punto occorre registrare, peraltro, come la Costituzione italiana appartenga al gruppo di costituzioni entrate in vigore nel Novecento in conseguenza della caduta dei totalitarismi. Per tale ragione in essa il legislatore costituente, al pari di altre esperienze europee coeve, si preoccupa principalmente di individuare i limiti al potere pubblico in funzione di difesa delle libertà individuali. Accanto a tale preoccupazione, il potere viene considerato come il mezzo indefettibile attraverso il quale realizzare un equo assetto sociale.
13. Il problema, infatti, si pone per tutte le espressioni della normatività: si pensi, ad esempio, alle norme di natura statutaria, alle disposizioni mutuate dalle circolari amministrative o, ancora, alla congerie di fonti di *soft law* rinvivibili nelle normative di settore, la cui natura interroga costantemente gli operatori del diritto in ordine alle conseguenze delle loro attuazione (o inattuazione).
14. Cfr. M.A. Cortellazzo, *Il linguaggio amministrativo. Principi e pratiche di modernizzazione*, Carocci, Roma, 2021, p. 75.
15. Questo è vero nel momento in cui si concordi sul fatto che l’interpretazione investa qualsiasi atto giuridico, al di là del riconoscimento o meno della prospettiva proposta da H.

Kelsen per la quale un qualunque atto giuridico debba ritenersi al medesimo tempo sia esecuzione vincolata della fonte normativa superiore, sia enunciato normativo vincolante per la fonte giuridica di livello inferiore.

16. Accanto al profilo dell'interpretazione della legge si affianca in seconda battuta – rispetto al rilievo del linguaggio utilizzato – anche il distinto livello dell'interpretazione dell'atto amministrativo medesimo, che pone problemi di non poco conto in ordine alle regole applicabili in concreto. Per la giurisprudenza prevalente esse derivano sostanzialmente dagli artt. 1362 ss. del Codice civile in tema di interpretazione dei contratti (v. di recente, ad es., Cass. civ., sez. II, sentenza 4 aprile 2023, n. 9256; sez. I, sentenza 23 febbraio 2022, n. 5966), in sostituzione dei «[...] canoni interpretativi delle ordinarie fonti di produzione del diritto», vale a dire della Costituzione e della legge (cfr. testualmente, Cons. St., sez. IV, sentenze 28 maggio 2004, nn. 3468 e 3469, nonché, in relazione alla compatibilità degli artt. 1362 ss. c.c. «[...] con il provvedimento amministrativo ed espressivi di canoni di logica ermeneutica», anche Cass. civ., s.u., ord. 30 giugno 2023, n. 18602), mentre per la più autorevole dottrina amministrativistica esse debbono assumere un particolare angolo visuale, in quanto «[...] la volontà nell'atto amministrativo ha caratteristiche del tutto proprie, che non permettono di confrontare questo a nessun altro atto» di rilievo giuridico (così v. M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 205). Ciò deriva dall'irrilevanza dell'elemento psicologico negli atti amministrativi e dal fatto che essi, anche quando di natura non vincolata, bensì discrezionale, restano attuativi della legge: elemento che ci riporta al fatto che l'interpretazione dell'atto amministrativo muove anzitutto da un esercizio ermeneutico che attiene all'interpretazione della norma di legge che ne rappresenta il fondamento (M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 283-285, p. 303 ss. e p. 334 ss.).
17. S. Cassese, *Il diritto amministrativo ed i suoi principi*, in Id. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 13.
18. Individua questo rapporto tra interesse pubblico e norma attributiva del potere, autorevolmente, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 303.
19. M. Ramajoli, *Attività amministrativa, provvedimenti e altri atti a regime amministrativo*, in G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo. I - Parte generale. Lezioni*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 184 ss.
20. Cfr., segnatamente, Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per la Funzione Pubblica, *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche. Proposta e materiali di studio*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato-Libreria dello Stato, Roma, 1994, il quale ha incorporato il Codice di stile già predisposto nell'anno precedente (1993).
21. Cfr., ad es., V. Italia, *Tecniche di redazione degli atti normativi ed amministrativi comunali e provinciali*, Giuffrè, Milano, 2000.
22. Ci si riferisce, ovviamente, ad A. Fioritto, *Manuale di stile dei documenti amministrativi*,

Il Mulino, Bologna, 2009.

23. Giova segnalare, tra i documenti di provenienza istituzionale, anche la *Direttiva sulla semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi* emanata dal Ministero della Funzione Pubblica, 8 maggio 2002.
24. Sulla centralità della motivazione del provvedimento v., anzitutto, G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, agg., Giuffrè, Milano, 2001, p. 775 ss.; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, Milano, 2003; M. de Benedetto, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, agg., XXIII, Treccani, Roma, 2003, p. 1; A. Romano Tassone, *Motivazione (dir. amm.)*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3741 ss.; B. Marchetti, *Il principio di motivazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 521 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Cedam, Padova, 2013; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 269 ss.
25. Il richiamo ai principi di buona fede, buon andamento, logicità e imparzialità con riferimento alla motivazione e all'interesse perseguito sono espressamente richiamati da A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987, spec. p. 143 ss.
26. M.A. Sandulli, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in Ead. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III Ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 1 ss.
27. Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 3 agosto 2017, n. 3889, ove si afferma che il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. nello Stato costituzionale di diritto rappresenta il principio «[...] per cui la Pubblica amministrazione deve operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto se da esse possano derivare conseguenze negative».
28. Il richiamo alla trasparenza è espressamente operato, ad es., da A. Fioritto, *Manuale di stile dei documenti amministrativi*, cit., 45.
29. Rapporto che, in ogni caso, viene analizzato alla luce della motivazione dell'atto amministrativo, come rileva G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2017, p. 1235 ss.
30. Elemento, questo, che introduce il tema dell'interpretazione della legge, su cui v. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli attui giuridici* [1949], seconda edizione riveduta e ampliata da G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1971.
31. Cfr., sul tema generale, M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari-Roma, 2010, al quale si deve la felice (e celeberrima) qualificazione riprodotta nel testo.
32. Problema la cui risoluzione dovrebbe neutralizzare il più possibile i fattori che condizionano normalmente l'interprete di un testo, magistralmente individuati da H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1960 (trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983).

33. Del resto, il fatto che nella scienza giuridica l'interpretazione sia proiettata verso una dimensione precettiva e non meramente cognitiva era già stato autorevolmente sottolineato da E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1955, p. 789 ss.
34. Fine che, peraltro, sebbene indicato (esplicitamente o, più spesso, implicitamente) dalla legge, si riflette invero nello scopo concreto del provvedimento, che anch'esso necessita di adeguata analisi. Quanto sopra con la correlativa conseguente esigenza che non solo venga valutata la motivazione del provvedimento, ma anche la *consecutio* logica degli atti del procedimento costituenti il presupposto logico-giuridico del provvedimento adottato. Su questi aspetti cfr., rispettivamente, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 242 ss. e V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2021, p. 389.
35. Un tentativo di considerare congiuntamente le due anime della semplificazione secondo i possibili legami si intravede in M. Bertolissi, V. Italia, *La semplificazione delle leggi e dei procedimenti amministrativi*, Jovene, Napoli, 2015.
36. N. Lupo, *Tecnica e politica della legislazione nelle circolari sulla redazione degli atti normativi*, in *Quad. reg.*, 1, 2004, p. 97 ss.
37. Per inciso, la teoria generale del diritto ci aiuta a distinguere tra concetti tra loro molto diversi e che, troppo spesso, vengono confusi. A tal proposito, anche per meglio precisare quanto proposto nel testo, cfr. autorevolmente R. Guastini, *Enunciato normativo, interpretazione, norma. Un contributo all'analisi del linguaggio giuridico*, in A.A. Martino (a cura di), *Sistemi esperti nel diritto*, Cedam, Padova, 1989, p. 759 ss.
38. Cfr., ad es., C. Debbasch (dir.), *L'inflation législative et règlementaire in Europe*, Éditions du CNRS, Paris, 1986; J. Chevallier, *La rationalisation de la production juridique*, in C.-A. Morand (ed.) *L'État propulsif – contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, Paris, 1991, p. 11 ss.; S. Cassese, B.G. Mattarella, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in S. Cassese, G. Galli (a cura di), *L'Italia da semplificare: I. Le istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1998.
39. Per la distinzione tra disposizioni normative e norme, cfr. R. Guastini, *Disposizioni vs. norma*, in *Giur. cost.*, II, 1989, p. 3 ss. Sempre del Maestro, cfr. anche R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.
40. In merito a questa tecnica, come noto, l'ordinamento francese ha molto da insegnare dal momento che la codificazione viene adottata in modo pervasivo e trasversale a molteplici materie e discipline. Cfr. M. Suel, *Essai sur la codification à droit constant : précédents, débuts, réalisation*, Journaux officiels, Paris, 1993; G. Braibant, *Utilités et difficultés de la codification*, in *Droits*, 24, 1996; S. Lamouroux, *La codification ou la démocratisation du droit*, in *Rev. française de droit const.*, 4, 2001, p. 801 ss.; R. Schwartz, *Èloge de la codification*, in *Droit admin.*, 12, 2002.
41. M. Ainis, *Passato e futuro della taglialeggi*, in *Rass. parl.*, 1, 2009, p. 235 ss.
42. Su cui v., ad es., V. Italia, *La delegificazione*, Giuffrè, Milano, 1992; V. Cerulli Irelli, *Legislazione delegata e delegificazione*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti,

Annuario 2000. Il Parlamento. Atti del Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 12-14 ottobre 2000, Cedam, Padova, 2001, p. 156 ss.

43. Per una prima definizione del fenomeno, cfr. L. Geninatti Satè, *La nozione di deregolamentazione (versus semplificazione e delegificazione)*, in M. Dogliani (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 21 ss.
44. Illuminante in materia il volume M. Dogliani (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, cit.
45. Cfr. di recente, ad es., A. Cioffi, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, p. 127 ss., spec. p. 128, il quale inquadra la questione sottolineando che nel diritto amministrativo la norma da interpretare viene scritta dal legislatore «[...] per interessi e fini che sono superindividuali». Sul tema della corretta interpretazione dell'atto amministrativo, cfr. quantomeno L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002; C. Marzuoli, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli, 2005, p. 1529 ss.; più di recente, v. anche M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Cedam, Padova, 2012.
46. Cfr. V. Santi Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in Id., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 96, ad avviso del quale il grande problema delle norme di diritto pubblico è l'interesse.
47. Il nesso risulta esplicitato anche a livello giurisprudenziale, come emerge in Cons. St., sez. IV, sentenza 10 maggio 2023, n. 4739, ove, accanto alle norme concernenti l'interpretazione dei contratti, si afferma applicarsi all'atto amministrativo anche il criterio dell'«[...] interpretazione letterale, senza che dall'atto che si interpreta si possano ricavare significati inespressi o impliciti: ciò per l'esigenza di rispettare, in ultima analisi, lo stesso principio di legalità, per il quale ai destinatari dell'atto vanno offerte regole di comportamento certe e sicure».
48. Cfr., sul punto, M. Luciani, *L'interpretazione conforme nel diritto amministrativo*, Relazione al convegno “L'interpretazione nel diritto amministrativo tra legalità e discrezionalità”, Roma, Tribunale Amministrativo del Lazio, 17 novembre 2023, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/158189-66>, 2024, p. 8, il quale afferma che la «[...] certezza esige conoscibilità, chiarezza, comprensibilità e infallibilità di applicazione dei precetti normativi, mentre l'affidamento esige stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità delle scelte legislative, degli esiti amministrativi e di quelli giurisdizionali. La certezza è posta a presidio dell'efficienza e dell'efficacia dell'ordinamento, mentre l'affidamento è posto a presidio della libertà e dell'egualanza nei rapporti fra i cittadini e il pubblico potere».
49. A tal proposito, cfr. T.A.R. Lazio-Roma (sez. I-ter), sentenze del 7 agosto 2023, nn. 13162 e 13163.
50. Cfr. art. 1, comma 2 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»,

- aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera *0a*), della l. n. 120/2020.
51. A. Fioritto, *Manuale di stile dei documenti amministrativi*, cit., p. 28.
 52. Sulla formazione del concetto di potere amministrativo come capacità speciale e specificazione del pubblico potere connesso alla compresenza di interessi legittimi e possibile esercizio della discrezionalità amministrativa, avente piena copertura nell'ordinamento costituzionale, cfr. V. Cerulli Irelli, *Potere amministrativo e rapporti di diritto pubblico*, in Id., *Costituzione e amministrazione. Saggi*, I, Giappichelli, Torino 2022, p. 115 ss.
 53. Per una disamina attenta delle insidie del linguaggio giuridico inadeguato, cfr. J. Kimble, *Lifting the Fog of Legalese: Essays on Plain Language*, Carolina Academic Press, Durham, 2006.
 54. Secondo alcuni autori l'amministrazione difensiva consiste nel ricorso a una sorta di criterio selettore *occulto* della decisione che condurrebbe il funzionario pubblico a scegliere l'azione (o mancata azione) in grado di minimizzare la responsabilità (in questo senso, cfr. M. de Benedetto, *Indeterminatezza delle regole ed effettività dell'azione amministrativa*, in M. Trimarchi (a cura di), *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2024, p. 67 ss.), anziché a perseguire in prima battuta o, quantomeno, a tutelare in modo efficace l'interesse pubblico.
 55. In materia di contratti pubblici, peraltro, si registra una significativa esposizione dei funzionari impiegati nelle stazioni appaltanti alle forme di responsabilità connesse a tali attività, come rileva opportunamente L. Lorenzoni, *Contratti pubblici e burocrazia difensiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2025, p. 559 ss., spec. p. 560. Cfr., altresì, M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. econ.*, 3, 2018, p. 625 ss.
 56. Cfr. G. Bottino, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. econ.*, 1, 2020, p. 117 ss.; S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 293 ss. Sulla distinzione tra il rischio effettivo, in quanto fondato su quanto inferibile da specifiche disposizioni di legge e il rischio “percepito”, v. G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
 57. Sono interessanti alcuni studi stranieri delle scienze sociali che indagano ragioni e conseguenze di tale atteggiamento conservativo. Cfr., ad es., A.T. Hall, G.R. Ferris, *Accountability and Extra-Role Behavior*, in *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 23 (2), 2011, p. 131 ss.; J.O. Brehm, S. Gates, *Working, shirking, and sabotage: Bureaucratic response to a democratic public*, University of Michigan Press, Michigan, 1997.
 58. Addirittura la Corte costituzionale è arrivata ad affermare, con riferimento alla questione di legittimità costituzionale posta in relazione ad alcune disposizioni del d.l. n. 76/2020, che la ripresa del Paese dopo la crisi post-pandemica si sarebbe potuta produrre come esito di una delimitazione della responsabilità dei pubblici funzionari, dal momento che le

plurime manifestazioni della c.d. “burocrazia difensiva” porterebbero ad inefficienza e immobilismo dell’amministrazione. A tal proposito, cfr. Corte Cost., sentenza 18 gennaio 2022, n. 8, su cui v. per un primo commento S. Battini, *Abuso d’ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2022, p. 494 ss.

59. Naturalmente la conseguenza diretta di tale atteggiamento consta dell’emersione di inefficienze di varia natura, le quali hanno anche costi determinati o determinabili: sul punto, cfr. C. Feliziani, *Quanto Costa Non Decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2019, 1, p. 155 ss.
60. Come emerge in molti passaggi, ad es., dell’opera di G. Corso, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.
61. Sulla disciplina dell’annullabilità v., *ex multis*, F. Luciani, *L’annullabilità degli atti amministrativi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Jovene, Napoli, 2006, p. 377 ss.
62. Questa affermazione richiede una precisazione, in parte già desumibile da quanto si è ulteriormente precisato nella medesima proposizione: infatti, riesce difficile immaginare una disposizione normativa redatta in modo tanto superficiale da non riuscire a trasmettere all’operatore del diritto, nemmeno a seguito della sperimentazione delle molte tecniche di interpretazione degli enunciati giuridici, gli elementi caratterizzanti tipici della norma attributiva del potere, a loro volta riconducibili all’applicazione del principio di legalità. In altre parole, esiste sempre un catalogo di principi generali cogenti che concorrono a plasmare i confini dell’azione amministrativa, essendo questa perennemente informata alla loro necessaria applicazione: infatti, come, ad es., si rileva in F.G. Scoca, E. Follieri, *L’attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, VIII Ed., Giappichelli, Torino, 2025, p. 175, «[...] l’azione precettiva dell’amministrazione non è solo funzionale al pubblico interesse, ma deve svolgersi secondo le regole del procedimento e deve scegliere le soluzioni che, senza compromettere l’interesse pubblico, pregiudichino nella misura minore possibile (ovvero soddisfino nella misura maggiore possibile) gli interessi privati che si intrecciano con l’interesse pubblico. In altri termini, l’amministrazione agisce sempre secondo valutazioni discrezionali anziché libere [...] adeguandosi ad una doppia necessità: perseguire l’interesse pubblico e rispettare (o tenere conto per quanto possibile delle) situazioni soggettive del privato».
63. A tal proposito v. V. Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Cedam, Padova, 1998, p. 574.
64. Infatti, come afferma autorevolmente M. Luciani, *L’interpretazione conforme nel diritto amministrativo*, cit., p. 6, «[...] il problema dell’interpretazione conforme a Costituzione si pone con specifica nettezza nel dominio del diritto amministrativo perché, essendo il diritto amministrativo il diritto del potere ed essendo la Costituzione la fonte che del potere è l’estrema regolatrice, il tema della conformità a Costituzione non può che risultare costantemente presente all’interprete degli atti amministrativi e delle leggi che li fondano».

65. Ovviamente si sottende a tale ragionamento il fatto che l'amministrazione è sempre chiamata ad agire in conformità alla legge, sicché per i casi di violazione di una norma di legge l'atto deve necessariamente ritenersi illegittimo per vizio, appunto, di violazione di legge oppure di incompetenza relativa, da intendersi come una violazione diretta di norme che regolano appunto la competenza. Diverso è il caso dell'eccesso di potere, da intendersi come ipotesi di illegittimità del provvedimento amministrativo non necessariamente rapportabile in misura diretta o indiretta alla violazione di norme giuridiche in senso stretto: così, v. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, VIII Ed., Giappichelli, Torino 2023, p. 466. Cfr., altresì, G. Corso, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, cit., *passim*.
66. E, infatti, come rileva V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 466, l'eccesso di potere «[...] si può definire come il vizio concernente l'esercizio del potere discrezionale: diventa figura nell'ambito della quale ricadono tutti i casi in cui l'autorità amministrativa non abbia "bene esercitato" il potere discrezionale».
67. Invero i casi di tali gravità tendono ormai a divenire sempre più rari a fronte del progressivo ampliamento del novero delle figure di eccesso di potere, come rilevano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 502.
68. Cfr. Tribunale UE, sez. IX, sentenza 5 novembre 2014, T-422/11, *Computer Resources International (Luxembourg)/Commissione*, ECLI:EU:T:2014:927.
69. Con l'annesso problema della dimostrazione in giudizio di tale non concordanza tra fine istituzionale individuato dalla disposizione normativa attributiva del potere e fine concretamente perseguito dall'amministrazione pubblica, come rileva, ad es., G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2006, p. 284 ss. Nello stesso senso, si esprime anche G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo. I. L'attività*, Cedam, Padova, 2005, p. 154.
70. Cfr., di recente, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, sentenza 10 maggio 2023, n. 4749.
71. In merito a tale qualificazione ed alle implicazioni concernenti le situazioni giuridiche soggettive, risulta assai interessante (ed originale) la qualificazione del potere pubblico ricostruito anch'esso come situazione giuridica, operata recentemente da A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Giappichelli, Torino 2025, spec. p. 38 ss., ove si riprende una tesi già esposta in precedenza in altri scritti dello stesso autore.
72. Cfr. per la felice qualificazione F. Aperio Bella, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 321.
73. Anticipando un passaggio decisivo nel presente contributo – ma che si ritiene utile richiamare già in questo punto in quanto di rilievo significativo rispetto a quanto sinora descritto nel testo – derivante dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi, cfr. sin da ora Corte Cost., sentenza n. 110/2023 e, in particolare, il punto 4.3.4. *Cons dir.* ove si parla della legge oscura a tal punto da rendere impossibile all'interprete la interpretazione in concreto della fatispecie normativa oggetto di esame. Sul tema, la Consulta afferma che ogni «[...] enunciato normativo, beninteso, presenta margini più o meno ampi di incertezza

circa il suo ambito di applicazione, senza che ciò comporti la sua illegittimità costituzionale. Compito essenziale della giurisprudenza è quello di dipanare gradualmente, attraverso gli strumenti dell'esegesi normativa, i dubbi interpretativi [...]. Né certamente potrebbe ritenersi contrario all'art. 3 Cost. il ricorso da parte della legge a clausole generali [...]. Né, ancora, potrebbe ritenersi precluso alla legge utilizzare concetti tecnici o di difficile comprensione per chi non possieda speciali competenze tecniche: la complessità delle materie che il legislatore si trova a regolare spesso esige una disciplina normativa a sua volta complessa. Sempre più frequentemente, del resto, le leggi fanno uso di definizioni normative, collocate in disposizioni di carattere generale, che consentono all'interprete di attribuire significati precisi alle espressioni tecniche, a volte lontane dal linguaggio comune, utilizzate in un dato corpus normativo. Diverso è, però, il caso in cui il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione – nonostante ogni sforzo interpretativo, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici – rimanga del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta».

74. Con ciò limitando il ricorrere di ipotesi di patologia dell'atto amministrativo rispetto ai requisiti di validità. Cfr. sul punto R. Cavallo Perin, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, p. 637 ss.
75. A dire il vero, oltre a quanto riportato nel testo, il ragionamento dovrebbe estendersi ulteriormente al rapporto sussistente tra principio di legalità e principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi quale modo di essere della legalità stessa e, anche per questa ragione, avente una copertura costituzionale diretta. Sul punto, v. E. Ferrari, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 548 ss.
76. Cfr., per un primo commento, ad es. G.U. Rescigno, *Se una legge è radicalmente oscura. (Annotazioni suggerite dalla sentenza costituzionale n. 110/2023)*, in *Quad. cost.*, 4, 2023, p. 880; M. Milanesi, *L'incostituzionalità delle "disposizioni irrimediabilmente oscure". Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, in *Consulta Online*, 2, 2023, p. 726 ss.; A. Ruggeri, *La "radicale oscurità" delle leggi e il "riaccenramento" del giudizio di costituzionalità volto ad accertarla*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2024, p. 143 ss.
77. Cfr. Corte Cost., sentenza n. 110/2023, depositata in data 5 giugno 2023, ove al punto 4.3.3. *Cons. dir.* si afferma che «[...] deve più in generale ritenersi che disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongano in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost. L'esigenza di rispetto di standard minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative, e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione, va certo assicurata con particolare rigore nella materia penale, dove è in gioco la libertà personale del consociato [...]. Ma sarebbe errato ritenerne che tale esigenza non sussista affatto rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini, ovvero i rapporti reciproci tra questi ultimi. Anche in questi ambiti, ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca ex ante, e in

maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela, sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione. Una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.».

78. Vale a dire, parafrasando N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'Art. 1362 c.c.*, Cedam, Padova, 1996, in riferimento alla possibilità di associare un contesto (fattispecie) a un testo (disposizione di legge).
79. Cfr. sul punto il recente volume di C. Di Martino, *La semplificazione normativa e il PNRR*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, spec. p. 104 ss., almeno con riferimento alla riforma del Codice dei contratti pubblici; molto interessante anche il contributo di F.S. Marini, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, fra semplificazione normativa e amministrativa*, in D. De Lungo, F.S. Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 175 ss.
80. Cfr. testualmente, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Italiadomani, Roma, 2021, consultabile in <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, p. 68, ove si aggiunge che le «[...] riforme di semplificazione e razionalizzazione della legislazione previste dal PNRR potranno contribuire alla realizzazione degli investimenti e delle riforme, entro i tempi e con le modalità previsti dal Piano, e a innovare l'ordinamento a regime».
81. Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 68 e spec. p. 79 ss.
82. Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 48-49, ove si richiamano, altresì, le raccomandazioni della Commissione in materia e si individuano in modo molto netto tali carenze: in particolare, vi si legge che a fronte «[...] di crescenti vincoli numerici, anagrafici e formativi, la PA italiana si trova a gestire un insieme di norme e procedure estremamente articolate e complesse che si sono progressivamente stratificate nel tempo in maniera poco coordinata e spesso conflittuale su diversi livelli amministrativi (nazionale, regionale e locale). Se una PA con crescenti problemi strutturali deve gestire un insieme di regole sempre più complicate, il risultato è la progressiva perdita della capacità di implementare gli investimenti, sia pubblici sia privati da parte del sistema-Paese. Questa situazione impone costi economici elevati a cittadini e imprese e pregiudica la capacità di crescita nel lungo periodo. Non a caso, la riforma della PA è da tempo una delle principali richieste della Commissione europea nell'ambito delle Country Specific Recommendations (v., da ultimo, CSR 2019, n. 3; CSR 2020, n. 4), che rappresentano il punto di partenza per la scrittura del Piano. Alla luce di questo quadro, è evidente che una riforma strutturale della PA debba tener conto sia dei vincoli interni alla stessa, legati al necessario ricambio generazionale e all'adeguamento delle competenze, sia di quelli esterni, riconducibili ai ritardi nell'azione di semplificazione normativa e amministrativa e di digitalizzazione delle procedure. La Commissione, in particolare, ha sottolineato la necessità di definire una strategia e una visione complessiva del percorso di riforma e di innovazione organizzativa; di puntare su

meccanismi di implementazione e attuazione efficaci e rapidi; di creare strutturalmente capacità amministrativa attraverso percorsi di selezione delle migliori competenze e qualificazione delle persone; e di eliminare i colli di bottiglia che potrebbero rallentare l'attuazione degli investimenti previsti dal PNRR».

83. Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 71.
84. Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 72.
85. Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 73.
86. Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 69. È appena il caso di notare, anche per meglio inquadrare le possibili interferenze tra gli ambiti settoriali richiamati nel testo, come sovente si producano intersezioni disciplinari anche in assenza di disposizioni testuali espressamente dedicate. Un caso piuttosto rilevante attiene, ad esempio, alle applicazioni dei principi dello *sviluppo sostenibile* e della *tutela dell'ambiente* nell'ambito del Codice dei contratti pubblici: infatti, essi non risultano espressamente indicati dalle disposizioni del nuovo Codice dedicate ai principi eppure, cionondimeno, dall'analisi delle disposizioni codistiche riesce comunque possibile ricostruire, almeno a livello interpretativo, un ruolo “proattivo” in capo alle stazioni appaltanti con riferimento all'utilizzo “orientato” degli acquisti pubblici per il perseguimento degli obiettivi orizzontali di sostenibilità ambientale e neutralità climatica. Sul punto, cfr., ad es., A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?*, in *CERIDAP*, 3, 2023, p. 64 ss.
87. U. Karpen, *Comparative law: perspectives of legislation*, cit., p. 148.
88. Per esempio, si veda in tal senso il recente volume di E. Albanesi, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
89. La semplificazione delle norme in materia di appalti e concessioni veniva valutata, infatti, un nodo essenziale per la ripresa economica del Paese, sicché l'attuazione della riforma rappresentava anche un vero e proprio impegno assunto dal Governo con il PNRR. Cfr. testualmente *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 69, ove si asserisce che la «[...] semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia: entrambi aspetti essenziali per la ripresa a seguito della diffusione del contagio da Covid-19. Tale semplificazione deve avere a oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione programmazione e progettazione». A proposito della collocazione della “nuova” redazione del Codice dei contratti pubblici rispetto alle strategie del PNRR, cfr. altresì E. Tatì, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: tecniche di semplificazione normativa e riflessi PNRR*, in *AIC – Os. cost.*, 4, 2023, p. 59 ss.
90. Sottolineano autorevolmente la tendenziale instabilità delle disposizioni incidenti sulla materia, almeno nel medio periodo, pur a fronte di un rilievo strategico di non poco conto per lo sviluppo del sistema economico nazionale A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2022, p. 587 ss.
91. Cfr. la specifica previsione presente nel PNRR *sub 2. Riforme e Investimenti – 2A. Le riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza – Semplificazione in materia di contratti*

pubblici che poi ha rinvenuto collocazione nella «*Delega al Governo in materia di lavori pubblici*» e, infine, nel nuovo Codice. Tornando al PNRR, la misura PNRR n. 1.10, avente ad oggetto la riforma del quadro legislativo in materia di contratti pubblici e concessioni (M1C1-73), indicava come scadenza ultima programmata la data del 31 marzo 2023. Più in generale, erano ivi previste cinque distinte *milestones*, cui risultavano collegati futuri *targets*, ad esempio per la riduzione dei tempi di aggiudicazione e di esecuzione degli appalti (questi ultimi da raggiungere entro il 31 dicembre 2023). Due delle *milestones* sopra menzionate avevano ad oggetto misure di semplificazione e di attuazione e sono state rispettivamente fissate entro la data del 30 giugno 2021 (M1C1-69) ed entro il 31 dicembre 2021 (M1C1-71). Nel quadro programmatico delineato si erano rispettivamente previste entro il 30 giugno 2022 l'approvazione della legge delega (M1C1-70) ed entro il 30 giugno 2023 l'attuazione del nuovo codice (M1C1-74). Come si vede, la cadenza temporale imposta dal PNRR è stata stringente ed ha favorito una certa celerità nel perseguitamento degli obiettivi programmatici contemplati nel Piano.

92. Sullo sfondo resta il tema della digitalizzazione delle amministrazioni, che con il PNRR assume un ruolo centrale e interseca, per vero, anche la vicenda dei contratti pubblici dal momento che le previsioni sulla digitalizzazione inferibili dal d.lgs. n. 36/2023 rappresentano certamente un'innovazione tra le più rilevanti nel settore della contrattualistica pubblica, pervadendo sostanzialmente l'intero ciclo di vita del contratto. Sul punto v. E. Guarnieri, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 211 ss.
93. Per comprendere cosa possa intendersi con tale espressione (che ha molteplici significati), cfr. M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1998, p. 679 ss.
94. Infatti non sfugge come, a primo acchito, gli obiettivi di semplificazione amministrativa e riduzione del contenzioso riuscissero il larga misura perseguiti anche attraverso alcuni interventi precedenti, tra loro non sempre del tutto coerenti probabilmente anche a causa del contesto emergenziale nel quale erano stati promossi. Si pensi, ad esempio, al c.d. “decreto semplificazioni” (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in l. 11 settembre 2020, n. 120) in materia di appalti pubblici, il quale sollecitava una lettura senza soluzione di continuità rispetto a quanto già previsto dal precedente decreto c.d. “sblocca cantieri”: nel d.l. n. 76/2020 sul fronte della tutela, ad esempio, gli obiettivi di accelerazione nella definizione delle controversie sono stati perseguiti non solo facendo ricorso a peculiari istituti di *administrative dispute resolution*, ma anche favorendo una (temporanea ma significativa) opzione in favore della tutela risarcitoria in luogo di quella di annullamento. Spiegano molto bene luci e ombre di queste e molte altre soluzioni a carattere derogatorio ed anche extra-codicistico, mutuate nei richiamati interventi rivolti alla semplificazione amministrativa, all'accelerazione dei procedimenti e alla riduzione del contenzioso legato alle commesse pubbliche, in particolare G. Tropea, A. Giannelli,

L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una “semplificazione” in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale, in *Munus*, 2, 2020, p. 309 ss.

95. Alcune di esse sono ricavabili alla luce di quanto affermato anzitutto da Cons. St., Comm. spec., parere del 7 dicembre 2022 recante la «*Relazione sullo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 gennaio 2022, n. 78*» recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*», in www.giustizia-amministrativa.it, p. 10, ove si afferma che «[e]mblematico in questa prospettiva è il caso dei contratti pubblici, per la cui reale riforma occorre avverare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali “non legislative”, che costituiscono peraltro l’oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l’effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche. [...] La Commissione speciale auspica dunque di aver posto le premesse giuridiche più chiare e stabili possibile perché anche queste tre condizioni si realizzino e perché questa fondamentale riforma possa prendere avvio, nel rispetto degli impegni del PNRR e a beneficio del sistema non solo giuridico ma soprattutto economico e sociale del Paese».
96. Del resto, rammenta G. Piperata, *Gli attori della governance e l’attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 35-36, che lo Stato «[...] interviene in economia in diversi modi. Come potere legislativo detta la disciplina dell’economia. Come pubblica amministrazione, invece, a volte è operatore economico. Ma soprattutto si fa mercato per tutti gli operatori economici».
97. F. Mastragostino, E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa europea*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 2.
98. Del resto lo Stato talora è acquirente di beni e servizi preordinati all’adempimento delle funzioni che gli sono intestate e, in quanto tale, è esso stesso portatore di una domanda economicamente rilevante. Sicché, pur comportandosi come gli operatori economici privati, cionondimeno è chiamato a rispettare i principi che condizionano le finalità in concreto perseguiti, caratterizzando l’esercizio dei pubblici poteri. A tal proposito, v. diffusamente A. Massera (a cura di), *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2012.
99. Cfr. E. Tatì, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: tecniche di semplificazione normativa e riflessi PNRR*, cit., *passim*. La riforma sembra concretarsi, anzitutto, nell’esigenza di recepire le norme delle tre Direttive UE del 2014 rilevanti per la materia (cioè le direttive 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE recante la disciplina nei c.d. settori ordinari, 2014/25/UE inerente la disciplina sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e, infine, benché precedente, la direttiva 2009/81/CE relativa agli appalti nei settori

della difesa e della sicurezza) integrandole esclusivamente nelle parti che non siano *self executing*. Viene, nella sostanza, posto un divieto di *gold plating* (cfr. art. 14, commi 24 bis, ter e quater della l. 28 novembre 2005, n. 246, come modificata dall'art. 15, comma 2, lett. b) della l. 12 novembre 2011, n. 183 ed interpretata dalla Corte Cost., sentenza n. 100/2020). L'idea di base è che le norme di derivazione euro-unitaria siano ordinate in una nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente, scritta in modo tale da ridurre le regole ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle richieste dalla normativa europea. Al fine raggiungere tale obiettivo, si è promossa una comparazione con la normativa adottata in altri Stati membri dell'Unione europea, tra i quali la Germania, oltre alla disciplina invalsa nel Regno Unito. La riforma del Codice dei contratti pubblici si è resa necessaria anche al fine di evitare nuove procedure di infrazione da parte della Commissione Europea e per favorire la risoluzione di quelle in essere al momento dell'avvio dell'iter di approvazione del disegno di legge delega, tra le quali si rammenta Commissione Europea, procedura di infrazione n. 2018/2273.

100. Cfr. l'art. 1, comma 1, l. 21 giugno 2022, n. 78, recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*», il quale delega il Governo all'adozione di «[...] uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate».
101. Il 9 marzo 2022 il Senato della Repubblica (XVIII Legislatura, Atto S. 2330), avviava l'iter di approvazione del disegno di legge delega in materia di contratti pubblici poi conclusosi con l'approvazione definitiva nel giugno 2022.
102. Tra i principi e criteri direttivi di cui l'art. 1, comma 2, l. 21 giugno 2022, n. 78, che informano la delega al Governo, infatti, risultano, a titolo esemplificativo il «[...] perseguimento di obiettivi di coerenza e stretta aderenza alle direttive europee attraverso l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse», la ridefinizione della «[...] disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti al fine di conseguire una loro riduzione numerica», la semplificazione della «[...] disciplina dei contratti pubblici che abbiano un importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (c.d. contratti sottosoglia), con divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari, e l'obbligo del rispetto del principio di rotazione nelle procedure di scelta del contraente», la riduzione dei «[...] tempi relativi alle procedure di gara, mediante interventi di digitalizzazione e informatizzazione e anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'ANAC», la semplificazione della «[...] normativa primaria in materia di programmazione e localizzazione delle opere pubbliche con particolare riguardo all'istituto del dibattito pubblico», la semplificazione delle «[...] procedure concernenti l'approvazione dei progetti di opere pubbliche anche attraverso la ridefinizione

*dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione», l'indicazione di «[...] meccanismi di razionalizzazione e semplificazione delle forme di partenariato pubblico-privato», la razionalizzazione della «disciplina delle modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari». Il tenore dei richiamati principi e criteri direttivi pare certamente in linea con quanto si è descritto *supra*, par. 3, in relazione alle indicazioni proposte dal PNRR. Riflette sul rapporto tra semplificazione per la realizzazione delle opere pubbliche e tutela dell'ambiente nell'ambito del nuovo Codice, anche a partire dalla legge delega, in particolare G. Mattioli, *Localizzazione e approvazione del progetto delle opere pubbliche: un tentativo di composizione del binomio tra semplificazione e tutela dell'ambiente*, in *CERIDAP*, 3, 2025, p. 177 ss.*

103. In particolare, cfr. Cons. St., Comm. spec., parere del 7 dicembre 2022, cit., p. 8, ove si apprende che alla luce di quanto ricavabile «[...] dalla composizione della Commissione speciale, nel compito di redazione dello schema di codice i consiglieri di Stato sono stati affiancati non solo da magistrati dei T.a.r., della Cassazione, della Corte dei conti, nonché da Avvocati dello Stato, ma anche da esperti esterni quali professori, avvocati, economisti, ingegneri, esperti di drafting, un informatico e un accademico della Crusca. [...] I lavori della Commissione si sono articolati in riunioni plenarie di gruppo, in sottogruppi che riferivano periodicamente sull'attività svolta in occasione delle plenarie di gruppo, nonché in riunioni tra i coordinatori di gruppo, sovrintese dal coordinatore generale, per un totale di oltre 170 riunioni. Le riunioni si sono svolte quasi tutte online e si è deciso su ogni questione sulla base delle posizioni prevalentemente espresse dai componenti della Commissione con il filtro, per ciascun gruppo, dei rispettivi coordinatori. Su richiesta degli uffici del Governo, si è tenuto un incontro con i tecnici della Commissione europea responsabili per il PNRR italiano. Sono state acquisite per iscritto, via mail, le istanze delle parti sociali, sollecitate con una consultazione pubblica pubblicata sul sito della Giustizia amministrativa, e sono state effettuate alcune audizioni in presenza».
104. Il tema della codificazione poco snella e dell'apporto degli organi giurisdizionali amministrativi in sede consultiva era già stato affrontato autorevolmente da G. Savini, *Esperienze di nuova codificazione: i "codici di semplificazione di settore"*, Cedam, Padova, 2007, spec. p. 55 ss. Sono rilevanti in argomento anche G. Fontana, *Considerazioni critiche sul ruolo del Consiglio di Stato nella più recente attività di semplificazione normativa*, in *Federalismi.it*, 3, 2015, p. 23 ss.; L. Torchia, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2016, p. 285 ss. In merito al ruolo svolto dal Consiglio di Stato e alle nuove esigenze di “riunione” della legislazione di settore in appositi testi (i.e. codici), sia sufficiente richiamare quanto già il medesimo consesso amministrativo aveva avuto modo di affermare in Cons. St., ad. gen., 25 ottobre 2004, par. 2.3, circa vent'anni prima dell'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici: «[...] se il modello illuministico della codificazione è sicuramente scomparso [...], l'esigenza di raccogliere organicamente le norme che disciplinano una stessa materia si fa sempre più pressante: tale esigenza ha consentito, negli ultimi anni, un ritorno anche del concetto di codificazione [...]. Siamo in una fase storica nella quale all'idea regolativa del codice si è

sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore». Peraltro l'operazione richiamata dal Consiglio di Stato non è esente da rischi, autorevolmente paventati dalla dottrina già in tempi non sospetti: sul punto cfr., ad es., N. Irti, «*Codici di settore*: compimento della “decodificazione”, in *Dir. soc.*, 2, 2005, p. 131 ss. e, dello stesso autore, in precedenza N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, ma sul punto v. anche già R. Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1983, p. 117 ss.

105. Come si è anticipato in precedenza, la semplificazione delle norme in materia di appalti e concessioni costituisce, nella logica del Governo e in quella sottesa al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, un nodo essenziale per la ripresa economica del Paese e si pone in linea di continuità – almeno sul fronte dell’oggetto inciso dal legislatore – con alcuni interventi precedenti intesi all’accelerazione dei procedimenti amministrativi. Sono previste almeno due fasi per il raggiungimento dell’obiettivo di semplificazione. La prima fase – che si sarebbe dovuta concludere entro l’anno 2021 – è stata caratterizzata dall’adozione di misure definite come “urgenti” al fine di semplificare e, soprattutto, digitalizzare le procedure dei centri di committenza. In questo modo si perseguiva l’esito della riduzione dei tempi intercorrenti tra la pubblicazione del bando e l’aggiudicazione, secondo quanto previsto dalle Misure M1C1–69 e M1C1–71 del Piano di attuazione del PNRR. Le prime disposizioni sono state adottate con il decreto legislativo 31 maggio 2021, n. 77, i cui artt. 47 ss. hanno snellito le procedure inerenti agli affidamenti dei concessionari, il subappalto, l’esecuzione dei contratti pubblici e le procedure di acquisto di beni e servizi informatici aventi natura di strumentalità rispetto all’attuazione del Piano. Il decreto ha introdotto una regolamentazione intesa a far fronte agli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione successivi alla crisi post-pandemica, i quali, per i contratti in corso di esecuzione, determinavano un significativo squilibrio a carico dei soggetti esecutori del contratto. La seconda fase era, invece, caratterizzata da una terna di termini: entro il primo semestre del 2022, le Camere avrebbero dovuto approvare la legge delega per la revisione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (recante il pre-vigente Codice dei contratti pubblici), entro il primo trimestre del 2023, doveva approvarsi il decreto legislativo attuativo della menzionata delega e, infine, entro il quarto trimestre del 2023, si sarebbe dovuti giungere alla piena operatività del sistema nazionale di *e-procurement* affinché la nuova disciplina potesse incardinarsi nel quadro di procedimenti completamente digitalizzati.
106. Peraltro, esse risultano ampiamente descritte nei documenti susseguitisi in accompagnamento del testo di decreto legislativo, disponibili in molteplici versioni. Ci si riferisce, segnatamente, alla relazione illustrativa, alla relazione tecnica, all’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e all’analisi tecnico-normativa.
107. Rispetto ai principali punti di emersione della crisi della legge evidenziati da F. Modugno, A. Celotto, M. Ruotolo, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 3-4, 1999, p. 7 ss. riassumibili in «[...] a) troppe leggi e troppi atti normativi; b) leggi ed atti normativi di scarsa o scarsissima qualità; c) pluralità dei “tipi” di leggi e disordine nei

*rapporti tra i tipi di fonti del diritto», autorevole dottrina (ci si riferisce, segnatamente, a G.U. Rescigno, *Tecnica legislativa (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XXX, Treccani, Roma, 1993, p. 2) si è premurata di ricostruire le “tecniche legislative” finalizzate a rispondere a tali esigenze, operandone una tassonomia in questi termini: «[...] a) il primo campo è costituito dalla redazione e scrittura del testo [...]; b) il secondo campo è costituito dall’analisi delle procedure, dal primo impulso verso l’atto fino al momento finale che precede la fase della sua attuazione [...]; c) il terzo campo è costituito dall’attività di analisi ex ante di un progetto per verificare preventivamente le sue possibilità di successo [...]; d) il quarto campo è costituito dall’attività di analisi ex post dello stato di cose susseguente ad una legge (o atto normativo), per verificare successivamente se e in che misura gli obiettivi voluti sono stati perseguiti e i risultati attesi sono stati raggiunti».*

108. Per vero il numero di allegati è addirittura aumentato rispetto alle precedenti esperienze di codificazione della disciplina dei contratti pubblici: erano, infatti, n. 25 allegati nel Codice del 2016 e n. 32 allegati nel Codice del 2006. Come vedremo, però, ciò non rappresenta di per sé un elemento deteriore. Tale numero risulta accresciuto anche rispetto a quanto evincibile dalla relazione illustrativa di cui a Cons. St., Comm. spec., parere del 7 dicembre 2022, cit., p. 9, ove si affermava che gli «[...] allegati sono 35, molti consistono di poche pagine. Si tratta di un numero comunque contenuto, specie se si considera che solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all’attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10). Ciò è stato possibile anche rinviando, in vari casi, direttamente agli allegati delle direttive, assicurando sia uno sfoltimento della legislazione interna sia il suo adeguamento immediato e automatico alle future modifiche delle norme europee».
109. Infatti il numero degli articoli complessivi che compongono l’attuale Codice del 2023 non si distingue dai n. 222 articoli (per vero 220, cui si sommano gli artt. 17-bis e 113-bis), nel codice del 2016 e nemmeno dai n. 257 articoli inizialmente previsti nel Codice del 2006 (poi aumentati di altri n. 15 articoli aggiunti successivamente).
110. Ribadisce questa constatazione anche Cons. St., Comm. spec., parere del 7 dicembre 2022, cit., p. 9, ove nella relativa relazione illustrativa si anticipa, prima dell’intervento del Governo, che lo schema di Codice ad esso consegnato «[...] ha un numero di articoli analogo a quelli del codice vigente, ma ne riduce di molto i commi, riduce di quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione».
111. Il Giudice contabile ha espresso questo avviso in una comunicazione inviata al Sento della Repubblica prima dell’entrata in vigore del testo di Codice. Cfr. Corte dei Conti, *Contributo scritto su Atto Governo n. 19. Codice dei contratti pubblici*, Comunicazione nella Seduta n. 18 del 31 gennaio 2023, Senato della Repubblica, Roma, 2023, p. 5.

112. J. Kimble, *Lifting the Fog of Legalese: Essays on Plain Language*, cit., *passim*.
113. In linea generale, si ritiene che la previsione espressa di principi in un testo di legge renda il legislatore più parsimonioso rispetto a futuri interventi sulla materia, che si renderebbero meno urgenti proprio in funzione della flessibilità nell'applicazione delle clausole di principio che generalmente accompagna tali disposizioni.
114. Orientamento che, nel vigore del precedente Codice, promanava dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria.
115. Cfr., sul punto, V. Italia, *I principi nelle leggi*, Giuffrè, Milano, 2016, il quale ricostruisce l'origine e le possibili tipologie dei principi rinvenibili nelle leggi.
116. Lo schema della fattispecie, quale sussunzione del caso concreto all'interno di uno schema astratto e prestabilito, corrisponde a esigenze di prevedibilità e certezza del diritto, come già a suo tempo ammoniva M. Weber, *Economia e società*, III, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, p. 17, mentre il ruolo dei principi si atteggiava in senso assai diverso dalla sussunzione della fattispecie legale, come rileva G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017, *passim*; R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, XVI (2), 2003, p. 433 ss. Più in generale, cfr. G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017.
117. Infatti, rappresentando una sorta di «[...] *concretizzazione in chiave legislativa*» dei valori cui riesce informato l'ordinamento giuridico, i principi generali si caratterizzano per «[...] *un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema*», come già aveva rammentato a suo tempo E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 316.
118. Cfr. sulla possibile rilevanza (ed astratta configurabilità) di principi generali nell'ambito della normativa codicistica sui contratti pubblici, già in passato, Cons. St., Ad. plen., sentenza 7 maggio 2013, n. 13, ove i Giudici di Palazzo Spada hanno avuto modo di affermare che al fine di risolvere la controversia sottoposta alla loro attenzione occorresse «[...] *esaminare dapprima l'istituto della concessione di servizi e la disciplina scarna che ad essa riserva il codice, distinguendo tra principi e disposizioni ad esso istituto applicabili e tenendo conto, quanto ai primi, che alle concessioni di pubblici servizi sono applicabili sia i principi desumibili dal Trattato, sia i principi generali relativi ai contratti pubblici*, precisando inoltre, con affermazione che assume una valenza metodologica di non poco conto, che «[...] *l'interprete deve porsi il problema della differenza tra principi e disposizioni (principi desumibili, come si è accennato, dal Trattato ma anche principi generali relativi ai contratti pubblici), certamente applicabili anche alle concessioni di servizi e disposizioni del codice, viceversa espressamente escluse dal campo di applicazione*».
- Pare inoltre significativo anche un passaggio di Cons. St., Comm. spec., parere del 7 dicembre 2022, cit., p. 11, ove si afferma che «[...] *rispetto alle altre fonti primarie la caratteristica di un codice è la sua tendenza a costituire un "sistema" normativo (ciò vale anche per la nuova codificazione cd. "di settore"; espressione approfondita dal parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 2 del 2004)*. Nell'ambito di tale sistema, i

principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto».

119. Tuttavia, giova osservare per completezza come vi siano state voci critiche, in particolar modo da parte della Corte dei Conti, *Contributo scritto su Atto Governo n. 19. Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 5-6. La Corte ha sottolineato che la tecnica della proposizione dei principi generali, unitamente al rinvio operato *ex art. 12 del d.lgs. n. 36/2023* nei confronti della legge generale sul procedimento amministrativo e del Codice civile, avrebbero lasciato spazi propedeutici ad un più diffuso sforzo di semplificazione normativa. Inoltre, come rilevato da autorevole dottrina, non possono negarsi anche potenziali conseguenze negative astrattamente riconducibili alla formulazione (e all'uso in concreto) di principi generali, dal momento che la giurisprudenza «[...] trova fondamento delle sue scelte direttamente nei principi, e si ingigantisce la prevalenza dei principi di origine giurisprudenziale sulle stesse regole legislative», elemento che dovrebbe condurre il legislatore «[...] ad una selezione più rigorosa dei principi generali, al fine di evitare che, come talvolta si è verificato, giudizi di valore espressi dai giudici amministrativi possano imporsi al sistema delle fonti dell'ordinamento democratico»: in questi termini v. A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995, *passim*.
120. La dottrina ha immediatamente colto la portata di tale scelta di politica legislativa, come testimoniato dall'impegno profuso dagli osservatori nel commentare i principi e le possibili implicazioni della loro applicazione alla contrattualistica pubblica. A tal proposito cfr., a partire dai contributi più recenti, senza pretesa di esaustività A. Sandulli, *Il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 181 ss.; D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato (Artt. 1, 2, 3 e 4)*, in G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025, p. 2 ss.; S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2025, p. 1 ss.; M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, D. Caldirola, M. Casati, D. Ielo, A. Napoleone, M. Rizzo (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici Commentato. Aggiornato al Decreto Infrastrutture (D.L. 73/2025) convertito nella Legge n. 105 del 18 luglio 2025*, Gruppo24Ore, Milano-Roma, 2025, spec. p. 5 ss.; O. Cutajar, A. Massari, *Il Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2025; F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, IV Ed., cit., *passim*; R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Editoriali scientifica, Napoli, 2024; G. Tropea, *L'evoluzione della disciplina e i principi del codice*, in G. Tropea (a cura di), *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 13 ss.; R. Villata, L.S. Bertonazzi, *Principio del risultato*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024; M. Macchia (a cura di), *Costruire e acquistare*, Giappichelli, Torino, 2024; L.R. Perfetti, (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, Milano,

- 2023; Aa.Vv., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Editoriali scientifica, Napoli, 2023; R. Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 8-9, 2023, p. 1950 ss.; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2023, p. 141 ss.; G. Morbidelli (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Passigli Editori, Firenze, 2023; G.F. Ferrari, G. Morbidelli (cura di), *Codice dei contratti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2023, spec. p. 39 ss.; G. Morbidelli, *Intorno ai principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 3, 2023, p. V ss.; F. Russo (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici 2023*, Legis giuridica, Roma, 2023; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, p. 287 ss.; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 1, 2023, p. 5 ss. Rilevante per la materia, anche se antecedente all'entrata in vigore del nuovo Codice è anche E. Guarneri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bonomia University Press, Bologna 2022, spec. p. 84 ss.;
121. Su cui v. anzitutto M.R. Spasiano, *Principio del risultato*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1 ss.; A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2024, p. 349 ss.; S. Vaccari, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, p. 669 ss.; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; E. Guarneri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, p. 829 ss. In generale, il principio del risultato riguarda l'affidamento del contratto e della sua esecuzione con il più alto grado di tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici, inoltre, si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Siffatto principio assume rilievo anche rispetto a singole fasi della procedura: ad es., sul fronte dell'incidenza del principio del risultato rispetto alla programmazione e della progettazione, v. F. Pellizzer, *La programmazione e la progettazione*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 245 ss., p. spec. 253.
122. Su cui v., *ex multis*, A. Ciolfi, *Principio della fiducia*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 20 ss.; G. Napolitano, *Il principio della fiducia*, in G. Morbidelli (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 47 ss.
123. L'art. 3 del Codice, infatti, detta una disposizione rivolta direttamente agli enti concedenti e alle stazioni appaltanti, quali soggetti chiamati a favorire «[...] secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità».
124. In verità i principi elencati nella parte iniziale del Codice sono molti di più rispetto a quelli

declinati *supra*, nel testo. In particolare, il legislatore ha previsto appositi enunciati in riferimento a: il principio di *buona fede e tutela dell'affidamento* (art. 5, ove tra le altre cose si recepiscono i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole già enunciati dal Cons. St., Ad. plen., con le sentenze n. 5/2018 e nn. 19-20/2021), i principi di *solidarietà* e di *sussidiarietà orizzontale*, cui si affianca (anche in senso integrativo) la disciplina dei rapporti con gli enti del Terzo settore (art. 6, ove si recepisce la sentenza Corte Cost. n. 131/2020, anche superando l'avviso del Cons. St., parere del 20 agosto 2018, n. 2052), il principio di *auto-organizzazione amministrativa* (art. 7, che recepisce di fatto l'art. 2 della direttiva 2014/23/UE e in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso ai tre modelli fra loro alternativi rappresentati dall'auto-produzione, dall'esternalizzazione e dalla cooperazione con altre pubbliche amministrazioni), il principio di *autonomia contrattuale* e il *divieto di fornitura di prestazioni d'opera intellettuale* rese a titolo gratuito, assistito dalla garanzia dell'applicazione del principio dell'*equo compenso* salvo casi eccezionali (art. 8, che da un lato pare recepire il costante orientamento della Cassazione in materia, come ad esempio ricavabile da Cass. civ., s.u., sentenza 12 maggio 2008, n. 11656, e dall'altro sembra superare la giurisprudenza amministrativa sull'*equo compenso* di cui a Cons. St., sez. IV, sentenza 9 novembre 2021, n. 7442), il principio di *conservazione dell'equilibrio contrattuale* (art. 9, in parte sovrapponibile al concetto di eccessiva onerosità sopravvenuta), i principi di *tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione* (art. 10), il principio di *applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore* e profili relativi alle *inadempienze contributive* e al *ritardo nei pagamenti* (art. 11). Tra questi, particolarmente rilevanti si palesano – almeno ad avviso di chi scrive – il principio di cui all'art. 7 per le contiguità tra disciplina dei contratti pubblici e disciplina degli accordi amministrativi ex art. 11 ss. della l. n. 241/1990 – su cui v., ex multis, F. Figorilli, *Principio di auto-organizzazione amministrativa*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 65 ss. (pubblicato anche in Rivista con il titolo F. Figorilli, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 3, 2023, p. 969 ss.) – nonché il principio sancito dall'art. 9, volto alla conservazione dell'equilibrio contrattuale, la cui importanza diviene immediatamente percepibile specialmente nei periodi di particolare instabilità del mercato e volatilità dei prezzi, su cui v. autorevolmente V. Cerulli Irelli, *Prime note sul principio dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in F. Sciarretta (a cura di), *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel codice dei contratti pubblici*, Il Mulino, Bologna 2024, p. 33 ss.

125. Infatti, il legislatore colloca in questo articolo, con una felice scelta redazionale intesa a fornire una significativa portata sistematica al norma di principio da essa desumibile, la disposizione secondo la quale tutte le «[...] *disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*

pubblici.

126. Cfr., in tal senso, ad es. D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato* (Artt. 1, 2, 3 e 4), cit., p. 2 ss.; G. Tropea, *Un nuovo super-principio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2025, p. 464 ss.
127. E, allo stesso tempo, pare riescano anche a rilanciare la centralità che, pur nell'applicazione della legge, occorrerebbe garantire alla discrezionalità dell'amministrazione: sul punto v. F. Cintioli, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 3, 2022, p. 521 ss.
128. L'esempio è assai calzante anche rispetto a quanto inferibile in Cons. St., Comm. spec., parere del 7 dicembre 2022, cit., p. 10, laddove si precisa testualmente che nello schema di Codice si «[...] è inteso dare un senso effettivo ad alcune parole chiave, spesso utilizzate in tema di contratti pubblici: - la semplificazione, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il goldplating ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione; - l'accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure, ma non solo "sulla carta", perché il termine ridotto è stato individuato avendo sempre presente la sua effettiva "fattibilità": assieme alla rapidità occorre garantire anche certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese; - la digitalizzazione, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio dell'once only, ossia dell'unicità dell'invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti; - la tutela, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori (tramite clausole sociali, valorizzazione dei CCNL e lotta ai "contratti pirata") e delle imprese (per esempio, in tema di rinegoziazione e revisione prezzi, o di suddivisione in lotti)». Come si vede, il richiamo alla tutela e alla protezione dei lavoratori rientra proprio tra le istanze immediatamente perseguitate dalla Commissione speciale, quale elemento migliorativo della disciplina mutuata nel precedente Codice.
129. Su cui v., ad es., E. Caruso, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, p. 863 ss., nonché A. De Siano, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, *Federalismi.it*, 14, 2023, p. 98 ss. e, ancor più di recente, con una vista sui contratti collettivi e sulle possibili modifiche a seguito di rinnovo sopravvenienti nel corso della fase di esecuzione del contratto, A. Giannelli, *Gli interessi orizzontali nella fase di esecuzione dei contratti pubblici: tra illusioni e incertezze normative*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2025, *passim*.
130. Sulla funzione sociale o strategica dei contratti pubblici ovvero in merito al perseguitamento di obiettivi sociali e ambientali – “orizzontali” o “collaterali” rispetto al c.d. “interesse specifico del contratto” – mediante l’agire contrattuale dell’amministrazione, cfr. diffusamente E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021, il quale analizza l’intento posto alla base delle recenti tendenze riformatrici, di valorizzare l’utilizzo dei contratti pubblici al servizio di «obiettivi sociali comuni» al fine di comprendere come abbia effettivamente inciso sulla disciplina

del settore.

131. Cfr., in particolare, E. Caruso, *Profilo amministrativistico dell'equo trattamento dei lavoratori nei contratti pubblici*, manoscritto in corso di pubblicazione, 2025, p. 42, il quale, richiamando Cons. St., sez. V, sentenza 25 maggio 2024, n. 807, è giunto ad asserire che «[...] dopo l'adozione del d.lgs. n. 36/2023, i giudici amministrativi hanno opportunamente considerato anche l'impatto delle clausole di stabilità occupazionale sul risultato amministrativo e sul buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), aprendo così le porte a possibili esiti innovativi sia sul piano del bilanciamento degli interessi sia sul piano operativo».
132. Cfr., ancora una volta, E. Caruso, *Contratti pubblici e applicazione dei contratti collettivi: le nuove frontiere del principio di equo trattamento*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, p. 283 ss.
133. Del resto il compito dei principi è certamente quello di generare “regole” in occasione del presentarsi del fatto, sicché tali regole non possono considerarsi come regole “ermeneutiche”, bensì come fattispecie regolatorie attagliate al caso concreto, come rilevava già L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 125.
134. Cfr., sul punto, le osservazioni di F. Pelizzetti, *Lo spazio dell'amministrazione nella gestione dei contratti*, in D. Fondaroli (a cura di), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico. Rapporti con la pubblica amministrazione e codice dei contratti*, Cacucci, Bari, 2019, p. 129 ss., spec. p. 144 ss., ove si riflette sul senso del rapporto tra deficit strutturale delle amministrazioni, responsabilità e discrezionalità, in relazione alle procedure ad evidenza pubblica ed alla gestione dei contratti pubblici.
135. In altri termini, non pare che ai “super principi” sopra menzionati – e in particolare quello del risultato – possa riconoscersi un’estensione e un ambito di operatività talmente ampio da poter far assurgere il loro contenuto precettivo a parametro di valutazione della legittimità delle scelte operate dalle pubbliche amministrazioni: sposa questa posizione, meglio argomentando rispetto al principio del risultato E. Caruso, *Profilo amministrativistico dell'equo trattamento dei lavoratori nei contratti pubblici*, cit., p. 43. In questo senso, tuttavia, cfr. già la posizione espressa autorevolmente da A. Romano Tassone, *Amministrazione ‘di risultato’ e provvedimento amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 1 ss.
136. È dello stesso avviso E. Tatì, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: tecniche di semplificazione normativa e riflessi PNRR*, cit., *passim*, ove si esprime in più punti tale osservazione.
137. Valga a coglierne il portato di maggiore flessibilità, quanto precisato da G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole*, in *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXI, 2002, p. 865 ss. in ordine al ruolo assunto dai principi rispetto alle regole ed alle funzioni astrattamente ad essi riconducibili nel quadro dell’ordinamento giuridico.
138. Cfr. per tutti F. Macagno, *Definitions in Law*, in *Bulletin Suisse de Linguistique Appliquée*,

- 2, 2010, p. 199 ss.; L. Solan, *Definition / Rules in Legal Language*, in K. Brown (ed.), *Elsevier Encyclopedia of Language and Linguistics*, Elsevier, Amsterdam, 2006.
139. Cfr. A.A. Martino, *Le definizioni legislative*, Giappichelli, Torino, 1975; A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977; A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, I-II, Giappichelli, Torino, 1989-1995.
140. Così cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, spec. p. 377 ss.
141. Solleva acutamente tale problematica L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 129.
142. Ci riferisce al luogo in cui collocarle nel testo giuridico, al fine di riuscire a ritrovarle all'occorrenza, e alla modalità con la quale scriverle affinché siano meglio comprensibili ai destinatari, come rileva R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, cit., spec. p. 84 ss.
143. In molti casi, lo si ribadisce, pare che si acceda a casi riguardanti i c.d. "concetti dogmatici", come è accaduto con la codificazione nel decreto legislativo n. 36/2023 del c.d. "rischio operativo": sul punto, cfr. ancora L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, cit., p. 127 ss., spec. p. 147 ss.
144. Cfr. l'art. 3, del d.lgs. n. 50/2016. Forse anche per tale ragione l'articolo è stato sottoposto a considerevoli interventi normativi negli anni successivi alla sua approvazione.
145. Sul rilievo della collocazione delle definizioni, cfr. M. Adler, *The plain language movement*, in P. Tiersma, L. Solan (eds.), *The Oxford Handbook of language and law*, Oxford University Press, Oxford, 2012 e, seppur tangenzialmente, R. Hiltunen, *The Grammar and Structure of Legal Texts*, ivi.
146. L.M. Solan, *The language of statutes*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, spec. p. 62 ss.
147. Sul punto, cfr. anche E. Tati, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: tecniche di semplificazione normativa e riflessi PNRR*, cit., p. 59 ss., spec. p. 68, la quale richiama molto opportunamente i quattro criteri per classificare le definizioni normative individuati da A.A. Martino, *Le definizioni legislative*, cit., p. 65.
148. Come è dato registrare, ad esempio, in tal senso per i concetti di "fornitura", "lavoro" o "servizio".
149. Vale a dire in quanto, ormai, patrimonio comune degli operatori del diritto.
150. Questo è il caso ad esempio della definizione di "partenariato pubblico-privato", su cui v. diffusamente, rispetto alle questioni lessicali sollevate dalla stesura di cui al nuovo Codice, L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, cit., p. 157 ss., spec. p. 168-169: l'autore, sottolinea brillantemente che la locuzione "finanza di progetto" sarebbe ormai una formula non corretta per designare un istituto che dovrebbe, a rigore della terminologia utilizzata, qualificarsi come affidamento di un contratto di partenariato sulla base dell'iniziativa di un promotore. Cionondimeno il Codice approvato con il decreto legislativo n. 36/2023 ripropone il medesimo equivoco, riportando la rubrica "finanza di progetto" in capo al Titolo IV della Parte II del Libro IV atto a ricomprendere la disciplina del partenariato pubblico-privato. Occorre segnalare la

disciplina è stata poi modificata dal decreto legislativo n. 209/2024, che è intervenuto copiosamente sull'art. 193 del Codice. In merito alla disciplina dell'istituto, cfr. diffusamente G. Santi, *Le operazioni di partenariato pubblico-privato e le concessioni di lavori e di servizi. L'affidamento di servizi globali*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 434 ss.

151. Cfr. Cons. St., Comm. spec., parere del 7 dicembre 2022, cit., p. 9-10.
152. Invero questa sarebbe l'idea di ogni codice, come emerge in molti passaggi del volume M.A. Sandulli, (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano, 2005.
153. Più di recente l'idea di codificazione sembra sovrapporsi all'obiettivo di una tecnica finalizzata all'organizzazione sistematica di normative di settore: non perseguirebbe l'intento dell'unità sistematica dell'ordinamento ma l'obiettivo di consentire un'ordinata applicazione delle norme di settore raccolte in un testo dotato di omogeneità e coerenza intrinseca. Sul punto, v. M. Ramajoli, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, p. 347 ss.
154. Cfr. M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, p. 436 ss.
155. Cfr. T. Castellano, *Art. 225. Disposizioni transitorie e di coordinamento*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1720 ss.
156. Cfr. segnatamente l'art. 225, comma 16, del d.lgs. n. 36/2023. Tra gli articoli che richiamano espressamente la tecnica della *sostituzione automatica* nel nuovo codice possono essere menzionati almeno i seguenti: l'articolo 37, comma 7 (sulla «*programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi*», relativamente all'*allegato I.5*), l'articolo 40, comma 2 (in materia di «*dibattito pubblico*», relativamente all'*allegato I.6*), l'articolo 41, comma 2 (avente ad oggetto «*livelli e contenuti della progettazione*», relativamente all'*allegato I.7*), l'articolo 50, comma 3 (relativo agli «*clenchi e alle indagini di mercato nel sotto-soglia*», relativamente all'*allegato II.1*) l'articolo 61, comma 5 (sui «*contratti riservati*», relativamente all'*allegato II.3*), l'articolo 100, comma 3 (sui «*requisiti di ordine speciale*», relativamente all'*allegato II.11*).
157. L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, cit., p. 10 ss.
158. In verità sembrerebbe trattarsi di uno strumento tecnico volto ad assicurare la unicità e completezza del Codice, piuttosto che ad accordare un rango necessariamente primario alla fonte, come pure appare sia accaduto da un punto di vista formale.
159. Occorre segnalare, tuttavia, che non vi è alcuna simmetria nella distribuzione degli allegati tra i diversi gruppi.
160. Si pensi alla Tabella A dell'*allegato II.12* del d.lgs. n. 36/2023, la quale riproduce l'Allegato A del decreto del d.P.R. n. 2017/2010, come modificato ai sensi del d.l. n. 47/2014.
161. Il procedimento descritto riguarda ben 35 allegati sul numero totale pari a n. 38 unità. Restano indenni (cioè esclusi) soltanto gli *allegati I.1, I.12 e II.10*, rispettivamente riguardanti le «*Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti*», le

«Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione» e le «Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali». I tre allegati menzionati, se modificati, conservano comunque il rango di fonte primaria delle proprie disposizioni, a differenza degli altri 35 allegati, le cui disposizioni assumeranno rango regolamentare o secondario.

162. Peraltro la forza abrogativa non viene riconosciuta direttamente in capo al regolamento, bensì da parte del medesimo decreto legislativo che dispone l'*abrogazione differita* nel tempo delle disposizioni ricomprese nei 35 allegati interessati dalla eventuale *sostituzione*.
163. A. Grazzini, *Le disposizioni abrogative, transitorie e di coordinamento del codice* (Artt. 224, 225, 225-bis, 226, 226-bis, 227, 228 e 229), in G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, I, cit., p. 2067 ss., spec. p. 2076 ss.
164. Infatti, alcuni di essi sono semplificati e altri non lo sono: sul punto, cfr. l'art. 225, commi 14-15 del d.lgs. n. 36/2023.
165. Cfr. l'art. 225, commi 5-6, del d.lgs. n. 36/2023 per le disposizioni regolamentari che conservano il loro vigore fino alla sostituzione e l'art. 226 con riferimento alle abrogazioni (espresse).
166. Cfr. l'art. 227 del d.lgs. n. 36/2023.
167. Cfr. il c.d. "Decreto PNRR 3", poi convertito con l. n. 41/2023, il quale incide anche sul tema dei contratti pubblici.
168. Cfr. O. Cutajar, A. Massari, *Il Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, cit., p. 1460.
169. A. Grazzini, *Le disposizioni abrogative, transitorie e di coordinamento del codice* (Artt. 224, 225, 225-bis, 226, 226-bis, 227, 228 e 229), cit., p. 2076 ss. Il problema non è di poco conto, in quanto ripropone il tema della non completezza del Codice e della previsione di regimi giuridici paralleli aventi ubicazione e legittimazione extra-codicistica, rispetto ai quali è possibile preventivare equivoci interpretativi e sovrapposizioni di discipline, vale a dire risultanze che si pongono in aperto contrasto con le finalità sottese alla redazione del Codice stesso.
170. Giunge a questa conclusione, che si condivide appieno in questa sede, L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, cit., p. 13, il quale si interroga, altresì, sulle condizioni di compatibilità della delegificazione con le fonti sulla produzione, richiamando P. Vipiana, *La delegificazione: profili teorici ed esperienze pratiche*, in *Pol. dir.*, 2, 1994, p. 317 ss.
171. Per vero questa tematica anticipa, in una qualche misura, il tema del decorso del tempo e della successiva stratificazione delle discipline giuridiche che verrà meglio indagata *infra*, par. successivo, con riferimento alla tecnica dei decreti correttivi. Infatti il regime delle disposizioni transitorie del Codice e delle possibili sostituzioni si palesa comunque assai complicato ad una prima lettura. Riesce particolarmente esplicativo, in tal senso, l'allegato tabellare rinvenibile in F. Russo (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici 2023*, cit., p. 596-599.

172. Inoltre, sono comunque presenti previsioni di rinvio a regolamenti ministeriali, come previsto *ex art. 13, comma 4*, così come ai sensi dell'art. 220, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023. Anche questo aspetto concorre a suffragare la conclusione di cui sopra.
173. Cfr. d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.
174. Critica aspramente la scelta del legislatore, in modo senz'altro condivisibile M.A. Cabiddu, *Prefazione. Prima delle gare viene la formazione*, in M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, D. Caldirola, M. Casati, D. Ielo, A. Napoleone, M. Rizzo (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici Commentato. Aggiornato al Decreto Infrastrutture (D.L. 73/2025) convertito nella Legge n. 105 del 18 luglio 2025*, cit., p. V ss., ove l'autrice rileva come «[...] il rispetto del principio di stabilità e certezza dei rapporti giuridici non sia in cima alle preoccupazioni del legislatore», elemento questo «[...] dimostrato, per tabulas, dalla fissazione dell'entrata in vigore del decreto correttivo nel giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ignorando la necessità di garantire quantomeno il tempo necessario per una prima lettura del testo introdotto».
175. Cfr., ad es., N. Lupo, *Deleghe e decreti legislativi "correttivi": esperienze, problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1996.
176. Ad avviso di L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, cit., p. 29, si tratterebbe, per l'esattezza, di una «[...] duplice delega contenuta in un'unica fonte», cioè «[...] nella successione temporale di due decreti legislativi, le cui norme sulla produzione sono contenute nella medesima legge delega».
177. Cfr. art. 72 del d.lgs. n. 209/2024.
178. Tuttavia è appena il caso di notare come le due tipologie di regolamento differiscano in riferimento al fondamento normativo legittimante, che solo nel primo caso è riconducibile direttamente all'art. 17, comma 1, della l. n. 400/1988.
179. O. Cutajar, A. Massari, *Il Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, cit., p. 1479. Ai fini del coordinamento con l'introduzione del menzionato art. 226-bis, il comma 2 della novella indica le «*abrogazioni necessarie*». Si veda, altresì, E. Guerrieri, *Art. 226-bis. Disposizioni di semplificazione normativa*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1721 ss.
180. Cfr. Cons. St., Comm. spec., parere del 2 dicembre 2024, n. 1463, reso nell'Adunanza del 27 novembre 2024 in relazione allo schema di decreto legislativo recante «*Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*», consultabile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/105486-645>.
181. Testualmente v. L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, cit., p. 36.
182. Cfr., ancora, Cons. St., Comm. spec., parere del 2 dicembre 2024, n. 1463, ove si afferma che «[...] ragioni di coerenza logica e pratica, prima che testuale, sembrano prima facie militare negli opposti sensi di una simmetria formale effettiva, cioè in concreto: sicché la scansione formale dell'intervento correttivo ed integrativo avrebbe verisimilmente dovuto mimare, di fatto, la stessa seguita (rendendo coerente, in via definitiva, la relativa opzione) nella predisposizione del 'Codice', anche con riguardo al ruolo del Consiglio di Stato. Si

tratta, del resto, di una alternativa non priva di rilievo, avuto riguardo alla attitudine essenzialmente tecnica della redazione rimessa al Consiglio di Stato, in ogni caso, poi, rivolata al successivo vaglio politico, a fronte di quella eminentemente e direttamente politica esercitata dal Governo. In definitiva, si ritiene non inopportuno segnalare il rischio, potenzialmente rilevante ai fini di un eventuale sindacato di legittimità formale, in ordine al rispetto della legge di delegazione, e relativo alla circostanza che la redazione del Codice, e la sua integrazione e correzione, siano state, in concreto, operate, in parte, seguendo procedure sostanzialmente diverse».

183. Solleva dubbi ai fini di un eventuale sindacato di legittimità formale in ordine al rispetto della legge di delegazione, con specifico riferimento alle diverse modalità di elaborazione del testo, ancora L. Geninatti Satè, *La nuova normativa sui contratti pubblici fra regole e correttivi*, cit., p. 38.
184. Si tratta di un tratto distintivo dell'attuazione del PNRR, come si è già avuto modo di sottolineare, se si vuole, in G.C. Ricciardi, *L'amministrazione statale tra sentieri interrotti e paradossi autolegittimanti. Considerazioni di sistema alla luce della Pianificazione Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in L. Buscema (a cura di), *Il diritto pubblico e i suoi paradossi. Casi scelti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 179 ss.
185. Si condividono le considerazioni in merito esposte da C.B. Ceffa, *La semplificazione normativa nel PNRR: verso una vera riforma (ri)abilitante in tema di qualità della regolazione?*, in *Federalismi.it*, 11, 2023, p. 23 ss.
186. Attività consultiva che, peraltro, non si è limitata dal punto di vista soggettivo all'apporto degli organi giurisdizionali, giusto il passaggio necessitato nelle Commissioni parlamentari competenti. Sul punto cfr. G. Napolitano, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2022, p. 153 ss.; più in generale, C. Barbatì, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, il Mulino, Bologna, 2010.
187. In merito alla quale resta confermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riferimento alle procedure di affidamento, pur a fronte della complementare competenza del giudice ordinario in relazione al contratto e alla sua esecuzione ed alla contestuale esperibilità di soluzioni transattive: sul punto, cfr., *ex multis*, F. Mastragostino, E. Trenti, *La risoluzione delle controversie*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 615 ss.
188. Cfr., ancora C.B. Ceffa, *La semplificazione normativa nel PNRR: verso una vera riforma (ri)abilitante in tema di qualità della regolazione?*, cit., *passim*.
189. Sul punto resta attuale e particolarmente calzante rispetto al caso di specie la riflessione proposta da M. Bombardelli, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2015, p. 985 ss.
190. Cfr. testualmente M.A. Cabiddu, *Prefazione. Prima delle gare viene la formazione*, cit., p. V.
191. *Ibidem*.

Judicial Review of AI (assisted) Decision-making

Guy Seidman

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-51

L'Intelligenza Artificiale è nell'agenda di ricerca di tutti. Gli studiosi di diritto amministrativo, me compreso, non fanno eccezione. In questo contributo, illustro la mia prospettiva sulle sfide dell'Intelligenza Artificiale nel mio campo di ricerca. I governi sono generalmente assenti e lo sono doppiamente. In primo luogo, perché hanno abbandonato la loro responsabilità di regolatori finalizzata a garantire che tutto ciò che viene immesso sul mercato sia sicuro da utilizzare per il pubblico. In secondo luogo, perché i governi hanno rapidamente adottato l'Intelligenza Artificiale per le proprie attività, riconoscendone il potenziale in termini di maggiore efficienza. La sfida non sta nella politica, ma nei dettagli: le azioni del governo influenzano la vita, gli interessi e i diritti delle persone. È fondamentale che l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale non crei danni inutili. L'IA è uno strumento utile, anche nel governo. L'intelligenza artificiale è un valido strumento, anche nella pubblica amministrazione. Ma senza procedure chiare per gestirla, ci si può aspettare utilizzi dannosi che potrebbero suscitare l'opposizione dei cittadini rispetto ad un loro diffuso utilizzo.

Artificial Intelligence is on everyone's research agenda. Administrative law scholars, including myself, are no exception. In this paper, I present my perspective on the challenges of Artificial Intelligence in my field of research. Governments are generally absent and doubly so. Firstly, governments have abandoned their responsibility as regulators to ensure that all products placed on the market are safe for public use. Secondly, because governments have rapidly adopted Artificial Intelligence for their activities, recognising its potential for greater efficiency. The challenge lies not in politics, but in details: government actions influence people's lives, interests and rights. It is essential that the use of Artificial Intelligence does not cause unnecessary damage. AI is a useful tool, even in government. Artificial Intelligence is a valid tool, even in public administration. But without clear procedures to manage it, one can expect harmful uses that could arouse citizens' opposition to their

widespread use.

Summary: 1. Introduction.- 2. The Rise and Rise of AI.- 2.1. Along came Chat GPT, and the world loved it!.- 2.2. What AI IS, at present.- 3. How Dangerous is AI, today?- 4. Send in the Flaws.- 4.1. One: Algorithmic bias.- 4.2. Two: Hallucinations.- 4.3. Three: Explainability.- 5. How Can You Possibly Trust AI?- 5.1. One: The Trust and Reliance Gap.- 5.2. Two: Who Let the Dogs Out?- 5.3. Three: What Does It Mean “to Be Human”? - 6. Enter the Government.- 6.1. Current AI Legal Regulation.- 6.2. AI’s Allure to Governments.- 6.3. Application: Reality Defies Imagination.- 7. What Can Be Done: Preliminary Thoughts.- 7.1. Is human discretion the problem or the solution?- 7.2. What does the public think about Government use of AI?- 7.3. Back to Explainability.

1. Introduction

*Artificial Intelligence (AI) means^[1], at its core, the ability of computational systems to perform tasks typically associated with human intelligence^[2]. AI has been receiving serious academic attention for many years but has really boomed with the development of Generative AI (Gen. AI) in the current decade^[3]. It seems fair to say that AI is now the “hottest” topic in all of academia, not least in law. Many scholars and researchers, from innovative graduate students to the “pillars of the discipline”, throw their hats into the ring, explaining what AI *is*, opining about its immediate impact, making predictions about its future use and proposing coping strategies^[4]. By now, a vast amount of literature is already available^[5] – probably more than any human can read^[6] – and much more is being written on this topic at this very moment. Add to this that I am hardly a tech-expert, just an administrative lawyer, and you could well wonder how this piece came about.*

My answer is this: I am troubled, like everyone else, about how “the machine”, AI, might impact humans, from jobs gone to human capacities lost.

In reality, at least for now, I am mostly worried about humans and how they use AI especially in the context of my field, administrative law. This topic concerns the legal means available to citizens to get remedy and review of alleged official

wrongdoings and to ensure oversight of government operations. And the humans I worry about are the bureaucrats, and those who review their decisions. I understand officials “embrace of AI” capabilities to read and analyse the vast quantities of information present in the decision-making process. I am worried about their ability to retain human oversight in making decisions without deferring^[7] to AI’s suggestions. The growing power and capabilities of AI make it not only increasingly enticing to use but also make it difficult to resist adopting its outcomes. I worry less that AI will make government officers’ jobs redundant than that administrators, presented with AI “suggestions”, might find it difficult to fully understand and overrule, and might find it easier, “more efficient” to rubber stamp AI’s conclusions; this, in turn, might make judicial (and other public) oversight difficult, if not impossible, if only because the adjudicator, a human for now, might not be presented with the full record of how the official decision was made.

This paper looks at the rapid rise of AI, the core challenges it poses to private, corporate and government use, and considers the ways to ensure that humans – officials, citizens, adjudicators – can maintain control, discretion, and oversight over AI suggestions. The paper is made up as follows: *Paras. 2 ff.* look at the dramatic, exponential recent rise of AI; *Paras. 3 ff.* ask how dangerous (to humans, to humanity) AI is at present; *Para. 4* looks at some of the acknowledged imperfections and well documented flaws of AI; *Paras. 5 ff.* look at why humans are willing to use AI, despite being aware of its flaws; *Paras. 6 ff.* look into official use of AI, and its particular dangers; the concluding *Paras. 7 ff.* make some initial suggestions as to how we – as humans, citizens, government agents – can ensure that AI is used to its greatest advantage while realized its least potential harm.

2. The Rise and Rise of AI

2.1. Along came Chat GPT, and the world loved it!

AI is hardly a new issue, and the intellectual ideas and myths at its heart date back centuries. In the 1950s, AI moved from science fiction into reality, as serious scientific work started in the field^[8]. Yet the field really took off only in recent

years. As computing power has increased in the past two decades, AI has greatly advanced technologically to the level that it can now increasingly be put into practice, and “do things” in the “real world”. Since the early 2000s, machine learning has come to be applied to a wide range of problems in academia and industry. In the last few years, AI advanced even further through deep learning and Gen. AI. This last term means, in brief and simple lay terms, a form of AI that uses vast databases to generate, produce, texts, images, videos and other forms of data. Furthermore, access to AI is no longer the purview of scientists and experts. In recent years AI has been made available, by private – mostly US – firms, to any person or entity with a computer or smartphone linking them online. It can now be used, at least in its basic form, virtually by anyone, anywhere, anytime, and for free. Not only are there no paywalls, but use of AI also now requires no real technological expertise just a *prompt* – a natural language text describing what task AI is asked to perform.

The world has embraced AI with open arms. Since 2022, individual and organizational use of AI has dramatically increased: OpenAI’s suite of Gen. AI tools reached one hundred million users in only two months. In 2025, an estimated 378 million people use AI, globally^[9].

It is fair to say that many people now use AI daily for work, study or play. For finding out facts AI did not so much replace such tools as Google – as it took them over^[10]. A 2025 study across 47 countries shows that 66% of people report intentionally using AI on a regular basis for personal, work or study reasons, 38% of people report doing so on a daily or weekly basis. The rate is highest in India and Nigeria with 92% of people reporting regular use of AI systems, an “average” 68% in Israel, 60% in Italy, 53% in the USA, down to 43% in the Netherlands^[11]. And it is not just the public that is harnessing the power of AI – corporations are increasingly using AI tools. A recent McKinsey global survey report found that 78% of firms reported using AI in at least one business function in 2024, up from 55% in 2023. Organizations reported using AI most frequently in IT, marketing and sales and service operations^[12].

2.2. What AI IS, at present

I do not want to raise expectations. Even the most laymen-friendly explanations I

have read do not shed much light on the inner workings of Gen. AI, which seem to baffle even the best of researchers. Which is why, to explain how the current generation of AI works and what its impact on humans can be, I have chosen two categorizations of AI.

The first categorization looks at the current techniques used by Gen. AI. In general, all types of Gen. AI rely on data to effectively “learn” how to generate content – but each is built around a different methodology, or technique of how they create human-like content – from words, to pictures, from video to code, and each can be used to create a somewhat different content:

- Large Language Models (LLM): this is the foundational technology behind such AI tools as ChatGPT. It consists of neural networks that are trained on huge amounts of text data, allowing them to learn the relationship between words and then predict the next word that should appear in any given sequence of words. LLMs have made it possible for computers to understand natural language inputs, enabling them to translate languages, analyse sentiment and generate images and voice from text. This is the form of AI that raises ethical concerns around bias, deepfake, hallucination, misinformation, and the use of intellectual property to train algorithms.
- Diffusion Models: these are used to generate image and video in such AI tools such as Dall-E. They work in a process known as “*iterative denoising*”. When they receive a text prompt is they generate a random “noise”, a random scribble if you will. This is then refined using its training data to understand what features should be included in the final image. At each step “noise” is removed until a new image is created, one that matches the text prompt and is not already in its training data.
- Generative Adversarial Networks: this is slightly older technology that emerged in 2014. It basically pits two different algorithms against each other: the *generator* attempts to create realistic content, while the *discriminator* attempts to determine whether it is real or not. Each algorithm learns from the other, until the generator creates synthetic content – text and images – that come as close as possible to being “real”. This technology is still used for computer vision and natural language

tasks.

- Neural Radiance Fields: this is the newest technology. It became available in 2020 and uses deep learning to create representations of 3D objects, *i.e.*, aspects of an image that cannot be captured by a real camera. «*This technique, pioneered by Nvidia, is being used to create 3D worlds that can be explored in simulations and video games, but also for visualizing robotics, architecture and urban planning».*

Hybrid Models of Gen. AI: these combine the various existing Gen. AI methods. Drawing on the strengths of different approaches, the hybrid approach unlocks new possibilities for applications.

So much for the current state of Gen. AI. It should be noted that Gen. AI is constantly evolving. New methodologies and applications are emerging resulting in ever more advanced AI systems. «*The next decade is likely to bring groundbreaking applications that will transform industries and reshape how we interact with technology*»^[13].

The second categorization looks at a specific example of what AI can do, if allowed, to facilitate human activity. It concerns autonomous vehicles (AVs). I chose this example not just because AVs have such a clear potential to make everyday life easier but mostly because AVs have been thoroughly discussed and analysed before the public and their potential dangers exposed. The result is that unlike AI, the introduction of AVs to the market is delayed not (just) for technological reasons but owing to cautious regulators and a concerned public.

The potential here, the dream, is that AI will fully control the vehicle, read and understand road conditions, interact with any other cars on the road, and taxi the passengers to her destination. The potential for good here is enormous – making driving safer, faster, less stressful, more on this shortly. What I want to talk about is how the range between fully controlled driving – on a “dumb” car, and a fully automated drive has already been fully marked out, and is increasingly, at least technologically, feasible.

The Society of Automotive Engineers prescribes six levels of autonomous driving technology demonstrating the potential move from fully human controlled cars (*Level 0* – no driving automation), to fully AI controlled ones (*Level 5* – full driving automation, which might «*do away with steering wheels and pedals, as*

there will be no requirement for them»). In between lie the following levels:

Level 1, where the car can go beyond passive assistance and offer at least one feature that provides elements of steering, braking, or acceleration support to the driver, in limited situations. Examples include automated lane keeping and part assistance.

Level 2, which introduces advanced driver assistance systems. These combine various level 1 systems and can step in and support the driver in certain situations but only in approved areas of the roads. These features are considered “hands-off” rather than a full-self-drive system.

Level 3, that introduces Conditional Driving Automations. When such systems are engaged, the car will steer, brake and accelerate entirely by itself, meaning the driver can take her hands off the wheel and her eyes off the road. The car is fully autonomous.

Level 4, that allows for High Driving Automation – a fully self-driving car, where the driver, now effectively a passenger, still has an option to take over. This is the level at which the current experimentation with “robotaxis” takes place. It is allowed only in limited “geo fenced” areas – where highly-detailed HD maps are available – and when weather conditions permit and even then, speeds may also be limited^[14].

3. How Dangerous is AI, today?

The question on many people’s minds is how much danger AI poses to us, both as individuals and as a society. It is very likely that you have read scary warnings about AI. Reports suggest that AI will eliminate a huge number of jobs – perhaps yours, perhaps mine^[15]. Moreover, some great thinkers from Steven Hawking and Bill Gates to Yuval Noah Harari believe that AI will become too powerful for humanity to control^[16].

I dare not offer a definite answer, but I want to share a few hunches, which make me favor a less dramatic narrative. Let me explain why.

First, I would divide the assessment of the risks posed by ai – and hence the question of how much we should trust AI, be willing to use it, or call for its regulation – into two: the threat *currently* posed by AI and the dangers that lie *in the long run*.

On the latter – let me say that in principle I shy away from long term guesstimating and futurology, especially when it spells doom and gloom, even when it comes from some of our greatest minds. Humanity is resourceful and resilient, and it has proved time and again that it seeks life and can back off from the brink. Just recently, scientists moved the so called «*Doomsday Clock... closest ever to apocalypse – at 89 seconds to midnight*»^[17], but I believe humanity will never run out this clock. We have not seen wartime use of the atom in 80 years, threats notwithstanding. Similarly, humanity might find it difficult to take collective action to curb emissions causing global warming, but I am truly convinced that a solution – social, economic or technological will be found^[18].

In 1798 Thomas Malthus scientifically and convincingly demonstrated that the human population is limited by food growth. At much the same time along came the (first) industrial revolution and arguably sprang humanity out of the Malthusian trap^[19]. Foretelling what lies behind the hill, in AI's future, is well beyond my pay grade. I want to hope that AI will not make humans obsolete^[20]. What I firmly believe in is the human survival instinct, individual and collective. Thus, I expect humanity to unite, gracefully or not, around an acceptable outcome on AI, even if it would limit technological development^[21].

On the former – the threat posed by AI at its present state of development – I think we are in a better (if still imperfect) position to assess the potential dangers that lie ahead.

The starting point is that, to my best understanding, AI is still in its infancy. A work in progress. The AI tools currently available to the public are not a fully developed, finished product. They are beta versions^[22], under constant development and update^[23].

Perhaps AI tools should not have been released at this early stage, but they were. The fact is that AI tools, whether in free or for-pay versions, proved so much better than what was previously available to the public, that they were pounced on. In the short time that AI has been with us, many of its limitations have become very clear. Still, individuals, corporations and governments are all increasing their use of AI even though they admittedly neither fully understand how they work nor fully trust their outcomes.

Second: Being a lawyer, one of the oldest academic disciplines and one of the least changed, I tend to “explain away” new technologies rather than get blown away

by them. What I mean is that I believe that the traditional, often very ancient legal disciplines and categories can handle virtually all new technological developments and that to date, all the innovations I have seen only incrementally improve already available devices. I have studied autonomous operating weapons, dreading the idea that a missile will decide when and where to strike, until I realized this is essentially what the much reviled and much older weapon, the landmine, does. Smartphones have not really changed the technology at our disposal, they only made them more portable, just like the laptop did with desktops. In this sense, there is good reason why there is no “law of the internet” – like there was not “law of the horse”^[24]. Yes, new technology will require many legal, social, economic, even physical, adaptations. Yet I think most of the public policy ramifications are highly foreseeable for anyone to see, a point I recently tried to make, with Aviv Gaon, about AVs^[25].

Third: With this in mind, I carefully estimate that there will be no independent new “AI Law” and that current structures for creating ethical, social and legal rules will be able to cope with AI. We humans can make ethics rules, decide on liability, require insurance, and demand good oversight over the activation of AI systems. This is, unless one of three things happens: *one*, AI reaches a level where it outsmarts humans; *two*, humans give up, opt out of AI use; *three*, humans make some really bad choices.

About the first two options, I have it on good authority that we should not be concerned. On the first concern, I take the word of eminent philosopher *Luciano Floridi*, who writes this about LLMs: «*They do not think, reason or understand; they are not a step towards any sci-fi AI; and they have nothing to do with the cognitive processes present in the animal world and, above all, in the human brain and mind, to manage semantic contents successfully.... However, with the staggering growth of available data, quantity and speed of calculation, and ever-better algorithms, they can do statistically – that is, working on the formal structure, and not on the meaning of the texts they process – what we do semantically, even if in ways (ours) that neuroscience has only begun to explore»*^[26].

This suggests that, at least for now, that science fiction fears that AI might become self-aware, sentient, a real form of intelligence and life, and come to threaten humanity, are premature^[27]. It is to be hoped that AI will continue evolving, but not in a dangerous direction, and that humans will preempt,

prevent and preclude such abilities^[28].

On the second point, I would listen to philosopher *Andy Clark* who rebuts the «*techno-gloom*» and the fear that «*new technologies are making us stupid*». Clark advises us to bravely embrace AI, writing that: «*As human-AI collaborations become the norm, we should remind ourselves that it is our basic nature to build hybrid thinking systems – ones that fluidly incorporate non-biological resources. Recognizing this invites us to change the way we think about both the threats and promises of the coming age*»^[29].

I think that human experience – from the invention of the wheel and the discovery of fire to the industrial revolutions (of which we are said to be now at the fourth) – shows that most humans have found a way to make good use of new technology. Jobs were lost, others were created, and most people found a way to adapt. Even smart phones, a useful yet highly complex machine, have reached a penetration level of 90% in Italy^[30].

Which brings us to the third point. The choices that humans make. People, working in a private, corporate or official position, using AI might be tempted to lower their natural skepticism and critical thinking, their independent judgment, and choose to adopt the suggestions made by AI. It is now possible to use AI to create very realistic fake pictures and videos. To me, this is just one more page in the eternal battle between cheaters and forgers, on the one hand, and their intended marks and law enforcement, on the other. Anything of value was likely the subject of attempted forgery – coins and banknotes, antiques, passports – and now it is “deepfakes”. As ever, people must be vigilant in who and what they trust and not fall prey to potential fraudsters.

Personally, I would place deepfakes near the bottom of my list of concerns. Anyone posting fake data today is met with a very sceptical public, that is already self-selective in its choice of “reliable” news and is suspicious of any other information source. It seems like the public finds it impossible to agree on any core fact – be it the election results or that the earth is round. One more fake item? One more conspiracy theory? One more unsubstantiated argument? We can take it!^[31].

Let me qualify this optimism in two ways.

First, as the all-knowing narrator, you may ask yourself «*who are those people who take the results of an AI prompt as true and authoritative?*». I think the answer

would be that most of us, whether pressed for time, or impressed by the huge databases AI combs through, or the fluency of its answer, might come to rely on AI, with little or no fact checking. If this is not outright deference to the “all knowing” machine, it is at least reliance and trust of it. More on this shortly.

Second, who exactly are the “we”, who use AI? I think we must differentiate between private and public sector use of AI. As a private individual or corporation, I am free to make “bad choices” and lose my money, unless the law forbids me to do so. In some states gambling, drug use and similar habits are legal. In others – not. But government agents are different. Not only is it the role of government to make sure AI is safe enough to use – but it also must be more careful than private individuals, being the trusted agent of the people, in choosing to use AI. They must, then, be extra careful and vigilant, but it is my impression that this might not be the case, not just because of the “usual” agency problems – the difficulty to make government agents accountable for wrongdoings, let alone mistakes of judgment – but perhaps because AI really does look like mana sent from heaven to massively overworked government agents.

To me, human deference to the results of AI – this seemingly all-knowing technology – is what I would consider the greatest risk to humanity, especially for the millions of people working in all levels of government and exercising official judgment and the billions of citizens they work for. I would urge all people to use AI, but to retain control, oversight, judgment and caution, especially given the many flaws of AI that are already publicly known.

4. Send in the Flaws

The fact is, that anyone using Gen. AI is – or should be, by now – fully aware of its many flaws and shortcomings. The McKinsey report noted that many organizations are ramping up their efforts to mitigate Gen. AI related risks: firms declared that «*their organizations are actively managing*» Gen. AI risks related to inaccuracy, cybersecurity, intellectual property infringement, equity and fairness and explainability^[32]. This is only a small part of a laundry list of known AI risks^[33], risks have the potential to infringe on established human right and interests^[34]. In this paper I want to focus on just three of known problems with

AI.

4.1. One: Algorithmic bias

The term refers to systematic and repeatable harmful tendencies of AI, which create socially unfair outcomes, privileging or discriminating against categories of people.

Algorithmic bias has been observed, inter-alia, in search engine results and social media platforms, with impacts ranging from inadvertent privacy violations to reinforcing social biases of race, gender, sexuality, and ethnicity^[35]. It is truly troubling to find algorithms that reflect “systematic and unfair” discrimination, and the outcry against it very valid^[36].

But if AI had feelings, it might be anger rather than shame at this accusation, for two reasons. Firstly, who is it that taught AI? Who designed it, and then coded, collected and selected the data on which the algorithm is trained? Secondly, why is “the pot calling the kettle black?”^[37]. An algorithm is not biased at its core, but humans are. Thus, we can strive for the evolution of “mindful AI” systems, built with awareness and consideration of their ethical, moral, and societal implications^[38]. Humans, however, will retain their over 160 distinct cognitive biases^[39], of which they can, at best, be aware.

Otherwise said, we might be able to re-train and re-program AI facial recognition systems so that they would be “race blind”, but can we do the same for “real” people?^[40].

My take from this is that we seem to ask AI to operate at a higher standard of social fairness and ethics than that of the average human. It seems to me that we expect AI to meet standards of conduct, of care, that we set for the highest echelons of professionals such as judges or medical doctors. They too are likely biased in many ways, but are most likely, by training, by public expectations, to operate in the most equitable way towards all the people who require their professional judgment. Can we say the same about corporate or government officers?

4.2. Two: Hallucinations

This is where what AI generates in response to a prompt is not simply inaccurate,^[41] but contains false or misleading information, presented as true facts.^[42] What we hear about this issue the most in law is when students and lawyers submit work products based of made-up sources – results of AI legal search that refer to laws, cases, academic articles etc. that simply do not exist, that are completely fictional^[43]. To me, this speaks less of AI's imperfect discretion than about humans' decision-making and discretion. Law firms are aware of the cost-saving potential of AI and are willing to embrace it, mostly without event^[44]. When lawyers submit to court made-up sources – what they are is careless, negligent lawyers^[45].

How is it that legal professionals get caught time and again doing the same embarrassing mistake? My preliminary answer is this: AI seems to many people as a fast, economical, substitute for doing one's own legal research or for paying a human research assistant to do it. Even professionals can be cheap and lazy. Moreover, they might be time pressed and so fail to double check their submissions, especially when AI results are so nicely presented and have such an authoritative tone.

All of this is neither an excuse nor a novelty. Looking for shortcuts is hardly new. People have always plagiarized^[46] and been sloppy in fully checking the data they rely on. Now, it seems that «*everyone is cheating their way through college*»^[47]. This is unacceptable in college and surely unacceptable in professional lawyering. The standard for legal research outcome has not changed and there will always be negligent students and lawyers who fail to meet it. I do not see this as a major threat since humans (still, potentially) have full oversight over the outcomes of AI and a choice over how they use them – and humans can still double-check the facts presented to them. What this means is that people should realize that AI – should they choose to use it^[48] – is an imperfect tool, with benefits and costs^[49], and that it does not absolve them from exercising full oversight, as they would a human underling carrying out legal research on their behalf. PS: a recent empirical study found that even professional, for pay, AI-powered legal research tools like Lexis+ AI, Westlaw AI, and Ask Practical Law AI still “hallucinate” 17% to 33% of the time^[50]. In short: *trust – but verify*^[51].

4.3. Three: Explainability

This is likely the greatest challenge facing our use of – and reliance on – AI. What does it mean? Explainable AI, interpretable AI, or explainable machine learning refers to the efforts to allow humans to retain intellectual oversight over the reasoning behind the decision or predictions made by AI, making them more understandable and transparent.

The difficulty is the so called “black box” tendency of machine learning, and the fact that even AI’s designers cannot fully explain how it has reached a specific decision. Some machine learning models use a “white box” model, which provide results that are understandable to the experts in the domain.

So why not make all AI models “white boxes”? there are several reasons. *First*, because by making an AI system explainable, we reveal more of its inner workings – and allow competitors insight into a private, proprietary system. *Second*, because making AI explainable leaves it with less discretion, and allows “gaming” the results. *Third*, because the technical complexity of AI systems remains a barrier to explainability. *Fourth*, because even if we understand AI, we may not trust their decision.

I see explainability as a particularly great challenge in the context of administrative law.

If I, a private individual or firm, choose to use AI, I must be accountable for doing do. I should consider the fact that I do not understand how AI works or how it reaches its outcomes and that I cannot explain it to others with whom I may share AI results. But if I understand current social and legal norms, one is not expected to *understand* AI, nor to *explain* how it reached its outcomes. One is only required to be transparent about the use of AI and to make a fair effort to oversee, verify, check, its results, much as one would a human assistant’s output.

I believe the case should be different for government use of AI when acting in both its core capabilities – as regulator and actor.

I would expect government *regulators* to make sure use of AI is safe for the public to use. If is it not safe to use – I would expect government to prohibit its use, and if AI poses any risks, to issue the proper warnings. To do this and set citizens mind at peace government regulators need to fully understand AI, but do they?

In their capacity as *actors*, as direct providers of goods and services – can government ensure the public that the AI products that it develops or buys and then uses are safe? Can it ensure the public that government officials are applying a safe protocol for the use of AI and not overlying on its outcomes? Furthermore, should such questions come before an oversight body within government or the judiciary, can officials explain, in every case under review, how AI outcomes were produced, then how and why they were used by the human decision maker – *i.e.*, why the official chose to used AI products and to what extent did they affect the operative outcome in the case?

I fear that is not how things now happen and a call for action is the focal point of this paper. In this vein, let me thank Prof. Marc Rotenberg^[52], for sharing with me that he prefers to avoid the term “explainability” because it suggests, to lawyers, a rationale for predetermined outcomes. Rather, he would use the term “contestability”, by which he stresses the legal oversight and the requirement of fairness and due process.

5. How Can You Possibly Trust AI?

Given AI’s known shortcomings and established flaws, and that government regulators currently do not provide any assurances to the public as to the full extent of the harm that AI can potentially cause, the question is: how is it that individuals, firms and even governments, use AI on a vast scale and seem to trust it and endorse AI’s outcomes? ^[53].

I think the answer is nuanced on many levels, beginning with the understanding that people neither fully understand nor fully trust AI. What they do is employ their best judgment in using AI outcome, even without government guidance. The result, as in any human activity, is that most people just have the intelligence, common sense and discretion to avoid serious mishaps. As long as people do not have to accept AI outputs and can double check their veracity and accuracy, the risk posed by AI remains acceptable. People take on crazy TikTok challenges, but luckily, only few end up killing themselves doing so^[54]. Moreover, most societies (still) do not completely bar humans from engaging in risky behaviour – be it smoking, driving, or binging on sugar, fat and alcohol. In sum, it is likely that most legal professionals, even if they use AI, will neither rely on nor hand in fake

AI legal authorities. That is not what professionals do.

I think people use AI because it is the optimal choice now available to them, in terms of time and money. I do not want to minimize the impact of the huge economic interests that stand behind AI. Big technology companies (and governments) invest immense sums of money in AI and try to make it available for as many people as possible to use, even for free. But is this the most accurate explanation? Clearly a vast number of people think AI is a tool they want to explore and make use of, that AI shortens laborious processes and makes their work and learning missions easier, and many did so before big tech enticed them. Just to remind, innovator OpenAI that came up with Chat GPT, was not *big tech* at its inception, but rather – almost conversely – an organization aimed at developing “safe and beneficial” AI^[55]. The masses immediately took to what was offered and embraced it. I think Big Tech followed popular demand in this case^[56]. Again, for now, humans retain full control over *when* and *how* they use AI, for themselves or others. They may not fully understand it but can decide for themselves the risk level they are comfortable with. The greater the perceived risk, the less likely people are to trust and use AI. Let me elaborate.

5.1. One: The Trust and Reliance Gap

People do not fully trust AI and use it with caution. We know this from polls that show that the high rate of use does not fully translate into trust of AI. Even though the figures have been inching upwards, in advanced economies only half of people view AI systems as trustworthy and only 40% are willing to rely on AI system’s output and share information with such systems. In contrast, people in emerging economies have significantly more trust in AI systems. Moreover, the perceived trustworthiness of AI systems has *decreased* since their wide public introduction in 2022, declining from 63% of people viewing AI systems as trustworthy, to 54% in 2024^[57]. People’s willingness to rely on AI systems has also declined from 52% to 43% and the share of people feeling worried about AI systems has risen from 49% to 62%.

This data, write the researchers «*likely reflects that with increased use and exposure to AI systems, people have become more aware of their capabilities and limitations, prompting a more considered reliance on these tools*»^[58]. In fact, it can

also suggest that people are aware of the reports that AI is getting *less* rather than *more* accurate because of what is called “model collapse”^[59] – or, in lay terms, inbreeding.

Nonetheless, people use AI, and what the KPMG report suggests to me is that while AI has cleared the core “willingness to use” threshold in most humans, it still triggers major concerns and ambivalence, especially in advanced economies.

The researchers linked this data to another clear finding – 70% of people across the globe believe that AI regulation is necessary. Only 43% believe that current laws are adequate while the remaining 57% disagree or are unsure that current regulation provides sufficient safeguards for AI use^[60]. To me, this means, very clearly, that “the people” want to maintain human control over AI, and to the extent that they cannot ensure this themselves – by choosing whether and to what extent to use AI – they expect government to “do its job” and protect them. However, to put this in context and explain why this is interpreted as such a clear public sentiment – a staggering 83% of people reported not being aware of any laws, regulation or policy that apply to AI in their country.

The researchers read this data as meaning that «[t]here is a strong public mandate for international and national regulation of AI»^[61]. I read it to mean that people feel unsafe, or uncomfortable in using AI. They are happy to be allowed to use AI, effectively without regulation, as part of their autonomy in a liberal democracy. Yet people seem to have a hunch that they are exposed to great risks, which they cannot face alone. Thus, they would like governments to consider regulations to ensure their safety even though it might result in limiting their currently free access to AI^[62].

The question now is what course should governments take regarding both citizen use of AI, and their own? How can they make sure AI is allowed to grow to its full potential while humans maintain sufficient control and oversight over it?

The main flaws of AI are now well documented and much discussed. This means that anyone using AI has had a fair warning and should be aware of its deficiencies. What seems to me as the correct protocol of action or standard of care for any human who chooses to make use of the AI outcomes, rely on them or submit them for others to use (and there are many millions of such persons) is this: *first*, exercise human oversight and double check the results; *second*, be transparent and let those to whom you submit something produced with the aid

of AI know that AI was used^[63].

5.2. Two: Who Let the Dogs Out?

With the understanding that AI is a powerful and highly imperfect tool I wondered how it was ever allowed to be publicly released before fully developed and vetted for safety. This is especially baffling in the developed world, where strong independent regulatory agencies exist for the specific purpose of protecting the public welfare, and where the use of even a food additive is strictly controlled^[64]. How has AI “escaped the lab” and entered “real-life” so easily? Is there any serious chance, for all the talk, of any substantial AI regulation? Let me offer some intuitive answers.

First, I think most of the many AI tools available^[65] are not considered either by the public or by regulators as inherently dangerous^[66]. Rather, they are seen as benign, internet-related assisting tools – a new generation of search engines like Google or a toolkit like Microsoft’s “Office”, if on steroids. AI is viewed as an organizational and creative tool, allowing us to make short shrift of tasks such as creating documents and presentations or summarizing massive data sets, that previously required time, effort and likely the help of expensive professionals. In fact, we now see a trend towards greater use of AI for personal and professional support, rather than more technical uses, with the first spot taken by use of AI for therapy and companionship^[67].

That this poses danger to some workers whose job might become redundant is clear, but this comes part and parcel with every new, disruptive technology. Scribes gave in to typewriters; “office” software suite made secretarial jobs redundant. In short, AI offers great advantages along with what was thought – and is increasingly thought less so – as acceptable risk.

Two, it is possible that some regulation of AI will yet come into effect, but the fact is that AI burst into the scene and was widely adopted very quickly and with virtually no regulation. As this article will be published in Italy, let me remind of an event now in “ancient history”: in March 2023, Italy became the first Western country to ban ChatGPT. A month later, the AI chatbot was «*back online in Italy after installing new warnings for users and the option to opt-out of having chats be used to train ChatGPT’s algorithms*»^[68]. It is very difficult to ban online

products that *the people really want*^[69].

Three, it seems to me that people are willing to use AI despite being increasingly aware of its downsides, as long as they feel they are in control, *i.e.*, that it is their choice to use AI, their discretion on how to use AI, and their oversight over AI's outcomes.

Where things are different, to my understanding, is when AI is used not in a personal capacity but by agents – by proxies carrying out activities we cannot (or choose not to) do ourselves, and especially where these functions are inherently dangerous. Here, crossing the threshold to using AI is a different matter. Let me give three examples: airplanes, autonomous vehicles, medical practitioners.

Aviation: airplanes are now mostly flown by computers. Human pilots control take-off and landing and oversee the rest of the flight. It is probably technologically feasible to fully automate civil (and military^[70]) aviation, leading to significant savings. But, as the public reaction to a famous covid-era joke (the commercial airplane's captain allegedly announcing – «*this is the Captain speaking, I am working from home today...*») suggests – the public has not crossed the trust threshold and is unwilling to fly on an airplane that does not have a human at its helm^[71]. This is despite statistics clearly showing that human error is the most likely cause for a crash^[72]. Closer to home are AVs.

Vehicles: AI now enables fully autonomous cars, which would be more efficient and safer than the human-driven cars of today. However, the revolution is much delayed, not just for the sheer technological complexity of AVs but through human fear. We are aware of the shortcomings of human drivers yet remain deeply uncomfortable about giving full control over our safety, property, life and limbs, to a machine. It is not good enough for such a machine to be *better* at driving than any human has even been – we are already well beyond this threshold – the machine needs to be virtually foolproof, and this is a very tall order. Thus, the testing of robotaxis has proved that self-driving cars are very safe, dramatically outperforming human drivers in almost every crash scenario^[73]. Yet many people remain anxious^[74], Automated Driving Systems remain under scrutiny^[75] and news headlines keep playing to human concerns and fears^[76].

AI in Medicine: there is no doubt now that AI can significantly help in medicine^[77]. One key area is diagnostics: AI can read and interpret scans better than any human medical practitioner, for much the same reason AI can identify

humans by picture better than any human can – it can better scan each pixel and make comparisons with a virtually limitless database of previous scans. The fact that AI outperforms humans^[78], however, does not mean that people would be willing to cut the human practitioner out of the loop, even if the AI is the better diagnostician. In fact, while the use of AI is very likely to become routine in the future and will significantly improve medical treatment^[79], at present, people are uncomfortable even with the idea that doctors use AI to help manage their care^[80], let alone that AI makes decisions about their medical treatment. Current standards require that medical professionals maintain oversight over AI suggestions^[81].

5.3. Three: What Does It Mean “to Be Human”?

There is a huge volume of literature on this question, especially in the age of intelligent machines^[82]. To me, a key feature of humans is our strong bias in favor of our fellow humans, which takes precedence over any “non-human” be it animal or machine^[83], even if more capable at smelling or analysing data than humans.

In some legal cultures – Europe especially – people expect government to oversee all goods and services and regulate away danger to the extent possible. In other countries – the U.S. especially – people cherish their liberty to take risks and abhor regulations controlling guns or mandating vaccinations.

However, in all countries, all people must make many daily assessments as to the risks presented to them – we do not live in a sanitized world – and try to avoid them. Which is, I think, why people are willing to use AI for such functions as research, writing or creating pictures, which they consider “low risk”. This is much like people use telephones, email and the internet, despite the risk of scams or theft of intellectual property or even their identity. Having said this, people understand that they need both regulation of- and human oversight over- AI functions requiring greater expertise and potentially carrying higher risk to life and property like driving, flying or making medical decisions. Even though it is really a computer that flies the plane and AI that analyses medical data, when it comes to risking our life, we want a human, one with more knowledge than us, if likely less expertise than AI – to have the final say.

To me a primary factor is the human bias or even *chauvinism* in favor of humans – the latter term being defined as an «*unreasonable belief in the superiority or dominance of one's own group or people, who are seen as strong and virtuous, while others are considered weak, unworthy, or inferior*»^[84]. Humans favor human judgment – theirs and that of their fellow human – despite of what they clearly know: the long list of psychological faults and biases that lurk behind the human decision-making process and the relatively frailty of the human senses. A clear example of this is the credence we give human testimony in court. We know that innocent people often plead guilty, but we still call confession the “queen of evidence”^[85]. Similarly, we are aware of how the limitations of human senses and memory produce imperfect witnesses^[86], and yet, we are intuitively more comfortable with a human eyewitness presenting her account than with video footage of the event, much like we prefer human pilots and medical professionals over much better-informed and often truly superior machines.

To me a second factor is *agency*, which divides our functions between the things we can do by ourselves and the things that we need other people – of the private or public sector – to do for us. If we act on behalf of ourselves, we have autonomy, authority and control. Most people still fear AVs but some, the more audacious ones, are willing to participate in pilot programs and some even end up trusting robotaxis^[87]. This is a matter of personal choice. Where we need to be piloted, invest our funds, get a haircut or medical advice, or be governed – we cede control to others. It seems to me that we have a strong preference, at least in high stakes decisions, to have a fellow human in the loop. Where AI assists in the process, we trust our fellow humans to be better able to judge the veracity and validity of AI’s recommendation and help us decide whether to act on it. And herein is the problem I see concerning government use of AI:

When we, as lawyers, use AI, we are the highly trained professionals, who must uphold a standard of conduct and thus, verify the results of AI – before we use them on behalf of clients. We expect medical professionals and airline pilots to maintain a high standard of professionalism. To check and double check AI input and never defer to AI.

What about government agents? Can we really trust them, at all levels of government to have the professionalism, and the time, the motivation, not to defer to AI – not to rubberstamp its recommendations? Furthermore, with the

difficulty explaining AI decision-making – will the supervising authorities, within the administration and in the judiciary, be able to observe the difference between human oversight and deference?

And there is another interesting wrinkle – AI is changing the standards of knowledge available to ordinary humans, and consequently, their behaviour. With the advent of the internet, then of powerful search engines like Google, and now, of AI, the extent of knowledge open and freely available to the public is the greatest in human history. Much of the data is presented or explained in clear, simple terms. This is why virtually any layperson can now, thanks to *Dr. Google*, find answers to medical and just about any other question she might have. Expertise is brought down to earth. The remaining advantage of experts is that they are better equipped to sift through data, place the information in context and, through experience and training, likely have better skills. The basic information – on how to cook like a chef, build a house – or a bomb – is now available to all. MDs, master builders and chefs are still likely to achieve better results.

With the Google power multiplier, and now with AI's enhanced powers, we can expect people's knowledge to change in various ways: first, *we* today know much more than previous generations, if only because so much data is freely available, well explained, to all; two, in considering the standard of care for non-negligent behaviour, we can – and perhaps must – now take the depth of freely available knowledge into account, when considering what people *should know* and *what enquiries they should make*; in the future doing one's own research might not be enough: for example, it is possible that *not using* AI in legal research and merely employing "human" skills, might be considered insufficient, under par^[88]. To make this personal – I have not used AI in writing this paper. Soon, it might be substandard academic research *not to* use AI.

In many legal contexts we seek a good median of judgment and call it "the reasonable person". We also distinguish between the standard of care we ask of different people: the person acting in a private individual capacity is different from a commercial or government agent; we set different standards for lay people and for experts, and then again making different demands based on levels of professionalism – a barber, a chef, a banker, an MD, a pilot. All of this can be converted, using the ideas expressed in the previous paragraph to set the

standards according to the “reasonable” internet / Google / AI search, using it as the new “objective” a proxy to what we should expect each category of a “reasonable” person to know and how we expect them to act.

I would not be the first to suggest this. In a recent book *Valentin Jeutner* makes the wholly reasonable scholarly assessment that the fictional human standard of it “the reasonable person” would soon be replaced by the “reasonable algorithm”^[89], *i.e.*, the “reasonable AI”, and why not? The worst AI biases are no worse than human biases, and AI has access to more information, better processing ability and unlimited memory. With proper instructions, AI can do as good or better job than most human decisionmakers.

The saving grace is that, at least for now, we maintain human oversight and final decision-making power over AI, relegating AI mostly to an advisory role, but will this remain the case, as AI becomes ever more powerful, prevalent and persuasive?

6. Enter the Government

As noted earlier, governments look at AI from two perspectives: in their protective, regulatory capacity, seeking to ensure that AI is safe for the people to use and in their functional capacity, looking into using AI tools for their own activities, to be able to provide faster, cheaper and better services to the public. In both categories, governmental policy response has been underwhelming, even concerning.

6.1. Current AI Legal Regulation

AI has clearly jumped the gun on government regulation, but this is not to say that countries have not adopted laws and national policies dealing with AI. The European Union (EU) was the first national (or supra-national) entity to regulate AI in its AI Act, touted as «*the world's first comprehensive AI law*»^[90]. However, many countries are monitoring the development of AI and considering the need for regulation. Even the U.S., traditionally not a staunch regulator of technology, now considers the right course on AI^[91]. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has created a database of national AI policies that provides a live repository of more than 1,000 AI policy initiatives

from 69 countries, territories, and the EU^[92]. To these we should add previous national and supra national regulation such as the EU's General Data Protection Regulation (GDPR), of 2016 that went into effect in 2018^[93].

If you look at these regulations you will find that they do cover major AI concerns, including explainability: the AI Act speaks of it in the context of transparency^[94]; notes the importance of explainability where law enforcement authorities use AI^[95]; and notes system providers' duty to explain and document "the choices made", "when identifying the most appropriate risk-management measures" in high-risk AI systems^[96].

Most significantly, EU's AI law established a «*Right to explanation of individual decision-making*»^[97], which enhances a similar "right of explanation" contained in the GDPR^[98]. Initial analysis suggests that while the AI act has introduced what seems like an important remedial tool, although its effectiveness remains to be seen, and «*will depend on complementary procedural safeguards and future legal developments – particularly regarding contestability, standard-setting, and participatory governance mechanisms*»^[99]. Yet there are some encouraging signs. In a recent case, a telephone customer was denied service because of a credit decision by Dun & Bradstreet Austria GmbH (D&B). D&B did not provide the customer with meaningful information about the logic involved in the automated decision-making. The *Court of Justice of the European Union* ruled against D&B, stating that it must provide information so that the individual could understand which of her data was used in the decision and that trade secrecy concerns should not stand in the way of this right^[100].

These are, of course, welcome developments. However, my concern comes at a point further down the line: how exactly are people, especially government officials, making use of these AI systems, even if they formally declare and explain their use of AI? How carefully and critically are individual official users looking at AI output? Do they have the time, the skill, the knowledge to critically evaluate AI's suggestions, or will they mostly automatically endorse and rely on AI's recommendations. Here is an example: how often do you decide to ignore the driving suggestions of algorithms such as WAZE and how often do you simply follow the proposed route? Now, how likely is a busy customs or immigration official who gets a prompt from an algorithm that a person is "suspect" – or more dangerously, that a person is "non-suspect" – to overrule the

prompt based on his or her experience?

The Economist writes: «*Regulators are focusing on real AI risks over theoretical ones. Good»*^[101]. True, but in my opinion the real risks require practical guideline, and now. What we need is a clear set of “marching orders”, especially in relation to government use of AI. This would explain, regarding state officials, who exactly have the legal power to authorize the use of each type of AI tool; which government officials, at what rank and with what power and discretion to their badge, are allowed to use AI systems? How extensive must their knowledge of how AI operates be? What oversight mechanisms will be placed over the use of AI products, and will such a review be conducted within the bureaucracy or outside of it, *i.e.*, by judicial, oversight, and will this oversight be done by humans or by AI systems, or both?

I think explainability is key. It would be very difficult, not legitimate, for a government official to say: «*I made this discretionary decision based on, in consultation with (or, in fact, in deference to) this technological wonder whose way of operation I do not understand*». That would be tantamount to admitting that she did not employ her own discretion making the decision entrusted to her. If she cannot explain AI to herself, how can she explain and justify relying on AI to anyone else? How do we expect the person on whose matter the decision was taken, the overseeing adjudicator, or the public to trust a government decision-making, entrusted to some mechanical *oracle*?

6.2. AI's Allure to Governments

When AI became globally freely available online to the public, I expected governments around the world to act first and foremost as regulators. I expected them to check out AI, its advantages and risks, and decide whether it is a product or service that can be safely made available to their citizens. Ensuring the safety and wellbeing of the people is, to my understanding, a government's prime directive. This, however, is not what happened as governments turned out to be unable (too slow?) or unwilling (for many possible policy reasons) to significantly limit or oversee AI's rollout. It is clear now that the AI Cat^[102] is not about to return to the proverbial bag anytime soon.

What I did not foresee was governments' enthusiasm to embrace AI in carrying

out their own operations. Gradually it sunk in. The advantages of AI – its ability to process huge amounts of data, study and analyze it and then make deductions and recommendations, the very advantages that caught the attention of everyone from university students to corporate CEOs – work supremely well in government settings. Bear in mind that “The State” is the largest entity operating in any country. It is a behemoth. It has the most employees^[103], it produces the most data, it buys and sells the most goods and services.

AI is a dream tool for government in carrying out its functions in at least two respects: one, it gives each of the many layers of administrative decision-makers the power to use AI as to assist in decision-making. AI enables each official to take into account more data than any single human can possibly consider in a reasonable timeframe; two, AI has the potential to make redundant clerical positions such as those registering and archiving data, analyzing it etc. The dream of making government decision-making not just faster and cheaper – but also more fully informed – now seems achievable with AI.

I think Luciano Floridi hits the nail on its head in this respect when he suggests that we should not consider AI as a form of *intelligence* but «*as a new form of Agency without Intelligence, or Artificial Agency*»^[104]. The most basic form of agency, he writes, *natural agency*, is defined by physical interaction with the environment. *Biological agency* introduces autonomy and adaptability, while *animal social agency* brings some collective behaviours. *Human agency* adds purposefulness, conscious deliberation and cultural meaning-making. Artificial agency «*represents a novel form of agency emerging from the interplay of programmed objectives and learned behaviours. At its core, AA is a computational, goal-driven form of agency defined by human purposes*»^[105]. It is different from other, living, social, forms of intelligence. «*Artificial agents can maintain continuous operation without metabolic limitations*»^[106].

This reasoning we have seen before. This is the core of Kantorowicz’s argument in his seminal book “The King’s Two Bodies” which explains the medieval transition in governance theories from the monarch’s human, corporeal, living, “body natural” to the incorporate, undying, “body politic”^[107]. The analogy is that we could now again be seeing a transition from government by *humans* (albeit democratically accountable officials rather than a sovereign king), to a decision that is attributed to- or at least is greatly informed by- a constructive, non-

human, intelligence.

Humans may be in control, for now. Yet we humans – private, corporate or government – might find ourselves soon unable to do without AI apps, as we did with cars and smartphones. What advantages human have – discretion, compassion, experience – are offset by the many limitations of the human mind and body and can be much better replicated by AI. How far will we allow this process to go, especially in government? How can we ensure continued human control of AI “advice”? How can we make sure that there are humans who understand the functioning of AI and can explain to others how AI reached its conclusion? How can we maintain public confidence that there are humans who retain discretion and oversight over AI and can overrule an ‘efficient’ solution in favor of a “human one”?

6.3. Application: Reality Defies Imagination

In discussing government use of AI, I was going to use the following hypothetical.

A new school year is approaching. Your 6-year-old is about to start first grade. You want him to attend school A: it has a good reputation, is close to your house, and it is not only the school that you attended but also where your son’s best friend will be going. However, the municipality decided your son will attend school B. When you ask for an explanation, you are told that the decision was made, by a high-ranking school district official, at the recommendation of a new AI tool, which reviewed the details of all prospective first graders in the area over the past 20 years and considered *«a large number of other complex variables»*.

This scenario seemed to me realistic, if unpleasant. I hope school districts make serious enquiries and consultations, even with AI, before deciding where to send each school child. My concerns in this scenario would have been – who authorized the use of AI? who constructed the system? What exactly are these *«large number of other complex variables»*, and, most significantly, who *really* made the decision? If I, as a parent, wanted to challenge this decision, would there be a living human official who could explain how the decision was made and assure me that she reviewed and considered AI’s recommendation, rather than rubberstamped this decision and thousands more?

It turns out that in raising such concerns, we are chasing reality. Governments are aggressively looking for ways to harness AI's abilities to make faster, cheaper, less human-dependent administrative decisions, and the trend is hardly going away. In the US, President Trump was a big supporter of AI already in his first term, issuing an executive order on AI in 2019 (codified into law in 2020)^[108], and he is even more enthusiastic about AI in his second term^[109], raising concerns that his executive orders are «*dismantling of AI oversight, prioritizing commercial dominance*»^[110]. But then, President Biden was heading in the same direction. The Washington Post reported in October 2024 that the White House was «directing the Pentagon and intelligence agencies to increase their adoption of artificial intelligence, expanding the Biden administration's efforts to curb technological competition from China and other adversaries»^[111]. In the UK, one of the earliest countries to put AI into government service, both policy and problems became apparent by 2020, leading *The Economist* to warn that the British government's turn to algorithms to rule is «*weakening the public sector*»^[112]. Showing, again, that there is no political divide on AI, Britain's recently elected Labour government issued a policy statement calling for AI to replace the work of government officials where it can be done to the same standard. The working mantra was that «[n]o person's substantive time should be spent on a task where digital or AI can do it better, quicker and to the same high quality and standard». The Labour government is willing to face stiff union opposition – unions being one of its core constituencies – for the prospect of major savings^[113].

When we look at what governments are *actually* using AI for, we find that they have gone far beyond my tame, even naive, hypothetical. With limited transparency and oversight, use of nascent AI systems in government has already had some ill effects, and started a lively public debate, about the possibility of ethically harnessing AI power. Here are a few examples, from the harshest, core-sovereign powers to the mundane workings of government^[114], plus a few of the greatest scandals, to date:

One: Military uses of AI: countries obviously want to use their AI capabilities to make their military better, more efficient – cheaper to operate, safer to their personnel and more effective against their foes. Israel has been uniquely open about its practices. It appears that private, commercial, «*U.S. tech giants have quietly empowered*» Israel allowing the Israeli military to use AI «*to sift through*

vast troves of intelligence, intercepted communications and surveillance to find suspicious speech or behaviour and learn the movements of its enemies». The Israeli military «*has called AI a ‘game changer’ in yielding targets more swiftly*»^[115]. Military use of AI raises many concerns, but also the hope that its ethical use might lead to narrower, more accurate targeting, thus limiting so called “collateral damages”^[116].

Two: Police use of AI: «*AI is transforming policing, sometimes in dramatic ways. Face recognition, predictive policing, and location-tracking technologies – once the stuff of science fiction – now are being adopted by law enforcement agencies large and small*»^[117]. Many of these tools are controversial and the effectiveness still unclear, but police is already using them to investigate and deter crime, notably to identify individuals, track people’s location and movements, manage and analyse crime, but also analyse emotions and predict crime^[118]. This is not pure theory, and worrying reports abound: such as that British police has contracted a controversial US tech giant to buy «*AI tool that looks at people’s sex lives and beliefs*»^[119], or that the city of New Orleans is now considering legalizing police use of “facial surveillance”, a step that would make it the first American city to formally allow facial recognition – a very controversial tool – for surveilling residents in real time^[120]. You don not really need to ask “what could possibly go wrong?” because we already know. The US has already witnessed wrongful arrests based on mistaken AI facial recognition^[121]. It turns out that since African Americans are subject to arrest at a disproportionate rate, facial recognition systems that rely on mug shot databases are likely to include an equally disproportionate number of African Americans^[122]. Additionally, facial recognition software is significantly less reliable for Black and Asian people, who, according to a study by the National Institute of Standards and Technology, were 10 to 100 times more likely to be misidentified than white people^[123]. These and various other AI tools are now being tested and used by police forces in many nations around the world, including India and Thailand^[124]. Even in liberal democracies, police and military use of AI raises concerns and calls for clear rules and oversight. Imagine what they can do in the service of illiberal autocratic regimes^[125].

Three: Civilian use of AI: there is also extensive use of AI for the more mundane, less dramatic everyday work of government^[126]: one typical use of AI is to improve

documentation: to reduce paperwork, digitize paper documents, improve search and extraction of data and accelerate processing. Where this becomes more concerning, meaning human oversight is clearly still needed, are such tasks as document translation and document drafting. A *second* typical use of AI is to answer the public. Chatbots are often used for “first contact” with the public, reducing the real-life interaction with a human administrator^[127]. This is an efficient solution to screen frequently asked questions, fill out forms or schedule meetings. However, it surely cannot replace all government “customer service” and must be supplemented with the option of contacting a human official. A *third* typical use of AI is to allow decision makers to better analyse data, identify patterns and predict outcomes. This is especially important when authorities need to prioritize resources: AI tools analyse patient data and make assessments and predictions that help hospitals rank patient care; AI can analyse data to help predict fire or crime and thus optimize firefighter and police preparation. This use is more controversial for many reasons including the concern of AI bias and the sheer risk to life involved and so clearly demands robust human oversight.

And there have been many a fiasco. Consider these examples:

- In the UK More than 900 sub-postmasters were wrongly prosecuted between 1999 and 2015 after faulty software said money was missing from their Post Office branch accounts. «*It has been called the UK’s most widespread miscarriage of justice*»^[128].
- Still in the UK, in 2020, the government replaced human teachers with an algorithm in grading A level exams. Almost 40% of students received lower grades than they expected. The outcry forced scrapping of this plan – the argument was bias, but it is more likely that this was an intentional programming of the algorithm, meant to correct for observed (human) grade inflation.^[129]
- In 2021, the entire Dutch cabinet resigned in 2021 «*after a year and a half of investigations revealed that since 2013, 26,000 innocent families were wrongly accused of social benefits fraud partially due to a discriminatory algorithm*»^[130].
- In 2023, the U.S. State of Nevada used AI to estimate and predict the number of children who would struggle in school. The complex

algorithm «*cut the number of students deemed ‘at risk’ in the state by 200,000, leading to tough moral and ethical questions over which children deserve extra assistance*»^[131].

- In 2024 France it has been reported that «*Algorithms policed welfare systems for years. Now they’re under fire for bias: Human rights groups have launched a new legal challenge against the use of algorithms to detect error and fraud in France’s welfare system, amid claims that single mothers are disproportionately affected*»^[132].
- Finally, a report on “Authoritarian Technology” told the public this story in 2021: «*Who’s homeless enough for housing? In San Francisco, an algorithm decides. Replacing human decision-making with a computerized scoring system is hurting California’s most vulnerable residents*»^[133].

In similar tenor, legal scholar and philosopher *Nathalie A. Smuha* has raised the alarm about public authorities’ increasing use of algorithmic systems to apply and enforce the law. She calls this «*Algorithmic Regulation*». Reliance on such algorithmic systems, she warns, «*can undermine the law’s protective power and instead lead to rule by law*»^[134].

7. What Can Be Done: Preliminary Thoughts

We need to talk more about how we use AI, for private, commercial *and* government activities, and we must do so publicly and honestly.

AI offers huge benefits for humanity, and not just in potential but already in practice.

At the same time, like any powerful, useful, tool – from a utensil to a car – it can also present dangers, if used improperly or if it falls into the wrong hands. I think that the balance is clearly in AI’s favor. AI is already a very widely used tool, and I think it is here to stay^[135]. I see no realistic option of shutting it off or even significantly regulating access to it be it for private, corporate or government use, at least not in liberal-democratic societies. I think what we can and should do at this stage is to develop best practices, either as a social convention or a legal norm, *i.e.*, voluntarily or by regulation, so that we can make the best and safest long-term use of AI^[136].

7.1. Is human discretion the problem or the solution?

It is easy to argue that the best way to prevent any unfortunate consequences from the employment of AI is to mandate that some form of independent, human, oversight be maintained over the operation of AI, especially when carried out by agents, private or public. It is easy to show cases where human judgment can present a simple, human, solution, to complex problems, cutting through red tape and formalities. But that would be too easy. The problem I see is that humans are part of both the solutions and the problems (albeit not the same individual humans). On this let me say:

One: I think it would be difficult to carry out human-control oversight over AI in practice. AI is based on very sophisticated and complex algorithms, and it is very unlikely that most people using AI either fully understand how AI operates, or can explain this to others, should they be asked to. In a way, the reason we use AI is precisely *because* it outperforms humans. None of us runs faster than a car and very few of us can fully explain how a car operates. Now try to explain why your AI run AV was involved in a traffic accident, while you, the owner, were fast asleep in the back.

It seems to me that governments get into trouble, in their use of AI systems, when they advance too fast, beyond the ability of public officers to understand and control AI, and beyond what is acceptable use of AI by the general public. One area I would flag is where governments ask AI to make highly discretionary decisions, often in fields that greatly impact civil and human rights, and do not provide assuring mechanisms for human oversight and review. One such field is welfare policies. Another is immigration. The UK uses an algorithm called “IPIC” (“*Identify and Prioritise Immigration Cases*”) to automatically identify and recommend migrants for immigration decisions or enforcement action. Rights groups already warn that IPIC, which uses biometric data, ethnicity, health, and criminal history to decide on enforcement actions «*risks ‘rubberstamped’ migrant deportations*»^[137].

Use of such systems is concerning to many, even outside the human rights community. I think the public is troubled by the many scandals concerning government use of AI, especially when the cases involve apparent AI bias and resulting discrimination. This is not to say that the public is *against* government

use of AI but that people are troubled over how it is currently happening: without clear principles for AI use, bars on over-reach, caution when employing new and untested tools, and without assurances of sufficient oversight by more senior government officials and bodies of review.

Two: the fact is that most malfunctions in the operation of AI, at least for now, are of human origin. One example is human “error” in teaching the algorithm, *i.e.*, in the information the AI is “fed”, which might lead to (human) bias. A second example concerns the mistakes humans make in operating AI tools. In the famous English exam grading fiasco critics pointed out that humans were to be blamed for the algorithm’s failings. It turned out that the UK government «*ignored its own guidance and refused external help, resulting in an A level algorithm disaster that disproportionately impacted students from disadvantaged backgrounds*», leading one commentator to say this: «*Many of the cases of algorithms gone rogue that we know about could have been stopped by critical reflection earlier in the process. Such reflection, however, is unlikely to come introspectively. Despite their best efforts, those developing algorithms will be prone to bias and intellectual lock-in*»^[138].

7.2. What does the public think about Government use of AI?

The public clearly wants to use AI itself, if cautiously, with limited say by government. Now reverse the question to ask what the public thinks of AI use in the public sector?

A major survey conducted in the UK paints a complex picture. It suggests that the public’s view on the matter is not singular but nuanced. For each case of government use of AI people weigh the potential opportunities and benefits against the perceived risks and harms. What complicates the calculus are people’s specific understanding, trust and comfort levels with AI use. These vary depending on personal characteristics and demographics and personal experiences with AI. People are concerned that private tech companies are pressing for more use of their technology in the public sector, for pay, a concern that could be alleviated with transparency, regulation and clarity about the use of personal data. People are clear that they want explainability of AI tools, clear

evidence that they are effective and full data about their expected impact. People express the desire that those affected by AI tools have a meaningful say in shaping the decision to use them. «*The public increasingly ask for stronger governance of AI, along with clear appeals and redress processes is something goes wrong*»^[139]. Is the public wrong on any of these points?

To me, public concerns can be divided into four legitimate issues. The first questions governments' motivations to use AI (*i.e.*, is AI really chosen for the better good of the public or to allow the government to use “new toys” and private firms to make money?). The second asks whether AI's overall effects are positive (*i.e.*, will AI promote public welfare more than it detracts from it?). The third investigates the extent the public is involved in the decision to employ AI in the public sector (*i.e.*, is the public told, in advance, of the plans to use AI, of what it is intended to achieve, of how it operates, of its expected costs and downsides?). The fourth is whether the public is convinced that government agents can competently operate AI (*i.e.*, that the AI system is not too complex to handle, that officials will not just be rubber-stamping AI “recommendations”, and that there would be both direct human control over AI, and human oversight procedure to review the decisions taken with AI advice).

Since the grading scandal happened, the UK has developed the *Algorithmic Transparency Recording Standard* (ATRS), which requires public sector organizations to publish information about how and why they are using algorithmic tools to support decisions^[140]. This is clearly a step in the right direction, a move towards “algorithmic accountability”, an issue of huge importance and variance^[141], but more needs to be done. A recent article highlights «*an underlying issue concerning government automated decision-making systems: the lack of public scrutiny they receive across pre- to post-deployment*»^[142]. The authors suggest that the British government uses at least fifty-five automated systems, many of them are «*not well understood*»^[143]. Their research prompts concern over insufficient safeguards protecting the public against «*illegality manifested through government [AI] systems*»^[144]. Their recommendation is to create «*pre-deployment impact assessments*» of AI intended for government use, and instituting «*algorithmic auditing as part of reinforcing the duty of candour in judicial review, so as to inform courts about specific systems and the data underpinning them, which can assist judges when ruling on matters involving*

government [AI] systems»^[145].

7.3. Back to Explainability

With this we come full circle to explainability, which I think is key to all meaningful interaction with AI – use, control and oversight. If you do not understand what AI is doing, how and why it is reaching its results and makes its suggestions and recommendations, I think you should not be dealing with AI. The level of understanding required can be debated – not everyone is a mathematical genius with technological acumen, but some form of standard, a baseline, must be set. We have succeeded in doing so with the driving license, reaching an almost universal standard for the basic qualification needed to handle a car: an understanding of how the car works and how to physically operate it, studying traffic law, driving under supervision until we learn what to expect of other human drivers and how to interact with them and how to adapt our driving to various weather conditions. Drivers of larger vehicles such as trucks and buses likely needed higher qualifications. We should probably strive to ensure that AI literacy exists within the entire population and surely set this as a prerequisite for using AI as agents, not least government agents of the people.

Explainability, meaning the ability of government agents to explain and justify their act or omissions, is vital for their own function as well as for those who review their actions, and surely, for public trust. These are not really new ideas, brought about by AI.

Furthermore, I believe, almost as an article of faith, that most people are willing to accept almost any outcome, good or bad, even mistakes and negligent acts, when these outcomes are fully and honestly explained to them, and where they can ask questions, present their viewpoint, be seen, be heard. This is why the “right to be heard” is such a fundamental rule of natural justice^[146], and a cornerstone of administrative justice. It is possible to make the same point on many basic principles of public law. Thus, the U.S. Constitution’s Bill of Rights provides, in the 1st Amendment that «*Congress shall make no law... abridging... the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances»*^[147], and in the 5th Amendment, that «*No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law»*. Can any of these

rights be kept if the people are not fully informed about decisions made by their representatives, especially those impacting on their vital interests? What would be the point to assemble to complain – if you do not know and understand the basic facts? How would a human adjudicator be able to provide due process of law, legal oversight over government action, without knowledge and understanding of the facts?

I think that we will see an adaptation of current legal standards for human discretionary decisions to activities involving AI. The devil, as always, is in the details. For example, we might choose to keep current administrative standards and apply them to AI. This would mean that any official action involving AI would have to stand up to the full standard of explainability required of a human decision maker – whether in explaining the action to the public, specifically members of the public whose interests were harmed, to her superiors within government or to reviewing tribunals and courts.

The follow up question is whether we will maintain the standards of review that human decisionmakers must currently meet at the review instance: whether in terms of the extent of review (from de-novo to deferential, in US administrative law) or in terms of the substantive demands that official decision must need (be non-arbitrary, reasonable, proportionate etc., as required by most other administrative law regimes).

The next question is one of proof: how would an explanation for an AI assisted-decision look like? How much detail should be given to the public? How deep the transparency? And in explaining the decision to legal instances – would we keep the current rules of evidence – will humans come and translate, explain, to the adjudicator why the AI has made a recommendation, what instructions the AI tool was given, what information it was fed, how it operated technically, and why the outcome should stand scrutiny just as it would if it were made by a human decision maker?

Perhaps new models for review and oversight would be developed. It must be said that there are great developments made these days in the field of *Explainable Artificial Intelligence* (XAI), with the aim «to bridge the gap between the complexity of advanced AI models and the need for human understanding and trust»^[148].

But, again, explaining AI is not enough, at least not in law. Courts are already

grappling with AI's impact^[149]. Here is my take: I think a full understanding of AI must be part and parcel of the entire administrative process, with all sides – citizens, officials, review bodies, being able to understand, on some core level, what AI is doing and why. Explainability – or, as Prof. Marc Rotenberg terms it, “contestability”, should be baked into the process.

For this to occur, I can envision at least three different models in action. One would require AI assisted discretion in administrative law areas where decisions can potentially make significant impact on human interests to follow a co-decision model – one where a human must approve AI's decisions. A second, optimized for mass- or rapid- decision-making, would use one or more extraneous AI systems to vet the decision taken by the primary AI system. There is already a burgeoning industry of AI software's that look for AI falsifications, AI double checking AI^[150]. A third and most intriguing option would be to allow the AI system to explain itself, like human decision makers would, and defend its' decision-making process. For this, we need to be sure that AI will tell truth to power, but if you can ask ChatGPT to reveal its' sources and explain itself – why not government AI tools?

1. An earlier version of this paper was presented at the ReNEUAL– New Frontiers meeting in Rome, November 2024. I have benefitted from comment made at that meeting and the insightful advice of many others, notably Ben Haklai, PHD Candidate and National Technology Officer, Microsoft Israel, Marc Rotenberg, of Georgetown law school and President of the Center for AI and Digital Policy Center for AI and Digital Policy (<https://www.caidp.org/>), Dan Hunter, the Executive Dean of the Dickson Poon School of Law at King's College London & Jonathan Boymal. My sincere thanks to Diana-Urania Galetta for shepherding this project to fruition and to Aviv Gaon and Yoram Avinor for sound advice. All views expressed are mine alone, and all comments are very welcome – gseidman@runi.ac.il. No AI was harmed in the writing of this paper.
2. For a deeply thoughtful discussion see, Catholic Church's, Dicastero per la Dottrina della Fede e del Dicastero per la Cultura e l'Educazione, *Antiqua et Nova: Note on the Relationship Between Artificial Intelligence and Human Intelligence*, 28.01.2025, available at: <https://press.vatican.va/>.
3. One impressive measure is Google Scholar's Ngram Viewer of books mentioning AI. See:
<https://books.google.com/ngrams/graph>;
https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial_intelligence.
4. See, e.g., R. Susskind, *How to think about ai – a guide to the perplexed*, 2025; M. Coeckelberg, D. J. Gunkel *Communicative AI - A Critical Introduction to Large Language*

Models, 2025; an example for a thesis looking at the likely impact of AI on the operation of the judicial system see, C. Bordere *La Justice Algorithmique – Analyse Comparee*.

5. Here is one measure: Lexis now offers 11.402 US law reviews and journal articles containing the words “Artificial Intelligence”; in Westlaw the figure is 9.840 (of them 875 where AI is in the title); on SSRN the figure for papers containing AI in their title is a staggering 4.757 papers (last search – 24.05.2025).
6. I did my best human effort researching this topic sans AI. Clearly, however, Chat GPT knows more than I even would on this and any other topic; but can today’s AI offer a better analysis of the current condition of AI that I? Should we Ask it to analyze itself? Is it acceptable academic practice do so do? Would it be, soon, acceptable academic practice *not* to do so?
7. On the meaning of deference, see: G. Lawson, G.I. Seidman, *Deference*, OUP, New York (USA), 2019.
8. The modern field of AI began in 1950, when Alan Turing published “*Computer Machinery and Intelligence*”. The term AI was coined in a 1956 Dartmouth workshop. See: *History of artificial*, on Wikipedia, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_artificial_intelligence.
9. <https://www.edge-ai-vision.com/2025/02/global-ai-adoption-to-surge-20-exceeding-378-million-users-in-2025/>.
10. The delicate answer is that «*Google is adapting by integrating AI technologies*», see: <https://www.seo.com/ai/will-ai-replace-google/#:~:text=The%20answer%20is%20no.,unlikely%20to%20replace%20Google%20entirely>.
11. See :
<https://kpmg.com/xx/en/our-insights/ai-and-technology/trust-attitudes-and-use-of-ai.html>.
12. <https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/the-state-of-ai>; for EU data, see: f82f1939-8e32-4f6f-a5ba-933bb5445940_en.
13. See: B. Marr, *The 4 Types Of Generative AI Transforming Our World*, in *Forbes*, available at:
<https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2024/04/29/the-4-types-of-generative-ai-transforming-our-world/>. See also :
https://en.wikipedia.org/wiki/Generative_artificial_intelligence;
<https://bigid.com/blog/unveiling-6-types-of-generative-ai/>.
14. See :
<https://www.imaginationtech.com/future-of-automotive/when-will-autonomous-cars-be-available/what-are-the-levels-of-autonomy-in-self-driving-cars/>.
15. See :
<https://www.forbes.com/sites/jackkelly/2025/04/25/the-jobs-that-will-fall-first-as-ai-takes-over-the-workplace/>. But this might take time: see J. Burn-Murdoch, *Why hasn't AI taken your job yet?*, in *Financial Times*, available at: <https://www.ft.com/content/471b5eba-2a71-4650-a019-e8d4065b78a0>, and C. Benedikt

Frey, *AI alone cannot sole the productivity puzzle*, in *Financial Times*, available at: <https://archive.fo/eMRul#selection-2275.424-2275.464>, arguing the AI, like all new tools, will «ignite a productivity renaissance» only if it is «accompanied by breakthrough innovations» rather than reduce current workloads.

16. To note just some of the luminaries who voiced concern. See: https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial_intelligence.
17. Doomsday Clock moves closest ever to apocalypse – at 89 seconds to midnight, in *University of Chicago News*, available at: <https://news.uchicago.edu>.
18. See, e.g., <https://thesolutionsproject.org/info/climate-change-solutions/>.
19. <https://en.wikipedia.org/wiki/Malthusianism>.
20. Cf.: A. Romero, *Why AI Can't Make Human Creativity Obsolete - Recent history gives us a powerful and definitive reason for hope*, at <https://www.thealgorithmicbridge.com>.
21. I am old enough to remember the concern over human cloning (see: *Human cloning*, on *Wikipedia*, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Human_cloning) and am following the current calls for a 10-year international moratorium on the use of CRISPR and other DNA-editing tools to create genetically modified children (see: <https://www.statnews.com>). Truly risky scientific developments can, I think, be responsibly contained.
22. See: M. Wong *The Entire Internet Is Reverting to Beta: The AI takeover is changing everything about the web – and not necessarily for the better*, in *The Atlantic*, June 18, 2025, available at: <https://www.theatlantic.com>.
23. It is different from a product like the iPhone which was highly polished since its introduction and that has (and I write this respectfully, as an iPhone user) only been incrementally improved ever since.
24. https://en.wikipedia.org/wiki/Law_of_the_Horse.
25. On this see, notably: G. Seidman, A. Gaon, *The Social and Legal Impact of Autonomous Vehicles - A Future without Human Driving Series*, Edward Elgar Publishing, 2025.
26. L. Floridi, *AI as Agency Without Intelligence: on ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models*, in *Philosophy & Technology*, 2023, pp. 1-2. Also see: E. J. Larson, *The Myth of Artificial Intelligence: Why Computers Can't Think the Way We Do*, Harvard, 2022.
27. We should be safe, if humans – and in the future, robots – read and uphold Asimov's laws of robotics. See: https://en.wikipedia.org/wiki/Three_Laws_of_Robotics.
28. Then we read “*Anthropic’s new AI model turns to blackmail when engineers try to take it offline*”, and visions of HAL, the computer from the science fiction classic “2001, a Space Odyssey” come to mind. See: <https://techcrunch.com/2025/05/22/anthropic’s-new-ai-model-turns-to-blackmail-when-engineers-try-to-take-it-offline/>; https://en.wikipedia.org/wiki/2001:_A_Space_Odyssey.
29. A. Clark, *Extending Minds with Generative AI*, in *Nature Communications*, 16: 4627, 2025.
30. Compared with 48.8% of Italian households that have air conditioning (2021). See:

<https://datareportal.com/reports/digital-2025-italy>;
<https://www.businesscoot.com/en/study/the-air-conditioning-market-italy#:~:text=According%20to%20the%20Istat%20Report,an%20in%20the%20Center.>

31. See, e.g., *President Trump reposted another user's false claim that the former president had been "executed" in 2020 and replaced by a robotic clone*, at: <https://www.nytimes.com/2025/06/01/us/politics/trump-biden-conspiracy-theory.html>.
32. «[T]hree of the gen-AI-related risks that respondents most commonly say have caused negative consequences for their organizations»: <https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/the-state-of-ai>.
33. On privacy risks, see: I. Barberá, *AI Privacy Risks & Mitigations – Large Language Models (LLMs)*, 2025, available at: <https://www.edpb.europa.eu/>.
34. See in more detail, in the *AI Action Summit International Scientific Report on the Safety of Advanced AI*, 2025, available at: <https://assets.publishing.service.gov.uk/>, and the United Nations B-Tech Project's recent paper on generative AI, the Taxonomy of Human Rights Risks Connected to Generative AI, available at: <https://www.ohchr.org/>, which explores 10 human rights that generative AI may adversely impact.
35. https://en.wikipedia.org/wiki/Algorithmic_bias. For some troubling examples see: <https://www.digital-adoption.com/ai-bias-examples/>; <https://www.crescendo.ai/blog/ai-bias-examples-mitigation-guide>.
36. See, e.g., *Research shows AI is often biased. Here's how to make algorithms work for all of us*, available at: <https://www.weforum.org/>.
37. *The pot calling the kettle black*, on Wikipedia, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/The_pot_calling_the_kettle_black.
38. M. Durmus, *Mindful AI: Reflections on Artificial Intelligence*, 2022.
39. Cognitive biases are systematic patterns of deviation from norm and/or rationality in judgment. See: M. Durmus, *List of Cognitive Biases*, at: https://www.aisoma.de/wp-content/uploads/2021/12/Cognitive-Biases_V4.pdf; also Id., *Cognitive Biases - A Brief Overview of Over 160 Cognitive Biases*.
40. *Unmasking the Bias in Facial Recognition Algorithms*, in *MIT Sloan*, available at: <https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/unmasking-bias-facial-recognition-algorithms>; *Facial Recognition Software Struggles to Detect Dark Skin - Here's Why & How*, in *Mozilla Foundation*, available at: <https://foundation.mozilla.org/en/blog/facial-recognition-software-struggles-to-detect-dark-skin-heres-why-and-how/>; *Mitigating Facial Recognition Bias*, on *HyperVerge Blog*, available at: <https://hyperverge.co/blog/mitigating-facial-recognition-bias/>; *How Coders Are Fighting Bias in Facial Recognition Software*, in *Wired*, available at: <https://www.wired.com/story/how-coders-are-fighting-bias-in-facial-recognition-software/>.
41. Which is a problem in of itself – especially because there are indications that AI's accuracy is not improving over time: a May 2025 report (available at:

CERIDAP

- <https://www.businesstechweekly.com>) suggests that newer AI systems are making much more mistakes than their predecessors – with error rates of up to 79%.
42. *Hallucination (artificial intelligence)*, on Wikipedia, available at: [https://en.wikipedia.org/wiki/Hallucination_\(artificial_intelligence\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Hallucination_(artificial_intelligence)).
 43. Recent research suggests that it is mostly self-representing laymen who present courts with such non-existent authorities. See: M. Legg, *More people are using AI in court, not a lawyer. It could cost you money – and your case*, on The Conversation, available at: <https://theconversation.com>. Respectfully, I think this puts the onus on the professionals in the courtroom, especially government lawyers and judges, to be hyper vigilant and double check laymen statements – much like a medical doctor cannot accept laymen's claims based on "Dr. Google" advice.
 44. See, e.g., G. Del Valle, *Why do lawyers keep using ChatGPT?*, on The Verge, available at: <https://www.theverge.com/policy/677373/lawyers-chatgpt-hallucinations-ai>; Thomson Reuters Future of Professionals Report, available at: <https://www.thomsonreuters.com/reports/future-of-professionals-report-2024.pdf>.
 45. See, similarly, F. Ayinde, R (on the application of) v The London Borough of Haringey - Find Case Law - The National Archives, available at: <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/ewhc/admin/2025/1383>; there is a nice twist to this increasingly common occurrence, that lawyers provide courts with non-existent authorities, the result of AI "hallucinations" not verified by the lawyers: in *Williams v. Capital One Bank*, N.A., 2025 U.S. Dist. LEXIS 49256 - U.S. District Judge Rudolph Contreras listed AI-generated fake cases in his opinion. This means that the made-up cases are now included in a real case and in the legal databases that cover it, albeit not as valid legal authorities but as part of a cautionary tale not to rely on unverified AI outputs, creating a bit of a multiple mirroring effect. What if now these fake cases surface in legal searches as legitimate?
 46. Whether you are a singer or scholar-prime minister – be sure to be original! See, e.g., <https://telegrafi.com/en/Shakira-and-Carlos-Vives-appear-in-court-on-plagiarism-charges/>; <https://nationalpost.com/news/mark-carney-plagiarism-accusations>.
 47. <https://nymag.com/intelligencer/article/openai-chatgpt-ai-cheating-education-college-students-school.html>.
 48. And you can expect some people to give Gen. AI up, for all its blessings, to maintain our humanity, just as we many parents now realize that screens and sweets are better kept away from their children. See: O. Han, *We Need to Chat(GPT)*, in The New York Times, available at: <https://www.nytimes.com/2025/06/18/learning/we-need-to-chat-gpt.html> (a 16 year old's farewell letter to ChatGPT); E. Baumgaertner, *More Screen Time Means Less Parent-Child Talk, Study Finds*, in The New York Times, available at: <https://www.nytimes.com/2024/03/04/health/children-screen-time.html>; *How bad is sugar for kids' health? Here's what the science says*, on National Geographic, available at: <https://www.nationalgeographic.com/science/article/excess-sugar-health-effects-children>.
 49. In terms of learning, AI can «boost learners' performance. However, these uses do not

promote the deep cognitive and metacognitive processing that are required for high-quality learning» (L. Yan, S. Greiff, J. M. Lodge, D. Gaševic, *Distinguishing performance gains from learning when using generative AI*, in *Nature Reviews Psychology*, 2025, available at: <https://www.nature.com/articles/s44159-025-00467-5>); in addition, there is growing evidence of the cognitive costs of AI and that premature over-reliance on AI reduces cognitive connectivity: see N. Kosmyna E. Hauptmann, Y. Tong Yuan, J. Situ, X.-H. Liao, A. V. Beresnitzky, I. Braunstein, P. Maes, Your Brain on ChatGPT: Accumulation of Cognitive Debt when Using an AI Assistant for Essay Writing Task, on MIT Media Lab, 2025, available at: <https://www.media.mit.edu/publications/your-brain-on-chatgpt/>. Cf. N. Carr, *The Shallows: What the Internet is Doing to our Brains*, 2011.

50. V. Magesh, F. Surani, M. Dagl, M. Suzgun, C. D. Manning, D. E. Ho, *Hallucination-Free? Assessing the Reliability of Leading AI Legal Research Tools*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2025, available at: https://dho.stanford.edu/wp-content/uploads/Legal_RAG_Hallucinations.pdf.
51. Cf. Lyon, *Fake Cases, Real Consequences: Misuse of ChatGPT Leads to Sanctions*, in *NY Litigator*, 2023.
52. M. Rotenberg, University of Georgetown, Executive director of the Center for AI and Digital Policy.
53. Cf. Everyone Is Using A.I. for Everything. Is That Bad? , in *The New York Times*, available at: <https://www.nytimes.com/2025/06/16/magazine/using-ai-hard-fork.html>.
54. And even this is likely too may, especially as the question of liability is yet to be fully determined. See, e.g., L. McMahon, G. Fraser, TikTok sued by parents of UK teens after alleged challenge deaths, on *BBC*, available at: <https://www.bbc.com/news/articles>; E. Keller, *She always said, "I'm going to be famous, dad": Teen dies after viral TikTok 'dusting' challenge*, in *The Independent*, available at: <https://www.independent.co.uk>; E. Clark, *Teen Dies Doing Deadly TikTok 'Dusting' Trend: These Viral Challenges Could Cost You Your Life*, in *IBTimes UK*, available at: <https://www.ibtimes.co.uk/>.
55. OpenAI, on *Wikipedia*, available at: <https://en.wikipedia.org/wiki/OpenAI>. But then things changed in what Karen Hao describes as a descent into chaos. See: K. Hao, *Inside OpenAI's Growing Pains After Launching ChatGPT: 'Empire of AI'*, on *Business Insider*, available at: <https://www.businessinsider.com> ; Empire of AI, on *Wikipedia*, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Empire_of_AI.
56. As did public criticism of Big Tech. See, e.g., K. Brennan, A. Kak, S. Myers West, *Artificial Power: AI Now 2025 Landscape*, AI Now Institute, June 3, 2025, at <https://ainowinstitute.org/2025-landscape> (arguing that “tech oligarchs” and their influence over AI pose a major threat to the public); E. M. Bender A. Hanna, *The AI Con – How to Fight Big Tech’s Hype and Create the Future We Want*, 2025.
57. «[T]his demonstrates that many are feeling less positive about the ability of AI systems to provide accurate and reliable output, and be safe, secure and ethical to use. Perceived trustworthiness decreased in 13 of the 17 countries, with the largest decreases in Israel (68% to 52%) and South Africa (76% vs. 62%)», see:

<https://kpmg.com/xx/en/our-insights/ai-and-technology/trust-attitudes-and-use-of-ai.html> (p. 35).

58. *Ibid.*
59. Model collapse occurs when AI models are trained on data that includes content generated by earlier versions of themselves. Over time, this recursive process causes the models to drift further away from the original data distribution, losing the ability to accurately represent the world as it really is. Instead of improving, the AI starts to make mistakes that compound over generations, leading to outputs that are increasingly distorted and unreliable. See: B. Marr, *Why AI Models Are Collapsing And What It Means For The Future Of Technology*, on *Forbes*, available at: [https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2024/08/19/why-ai-models-are-collapsing-a nd-what-it-means-for-the-future-of-technology/](https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2024/08/19/why-ai-models-are-collapsing-and-what-it-means-for-the-future-of-technology/); I. Shumailov, Z. Shumaylov, Y. Zhao, N. Papernot, R. Anderson, Y. Gal,, *AI models collapse when trained on recursively generated data*, in *Nature*, available at: <https://www.nature.com/articles/s41586-024-07566-y>.
60. The figure drops to 37% in advanced economies and rises to 55% of people in emerging economies. See, *supra* note 52, at pp. 5, 48.
61. *Ivi*, at p. 51.
62. In honesty, I see little chance for this happening any more than calls to reign in online and social media excesses.
63. Revealing this information is, arguably, the ethical and fair thing to do – however research suggests that disclosing usage of AI, practicing ethical transparency, might actually have a *negative effect* and erode trust. See: O. Schilke, M. Reimann, *The transparency dilemma: How AI disclosure erodes trust*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2025.
64. For example, U.S. Secretary of Health and Human Services R. F. Kennedy Jr. «made targeting additives a key part of his “Make America Healthy Again” initiative to improve America’s food supply, setting off a wave of legislation and government action», M. Spina, *Your Favorite Snacks May Soon Carry An Alarming Warning Label In Texas. Here’s What You Need To Know*, at <https://www.yahoo.com/news>.
65. Estimated at ca. 50,000 in 2025. See: F. Faye, *How Many AI Applications Exist Worldwide in 2025?*, on *Byte Plus*, available at: [https://www.byteplus.com/en/topic/536933?title=how-many-ai-applications-exist-world wide-in-2025](https://www.byteplus.com/en/topic/536933?title=how-many-ai-applications-exist-world-wide-in-2025).
66. What people do with AI outcomes is another matter. A New Zealand member of parliament presented the chamber with a fake nude picture of hers, created with AI, calling to criminalize the creation and sharing of non-consensual sexually explicit deepfakes. But what if this were a nude painting by a former painter boyfriend, would that be illegal too? What is the cause for concern, the ease of use of AI, where it took the parliamentarian “less than five minutes to make a series of deep fakes of myself”, or the unwanted pornography, a much older, long debated issue.
67. M. Zao-Sanders, *How People Are Really Using Gen AI in 2025* in *Top of Form Bottom of*

Form Harvard Business Review, 2025.

68. *Italy lifts ban on ChatGPT after data privacy improvements*, in DW, available at: <https://www.dw.com/en/ai-italy-lifts-ban-on-chatgpt-after-data-privacy-improvements/a-65469742>.
69. As many authoritarian regimes find out today. Cf. *81% of Iranian internet users bypass censorship with VPNs – Parliament*, at <https://wwwiranintlcom/en>.
70. Cf. *AI takes over Gripen E fighter jet in dogfight trial against real pilot*, in *Business Standard*, available at: <https://www.business-standard.com/world-news/>.
71. S. Rowan Kelleher, *No Pilot, No Problem? Here's How Soon Self-Flying Planes Will Take Off*, in *Forbes*, available at: <https://www.forbes.com/sites/suzannerowankelleher/2023/02/26/pilotless-autonomous-self-flying-planes/> and cf. S. Van Aarde, *The Case Against Autonomous Planes: Risks & Realities*, available at: <https://www.v-hr.com/blog/the-case-against-autonomous-planes/#>.
72. According to the NTSB investigations performed into air accidents, over 88 percent of all chartered plane crashes are attributed, at least in part, to pilot error. See: <https://www.wisnerbaum.com>.
73. Waymo's AV fleet logged 56.7 million miles showing fewer crashes that injure at intersections (96%), that injure pedestrians (92%), cyclists or motorcyclists (82%), or causing serious injuries (85%). See: <https://growsf.org/news/2025-05-02-waymo-safety/>.
74. S. Yoo, S. Lee, S. Kim, H. Hwangbo, N. Kang, *The Anxiety Consumers Feel About Using Robotaxis: HMI Design for Anxiety Factor Analysis and Anxiety Relief Based on Field Tests*, identify 19 major anxiety factors.
75. See: D. S. Fowle, C. Maple, *A robotaxi artificial intelligence safety failure*, <https://doi.org/10.1049/icp.2024.2527>.
76. See, e.g.: C. Jones, *With 51 reported autopilot deaths, how safe is Tesla's robotaxi?*, at <https://www.mysanantonio.com/lifestyle/travel/article/tesla-robotaxi-safety-austin-20351329.php>; C. Kirkham, *Tesla seeks to block city of Austin from releasing records on robotaxi trial*, in *Reuters*, available at: <https://www.reuters.com/business/autos-transportation/tesla-seeks-block-city-austin-releasing-records-robotaxi-trial-2025-06-06/>; C. Edwards, *US safety regulators contact Tesla over erratic robotaxis*, in *BBC*, available at: <https://www.bbc.com/news/articles/cg75zv4gnny2o>; *Videos show driverless Tesla 'robotaxis' braking hard without warning - and on wrong side of the road*, on *Sky news*, available at: <https://news.sky.com/story/videos-show-driverless-teslas-braking-hard-without-warning-and-on-wrong-side-of-the-road-13388213>.
77. See, in detail: https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial_intelligence_in_healthcare.
78. See, e.g., M. Lenharo, *Google AI better than human doctors at diagnosing rashes from pictures*, in *Nature*, available at: <https://www.nature.com/articles/d41586-025-01437-w>; D. McDuff, M. Schaekermann, T. Tu, *Towards accurate differential diagnosis with large*

- language models*, at <https://doi.org/10.1038/s41586-025-08869-4>; G. Kolata, *A.I. Chatbots Defeated Doctors at Diagnosing Illness*, in *The New York Times*, available at: <https://www.nytimes.com/2024/11/17/health/chatgpt-ai-doctors-diagnosis.html>.
79. *How AI is improving diagnostics and health outcomes*, available at: <https://www.weforum.org/stories/2024/09/ai-diagnostics-health-outcomes/>.
 80. K. Hetter, *Doctor explains how artificial intelligence is already being deployed in medical care*, in *CNN*, available at: <https://edition.cnn.com/2025/03/27/health/artificial-intelligence-diagnosis-technology-wellness>.
 81. See, e.g., *The EU AI Act is here: requirements for healthcare organizations* (more on the EU AI Act, see *infra* in notes; also, more generally: <https://www.nature.com/articles/s43856-024-00492-0>; <https://www.nature.com/articles/s41746-024-01300-8>).
 82. The discussion is wide and complex. A nice starting point is D. J. Gunkel, *Person Thing Robot - A Moral and Legal Ontology for the 21st Century and Beyond*, in *MIT*, 2023; an example of more complex argumentation is the suggestions that *cognition* is not synonymous with *consciousness*, see: N. K. Hayles, *Bacteria to AI - Human Futures with Nonhuman Symbiosis*, 2025.
 83. And what if we are wrong to presume human superiority, for example, in terms of creativity and personhood over animal and machine? See on these ideas: J. Gibson, *Wanted, More than Human Intellectual Property - Animal Authors and Human Machines*, 2025.
 84. *Chauvinism*, on *Wikipedia*, available at: <https://en.wikipedia.org/wiki/Chauvinism>.
 85. See: *Forced confession*, on *Wikipedia*, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Forced_confession; S. Penney, *Theories of Confession Admissibility: A Historical View*, in *Am. J. Crim. L.*, 1997-1998, p. 309; cf. D. C. Flatto *Evidently Not: Why Confessions Are Excluded in Jewish Criminal Jurisprudence*, in *J. L. & Religion*, 39(2), 2024, p. 173.
 86. See: M. J. Steele, J. M. Chin, C. van Golden, *Witness Preparation and the Corruption of Memory: A Survey of Australian Trial Judges*, in *Melbourne U.L.R.*, 2024, p. 152.
 87. According to a recent study, robotaxi passengers rated the experience an 8.53 out of 10. See: J.D. Power study finds, *Trust in robotaxis is higher among users*, *J.D. Power study finds*, at: <https://finance.yahoo.com/news/trust-in-robotaxis-is-higher-among-users-jd-power-study-finds-193350461.html>.
 88. Especially as Gen. AI picks up better and greater skills. See, e.g. S. Murphy Kelly, *ChatGPT passes exams from law and business schools*, in *CNN*, January 26, 2023, available at: <https://edition.cnn.com/2023/01/26/tech/chatgpt-passes-exams>; D. Charlotin, N. Ridi, *GenAI as an International Lawyer: A Case Study with the Jessup International Law Moot Court*, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5283722 (studying the capacity of Gen. AI, specifically Large Language Models, to craft compelling

- international legal arguments).
89. See: V. Jeutner, *The Reasonable Person - A Legal Biography*, 2024, pp. 132, 142-151.
 90. See: European Parliament, EU AI Act: first regulation on artificial intelligence, at <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>. See: Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), available on *EUR-Lex*.
 91. Cf. J. Thornhill, *US AI laws risk becoming more ‘European’ than Europe’s*, in *Financial Times*, May 12, 2025, available at: <https://www.ft.com/content/aed82f47-b441-4bb3-930e-eca10585fc6d>.
 92. AIPRM, AI Laws Around the World, at <https://www.aiprm.com/ai-laws-around-the-world/>.
 93. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation); see: *General Data Protection Regulation*, on Wikipedia, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/General_Data_Protection_Regulation.
 94. Recital 27: «*Transparency means that AI systems are developed and used in a way that allows appropriate traceability and explainability...*» (emphasis – added). Also see Art. 13.
 95. Recital 59: «*Furthermore, the exercise of important procedural fundamental rights, such as the right to an effective remedy and to a fair trial as well as the right of defence and the presumption of innocence, could be hampered, in particular, where such AI systems are not sufficiently transparent, explainable and documented*» (emphasis – added).
 96. Recital Art. 65. Also see: Art. 58, Annex IV, and Annex XI.
 97. Section 86 which, generally, demands that where a person’s fundamental rights might be affected by a decision using AI, the person «*shall have the right to obtain from the deployer clear and meaningful explanations of the role of the AI system in the decision-making procedure and the main elements of the decision taken*» (subsection 1).
 98. See: Recital Art. 71 GDPR.
 99. M. E. Kaminski, G. Malgie, *The Right to Explanation in the AI Act*, on SSRN, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5194301.
 100. Court of Justice, Judgment of February 27, 2025, C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria GmbH*, ECLI:EU:C:2025:117. See: M. Rotenberg, *Brilliant Decision from the EU High Court on Algorithmic Transparency*, on LinkedIn, available at: https://www.linkedin.com/posts/marc-rotenberg_db-austria-c-20322-cjeu-2025-activity-7300911470651867137-kqn7/?rcm=ACoAABSwbIIBOu1MZyb7SgW1h8ahMxAfNfXIRE. For analysis of more cases across Europe see: L. Metikoš, J. Ausloos, *The right to an explanation in*

practice: insights from case law for the GDPR and the AI Act, in *Law, Innovation and Technology*, 2025, p. 581.

101. *Regulators are focusing on real AI risks over theoretical ones. Good*, in *The Economist*, available at: <https://www.economist.com/leaders/2024/08/22/regulators-are-focusing-on-real-ai-risks-over-theoretical-ones-good>.
102. The AI generated cat picture below is from Pixabay.com (<https://pixabay.com>). See: https://www.bing.com/images/search?view=detailV2&ccid=qOBw17Ep&id=DB2D00EB62BA62D383C4A70D517650A6D37E0BF3&thid=OIP.qOBw17EpebS4evqXlzJgRAHaE7&mediaurl=https%3a%2f%2fdcdn.pixabay.com%2fphoto%2f2023%2f06%2f11%2f20%2f19%2fa-i-generated-8056852_1280.jpg&cdnurl=https%3a%2f%2fbing.com%2fth%2fid%2fR.a8e070d7b12979b4b87afa9797326044%3frlik%3d8wt%252b06ZQdlENpw%26pid%3dImgRaw%26r%3d0&exph=853&expw=1280&q=ai+cat&csmid=607993900778612318&FORM=IRPRST&cck=BC73541390A806CCBE0B5F92D1012387&selectedIndex=1&citb=0.
103. The largest (now) private employer in Italy, ENEL, has 65,000 employees, and revenues of US \$ 148 billion (2022) (see: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_largest_Italian_companies); there are over 3 million government employees in Italy (see: <https://www.statista.com/topics/8540/government-employment-in-italy/#:~:text=Over%20three%20million%20people%20work,female%20employees%20are%20the%20majority..>), and Italy's tax revenue for September 2024 alone was over US dollar 169 billion (see: <https://www.ceicdata.com/en/indicator/italy/tax-revenue#:~:text=Italy%20Tax%20Revenue%20was%20reported,Sep%202024%2C%20with%20103%20observations.>).
104. L. Floridi, *Editor Letter - AI as Agency without Intelligence: On Artificial Intelligence as a New Form of Artificial Agency and the Multiple Realisability of Agency Thesis*, in *Philosophy & Technology*, 2025.
105. *Ivi*, pp. 17-18 (cite – 18; spelling – in the original).
106. *Ivi*, p. 18.
107. See: E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, 1957 (see: https://en.wikipedia.org/wiki/The_King%27s_Two_Bodies).
108. The issued Executive Order 13859 in February 2019. It established the American AI Initiative that identified five key lines of effort «*including increasing AI research investment, unleashing Federal AI computing and data resources, setting AI technical standards, building America's AI workforce, and engaging with international allies. These lines of effort were codified into law as part of the National AI Initiative Act of 2020*» (*Artificial Intelligence for the American People*, available at: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/ai/>).
109. N. Lee, R. Huffman, R. Burnette, A. Gweon, *April 2025 AI Developments Under the Trump Administration*, May 2025, available at: <https://www.insidegovernmentcontracts.com/2025/05/april-2025-ai-developments-unde>

- r-the-trump-administration/.
110. N. Shafabafy, A. O’neil, *America first, ethics second: The implications of Trump’s AI Executive Order, on the interpreter*, available at: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/america-first-ethics-second-implications-trump-s-ai-executive-order>.
 111. *White House national security memo asks military to increase use of AI*, in *The Washington Post*, available at: <https://www.washingtonpost.com/technology/2024/10/24/white-house-ai-nation-security-memo/>.
 112. B. Begehot, *How the British Government Rules by Algorithm*, in *The Economist*, available at: <https://www.economist.com/britain/2020/08/20/how-the-british-government-rules-by-algorithm>.
 113. R. Mason, *AI should replace some work of civil servants, Starmer to announce*, in *The Guardian*, available at: <https://www.theguardian.com/technology/2025/mar/12/ai-should-replace-some-work-of-civil-servants-under-new-rules-keir-starmer-to-announce>.
 114. As noted, *supra*, the OECD has identified over 1,000 AI policy initiatives from 69 countries. See: *OECD’s live repository of AI strategies & policies*; see also: *Artificial intelligence in government*, on *Wikipedia*, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial_intelligence_in_government.
 115. See: *How US tech giants’ AI is changing the face of warfare in Gaza and Lebanon*, on *AP News*, available at: <https://apnews.com/article/israel-palestinians-ai-weapons-430f6f15aab420806163558732726ad9> (cites); and also: *Questions and Answers: Israeli Military’s Use of Digital Tools in Gaza*, on *Human Rights Watch*, available at: <https://www.hrw.org/news/2024/09/10/questions-and-answers-israeli-militarys-use-digital-tools-gaza>; *Artificial Intelligence in the Battlefield: A Perspective from Israel*, on *Opinio Juris*, available at: <https://opiniojuris.org/2024/04/20/artificial-intelligence-in-the-battlefield-a-perspective-from-israel/>; *AI-assisted targeting in the Gaza Strip*, on *Wikipedia*, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/AI-assisted_targeting_in_the_Gaza_Strip; *Military applications of artificial intelligence*, on *Wikipedia*, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Military_applications_of_artificial_intelligence#:~:text=AI%20technologies%20enable%20coordination%20of,both%20human%20operated%20and%20autonomous.
 116. See: H. W, Meerveld, R. H. A. Lindelauf, E.O. Postma, M. Postma, *The Irresponsibility of not using AI in the military*, in *Ethics and Information Technology*, 25(14), 2023, at: <https://doi.org/10.1007/s10676-023-09683-0>.
 117. *How Policing Agencies Use AI*, available at: <https://www.policingproject.org/ai-explained-articles/2024/9/6/how-policing-agencies-u>

- se-ai (cite); also: *Policing and artificial intelligence*, available at: <https://www.police-foundation.org.uk/publication/policing-and-artificial-intelligence/#mob-menu>; *AI and policing - The benefits and challenges of artificial intelligence for law enforcement*, available at: <https://www.europol.europa.eu/publication-events/main-reports/ai-and-policing>.
118. «*Countries aren't only using AI to organize quick responses to crime – they're also using it to predict crime. The United States and South Africa have AI crime prediction tools in development, while Japan, Argentina, and South Korea have already introduced this technology into their policing*», *How Countries Are Using AI to Predict Crime*, available at: <https://swisscognitive.ch>.
 119. *Police use controversial AI tool that looks at people's sex lives and beliefs*, available at: <https://www.msn.com/en-nz/news/other/police-use-controversial-ai-tool-that-looks-at-people-s-sex-lives-and-beliefs/ar-AA1GOCWV?ocid=BingNewsVerp>.
 120. D. MacMillan, *New Orleans pushes to legalize police use of 'facial surveillance'*, in *The Washington Post*, available at: <https://www.washingtonpost.com/business/2025/06/12/facial-recognition-new-orleans-artificial-intelligence/>.
 121. *How AI-powered tech landed man in jail with scant evidence*, on *AP News*, available at: <https://apnews.com/article/artificial-intelligence-algorithm-technology-police-crime-7e3345485aa668c97606d4b54f9b6220>.
 122. <https://innocenceproject.org/news/when-artificial-intelligence-gets-it-wrong/>.
 123. *NIST Study Evaluates Effects of Race, Age, Sex on Face Recognition Software*, available at: <https://www.nist.gov/news-events/news/2019/12/nist-study-evaluates-effects-race-age-sex-face-recognition-software>.
 124. *In Madhya Pradesh, cops are using AI to modernise: 'We need a new type of policing'*, in *India News - The Indian Express*, available at: <https://indianexpress.com/article/india/madhya-pradesh-police-ai-use-modernise-10082265/>; *Eye spy! Delhi Police sharpens surveillance in digital age AI image; to use next-gen Netra to identify potential threats*, available at: <https://www.msn.com/en-in/money/news/eye-spy-delhi-police-sharpens-surveillance-in-digital-age-ai-image-to-use-next-gen-netra-to-identify-potential-threats/ar-AA1H0mv?ocid=BingNewsVerp>; *Pattaya Tourist Police use AI and local tips to bust human trafficking ring on Walking Street*, available at: <https://www.pattayamail.com/news/pattaya-tourist-police-use-ai-and-local-tips-to-bust-human-trafficking-ring-on-walking-street-505816>.
 125. Cf. A. Cevallos, *How Autocrats Weaponize AI – And How to Fight Back*, on *Journal of Democracy*, available at: <https://www.journalofdemocracy.org>; Y. Gostoli, *Turkey's AI-Powered Protest Crackdown*, on *New Lines Magazine*, available at: <https://newlinesmag.com/spotlight/turkeys-ai-powered-protest-crackdown/>; P. Dizikes, *How an "AI-tocracy" emerges*, on *MIT News*, available at: <https://news.mit.edu/2023/how-ai-tocracy-emerges-0713>; Authoritarian AI, available at:

- <https://www.sobi.uni-passau.de/en/political-communication/research/authoritarian-ai>.
126. Deloitte US, *AI Use Cases in Government*, available at: <https://www.deloitte.com/us/en/what-we-do/capabilities/applied-artificial-intelligence/articles/ai-dossier-government-public-services.html>; *AI in Government: Examples & Challenges*, available at: <https://research.aimultiple.com/ai-government/>; *How Governments are Using AI: 8 Real-World Case Studies*, available at: <https://blog.govnet.co.uk/technology/ai-in-government-case-studies>.
 127. In poor countries, such as Nigerian, chatbots based on GPT-4 have been tested for school education – and ultra-sensitive area for AI use – with surprisingly good results. See: *Can AI be trusted in schools?*, in *The Economist*, available at: <https://www.economist.com/graphic-detail/2025/05/30/can-ai-be-trusted-in-schools>.
 128. *Post Office Horizon scandal: Why hundreds were wrongly prosecuted*, in BBC, available at: <https://www.bbc.com/news/articles/c1wpp4w14pqo>.
 129. D. Kolkman, “F**k the algorithm”?: *What the world can learn from the UK’s A-level grading fiasco*, available at: <https://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/>.
 130. *How a Discriminatory Algorithm Wrongly Accused Thousands of Families of Fraud*, available at: <https://www.vice.com/en/article/how-a-discriminatory-algorithm-wrongly-accused-thousands-of-families-of-fraud/> (cite); 20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf; also: L. M Haitsma, *Addressing discrimination in algorithmic profiling: Examining risk governance in Dutch public social security agencies*, in *European Journal of Social Security*, 2025, p. 1.
 131. *Nevada Used A.I. to Find ‘At-Risk’ Students. Numbers Dropped by 200,000*, in *The New York Times*, available at: <https://www.nytimes.com/2024/10/11/us/nevada-ai-at-risk-students.html>.
 132. *Algorithms Policed Welfare Systems For Years. Now They’re Under Fire for Bias*, in *WIR ED*, available at: <https://www.wired.com/story/algorithms-policed-welfare-systems-for-years-now-theyre-under-fire-for-bias/>.
 133. Who’s homeless enough for housing? In San Francisco an algorithm decides, at: https://www.codastory.com/authoritarian-tech/san-francisco-homeless-algorithm/?utm_source=digg
 134. See: N. A. Smuha, *Algorithmic Rule By Law: How Algorithmic Regulation in the Public Sector Erodes the Rule of Law*, 2025. The United Arab Emirates «set to use AI to write laws in world first. Gulf state expects move will speed up lawmaking by 70% but experts warn of ‘reliability’ issues with artificial intelligence», available at: <https://archive.md/ubZAW#selection-1587.0-1587.124>. Other experts say this isn’t necessarily a terrible idea. <https://foreignpolicy.com/2025/05/14/ai-generated-law-uae-legislation/>
 135. And you realize that when you see that even the judiciary, arguably the most conservative

branch of government, is beginning to familiarize itself with AI. See, e.g., K. Firth-Butterfield, K. Silverman, “*Artificial Intelligence – Foundational Issues and Glossary.*” *Artificial Intelligence and the Courts: Materials for Judges. American Association for the Advancement of Science*, 2022, available at: <https://doi.org/10.1126/aaas.adf0782>; European Commission for the Efficiency of Justice, 1st Report on the use of Artificial Intelligence (AI) in the judiciary, based on the information contained in the CEPEJ’s Resource Centre on Cyberjustice and AI, available at: <https://www.coe.int/en/web/cepej/-/1st-report-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-the-judiciary-based-on-the-information-contained-in-the-cepej-s-resource-centre-on-cyberjustice-and-ai>; VV.AA., *Artificial Intelligence, Judicial Decision-Making and Fundamental Rights*, 2024, available at: https://ssm-italia.eu/wp-content/uploads/2025/02/JuLIA_handbook-Justice_final.pdf; AI and the Rule of Law: Capacity Building for Judicial System, available at: <https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence/rule-law/mooc-judges>.

136. Rushing into reform without setting in place proper regulation seems is unfortunate. It seems to be the main reason for Thailand’s recent rollback of its cannabis legalization. See, e.g., *Is weed still legal in Thailand? Here’s what tourists need to know as government u-turns*, available at: <https://www.euronews.com/travel/2024/11/07/is-weed-still-legal-in-thailand-heres-what-tourists-need-to-know-as-government-u-turns>.
137. Rights groups warn UK Home Office AI tool risks ‘rubberstamped’ migrant deportations, available at: <https://www.aa.com.tr/en/europe/rights-groups-warn-uk-home-office-ai-tool-risks-rubberstamped-migrant-deportations/> (cite); Privacy International, *Automating the hostile environment: uncovering a secretive Home Office algorithm at the heart of immigration decision-making*, available at: <https://privacyinternational.org/news-analysis/5452/automating-hostile-environment-uncovering-secretive-home-office-algorithm-heart>; also: J. Maxwell, J. Tomlinson, *Experiments in Automating Immigration Systems*, Bristol, 2022.
138. Cites: *UK A-level algorithm fiasco a global example of what not to do - what went wrong and why*, available at: <https://diginomica.com/uk-level-algorithm-fiasco-global-example-what-not-do-what-went-wrong-and-why>, and D. Kolkman, “F**k the algorithm”? *: What the world can learn from the UK’s A-level grading fiasco*, cit.
139. See: I. Parker, L. Carter, Licence to build, available at: <https://www.adalovelaceinstitute.org/policy-briefing/licence-to-build/>.
140. «*This includes providing information on algorithmic tools and algorithm-assisted decisions in a complete, open, understandable, easily-accessible, and free format*», see *Algorithmic Transparency Recording Standard Hub*, in GOV.UK, available at: <https://www.gov.uk/government/collections/algorithmic-transparency-recording-standard-hub>.

141. For a useful early overview see: Ada Lovelace Institute, *Algorithmic Accountability for the Public Sector*, 2021.
142. R. Mackenzie, G. Scott, L. Edwards, *The Inscrutable Code? The Deficient Scrutiny Problem of Automated Government*, in *Technology and Regulation*, 2025, p. 37.
143. *Ivi*, p. 38.
144. *Ivi*, p. 42.
145. *Ivi*, p. 42 (cites; spelling – in the original), pp. 53-58.
146. https://en.wikipedia.org/wiki/Natural_justice#Right_to_a_fair_hearing.
147. For a wider discussion see: G. Lawson, G. Seidman, *Downsizing the Right to Petition*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1999, pp. 739-766.
148. D. E. Mathew, et al., *Recent Emerging Technologies in Explainable Artificial Intelligence to Enhance the Interpretable and Understanding of AI Models for Humans*, in *Neural Processing Letters*, 2025, p. 16. Also: *Explainable AI (XAI) in 2025: Guide to enterprise-ready AI*, at <https://research.aimultiple.com/xai/>.
149. See, e.g., S. E. Biber, *Between Humans and Machines: Judicial Interpretation of the Automated Decision-Making Practices in the EU*, in H.C.H. Hofmann, F. Pflücke (eds.), *Governance of Automated Decision-Making and EU Law*, OUP, Oxford (UK), 2024, p. 186.
150. S. Kessler, *When It Comes to Spotting Fake Receipts, It's A.I. vs. A.I.*, in *The New York Times*, Sep. 6, 2025, available at: <https://www.nytimes.com/2025/09/06/business/dealbook/ai-receipts-expense-reports.html>.